

Faculté de droit et de criminologie

La libre contradiction dans les modes alternatifs de règlement des litiges : des entorses à ce principe sont-elles envisageables ?

Focus sur les caucus

Auteur : Benedetta Prina Mello

Promoteur(s) : Jean-François van Drooghenbroeck

Année académique 2020-2021

Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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

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

*« Persuade your neighbor to compromise whenever you can.
Point out to them how the nominal
winner is often a real loser –
in fees, expenses, and waste of time ».*
Abraham Lincoln

*« La grandeur d'un métier est peut-être, avant tout,
d'unir les hommes : il n'est qu'un luxe véritable, et
c'est celui des relations humaines ».*
A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Terre des hommes*, 1996

*« The courts of this country should not be the places where resolution of disputes begins.
They should be the places where the disputes end after alternative methods of resolving disputes
have been considered and tried ».*
S. D. O'CONNOR

Remerciements

À ma maman, à mon papa. Regardez les fruits de ce que vous avez semé pendant toutes ces années. Je vous remercie pour tout ce que vous avez entrepris, sacrifié, accompli, pour que je puisse parvenir à être la fille, ou plutôt la jeune femme, que je suis aujourd'hui. Je m'apprête à franchir la dernière ligne droite de ce parcours universitaire que j'ai, malgré les difficultés, adoré, puisqu'il m'a permis d'acquérir les connaissances et l'ouverture d'esprit dont je dispose au jour où j'écris ces quelques lignes.

À mon petit-ami, qui me soutient depuis qu'il fait partie de ma vie de la meilleure de façon qu'une personne ne puisse espérer, qui m'a poussée dans la rédaction de cette thèse et qui m'a fortement aidée lors de la relecture, de même que sa maman.

À mon promoteur de mémoire, qui a fait preuve d'une grande disponibilité, qui m'a aiguillée et, surtout, qui m'a aidée à découvrir le domaine des modes alternatifs de règlement des différends.

À Alice Dejonghe et Justin Vanderschuren, qui ont répondu à mes questions et qui m'ont apporté leur aide dans le cadre de ce travail.

À ma famille. Aux amis de toute une vie, ainsi qu'aux nouveaux. À ceux qui ont été là jusqu'à la fin, et à ceux qui n'ont été présents que pour une partie. À quiconque ait croisé mon chemin et m'ait épaulée au cours de ce cursus universitaire.

Merci.

Ad maiora semper.

Table des matières

Introduction	7
Chapitre I^{er} : Le principe du contradictoire	9
Section I^{ère} : Concept et définition	9
§1 ^{er} . Définition et contours du principe du contradictoire	9
§2. Le principe du contradictoire : un principe revêtu d'une double fonction, basé sur un double fondement	10
§3. Le principe du contradictoire : un élément du procès équitable	11
§4. Le principe du contradictoire comme pilier central des droits de la défense	11
A. Débat doctrinal	11
B. Solution en droit belge : un principe général du contradictoire ?	12
Section II : Étendue de la garantie	12
§1 ^{er} . Préliminaires	12
§2. L'exercice du principe du contradictoire à quatre niveaux	13
A. Le principe du contradictoire entre les parties	13
B. Le principe du contradictoire à l'égard du juge	14
C. Le principe du contradictoire à l'égard de toute pièce transmise au juge par un autre intervenant	15
D. Le principe du contradictoire à l'égard des tiers	16
Section III : La Cour européenne des droits de l'Homme	16
§1 ^{er} . Propos introductifs	16
§2. La jurisprudence antérieure : une conception « formelle » du principe du contradictoire	17
§3. Revirement de jurisprudence et consécration d'une approche pragmatique du principe du contradictoire : l'arrêt <i>Verdú Verdú contre Espagne</i>	18
A. Préliminaires	18
B. Prémisses du revirement jurisprudentiel	18
C. L'arrêt <i>Verdú Verdú contre Espagne</i>	19
§4. Une jurisprudence fluctuante depuis lors	21
§5. Conclusion	23
Section IV : Le principe du contradictoire et la renonciation aux droits fondamentaux : un aménagement contractuel de la contradiction est-il envisageable ?	23
§1 ^{er} . Définition	23
§2. Cadre juridique	23
A. La Convention européenne des droits de l'Homme : inexistence d'un droit de renoncer	23
B. Arguments susceptibles de baser un droit à la renonciation	24
§3. Les conditions nécessaires à la validité d'une volonté abdicative	25
A. Une renonciation non équivoque	25
B. Une renonciation libre	26
C. Une renonciation éclairée	26
§4. L'aménagement contractuel du principe du contradictoire : une hypothèse concevable ?	26
Chapitre II : Les modes alternatifs de règlement des litiges	27
Introduction	27
§1 ^{er} . L'essor des modes alternatifs de résolution de différends	27
§2. Notions	28
§3. Enjeux et atteintes possibles au principe du contradictoire	28
Section I^{ère} : La conciliation de droit commun	31
§1 ^{er} . Propos introductifs	31
§2. Définition et contours de la conciliation	31
A. Notions	31
B. La conciliation : un processus volontaire qui connaît des exceptions	32
C. Les chambres de règlement amiable	33
§3. Le déroulement de la conciliation	33

A. Nécessité d'être en présence de parties capables de transiger et d'un litige portant sur un objet susceptible d'être réglé par transaction	33
B. La saisine du juge	33
C. Les rôles des parties et l'office du juge	34
D. Le procès-verbal de conciliation	35
§4. Le respect des garanties du procès équitable	35
A. La problématique du respect du principe d'impartialité	36
B. La problématique du respect du principe du contradictoire	36
Section II : La médiation	37
§1 ^{er} . Propos introductifs	37
§2. Notions	38
A. Définition et contours de la médiation	38
B. La médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire	39
§3. Le régime juridique de la médiation et les qualités du médiateur	40
A. Propos introductifs	40
B. La confidentialité et le secret professionnel	41
C. L'indépendance et l'impartialité	42
D. La neutralité	43
E. Le caractère volontaire	43
§4. Le caucus ou la médiation en aparté	44
A. Notions et contours du caucus	44
B. Bénéfices et inconvénients du caucus	45
a) Inconvénients	45
b) Bénéfices	46
§5. Médiation, caucus et garanties du procès équitable : focus sur le principe du contradictoire	47
A. Propos introductifs	47
B. L'apparente application du principe du contradictoire au processus de médiation	48
C. Éviction du principe du contradictoire du processus de médiation	49
a) L'inopportunité de l'application du principe du contradictoire	49
b) La non-applicabilité du principe du contradictoire	50
c) L'incompatibilité des spécificités du processus de médiation avec le principe du contradictoire	51
d) L'approche pragmatique du principe du contradictoire consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme	52
e) La théorie de la renonciation aux droits fondamentaux	53
Section III : Le droit collaboratif	54
§1 ^{er} . Propos introductifs	54
A. Développement international	54
B. Développement en Belgique	55
§2. Notions	55
A. Définition et contours du droit collaboratif	55
B. La procédure d'agrément des avocats et le protocole de droit collaboratif	56
§3. Principes directeurs du droit collaboratif	57
A. Le caractère volontaire	57
B. Le travail d'équipe	57
C. La communication des informations en bonne foi, transparence et loyauté	57
D. La confidentialité accrue	58
§4. Droit collaboratif et respect du principe du contradictoire	58
Section IV : La tierce décision obligatoire	59
§1 ^{er} . Notions et contours de la tierce décision obligatoire	59
§2. Conditions de validité de la convention (ou clause) de tierce décision obligatoire	60
§3. Fonctions de la tierce décision obligatoire	60
§4. Rôle et pouvoirs du juge	61
§5. Tierce décision obligatoire et respect du principe du contradictoire	61
Section V : La médiation arbitrage ou « med-arb »	62
§1 ^{er} . Notions et contours de la med-arb	62
§2. Bénéfices et inconvénients de la med-arb	63
A. Inconvénients	63

a) La problématique relative au respect de l'impartialité, de l'indépendance et de la neutralité.....	64
b) La problématique relative au respect du principe du contradictoire.....	65
B. Bénéfices	65
a) La problématique relative au respect de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance	66
b) La problématique relative au respect du principe du contradictoire.....	67
Conclusion	69
Bibliographie.....	73

Introduction

« [...] aux conflits de cette société hyperjudiciisée, la Justice, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, ne peut apporter les solutions attendues. Dans la mesure où tout litige est une forme de pathologie sociale, le remède doit être aussi prompt, simple et accessible que possible. C'est exactement l'inverse que nous constatons : la Justice, dans nos sociétés, est lente, complexe, et souvent onéreuse, même si, dans nos démocraties, nous avons développé aide juridique et judiciaire. Les inconvénients de la justice contentieuse ont entraîné le recours inévitable et croissant aux modes de solutions alternatives des conflits [...] ».

R. BADINTER

Depuis la nuit des temps, le conflit est une partie intégrante du quotidien de nos civilisations ; or, « *il semblera une évidence de dire que toute société privilégie l'unité sur la division, l'ordre et l'harmonie sur le désordre et le conflit, la concorde sur la discorde* »¹. Ainsi, contrairement à l'animal qui résout ses conflits en procédant à l'élimination de son adversaire, l'Homme tente de résoudre ses différends par la raison et non pas par la force, en confiant notamment cette tâche subtile à un tiers². Dans nos sociétés, ce « tiers », auquel nous avons l'habitude de nous remettre, est un individu neutre, impartial et indépendant, qui jouit d'une certaine connaissance et expertise. La plupart d'entre nous, en lisant cette phrase, songe aux magistrats des institutions judiciaires que nos sociétés ont créées dans le but de résoudre les conflits opposant les membres qui la constituent. Une telle intuition n'est évidemment pas erronée, mais ce ne sont plus les juridictions classiques qui ont le monopole de cette mission³.

En effet, depuis plusieurs décennies, nombre de justiciables préfèrent emprunter une voie parallèle à la justice étatique classique : cette alternative se présente sous l'appellation de « modes alternatifs de règlement des litiges » (ou « M.A.R.L. »). Détrompons-nous cependant, il ne s'agit aucunement de processus nouveaux, puisqu'ils sont « *tout aussi anciens – voire plus anciens – que la justice étatique* »⁴. En revanche, ce n'est que depuis un certain nombre d'années qu'ils ont gagné en popularité : le regain d'intérêt connu par ces méthodes alternatives a d'abord eu lieu en Amérique du Nord au début des années 1980, et a par la suite gagné le continent européen, dans lequel ils ont connu un grand succès.

Toutefois, malgré les heureux résultats que procurent ces processus, une interrogation fondamentale surgit relativement aux principes qui encadrent ces M.A.R.L. : certes, ils sont caractérisés par des principes et règles qui leur sont propres en raison de leurs particularités, mais qu'en est-il des principes

¹ A. RUELLÉ, « Approche historique du conflit : l'unité dans la division en droit romain », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 7.

² A. NESCHKE, « Nature de l'homme, nature du droit – Les fondements des Droits de l'homme dans le *De iure naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf », in *Humanité, humanitaire* (sous la dir. de O. ABEL, R. BRAUMAN ET AL.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1998, n° 11.

³ L. MCGREGOR, « Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR », *The European Journal of International Law*, 2015, p. 607.

⁴ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, « Du nouveau en matière de conciliation, médiation et droit collaboratif : la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », *b-Arbitra*, 2018/2, p. 303.

qui gouvernent le procès civil ? Pour poser la question autrement, il y a des règles tellement fondamentales qui dirigent les procédures judiciaires classiques que l'on pourrait se demander si elles trouvent également à s'appliquer à ces procédés alternatifs. Un exemple parlant de ce que nous venons d'évoquer est celui du principe du contradictoire. Ce principe de base du droit judiciaire et élément fondamental du droit à un procès équitable est-il si vital au point de transpirer les frontières du procès civil et de s'appliquer aux M.A.R.L. ? Ainsi, les M.A.R.L. ne respectant pas ce principe sont-ils à condamner, ou des entorses à la libre contradiction sont-elles envisageables ?

Certains estiment que cette problématique mérite une réponse positive. D'autres, assurément plus pragmatiques, ne partagent pas *in extenso* cette opinion et considèrent qu'il faut avoir égard aux spécificités de chaque méthode alternative, sans qu'il ne soit possible d'apporter une réponse immédiate à la question initialement posée.

Dans le cadre de cette thèse, nous allons tâcher d'illustrer ces différents points de vue et de conclure en mettant en avant celui que nous réputons être le plus intéressant et bénéfique. Plus précisément, nous allons aborder un autre sujet qui est, lui, davantage précis et délicat, à savoir la problématique des caucus, ou apartés. Il s'agit d'un mécanisme qui procure de bons résultats et qui s'est développé en premier lieu dans la pratique de la médiation civile et commerciale ainsi que de la médiation familiale. C'est la possibilité, pour le médiateur, de recevoir en aparté une partie à la fois, pour lui permettre, d'une part, de se dévoiler entièrement, sans exhiber son éventuelle tristesse à son adversaire et, d'autre part, de pratiquer les *bottom lines*. Dans ce dernier cas, la partie avec laquelle se réunit le médiateur informe ce dernier de ses « limites ». Pour dire les choses autrement, elle lui fait savoir jusqu'où elle est prête à faire des concessions⁵. Cette pratique se révèle très fructueuse, mais elle subit plusieurs critiques : non seulement elle viole le sacrosaint principe du contradictoire, mais le médiateur peut, à tout moment, être le réceptacle d'un confident de quelque chose qui est, en réalité, un dérapage (songeons par exemple au domaine familial).

Cette pratique ne mène-t-elle pas à l'enfer ? Certains acquiesceront alors que d'autres y seront tout de même favorables en raison de son taux de réussite. En ce qui nous concerne, ne nous empressons pas de donner une réponse avant d'avoir traité la question de fond en comble.

Au fil de ce travail, nous allons répondre aux interrogations précédemment formulées en commençant par une présentation générale sur le principe du contradictoire : nous y traiterons des concepts, de l'étendue de la garantie, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, comme son nom l'indique, est la gardienne des droits fondamentaux. Enfin, nous terminerons avec une section consacrée à la théorie de la renonciation aux droits fondamentaux, dans laquelle nous nous concentrerons sur la renonciation au droit à une procédure contradictoire. Le deuxième chapitre sera,

⁵ Voy., en ce sens, la définition donnée par J. LANDE dans son article « What's a Bottom Line? », publié sur le site internet des professionnels de la résolution juridique des litiges, *Indisputably – Linking Dispute Resolution Scholarship, Education and Practice*, disponible via le lien <http://indisputably.org/2020/08/whats-a-bottom-line/> (date de dernière consultation : 9 août 2021) : « A bottom line, in a lawsuit, is an immutable 'line in the sand' that is accurately reported to mediators and counterparts as the least that a plaintiff would accept or most that a defendant would play ».

quant à lui, dédié aux différents modes alternatifs de règlement des litiges ; ces derniers étant potentiellement infinis⁶, nous en sélectionnerons uniquement quelques-uns. Ainsi, nous traiterons de la conciliation de droit commun, de la médiation, du droit collaboratif, de la tierce décision obligatoire et de la médiation-arbitrage. Pour chacune de ces méthodes, nous nous interrogerons sur la possibilité de procéder à des apartés, nous analyserons leur compatibilité avec le principe du contradictoire et, finalement, nous concluons en considérant si des entorses à ce principe sont, au vu des résultats que les M.A.R.L. procurent, envisageables, voire souhaitables.

Chapitre I^{er} : Le principe du contradictoire

Section I^{ère} : Concept et définition

§1^{er}. Définition et contours du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire, également connu sous les termes « libre contradiction », est l'un des piliers fondamentaux du procès équitable. Il prend sa source des institutions de droit romain sous l'expression latine *et alter pars audiatur*⁷ qui signifie, littéralement, « entendre l'autre partie ».

Toutefois, ce principe se confond, en droit privé, avec les droits de la défense : ces derniers constituent, *stricto sensu*, un principe de droit pénal. En droit privé, on ne songera pas uniquement aux droits de la *défense*, restrictivement entendus comme les droits du défendeur⁸, mais aux droits de toutes les parties au litige : cette exigence est ainsi satisfaite par le principe du contradictoire⁹. Partant, si nous transposons ce précepte en droit judiciaire privé, il se manifeste comme « *la stricte égalité des citoyens devant la loi* »¹⁰ : en tant que doctrine ayant pour vocation de garantir le respect des droits des parties au procès, il participe à la protection des droits de la défense¹¹.

De ce fait, d'aucuns estiment qu'il peut être considéré comme relevant du droit naturel¹². D'ailleurs, dans les pays de *common law* également, la règle *audi alteram partem* constitue, avec celle de

⁶ O. CAPRASSE ET N. BIESSAUX, « L'arbitrage et les modes amiables de règlement des conflits », in *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 3 : Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes. Arbitrage, médiation et droit collaboratif. Procédure électronique* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Bruxelles, Larcier, 2021, p. 247.

⁷ J.-A. MIRIMANOFF, M. BECKER, F. OUDIN, A.-S. SCHUMACHER ET C. SMETS-GARY, v° Contradictoire/contradiction, *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, 1^{ère} éd., 2019, p. 161.

⁸ Cette thèse est à présent considérée comme étant dépassée (voy. *infra*, §4, point A.).

⁹ D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 90

¹⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », in *Les droits de la défense* (sous la dir. de P. MARTENS), Bruxelles, Larcier, 2013, p. 10.

¹¹ M. FERNANDEZ-BERTIER ET M. GIACOMETTI, « Récusation, rôle du greffier et (in)dépendance face au juge », *Rév. dr. pén.*, 2012, pp. 721-723.

¹² H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1974, p. 175.

l'impartialité du juge (*nemo judex in causa sua*¹³), l'une des règles principales de la *natural justice*¹⁴. Elle stipule qu'une décision ne peut être maintenue que si la personne directement concernée par celle-ci a été raisonnablement en mesure de faire valoir ses arguments, de connaître ceux de la partie adverse et d'y répondre¹⁵.

En droit belge, de la même manière, le principe du contradictoire repose sur la conception selon laquelle l'on ne peut juger correctement une partie si elle n'a eu l'occasion de contredire toutes les revendications de l'autre partie ; ceci implique donc qu'elle ait été, d'une part, entendue – ou, du moins, qu'elle ait bénéficié de la possibilité d'être entendue – et, d'autre part, qu'elle ait été mise au courant de la portée exacte de la prétention de son adversaire, de ses pièces et de son argumentation¹⁷. Concrètement, cela signifie que ce dogme est impérieusement d'application à tous les stades de la procédure afin de permettre aux parties concernées de prendre part à celle-ci de manière effective¹⁸.

§2. Le principe du contradictoire : un principe revêtu d'une double fonction, basé sur un double fondement

Cette pierre angulaire du droit processuel privé qu'est le contradictoire se voit conférer une double fonction.

Primo, comme nous l'avons souligné *supra*, il se présente comme un « *moyen de réaliser les droits de la défense* »¹⁹ : c'est grâce à ce principe tant important que les agissements des parties au procès et la loyauté de ce dernier sont sauvegardés. Représentant l'image du juge comme figure impartiale et accroissant ainsi la confiance des parties en la justice²⁰, il est couramment et délicatement fait référence à ce principe comme à une « *règle d'éthique du débat judiciaire* »²¹.

Secundo, il s'érige en « *garantie du bien-jugé* »²², en ce sens qu'il permet d'atteindre une décision juste et exempte d'erreur, puisqu'il constitue un outil « *d'information du juge* »²³, qui dispose alors de tous les éléments nécessaires pour statuer en connaissance de cause²⁴.

¹³ *Nemo judex in causa sua* (ou *nemo judex in sua causa*) est une expression latine qui signifie, littéralement, « nul n'est juge dans sa propre cause ». C'est un principe de *natural justice* selon lequel personne ne peut juger une affaire dans laquelle il a un intérêt. En *common law*, il y est également fait référence en tant que « *rule against bias* » – la règle contre la partialité – c'est-à-dire contre tout écart par rapport au devoir d'impartialité exigé de ceux qui occupent une fonction judiciaire.

¹⁴ La *natural justice* est l'ensemble des règles de *fair-play*, élaborées à l'origine par les *Courts of Equity* pour contrôler les décisions des tribunaux inférieurs, puis progressivement étendues, notamment au cours du XX^e siècle, pour s'appliquer également aux décisions des tribunaux administratifs et nationaux qui exercent un pouvoir administratif affectant le statut, les droits ou les responsabilités d'une personne. Toute décision prise en violation de la justice naturelle est nulle car *ultra vires*.

¹⁵ J. LAW, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 410-411.

¹⁶ U.K.H.L., 2 janvier 1982, R v Chief Constable of North Wales Police, *Weekly Law Reports*, 1982, 1155.

¹⁷ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 90.

¹⁸ J.-A. MIRIMANOFF, M. BECKER, F. OUDIN, A.-S. SCHUMACHER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 161.

¹⁹ R. MARTIN, « De la contradiction à la vérité judiciaire », *GP*, 1981, pp. 209-210.

²⁰ F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 684 ; C. VIGOUROUX, « La contradiction : Principe et pratique du juge administratif », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel* (sous la dir. de J.-M. COULON), Paris, Dalloz, 2010, p. 584.

²¹ G. FLÉCHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 153.

²² J. LAMARQUE, « Le procès du procès », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 160-162.

²³ G. FLÉCHEUX, *op. cit.*, p. 153.

²⁴ F. CLAUSEN, *op. cit.*, pp. 684-685.

§3. Le principe du contradictoire : un élément du procès équitable

Conformément à ce qui a été mis en avant dès les premières lignes de ce chapitre, le principe de la libre contradiction est l'un des piliers cardinaux du procès équitable. Ce dernier est notamment garanti par l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁵ ; dans ce contexte, le principe du contradictoire se présente comme un principe autonome, séparé de celui du respect des droits de la défense²⁶. En effet, la Cour de Strasbourg a maintes fois considéré que le concept de « procès équitable » inclut le droit à la contradiction des débats²⁷.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'Homme a quelques fois confondu la libre contradiction avec l'égalité des armes – autre principe essentiel du procès équitable –, en ce sens qu'il y a parfois eu un glissement de l'exigence du contradictoire durant le procès vers celle de l'égalité des armes²⁸. Ainsi, selon le magistrat français Jean-Pierre Dintilhac, pour garantir le respect du principe de l'égalité des armes, il est nécessaire que le défendeur soit informé de l'action intentée contre lui et, ensuite, que chacune des parties au procès soit mise au courant des prétentions de son adversaire²⁹. Or, telle formulation rappelle sans aucun doute les règles qui découlent du principe de la libre contradiction ; il est alors judicieux de considérer que ces deux principes sont en réalité complémentaires³⁰, même si un critère de démarcation reste tout de même envisageable³¹. Néanmoins, la Cour strasbourgeoise semble favorable à une appréhension plus large de ces deux principes fondamentaux, sous l'angle notamment de l'équité de la procédure³², et ce, depuis déjà une quinzaine d'années.

§4. Le principe du contradictoire comme pilier central des droits de la défense

A. Débat doctrinal

Comme indiqué *supra*, en raison du caractère ambivalent de la notion de droits de la défense, une certaine confusion se crée entre ces derniers et la libre contradiction ; le rapport entre ces deux principes a ainsi fait l'objet d'abondantes études³³, desquelles naissent deux principales thèses.

En premier lieu, certains considèrent que les droits de la défense, s'ancrant actuellement dans l'Article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme, sont de nature plus générale, c'est-à-dire

²⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 6, §1^{er}, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

²⁶ H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 342.

²⁷ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt Ruiz Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 262.

²⁸ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 343.

²⁹ J.-P. DINTILHAC, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », in *Rapport annuel de la Cour de cassation de France 2003. L'égalité*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 129-131.

³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, « Les paroles s'envolent, les écrits restent. À propos du principe de l'égalité des armes dans les procédures abrégées devant le Conseil d'État », *A.P.T.*, 1997, p. 225.

³¹ Pour plus de précisions sur la ligne de partage entre ces deux principes du procès équitable mise en avant par la Cour de Strasbourg, voy. not. Cour eur. D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, *Juristenkrant*, 2001, p. 10, §73 ; Cour eur. D.H., arrêt Fischer c. Autriche du 17 janvier 2002, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 312, §21 ; Cour eur. D.H., arrêt Prikyan et Angelova c. Bulgarie du 16 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 430, §40 ; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 343.

³² Cour eur. D.H., arrêt Martinie c. France du 12 avril 2006, §45, <http://www.echr.coe.int> (10 juin 2021).

³³ Voy. not. A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, Die Keure, 2009, pp. 4-6.

que « *la défense englobe la contradiction, mais ne se réduit pas à elle* »³⁴ : le contradictoire n'en est donc qu'une composante³⁵ ; il est intéressant de noter qu'il s'agit d'une approche très diffuse chez nos voisins français.

En deuxième lieu, d'autres estiment qu'il s'agit d'un précepte plus large que celui des droits de la *défense*, en ce qu'il a vocation à s'appliquer à toutes les parties au litige, et non seulement, strictement parlant, au défendeur³⁶. Comme évoqué précédemment, cette dernière approche nous paraît cependant assez obsolète, dans la mesure où il est maintenant constant que les droits de la défense ne sont pas limités aux droits du défendeur³⁷.

B. Solution en droit belge : un principe général du contradictoire ?

La thèse évoquée en dernier lieu au point précédent étant dépassée, nous retiendrons ici celle selon laquelle, « *dans une relation d'appartenance [le principe du contradictoire se présente] comme le centre, le noyau, le centre de gravité des droits de la défense* »³⁸. Bien que cette approche « en cercles concentriques »³⁹ soit surtout populaire en France⁴⁰, la Cour de cassation belge l'a adoptée de manière implicite, en refusant toute reconnaissance d'un « principe général du contradictoire » qui serait distinct de celui des droits de la défense : « *il n'existe pas de principe général du contradictoire qui se distingue du principe général du droit relatif aux droits de la défense* »⁴¹. En effet, le premier des droits de la défense consiste dans la possibilité d'avoir accès à la libre contradiction⁴².

Section II : Étendue de la garantie

§1^{er}. Préliminaires

Le principe du contradictoire, comme illustré au fil de la première section de ce chapitre, se présente comme une garantie polymorphe⁴³. En ce sens, à travers différents arrêts, la Cour européenne des droits de l'Homme a relevé différentes facettes de ce principe.

En premier lieu, la libre contradiction inclut la faculté, dans le chef de chacune des parties au litige, de mettre en avant les éléments considérés comme nécessaires au succès de leurs revendications respectives⁴⁴. Corrélativement, en deuxième lieu, cette garantie implique le fait, pour chaque partie, de

³⁴ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS ET F. FERRAND, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2012, p. 545.

³⁵ G. DEMEZ, « L'égalité dans le procès civil » in *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 67.

³⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », obs. sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, p. 242.

³⁷ A. SADZOT, « L'égalité des armes et la contradiction dans le procès pénal », in *Les droits de la défense*, Liège, Jeune Barreau, 1997, p. 133.

³⁸ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 340.

³⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie... », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ H. MOTULSKY, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, pp. 175-178.

⁴¹ Cass., 4 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1102 ; Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, p. 180 ; Cass., 21 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1261.

⁴² A.-M. FRISON-ROCHE, v° « Contradiction », in *Dictionnaire de la Justice* (sous la dir. de L. CADIET), Paris, Puf, 2004, p. 241.

⁴³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie... », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1997-II, p. 436, §33.

prendre connaissance des pièces, prétentions et argumentations de son adversaire, et d'en discuter⁴⁵. En troisième et dernier lieu, les parties jouissent de la faculté d'être mises au courant et de discuter de toute sorte de pièce soumise au juge par un autre intervenant⁴⁶.

Exposé de telle manière, ce dogme demeure principalement défini et caractérisé par certaines de ses incidences concrètes⁴⁷. De façon plus large, le principe du contradictoire peut être décomposé en deux droits consubstantiels : le « droit de participer à la procédure [et celui] d'être informé et de contester au cours de la procédure »⁴⁸ ; plus simplement, ces prérogatives peuvent aussi être exposées comme le « droit de savoir » et le « droit de discuter »⁴⁹.

§2. L'exercice du principe du contradictoire à quatre niveaux

Cette doctrine, ainsi représentée, s'exécute alors schématiquement à quatre degrés : entre les parties, vis-à-vis du juge, à l'égard de tout tiers intervenant pouvant éventuellement influencer sur la décision du juge et à l'égard des tiers à la cause⁵⁰.

A. Le principe du contradictoire entre les parties

Tout d'abord, pour ce qui concerne le « droit de savoir », le principe de la libre contradiction empêche qu'un procès ne soit introduit contre un individu qui n'en a pas été informé⁵¹ ; le défendeur doit en effet être informé de la demande en tant que telle ainsi que des griefs formulés par le demandeur⁵². À ce sujet, il est important de noter que, en droit belge, cette exigence s'applique tant à la demande principale qu'aux demandes incidentes introduites au cours du procès⁵³ ; de même, cela s'applique aux demandes en intervention⁵⁴. Ainsi, la partie défenderesse peut être considérée comme la « créancière » du droit de savoir⁵⁵ : effectivement, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée à tous les stades du procès* »⁵⁶. La Cour de cassation belge a remarquablement rappelé ces impératifs dans un arrêt notable de 1992⁵⁷.

Il est important de noter que cette exigence est d'application même dans le cadre d'un juge saisi par requête unilatérale rendant une décision à l'insu de l'autre partie au litige : en effet, le principe du contradictoire sera simplement « différé », la partie adverse disposant alors de la tierce opposition pour

⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1996-I, pp. 206-207, §31.

⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt Voisine c. France du 8 février 2000, <http://www.echr.coe.int> (9 juillet 2021).

⁴⁷ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 345.

⁴⁸ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 172.

⁴⁹ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 66.

⁵⁰ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 345.

⁵¹ J. NORMAND, « Les principes directeurs du procès civil en droit français », *Ann. Dr. Louvain*, 2004, p. 21.

⁵² J.-L. FAGNART, « Droits de la défense et faillite d'office », obs. sous Cass., 27 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1990, p. 244 ; Art. 702, 3° et 1034ter, 4°, C. jud.

⁵³ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 346.

⁵⁴ Voy. not. Liège, 13 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 852.

⁵⁵ L. ASCENSI, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁶ J. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1993, p. 32.

⁵⁷ Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 931.

faire valoir ses moyens et argumentations⁵⁸. Une procédure similaire est également en vigueur au niveau européen⁵⁹.

Ensuite, le « droit de discuter » implique le fait, pour chaque partie, de prendre connaissance et de discuter des pièces et prétentions soumises par son adversaire⁶⁰. De ce fait, toute décision de justice se présente alors comme « *le résultat d'une confrontation entre chacune des parties en cause* »⁶¹, ayant eu la possibilité de débattre des arguments soumis par l'autre partie ainsi que de les contester⁶².

B. Le principe du contradictoire à l'égard du juge

Premièrement, le juge endosse le rôle de contrôleur du principe de la libre contradiction, puisqu'il se doit de le faire respecter. Notamment, il doit s'assurer que les parties jouissent de suffisamment de temps pour préparer et élaborer leur défense, mais il doit aussi veiller à ce que les parties aient pris connaissance de toutes les pièces et argumentations devant lui invoquées. Tout manquement à cette exigence est sanctionné, tantôt par un report de l'audience en faveur de la partie lésée par la non-conformité à cette règle⁶³, tantôt par l'écart desdites pièces ou argumentations⁶⁴.

Deuxièmement, il convient de souligner que le juge lui-même est tenu de respecter le principe de la libre contradiction : il se doit d'informer les parties des initiatives qu'il décide de prendre⁶⁵ ; il doit notamment veiller à ne pas les surprendre en invoquant des éléments de fait ou de droit sur lesquels elles n'ont pas eu l'opportunité de s'exprimer⁶⁶. Effectivement, la Cour de cassation⁶⁷ a estimé que, lorsque le magistrat relève d'office un moyen, « *il doit s'acquitter envers [les parties] d'une dette de contradiction. Il s'agit de prévenir les plaideurs contre l'effet de surprise que provoque toute initiative par laquelle le tribunal ou la cour s'immiscerait motu proprio dans leur débat, sur fond de cause ou d'objet* »⁶⁸.

La Cour strasbourgeoise a d'ailleurs considéré, dans l'arrêt *Clinique des Acacias*, que ces impératifs résultaient directement de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁹, et ils ont été rappelés maintes fois par la suite⁷⁰.

⁵⁸ J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, « Chapitre 2 – Principes du contradictoire et de l'égalité des armes », in *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 1 : Principes directeurs du procès civil. Compétence – Action – Instance – Jugement* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 47-48.

⁵⁹ Cette procédure n'étant pas traitée dans le cadre de la présente rédaction, voy. not. G. DE LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 83 et s.

⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt Ruiz Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 262.

⁶¹ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 346.

⁶² J. VELU, *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à un droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2004, p. 28.

⁶³ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁴ Art. 740 et 747, C. jud.

⁶⁵ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 347 ; J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁶ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁷ Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2107.

⁶⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie... », *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias* c. France du 13 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 677.

⁷⁰ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Prikyan et Angelova* c. Bulgarie du 16 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 430 ; Cour eur. D.H., arrêt *Alexe* c. Roumanie du 3 mai 2016, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021) ; Cour eur. D.H., arrêt *Vegotex International* c. Belgique du 10 novembre 2020, *R.G.C.F.*, 2021, p. 37, §§87-88.

De ce principe découlent plusieurs conséquences. Notamment, si le juge soulève un moyen d'office et que les parties n'ont pas pu en discuter, il a l'obligation de rouvrir les débats afin de leur permettre de s'exprimer sur cela⁷¹ ; la réouverture des débats s'impose également lorsqu'un rejet de la demande est envisagé sur la base d'une exception que les parties n'ont pas invoquée⁷². De la même manière, lorsque des mesures d'instruction sont ordonnées d'office, elles doivent être exécutées de façon contradictoire⁷³ ; cela signifie, par exemple, que si le magistrat désigne un expert, les parties doivent être présentes à toutes les réunions, elles doivent recevoir son avis provisoire et jouir de la possibilité d'y répondre⁷⁴. De même, lorsque le juge écarte des pièces ou conclusions des débats en raison du non-respect par les parties du principe du contradictoire (voy. *supra*), il doit lui-même observer ce dernier en leur permettant d'être entendues à ce sujet⁷⁵, autrement il « [méconnaîtrait] le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense »⁷⁶.

De ce fait, les réouvertures des débats sur base de ce fondement sont abondantes, et la Cour de cassation souligne constamment l'importance de ce principe⁷⁷.

C. Le principe du contradictoire à l'égard de toute pièce transmise au juge par un autre intervenant

Le principe du contradictoire implique également le fait, pour les parties au litige, d'être mises au courant, de prendre connaissance et de débattre de tous les éléments soumis au juge par un expert⁷⁸, un magistrat indépendant⁷⁹, une autorité administrative⁸⁰ ou une juridiction⁸¹ qui seraient de nature à influencer sur l'issue du litige. Par exemple, lorsque le Ministère public émet un avis, ce dernier doit être porté à la connaissance des parties, afin qu'il soit également soumis à la contradiction⁸².

La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs rendu un arrêt de principe en la matière⁸³, qui a ensuite conduit le législateur belge à se conformer à cette jurisprudence : la loi du 14 novembre 2000⁸⁴ offre désormais aux parties la faculté de connaître et discuter l'avis du Ministère public⁸⁵.

⁷¹ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 91.

⁷² Art. 774, al. 2, C. jud.

⁷³ Art. 973, §1^{er}, C. jud.

⁷⁴ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁵ J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁶ Cass. (1^{re} ch.), 17 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2537 ; voy. également Cass. (3^e ch.), 29 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 348.

⁷⁷ Voy. not. Cass., 7 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2564 ; Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235.

⁷⁸ Cour eur. D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 2 juin 2005, *J.T.*, 2005, p. 519, §33.

⁷⁹ Cour eur. D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, *Juristenkrant*, 2001, p. 10, §65 ; G. MAES, « Recht op tegenspraak », *N.j.W.*, 2004, pp. 682 et s.

⁸⁰ Cour eur. D.H., arrêt Spang c. Suisse du 11 octobre 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021), §30.

⁸¹ Cour eur. D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 27 janvier 1997, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021), §24 ; Cour eur. D.H., arrêt Regner c. République Tchèque du 26 novembre 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/>, (13 juillet 2021).

⁸² J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 48.

⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, *Rev. dr. pen.*, 1996, p. 720.

⁸⁴ Loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'intervention du Ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation et, en matière civile, devant les juges du fond et modifiant les articles 420bis et 420ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 19 décembre 2000, p. 42218.

⁸⁵ A. SMETS, *op. cit.*, pp. 317-320 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées par l'affaire Fortis* (sous la dir. de J. ENGLEBERT), Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 177 et s.

D. Le principe du contradictoire à l'égard des tiers

Enfin, le principe de la libre contradiction se présente également comme un « outil de protection des tiers »⁸⁶ : il s'agit de l'interdiction, pour le juge, de condamner une partie tierce qui n'aurait pas été appelée à participer à l'audience⁸⁷.

Cet impératif peut être illustré par l'arrêt rendu en 2005 par la Cour d'arbitrage, dans lequel elle censura l'ancien article 841, alinéa 2, du Code judiciaire. Ce dernier prévoyait en effet que, lorsqu'un magistrat était récusé, il était, de manière directe et automatique, condamné aux dépens de l'audience en récusation à laquelle il n'avait pas participé⁸⁸. Étant tiers à la cause, nul juge ne peut se voir appliquer une telle condamnation sans que cela ne constitue une violation du la libre contradiction et, plus amplement, des droits de la défense⁸⁹.

Section III : La Cour européenne des droits de l'Homme

§1^{er}. Propos introductifs

Conformément à ce qui a été souligné dès les débuts de cette thèse, le principe du contradictoire s'érige en principe central du procès équitable⁹⁰. Ce dernier est consacré par l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme ; selon la Cour de Strasbourg, « *la notion de procès équitable comprend également le droit à un procès contradictoire qui implique le droit pour les parties de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* »⁹¹⁹².

Ceci étant posé, et malgré l'apparente clarté de cette définition, plusieurs litiges, relatifs à la question de savoir si le principe de la libre contradiction avait été respecté, ont surgi. Dans les paragraphes suivants, nous allons donc analyser l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, confrontée à de tels différends, ainsi que les principes sur lesquels elle s'est fondée lors de ses considérations.

⁸⁶ H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 348.

⁸⁷ A.-M. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, thèse, Paris II, 1988, pp. 91 et s.

⁸⁸ C.A., 9 février 2005, n° 30/2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 179.

⁸⁹ E. VIEUJEAN, « Examen de jurisprudence (1976 à 1983) – Personnes », *R.C.J.B.*, 1986, p. 645 ; A.-L. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1987, p. 282.

⁹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Kamasinski c. Autriche* du 19 décembre 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 168 ; R. ERGEC ET J. VELU, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 505 ; N. FRICERO, « Le droit à une procédure civile contradictoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2016, p. 382 ; M. MRCELA, « Adversarial Principle, the Equality of Arms and Confrontational Right – European Court of Human Rights Recent Jurisprudence », *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Osijek, University of Osijek, 2017, p. 18.

⁹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Mantovanelli c. France* du 18 mars 1997, *J.T.*, 1997, p. 495 ; Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias c. France* du 13 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 677, §37.

⁹² Notons que cette approche n'est pas unique à la Cour européenne des droits de l'Homme, nos voisins outre-Atlantique partageant également ce point de vue ; notamment, dans l'affaire *Morgan et al v United States et al*, la Cour Suprême des États-Unis a souligné que le droit de présenter ses propres arguments et le droit d'être informé des arguments de la partie adverse étaient des aspects essentiels d'une « audience équitable et ouverte ».

§2. La jurisprudence antérieure : une conception « formelle » du principe du contradictoire

En raison de l'importance capitale du principe du contradictoire⁹³, la Cour européenne des droits de l'Homme avait initialement opté pour une conception formelle de ce dogme.

Malgré le cas isolé de l'arrêt *Delcourt c. Belgique*, dans lequel la Cour a déclaré qu'il était important de regarder « outre les apparences » lorsqu'on examinait l'équité d'une procédure, en ayant notamment égard aux « réalités de la situation », et dans lequel elle a conclu à la non-violation de l'article 6, §1^{er}, de la Convention⁹⁴, l'approche stricte et formaliste du principe du contradictoire commence avec l'affaire *Borgers c. Belgique*⁹⁵. Dans cette dernière, la Cour a conclu à la méconnaissance du principe du contradictoire puisqu'il n'y avait pas de possibilité, pour l'une ou l'autre partie, de répondre aux observations de l'avocat général à la Cour de cassation⁹⁶.

Depuis lors, la Cour a, de manière constante, considéré qu'il était irrelevait de « savoir si les éléments soustraits à la contradiction apportent quoique ce soit de 'nouveau' au débat, et méritent de ce fait objectivement d'être discutés par les parties »⁹⁷. Dans l'affaire *Nideröst-Huber c. Suisse*, la Cour a d'ailleurs estimé que l'appréciation consistant dans l'incidence qu'auraient les observations des parties n'appartient qu'à elles, puisque « c'est à elles de juger si un document appelle des commentaires »⁹⁸ ou non ; dans ce même arrêt, elle a poursuivi en précisant qu'elle a procédé à de telles considérations en raison de ce qu'il y avait en jeu en l'espèce, à savoir la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice⁹⁹.

Ainsi, vu le caractère insignifiant de la potentielle influence des éléments non soumis à la contradiction¹⁰⁰ sur la décision intervenue, la Cour strasbourgeoise a par exemple retenu une violation de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme quand bien même le juge avait explicitement décidé de ne pas prendre en considération les pièces et moyens soustraits à la contradiction¹⁰¹, ou lorsque ces derniers n'apportaient aucune nouveauté à ce qui avait déjà été présenté et débattu¹⁰² ; plus faramineuse encore fut sa décision de conclure à la violation du principe du contradictoire même lorsque les arguments, pièces ou moyens non soumis au sacrosaint principe

⁹³ G. DE LEVAL ET J. VAN COMPERNOLLE, « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », *J.T.*, 2012, p. 512.

⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 11, §§31-38.

⁹⁵ O. J. SETTEM, *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings. With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*, New York, Springer, 2016, p. 221.

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 2.

⁹⁷ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie... », *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *Rev. Trim. D.H.*, 1996, p. 627, §49 ; Cour eur. D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 27 janvier 1997, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021), §29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Beer c. Autriche* du 6 février 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021), §18 ; P. VAN DIJK ET M. VIERING, « Right to a Fair and Public Hearing », in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (sous la dir. de P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN ET L. ZWAAK), Anvers, Intersentia, 2006, p. 584.

⁹⁹ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 154.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §38.

¹⁰² Opinion dissidente de M. le juge LOPES ROCHA, sous Cour eur. D.H., arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, *Journ. proc.*, 1996, p. 25.

de la libre contradiction « seraient, en réalité, favorables aux thèses soutenues devant les juridictions nationales par la partie requérante »¹⁰³.

Cette approche formelle du principe du contradictoire a été maintenue, la Cour semblant de ce fait ne pas réellement prendre en considération le principe de célérité et de l'économie de la procédure – autres éléments du procès équitable tels que garantis par l'article 6, §1^{er}, de la Convention¹⁰⁴ : ces derniers sont en effet négligés si l'on « sanctuarise » ou « surestime »¹⁰⁵ le principe de la libre contradiction de la sorte¹⁰⁶.

La Cour devait-elle indubitablement estimer, d'une part, que la possibilité de présenter des observations était essentielle et, d'autre part, qu'il n'y avait pas de réels avantages en termes d'efficacité et d'économie. Partant, il est logique qu'elle ait longtemps considéré que le fait de restreindre la possibilité de répondre à des observations spécifiques constituait une restriction disproportionnée des droits procéduraux des parties, et donc une violation du droit à un procès équitable¹⁰⁷.

§3. Revirement de jurisprudence et consécration d'une approche pragmatique du principe du contradictoire : l'arrêt *Verdú Verdú contre Espagne*

A. Préliminaires

Nonobstant le fait que le principe de la libre contradiction constitue l'une des pierres angulaires du droit fondamental à un procès équitable promu par l'article 6, §1^{er} de la Convention¹⁰⁸, en 2007, la Cour de Strasbourg change son fusil d'épaule et s'aligne avec son ancien arrêt *Delcourt c. Belgique* (voy. *supra*), en adoptant donc une approche finaliste et pragmatique du contradictoire¹⁰⁹ : cet heureux revirement est le fait de l'arrêt *Verdú Verdú c. Espagne*¹¹⁰.

B. Prémisses du revirement jurisprudentiel

Des prémisses de ce changement d'approche peuvent cependant être aperçues dans l'affaire *Stepinska c. France*¹¹¹ de 2004 : cela concernait une procédure civile devant la Cour de cassation française. Le mémoire de l'avocat général à la Cour de cassation, demandant le rejet du pourvoi du requérant, n'avait pas été communiqué à ce dernier qui n'avait donc pas eu la possibilité d'y répondre ; la Cour de cassation avait ensuite procédé au rejet du pourvoi du requérant, comme demandé par l'avocat général. Dans le cas d'espèce, la Cour a cependant estimé que le principe du contradictoire n'avait pas été violé

¹⁰³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 105.

¹⁰⁴ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire », *J.T.*, 2007, p. 545.

¹⁰⁵ G. DE LEVAL ET J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 512.

¹⁰⁶ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 230.

¹⁰⁸ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 387.

¹⁰⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception... », *op. cit.*, p. 545 ; G. DE LEVAL ET J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 512.

¹¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 543.

¹¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Stepinska c. France* du 10 novembre 2004, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

puisque « le dépôt d'une note en délibéré en réponse aux conclusions orales de l'avocat général n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige, dans la mesure où la solution juridique retenue ne prêtait pas à discussion »¹¹².

Cette affaire est considérée uniquement comme une prémisse du revirement de jurisprudence de la Cour strasbourgeoise¹¹³, puisque la Cour de cassation de France avait fondé sa décision sur une règle de droit claire et non équivoque, qui commandait de rejeter le pourvoi du requérant pour des raisons formelles ; ainsi, permettre au requérant de répondre aux conclusions de l'avocat général n'aurait pas pu avoir d'impact sur l'issue de la procédure¹¹⁴. Notons par ailleurs que la Cour a adopté le même raisonnement dans les affaires *P.D. c. France*¹¹⁵ et *Sale c. France*¹¹⁶.

C. L'arrêt Verdú Verdú contre Espagne

L'arrêt *Verdú Verdú c. Espagne*, quant à lui, marque encore plus le coup, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme revient entièrement sur son ancienne jurisprudence. Cette affaire concernait une procédure pénale dans laquelle le Ministère public avait fait appel de la décision d'une juridiction inférieure, et dans laquelle le mémoire d'adhésion à l'appel de ce premier, introduit par la partie adverse, n'avait pas été communiqué au requérant. En l'espèce, la Cour attache à nouveau une importance décisive à l'hypothèse selon laquelle le fait, pour le requérant, de ne pas avoir eu l'occasion de répondre audit mémoire d'adhésion n'aurait pas pu affecter l'issue du litige¹¹⁷.

Elle a en effet estimé que « la communication du mémoire d'adhésion à l'appel du Ministère public et la possibilité pour le requérant de répliquer aussi à ce dernier n'aurait pu avoir aucune incidence sur l'issue du litige devant l'Audiencia provincial. En effet [la Cour] ne voit pas en quoi l'absence d'un tel acte pourrait avoir porté atteinte à ses droits ou avoir réduit les chances du requérant de présenter, devant l'Audiencia provincial, les arguments qu'il estimait nécessaires à sa défense, alors qu'il a lui-même reconnu dans la requête que le mémoire d'adhésion du plaignant coïncidait avec les prétentions du Ministère public. »¹¹⁸.

De ce fait, elle conclut à la non-violation du principe du contradictoire. Elle poursuit même en considérant que retenir un manquement audit principe équivaldrait à « lui reconnaître un droit sans réelle portée ni substance »¹¹⁹.

Les retombées d'une telle décision sont multiples. Par exemple, le devoir du juge de rouvrir les débats lorsqu'il relève d'office un moyen ne reste d'application que dans l'hypothèse où cela surprendrait les

¹¹² *Ibid.*, §18.

¹¹³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception... », *op. cit.*, p. 545.

¹¹⁴ O. J. SETTEM, *op. cit.*, pp. 232-233.

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt P.D. c. France du 12 avril 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

¹¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt Sale c. France du 21 juin 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

¹¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt Verdú Verdú c. Espagne du 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 543, §§17, 25-26 et 29.

¹¹⁸ *Ibid.*, §§25-27.

¹¹⁹ *Ibid.*, §28 ; Cour eur. D.H., arrêt Stepinska c. France du 10 novembre 2004, *précité*, §18 ; Cour eur. D.H., arrêt P.D. c. France du 12 avril 2006, *précité*, §§30 et s.

parties¹²⁰. Similairement, nulle juridiction ne conclurait à une violation du principe de la libre contradiction dans le cas où le juge aurait explicitement décidé de ne pas prendre en considération les pièces et moyens soustraits à la contradiction, ou lorsque ces derniers n'apporteraient aucune nouveauté à ce qui avait déjà été présenté et débattu, contrairement à ce qui fut retenu, respectivement, dans les arrêts *Kuopila c. Finlande*¹²¹ et *Lobo Machado c. Portugal*¹²².

Il importe de souligner que la Cour strasbourgeoise franchit ici une étape supplémentaire : dans les prémisses susmentionnées¹²³, il s'agissait à chaque fois d'une décision prise par la juridiction en question sur la base d'une règle juridique claire et précise – la non-communication, à la partie requérante, des observations faites par le magistrat indépendant à ladite juridiction n'influençant aucunement l'issue du litige. En revanche, dans l'arrêt *Verdú Verdú c. Espagne*, le tribunal qui avait condamné le requérant en appel avait procédé à une requalification juridique des faits déclarés par la juridiction inférieure ; la Cour a ainsi focalisé son intérêt sur le préjudice réel¹²⁴, en ce sens que l'on ne retiendrait une violation de la libre contradiction que si cela concernait un aspect qui aurait pu influencer l'issue du litige¹²⁵. Elle note en effet que « *ce qui compte en l'occurrence est l'impossibilité ou non pour le requérant de se défendre de façon effective en raison dudit défaut de communication, c'est-à-dire, si la communication du mémoire en question aurait eu, ou non, une incidence sur le litige.* »¹²⁶.

Observons, enfin, que ce revirement de jurisprudence n'apparaît pas sans prévenir. Plus précisément, des opinions dissidentes aux jugements de la Cour européenne des droits de l'Homme qui renaient une conception formaliste du contradictoire surgissaient régulièrement : déjà en 1996, le Juge Franz Matscher marque son désaccord dans les arrêts *Vermeulen c. Belgique* et *Bulut c. Autriche*. Selon lui, constater une violation du principe du contradictoire systématiquement, à chaque fois que l'une des parties n'a pas été invitée à commenter une pièce donnée, quelles que soient les circonstances, ne contribue pas nécessairement à une meilleure protection des intérêts des parties au litige¹²⁷. Il estime en effet que retenir une méconnaissance de l'article 6 « *en raison de l'omission de l'envoi à la défense des observations anodines du procureur général constitue une perversion de la très sage maxime selon laquelle 'le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs'* »¹²⁸.

À titre informatif, notons que seulement quelques années après l'arrêt *Borgers c. Belgique* – constituant le premier dans lequel la Cour a adopté une approche formelle du contradictoire (voy. *supra*) – le juriste et juge fédéral suisse Olivier Jacot-Guillarmod exprimait déjà du scepticisme vis-à-vis de cette conception : il écrivait en effet que ce n'est qu'en prenant en compte les « *réalités de la situation* » que

¹²⁰ G. DE LEVAL ET J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 513.

¹²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, *précité*, §38.

¹²² Cour eur. D.H., arrêt *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, *précité*, §14.

¹²³ Cour eur. D.H., arrêt *Stepinska c. France* du 10 novembre 2004, *précité* ; Cour eur. D.H., arrêt *P.D. c. France* du 12 avril 2006, *précité* ; Cour eur. D.H., arrêt *Sale c. France* du 21 juin 2006, *précité*.

¹²⁴ J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁵ G. DE LEVAL ET J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 512.

¹²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, *précité*, §25.

¹²⁷ Opinion dissidente de M. les juges F. GÖLCÜKLÜ, F. MATSCHER ET L.-E. PETTITI, §6, sous Cour eur. D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *précité*.

¹²⁸ Opinion dissidente de M. le juge F. MATSCHER, §3, sous Cour eur. D.H., arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *précité*.

la Cour peut garantir que l'article 6 de la Convention protège « *des droits qui ne sont pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs* »¹²⁹.

§4. Une jurisprudence fluctuante depuis lors

Conformément à ce qui a été mis en avant dans le paragraphe précédent, les affaires *Stepinska c. France*, *P.D. c. France*, *Sale c. France* et *Verdú Verdú c. Espagne* se présentent comme celles ayant défié la conception formelle et stricte du contradictoire ; grâce à elles, des avantages considérables en termes de célérité et d'économie de la procédure ont pu voir le jour et, pour cette raison, nous les saluons. Néanmoins, nous avons ressenti une certaine tension entre l'approche majoritaire dans l'arrêt *Verdú Verdú c. Espagne* et le point de vue de la Cour européenne des droits de l'Homme dans un certain nombre d'arrêts subséquents¹³⁰. Plus précisément, la Cour donne surtout l'impression de ne pas savoir se décider quant à la position à adopter, prenant ainsi des décisions alternant une conception formelle du contradictoire et un approche plutôt matérielle et pragmatique.

D'un côté, dans plusieurs affaires, la Cour de Strasbourg a soigneusement tenu à limiter les effets de son arrêt *Verdú Verdú c. Espagne*, en ce sens qu'elle a décrit les circonstances de l'affaire comme étant « exceptionnelles » ; elle a ensuite procédé en réitérant son ancienne jurisprudence¹³¹. Elle a par exemple rappelé que la notion de « procès équitable » implique également le droit à une procédure contradictoire, en vertu de laquelle les parties doivent avoir la possibilité de prendre connaissance de tous les éléments de preuve et observations présentés en vue d'influencer la décision du tribunal, et de les commenter¹³².

De même, elle a rappelé que le principe du contradictoire poursuivait aussi un autre but, qui est celui de faire en sorte que les justiciables aient confiance dans le fonctionnement de la justice¹³³ ; elle a notamment observé que « *les parties à un litige doivent avoir la possibilité d'indiquer si elles estiment qu'un document appelle des commentaires de leur part. Il en va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice : elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce du dossier* »¹³⁴.

Dans le même sens, dans une affaire plus récente, elle a considéré que, en cas de non-communication d'une pièce spécifique, « l'effet concret » de cette dernière, ou le fait qu'elle ne comporte pas de

¹²⁹ O. JACOT-GUILLARMOD, « Rights Related to Good Administration of Justice », in *The European System for the Protection of Human Rights* (sous la dir. de R.S.G. MACDONALD, F. MATSCHER ET H. PETZOLD), Leiden, Brill-Nijhoff, 1993, pp. 403-404.

¹³⁰ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 234.

¹³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Vokun c. République Tchèque* du 20 mars 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §§27-29 ; Cour eur. D.H., arrêt *Baccichetti c. France* du 18 février 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §31.

¹³² Cour eur. D.H., arrêt *Benet Praha, Spol S.R.O.* du 24 mai 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §139.

¹³³ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 387 ; concernant cet objectif du principe du contradictoire, voy. également arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 27 janvier 1997, *précité*, §29 ; F. CLAUSEN, *op. cit.*, p. 684.

¹³⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Wyssenbach c. Suisse* du 22 janvier 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §37 ; voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Ferreira Alves c. Portugal* du 21 juin 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §41 ; Cour eur. D.H., arrêt *Asnar c. France* du 18 octobre 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §25.

nouveaux arguments ou éléments de preuve, n'étaient pas pertinents pour estimer s'il y avait eu ou non violation du principe du contradictoire¹³⁵.

De l'autre côté, la Cour s'appuie sur la condition de recevabilité de l'article 35, §3, sous b), de la Convention, lorsqu'elle examine des requêtes alléguant que la non-communication d'une pièce spécifique a constitué une violation du droit à un procès équitable¹³⁶. L'article susmentionné stipule que : « *La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne.* »¹³⁷.

De cette tendance apparaît clairement que la Cour considère que l'utilisation du critère du « préjudice important/réel » dans ces décisions est effectivement pertinente à la compréhension du contenu de l'article 6, §1^{er}, de la Convention. Ainsi, cela signifie qu'elle se livrerait à un examen du respect du contradictoire *in concreto*, ce qui est donc diamétralement opposé à une conception formelle de ce principe¹³⁸.

Un exemple de cette méthode réside dans l'affaire *Maravić Markeš c. Croatie*. En l'espèce, le requérant se plaignait du défaut de communication, de la part de la juridiction administrative croate, des observations faites à celle-ci par l'Office municipal ; l'État défendeur, quant à lui, demandait à la Cour de rejeter la demande. Tout en rappelant l'importance capitale, pour une partie, de la transmission de tout élément relatif à sa cause et de la faculté de pouvoir y répondre, la Cour a conclu à la violation du principe du contradictoire, non pas en se basant sur cette conception abstraite et formelle du contradictoire, mais en se demandant si le requérant avait réellement subi un préjudice. En l'occurrence, elle répondit à cette question par l'affirmative, puisque les observations introduites par l'Office municipal comportaient de nouveaux éléments sur lesquels la juridiction administrative s'était fondée pour rendre la décision litigieuse¹³⁹.

Lorsque la Cour raisonne de la sorte, elle donne l'impression qu'elle est maintenant prête, dans une plus large mesure qu'auparavant, à considérer la non-communication d'observations spécifiques comme justifiée, ou excusable, sur la base de considérations visant à déterminer si ledit défaut de communication a réellement et effectivement porté préjudice au requérant¹⁴⁰.

¹³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Trančíková c. Slovaquie* du 13 janvier 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §§37-49.

¹³⁶ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 235.

¹³⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 35, §3, b), *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹³⁸ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 238.

¹³⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Maravić Markeš c. Croatie* du 9 avril 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021), §§39-41 et 50-57.

¹⁴⁰ O. J. SETTEM, *op. cit.*, p. 238.

§5. Conclusion

Nous pouvons donc conclure en constatant que, malgré son « revirement » de jurisprudence avec l'arrêt *Verdú Verdú c. Espagne*, la Cour strasbourgeoise n'a pas maintenu cette orientation ; cependant, elle n'est pas non plus revenue sur cet enseignement particulier, puisque sa jurisprudence fluctue depuis lors. De ce fait, une détermination précise et absolue de l'approche qu'elle entend adopter vis-à-vis de la libre contradiction demeure impossible, étant donné que « *les deux conceptions du contradictoire coexistent et s'opposent au sein de [sa jurisprudence]* »¹⁴¹.

En ce qui nous concerne, nous ne pouvons que plaider pour l'adoption effective d'une approche matérielle et pragmatique du principe du contradictoire. Une de ces raisons réside dans le fait qu'une telle conception procède du bon sens. Certes, il est important que les parties disposent de la faculté de commenter et contredire tout élément soumis au juge, mais cela n'équivaut pas nécessairement au fait d'avoir le « dernier mot »¹⁴² ; en effet, tel que l'a souligné l'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'Homme, « *la procédure contradictoire ressemble à un jeu de tennis de table qu'il faut arrêter à un certain moment, faute de quoi la partie pourrait durer indéfiniment* »¹⁴³.

Section IV : Le principe du contradictoire et la renonciation aux droits fondamentaux : un aménagement contractuel de la contradiction est-il envisageable ?

§1^{er}. Définition

La renonciation à un droit fondamental s'entend comme les actes ou les faits juridiques par lesquels un sujet de droit exprime sa volonté expresse ou tacite d'abandonner une prérogative ou de s'en dépouiller, de manière telle qu'il ne pourra plus s'en prévaloir, alors qu'il pourrait normalement l'exercer¹⁴⁴.

§2. Cadre juridique

A. La Convention européenne des droits de l'Homme : inexistence d'un droit de renoncer

En raison du poids et des conséquences d'une renonciation à un droit fondamental, nous ne serons pas surpris d'observer que la Convention européenne des droits de l'Homme ne traite aucunement de cette

¹⁴¹ M.-A. BEERNAERT ET F. KRENC, « Un arbitrage pragmatique interne à l'article 6 : le délai raisonnable comme tempérament à d'autres garanties du procès équitable », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice* (sous la dir. de M.-A. BEERNAERT, C. DE VALKENEER, V. LETELLIER ET S. SAROLÉA), Bruxelles, Larcier, 2010, p. 221.

¹⁴² *Ibid.*, p. 231.

¹⁴³ Opinion dissidente de M. le juge J.-P. COSTA, sous Cour eur. D.H., arrêt *Asnar c. France* du 18 octobre 2007, *précité*.

¹⁴⁴ P. FRUMER, « La renonciation aux droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de N. BONBLED ET M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 369-370.

problématique ; la Cour de Strasbourg n'a, en effet, jamais développé ou émis de « principe général de renonciation ». Toutefois, relativement au droit à un procès équitable, elle a maintes fois admis que « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention [n'empêchaient] une personne de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable* »¹⁴⁵. Il convient néanmoins de préciser qu'il semble s'agir là d'une *faculté* : ainsi, un individu titulaire d'un droit fondamental ne disposerait pas d'un véritable *droit* de renoncer à l'exercice de celui-ci¹⁴⁶.

B. Arguments susceptibles de baser un droit à la renonciation

Malgré l'apparente inexistence d'un droit de renoncer, la Convention n'est pas entièrement insensible aux intentions renonciatrices : théoriquement, elle abriterait certains fondements d'un droit à la renonciation.

En premier lieu, nous retrouvons le droit à l'autonomie individuelle. Bien que ne figurant pas, en tant que tel, dans la Convention, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que le droit à l'autonomie personnelle pouvait être perçu comme un principe majeur sous-tendant l'interprétation du droit à la vie privée et familiale, promu par l'article 8 de la Convention¹⁴⁷¹⁴⁸.

Elle avait en effet déjà affirmé auparavant qu'il était « *ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de 'vie privée'* »¹⁴⁹ ; postérieurement, elle est venue préciser que ce concept s'entendait de « *la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend* »¹⁵⁰. Ce faisant, la Cour strasbourgeoise établit intelligiblement un lien entre la vie privée et l'autonomie.

De ce fait, il est possible de concevoir l'existence d'un droit de renoncer découlant directement de l'article 8 de la Convention, circonscrit par les limites posées par le deuxième paragraphe de cette même disposition, à savoir, les droits et libertés d'autrui, la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, ainsi que la protection de la santé ou de la morale¹⁵¹. La Cour a notamment entériné cette approche dans plusieurs affaires¹⁵²¹⁵³.

¹⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Struresson c. Suède du 21 février 1990, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 171-A ; Cour eur. D.H., arrêt Sejdovic c. Italie du 1^{er} mars 2006, *J.T. – dr. eur.*, 2006, p. 126 ; Cour eur. D.H., arrêt Yoldas c. Turquie du 23 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1256.

¹⁴⁶ A. VERHOUSTRAETEN, *La renonciation aux libertés fondamentales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015, prom. : O. DE SCHUTTER, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3563> (date de dernière consultation 19 juillet 2021), p. 59.

¹⁴⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 8, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, *J.T.*, 2002, p. 590, §61.

¹⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 251-B, §29.

¹⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, *précité*, §62.

¹⁵¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 8, §2, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

¹⁵² Cour eur. D.H., arrêt Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 733 ; Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, *précité* ; Cour eur. D.H., K.A. et A.D. c. Belgique du 17 février 2005, *J.T. – dr. eur.*, 2005, p. 95.

¹⁵³ Les affaires en question concernant notamment le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique, nous n'analyserons pas plus en profondeur cela, le but étant uniquement de mettre en lumière, pour les besoins de notre thèse, qu'un droit à la renonciation a explicitement été reconnu par la Cour de Strasbourg.

Apparaît ensuite la liberté contractuelle. Certes, la Convention ne garantit aucunement un droit à la liberté contractuelle, mais elle peut constituer l'un des fondements du droit de renoncer : même si ce cas de figure demeure relativement peu fréquent, il existe tout de même des hypothèses où la renonciation est le fruit d'un contrat. Songeons par exemple aux « conventions de suicide », par lesquelles l'une des parties aide l'autre à mettre fin à ses jours, ou encore aux conventions mettant en avant les règles d'un « jeu de torture », par lesquelles les parties peuvent renoncer, fût-ce de manière partielle, à leur droit à l'intégrité physique¹⁵⁴.

Au travers de ces exemples introductifs, nous avons ainsi pu remarquer que la liberté contractuelle n'est pas sans conséquence : impliquant une large autonomie de la volonté, des contrats dont l'objet équivaut à renoncer à un droit fondamental, autrement garanti, sont possibles.

Notons, à titre de remarque, que le droit à la liberté contractuelle n'est incontestablement pas dépourvu de liens avec l'autonomie individuelle.

§3. Les conditions nécessaires à la validité d'une volonté abdicative

Ceci étant posé, rappelons à présent que cela est également envisageable pour ce qui concerne le principe du contradictoire, puisque « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer aux garanties d'un procès équitable* »¹⁵⁵. Plus précisément, cela n'est pas uniquement *envisageable*, puisque le domaine de prédilection de la problématique de la renonciation est celui des garanties procédurales¹⁵⁶. Pensons notamment à la renonciation à la publicité des débats lorsqu'une partie souhaite le huis clos, ou encore à la renonciation au droit d'accès au juge lorsque les parties conviennent entre elles d'une clause d'arbitrage¹⁵⁷.

Toutefois, afin qu'une telle renonciation puisse être considérée comme valable, il est nécessaire de rencontrer certaines conditions : la renonciation doit être établie de manière non équivoque, libre et éclairée¹⁵⁸¹⁵⁹.

A. Une renonciation non équivoque

Premièrement, dès 1985, la Cour strasbourgeoise a affirmé que toute renonciation doit être dénuée d'équivoque¹⁶⁰ ; cela signifie que la volonté abdicative du justiciable doit être certaine et qu'aucun doute, aussi minime soit-il, ne peut exister.

¹⁵⁴ A. VERHOUSTRAETEN, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Struresson c. Suède du 21 février 1990, *précité* ; Cour eur. D.H., arrêt Sejdicovic c. Italie du 1^{er} mars 2006, *précité* ; Cour eur. D.H., arrêt Yoldas c. Turquie du 23 février 2010, *précité*.

¹⁵⁶ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 249.

¹⁵⁷ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 81.

¹⁵⁸ Conseil de l'Europe, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable*, 2021, p. 10 ; voy. à titre d'exemple Cour eur. D.H., arrêt Suda c. République Tchèque du 28 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1080, §§48-49.

¹⁵⁹ P. FRUMER, « La renonciation ... », *op. cit.*, p. 377.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt Colozza c. Italie du 12 février 1985, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 89, §28.

Cela ne signifie tout de même pas que telle volonté ne pourrait pas être tacite¹⁶¹. En effet, dans une affaire concernant la publicité des audiences, la Cour a jugé que la partie concernée avait renoncé tacitement à des débats publics puisque, devant la juridiction dont il était question, les audiences se déroulaient sans public, les intéressés disposant cependant du droit d'en solliciter une publique. Ne formulant pas une telle demande, la Cour jugea que la partie avait renoncé, de manière tacite et non équivoque, à son droit à une audience publique¹⁶².

Notre Cour de cassation a également confirmé cela dans plusieurs arrêts ; elle a en effet estimé que nulle renonciation ne peut se présumer, et qu'elle ne peut être déduite que de faits ne pouvant pas être interprétés autrement¹⁶³.

B. Une renonciation libre

Ensuite, par « renonciation libre » on entend une renonciation dépourvue de toute contrainte¹⁶⁴. La personne de laquelle émanent ces pressions n'importe aucunement, ni même le contexte dans lequel une telle contrainte se produit. Toutefois, seule la contrainte illégitime entre en ligne de compte ; par exemple, nous le savons, le fait pour un individu d'accepter une transaction pénale implique la renonciation, par celui-ci, à son droit à un tribunal impartial. En ce sens, la Cour a ainsi déjà considéré que « *si la perspective de comparaître devant un juge pénal est de nature à inciter beaucoup d'accusés à se montrer accommodants, la pression qu'elle exerce n'a rien d'incompatible avec la Convention* »¹⁶⁵.

C. Une renonciation éclairée

Enfin, la volonté abdiquative de la personne concernée doit être éclairée, ce qui signifie qu'elle doit avoir pris la décision de renoncer à son droit en connaissance de cause¹⁶⁶ ; autrement dit, elle doit comprendre, tant la portée du droit auquel elle renonce, que toutes les conséquences découlant de sa renonciation¹⁶⁷.

§4. L'aménagement contractuel du principe du contradictoire : une hypothèse concevable ?

Conformément à ce qui vient d'être énoncé, une renonciation au principe de la libre contradiction est parfaitement possible. Comme nous l'avons souligné, le justiciable doit manifester, de manière expresse

¹⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt *Exel c. République Tchèque* du 5 juillet 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/> (22 juillet 2021), §46.

¹⁶² Cour eur. D.H., arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse* du 24 juin 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 263.

¹⁶³ Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1032 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 518.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, <http://hudoc.echr.coe.int/> (22 juillet 2021), §51.

¹⁶⁵ *Ibid.*, §51.

¹⁶⁶ O. DE SCHUTTER ET J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », CRIDHO Working Paper, 2005/1, <http://cridho.uclouvain.be> (date de dernière consultation : 23 juillet 2021), p. 25.

¹⁶⁷ P. FRUMER, « La renonciation ... », *op. cit.*, p. 393 ; Cour eur. D.H., arrêt *Panovits c. Chypre* du 11 décembre 2008, *Juristenkrant*, 2009, p. 10, §68.

ou tacite, sa volonté abdicative. Si nous prenons en considération le cas de figure d'une manifestation expresse de cette volonté, il est évident que cela peut prendre la forme d'un contrat, à la condition que cela respecte, d'une part, les conditions de validité de toute convention¹⁶⁸ et, d'autre part, les conditions de validité de l'acte de renonciation (voy. *supra*).

Ceci nous permet donc de répondre affirmativement à la question posée dès le début de cette section : un aménagement contractuel du principe du contradictoire n'est donc pas uniquement *concevable*, mais tout à fait possible.

Chapitre II : Les modes alternatifs de règlement des litiges

Introduction

Dans nombre de sociétés, lorsqu'un litige surgit, il est de coutume de solliciter l'avis d'un sage. Ainsi, dans le monde, diverses pratiques ont vu le jour et ont fait en sorte que les parties en litige ou en désaccord se réconcilient. L'objectif partagé de ces différents processus était celui de parvenir à résoudre des conflits sans franchir la porte des cours et tribunaux¹⁶⁹. C'est de cette manière que les modes alternatifs de règlement des litiges se sont développés.

§1^{er}. L'essor des modes alternatifs de résolution de différends

Les modes alternatifs de résolution des conflits sont des procédés séculaires, en ce sens qu'ils existent depuis très longtemps : en effet, ils sont « *tout aussi anciens – voire plus anciens – que la justice étatique* »¹⁷⁰. Néanmoins, ce n'est que depuis quelques décennies qu'ils ont à nouveau suscité de l'intérêt : c'est à partir des années 1980, dans le nord du continent américain, qu'ils sont redevenus populaires, pour se répandre ensuite dans le reste du monde¹⁷¹.

Le regain d'intérêt connu par ces méthodes est dû à deux raisons principales. Au premier rang, nous retrouvons sans surprise l'arriéré judiciaire et l'engorgement des cours et tribunaux : le désir de tout individu étant de voir son litige tranché de manière rapide, il est alors normal que l'on se tourne vers d'autres pratiques plus satisfaisantes en-dehors des juridictions classiques¹⁷². En sus, comme l'a brillamment souligné Georges de Leval, « *une justice retardée est de plus en plus ressentie comme une justice refusée* »¹⁷³. Ensuite, se range le fait qu'une condamnation judiciaire peut être perçue comme

¹⁶⁸ Voy. art. 1108, C. civ.

¹⁶⁹ Site de la Commission fédérale de médiation, « Résolution des conflits », <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/resolution-des-conflits> (date de dernière consultation : 23 juillet 2021).

¹⁷⁰ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 303.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 303.

¹⁷² D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 126.

¹⁷³ G. DE LEVAL, « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi ? », *Les droits de la défense : actes du colloque « Jacques Henry » organisé par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège le 28 mars 1997*, Liège, Jeune Barreau, 1997, p. 208.

étant humiliante et provocatrice de blessures ou amertumes ; c'est ainsi que l'obtention d'une solution par la voie de la négociation et de procédures amiables se présente comme la meilleure issue, se souciant en outre davantage de la question de l'équité qu'une procédure judiciaire classique¹⁷⁴.

Ce qui permet de recourir à de telles pratiques est, bien entendu, le principe de l'autonomie de la volonté ; de ce fait, et pour autant qu'ils ne se heurtent à la loi, le nombre de ces processus est hypothétiquement infini¹⁷⁵.

§2. Notions

Très généralement, sous le vocable « modes alternatifs de règlement des litiges », ou « *Alternative Dispute Resolution* » en anglais, l'on regroupe tous les différents procédés par lesquels il est fait appel à un tiers pour résoudre, de façon amiable, le conflit qu'oppose les parties¹⁷⁶. Ainsi, l'on pourrait aussi purement et simplement utiliser le terme « modes de résolution amiable », ce qui permettrait de cerner plus aisément quels sont les véritables processus visés : en effet, l'on comprendrait mieux qu'il n'est pas fait référence à l'arbitrage puisque, même s'il est parfois caractérisé (erronément ?) de mode alternatif de règlement des différends, il s'achève sur une décision contraignante prise par un tiers « *qui pose un acte juridictionnel* », tout comme la procédure judiciaire classique¹⁷⁷.

Pour expliquer cela autrement, le qualificatif « alternatif » de ces procédés peut s'entendre de deux manières. *Primo*, il s'agit d'une voie alternative puisqu'elle consiste à parvenir à une solution par un autre moyen que le moyen judiciaire : en cela, l'arbitrage, ainsi que la tierce décision obligatoire, sont effectivement alternatifs, mais en pratique ils sont complémentaires à la voie judiciaire, en ce qu'il existe une forte coopération entre les cours et tribunaux et les acteurs de ces méthodes alternatives. *Secundo*, l'attribut alternatif peut également désigner l'essence même de ces modes, à l'occasion desquels le conflit n'est pas *tranché* par un tiers : ainsi, la médiation en est l'exemple flagrant, puisqu'elle est véritablement extérieure à la justice étatique, et également parce que le médiateur aide les parties et les encourage à trouver une solution par elles-mêmes – ce qui est une tâche fondamentalement distincte de celle d'un juge classique. Dans cette dernière acception, l'arbitrage et la tierce décision obligatoire ne sont aucunement alternatifs, en ce sens que le tiers prend une décision contraignante qui est ainsi imposée aux parties¹⁷⁸.

§3. Enjeux et atteintes possibles au principe du contradictoire

La diversité et la complexité du domaine des modes alternatifs de règlement des différends sont inhérentes au fait que les approches et les techniques de ces méthodes cherchent à fournir des

¹⁷⁴ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 126.

¹⁷⁵ O. CAPRASSE ET N. BIESSAUX, *op. cit.*, p. 247.

¹⁷⁶ P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR, « Introduction », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 53.

¹⁷⁷ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 303.

¹⁷⁸ O. CAPRASSE ET N. BIESSAUX, *op. cit.*, p. 247.

solutions constructives et à indiquer comment les gens peuvent gérer leurs désaccords au mieux. Nous le savons, les situations de conflit ne connaissent pas de frontières, qu'elles soient géographiques, organisationnelles, physiques ou humaines. Ainsi, en tant que tel, le domaine possède d'innombrables facettes et les questions qu'elles soulèvent sont nombreuses¹⁷⁹.

D'aucuns prétendent que les modes alternatifs de résolution des litiges, qui, comme nous l'avons souligné, prennent leur essor en Amérique du Nord et dans les pays de *common law*, seraient plus enclin à une justice dite « non formelle », faisant l'impasse sur les principes encadrant la justice étatique. Certes, il faut que la justice soit plus proche des citoyens afin que ces derniers participent à la résolution des litiges auxquels ils sont confrontés¹⁸⁰ ; néanmoins, ainsi que le rappelle lumineusement Louis Assier-Andrieu, « *ce n'est pas parce qu'on règle un différend hors du tribunal qu'on le règle hors de l'État et hors de son droit* »¹⁸¹. Évidemment, ce qui rend ces pratiques tant séduisantes est l'idée d'une justice plus abordable et flexible, ainsi que moins lente et formatée¹⁸² – c'est d'ailleurs pour cela que nous la saluons –, mais cela n'équivaut pas à remettre en cause les valeurs collectives sur lesquelles notre société est basée.

Ainsi, lorsqu'un tiers intervient, il se devra de faire preuve d'impartialité et d'indépendance, tout comme tout magistrat étatique. Similairement, la recommandation ou l'avis rendu sera motivé – notons, toutefois, que cela relève plus du bon sens et de la sagesse que de l'obligation. La question est toutefois plus délicate – et c'est ici que nous arrivons au cœur de notre contribution – lorsqu'elle touche à l'application des principes fondamentaux du procès à ces méthodes de résolution amiable¹⁸³.

Dans la doctrine, certaines voix s'élèvent pour le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense. Certes, à l'instar d'un procès classique, deux parties sont en conflit : de ce fait, elles doivent pouvoir disposer de la possibilité de s'exprimer, d'être entendues et de recevoir un traitement égalitaire de la part du tiers qui est appelé à intervenir dans la résolution de leur litige. Cependant, les modes alternatifs de règlement des conflits sont des mécanismes à part, qui se situent en-dehors des cours et tribunaux étatiques, et qui présentent des spécificités qui appartiennent à eux seuls ! Pour illustrer ce dernier propos, songeons à l'hypothèse de la médiation : il y a des cas de figure dans lesquels le médiateur ne peut aboutir à une solution en rencontrant toutes les parties en même temps ; ainsi, pour accomplir sa mission, il se devra d'alterner ce genre de réunions à des rencontres individuelles, au sein desquelles il écoutera une partie à la fois¹⁸⁴.

Il est donc indéniable que les méthodes alternatives de résolution de différends peuvent se heurter aux principes directeurs du procès civil, tel que le principe de la libre contradiction. Or, il est difficile de se

¹⁷⁹ P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸⁰ S. KERNEIS, « Aspects anthropologiques des MARC », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR), Bruxelles, Larcier, 2015, p. 152.

¹⁸¹ L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 187.

¹⁸² S. KERNEIS, *op. cit.*, p. 152.

¹⁸³ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : Présentation générale », *Rev. intern. dr. comp.*, 1997, pp. 339-340.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 340.

positionner quant à l'approche à adopter. D'aucuns estiment que le principe de la contradiction est un principe de « justice universelle » intrinsèque à tout procès¹⁸⁵ : ainsi, « *les règles du procès quittent leur lit, et irriguent les modes alternatifs de règlement des conflits en y répandant leurs alluvions bénéfiques* »¹⁸⁶. D'autres considèrent, en revanche, qu'une telle approche est susceptible d'altérer et dénaturer les modes de résolution amiable. Rappelons en effet que le principe du contradictoire est l'un des principes cardinaux du *procès civil*¹⁸⁷, entendu au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. De ce fait, une même norme peut avoir une portée et une nature différente en fonction du domaine dans lequel elle trouve à s'appliquer, à savoir dans le cadre d'un procès ou en-dehors¹⁸⁸.

Nous ne pouvons qu'approuver cette dernière approche proposée, s'inscrivant dans le pragmatisme plutôt que dans le formalisme. De plus, ces pratiques ne sont aucunement étrangères aux réglementations juridiques : au contraire, le Code judiciaire traite spécifiquement de ces techniques. Outre la conciliation de droit commun, qui en faisait déjà partie dès son entrée en vigueur, ce Code comporte, dès 2005, une réglementation de la médiation¹⁸⁹ et, depuis 2018¹⁹⁰, le droit collaboratif y a été ajouté. Plus significatif encore est le fait que le Code ne se borne pas uniquement à codifier ces méthodes, mais il les privilégie ! En effet, avec la réforme de 2018 susmentionnée, le législateur manifeste clairement de sa volonté d'encourager ces méthodes alternatives, rappelant ainsi la subsidiarité de la procédure judiciaire classique¹⁹¹.

Le projet de loi était par ailleurs déjà parlant à cet égard : « *Le projet de loi qui vous est soumis exécute en premier lieu l'accord de gouvernement qui prévoit que le Gouvernement encouragera dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement des conflits, comme par exemple, la médiation, afin de décharger les tribunaux. (...) La résolution extrajudiciaire des litiges est davantage encouragée. Le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amicales) ne sont pas possibles. Le rôle traditionnel des acteurs de la Justice est adapté en ce sens afin de rappeler aux parties l'existence de voies alternatives de règlement des conflits.* »¹⁹². Même si, dans les débuts de cette citation, les modes de résolution amiable des différends sont mis en avant, non pas pour leurs bénéfices spécifiques, mais dans le but de « décharger » les tribunaux, le fait que le législateur invite tout justiciable à envisager en premier lieu une méthode alternative prouve bien que, à ses yeux, les atteintes possibles aux garanties entourant tout procès classique sont justifiables au vu des particularités desdites pratiques.

¹⁸⁵ H. MOTULSKY, « Le droit naturel ... », *op. cit.*, p. 175.

¹⁸⁶ C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 341.

¹⁸⁷ M. MRCELA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁸ C. JARROSSON, *op. cit.*, pp. 341-342.

¹⁸⁹ Notons cependant que certaines dispositions concernant la médiation familiale avaient déjà été introduites par la loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (*M.B.*, 3 avril 2001, p. 11218).

¹⁹⁰ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455.

¹⁹¹ D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹⁹² Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 55.

Nous allons donc, dans le cadre de cette étude, analyser plus en profondeur la problématique des atteintes possibles au principe du contradictoire dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits, et démontrer la raison pour laquelle une telle dérogation ne serait pas condamnable, mais plutôt justifiée.

Section I^{ère} : La conciliation de droit commun

§1^{er}. Propos introductifs

Comme nous l'avons dit, la conciliation de droit commun est une institution ancienne, qui remonte aux débuts du Code judiciaire belge. Pour en retracer brièvement l'histoire, elle a été institutionnalisée telle que nous la connaissons aujourd'hui avec le Code judiciaire de 1967, mais elle était déjà présente auparavant¹⁹³. Notamment, la loi du 25 mars 1841 instituant les justices de paix a investi les juges de paix du rôle de conciliateurs¹⁹⁴ ; cette fonction a par la suite été étendue, de sorte que l'article 731, al. 1^{er}, du Code judiciaire stipule actuellement que : « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »¹⁹⁵.

§2. Définition et contours de la conciliation

A. Notions

La conciliation est un mode pacifique de résolution des conflits, non définie par le Code judiciaire, qui se présente comme « *un accord par lequel deux [ou plusieurs] personnes en litige mettent fin à celui-ci, la solution du différend résultant non pas d'une décision de justice, mais de l'accord des parties elles-mêmes* »¹⁹⁶. Telle que prévue par le Code judiciaire, la conciliation présuppose l'intervention d'un conciliateur, en l'occurrence un magistrat¹⁹⁷, qui se présente comme un tiers neutre et indépendant qui aide les parties, à leur requête, à résoudre le litige qui les oppose¹⁹⁸. En effet, ce même Code prévoit que, « *sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737, toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction* »¹⁹⁹.

¹⁹³ D. CHEVALIER, « La conciliation préalable de droit commun : un « Marc » à part entière ? », *J.T.*, 2019, p. 223.

¹⁹⁴ J.-P. NANDRIN, *La justice de paix à l'aube de l'indépendance de la Belgique (1832-1848) – la professionnalisation d'une fonction judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1998, p. 12.

¹⁹⁵ Art. 731, al. 1^{er}, C. jud.

¹⁹⁶ M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 167.

¹⁹⁷ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 223.

¹⁹⁸ M. STORME, « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. LINSMEAU ET M. STORME), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 4.

¹⁹⁹ Art. 731, al. 2, C. jud.

B. La conciliation : un processus volontaire qui connaît des exceptions

Il ressort de cet article que c'est bien à la demande des parties qu'un litige peut être soumis au magistrat à fin de conciliation : nous comprenons donc que cette méthode alternative ne peut être imposée aux parties²⁰⁰. Néanmoins, le troisième alinéa de cette même disposition vient introduire une exception : « *Sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de conciliation ne peut être imposé* »²⁰¹. Ainsi, les parties se voient imposer une tentative préalable de conciliation dans certains domaines, comme en matière de bail à ferme²⁰², ou devant le Tribunal du travail²⁰³. Nul ne serait surpris de constater que cette obligation de conciliation n'a pas fourni les résultats espérés²⁰⁴ ; bien au contraire, presque la moitié des appels en conciliation échouent simplement puisque l'une ou l'autre partie ne comparaît pas²⁰⁵. La preuve la plus manifeste de ce fiasco réside dans l'abrogation des dispositions qui imposaient la conciliation en matière locative²⁰⁶ : en 2008, le législateur, bien qu'en principe armé des intentions les plus louables, a malheureusement dû se résoudre à abroger cette procédure²⁰⁷ en raison de son échec et du criticisme dont elle a fait l'objet²⁰⁸.

Il n'est en effet nullement curieux de constater que l'efficacité de cette pratique dépend de son caractère volontaire : la conciliation ne peut être efficace et bénéfique que si les parties témoignent d'une réelle volonté de résoudre leur conflit²⁰⁹. Ainsi, tel que formulé par Bénédicte Inghels, ce sont « *les textes imposant les passages obligés par la conciliation qui contiennent, par leur rigidité, les germes de leur échec* »²¹⁰.

Il importe de souligner, en outre, que le juge dispose de la possibilité, à lui offerte par le Code judiciaire, de demander aux parties de quelles façons elles ont, préalablement à l'introduction de la cause, essayé de trouver une solution à leur différend de manière amiable et de les informer de l'existence d'une telle faculté ; à cette fin, il peut même ordonner la comparution physique des parties²¹¹. Enfin, s'il l'estime opportun et qu'il entrevoit un rapprochement entre elles, le juge peut remettre la cause à une date ultérieure, afin de leur permettre de tâcher de trouver, amiablement, une solution totale ou partielle au conflit qui les oppose²¹².

²⁰⁰ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 223.

²⁰¹ Art. 731, al. 3, C. jud.

²⁰² Art. 1345, C. jud.

²⁰³ Art. 734, C. jud.

²⁰⁴ B. INGHELS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021, p. 130.

²⁰⁵ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 223.

²⁰⁶ Voy. not. ancien art. 1344septies du Code judiciaire, qui stipulait : « *En matière de location de logements, les demandes principales concernant l'adaptation du loyer, le recouvrement des arriérés de loyers ou l'expulsion doivent obligatoirement être soumis au préalable au juge conformément aux articles 731, alinéa 1^{er}, 732 et 733 (...)* ».

²⁰⁷ Loi du 18 juin 2018 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure relative aux litiges en matière de louage, *M.B.*, 11 août 2008, p. 41585.

²⁰⁸ C.-E. DE FRESART, « Conciliation obligatoire en matière de location de logements », *J.T.*, 2003, p. 112.

²⁰⁹ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 223.

²¹⁰ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 130.

²¹¹ Art. 730/1, §2, al. 1^{er}, C. jud.

²¹² Art. 730/1, §2, al. 2, C. jud.

C. Les chambres de règlement amiable

Notons que la pratique a également vu naître, au sein de plusieurs juridictions, des chambres idoines à la résolution des litiges par la conciliation²¹³ : c'est la loi instituant les tribunaux de la famille et de la jeunesse²¹⁴ qui a développé ces chambres de règlement amiable – auxquelles il est couramment fait référence en tant que « C.R.A. » –, constituées de juges spécialement formés à la conciliation²¹⁵. C'est notamment en matière familiale que nous retrouvons l'une des hypothèses de conciliation obligatoire²¹⁶.

§3. Le déroulement de la conciliation

A. Nécessité d'être en présence de parties capables de transiger et d'un litige portant sur un objet susceptible d'être réglé par transaction

Tout d'abord, il convient de souligner que, avant de se livrer de manière formelle à une tentative de conciliation, le magistrat veillera à s'assurer qu'il se trouve en présence de « *parties capables de transiger* » et que l'objet sur lequel porte la conciliation est « *susceptible d'être réglé par transaction* »²¹⁷.

La première condition consiste à vérifier que les parties sont bien capables de transiger, tel que prescrit par le Code civil²¹⁸ ; de la même manière, il veillera à ce qu'il se trouve effectivement face aux personnes juridiquement aptes à représenter les parties²¹⁹. Pour ce qui concerne le deuxième prescrit, le juge ne manquera pas de s'assurer que l'objet de la résolution amiable peut être réglé par transaction, ce qui signifie qu'il doit être « *susceptible de concessions réciproques entre parties* », ce qui exclut notamment les domaines relatifs à l'ordre public²²⁰.

B. La saisine du juge

Du caractère (majoritairement) volontaire de la conciliation découle la nécessité, pour les parties, de saisir le juge conciliateur d'une demande de conciliation²²¹. Ainsi que disposé par l'article 731, du Code judiciaire, le juge est saisi « *à la requête d'une des parties ou de leur commun accord* »²²² ; cela signifie que l'accord des parties quant au désir d'être soumises à une conciliation n'est pas requis, puisque la demande introduite par une seule d'entre elles suffit. Elles peuvent même adresser une simple

²¹³ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 129.

²¹⁴ Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

²¹⁵ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 129.

²¹⁶ Art. 1253ter/1, §3, C. jud.

²¹⁷ Art. 731, al. 2, C. jud.

²¹⁸ Art. 2045, C. civ.

²¹⁹ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 131.

²²⁰ *Ibid.*, p. 131.

²²¹ En formulant telle affirmation, nous ne nous référons pas aux hypothèses de conciliation obligatoire, pour lesquelles la saisine du juge par les parties ne trouve pas à s'appliquer.

²²² Art. 731, al. 2, C. jud.

demande verbale²²³. Une fois procédé à la convocation des parties, « *c'est toute l'habileté du juge qui permettra de réussir l'essai* »²²⁴.

C. Les rôles des parties et l'office du juge

Avant tout, il convient de rappeler que les parties et le juge sont les protagonistes du processus de conciliation : ainsi, les rôles qu'ils jouent, bien que distincts, sont d'égale importance ; il serait de ce fait utopique de songer à parvenir à un accord sans qu'ils ne s'impliquent, chacun, dans une « *dynamique positive* »²²⁵.

En ce qui concerne le rôle joué par les parties, il est opportun de reconnaître qu'elles doivent, d'emblée, maîtriser d'intenses tensions ; en effet, nous ne serons point stupéfaits d'apprendre que de tels procédés tournent parfois au psychodrame. Ainsi, si elles désirent réussir, elles devront tâcher de « *faire table-rase du passé et des incidents qui l'ont émaillé, pour s'inscrire résolument dans le présent et, pour celles qui seront encore amenées à se côtoyer, envisager un avenir plus serein* »²²⁶. C'est indubitablement une épreuve, et non pas des plus triviales, mais une fois qu'elles seront parvenues à apaiser leurs esprits, elles devront alors se livrer à des explications : elles devront alors tout extérioriser, exposer les raisons qui les ont menées à comparaître, ainsi qu'exprimer clairement – autant que possible en tout cas –, quelles sont leurs attentes²²⁷.

À ce point, il est alors au tour du juge de cerner la problématique dont il est question dans chaque cas d'espèce ; ainsi, il se vêtira de sa casquette, non pas de juge, mais « *d'amiable conciliateur* »²²⁸. Il veillera, à cette fin, à endosser un rôle actif²²⁹, tout en s'assurant qu'il n'y ait aucune mésentente quant à sa position ; autrement dit, nous l'avons souligné, il n'est pas là en tant que juge²³⁰ : sa mission ne consiste donc pas à trancher le litige, mais bien à trouver une solution qui convienne à toutes les parties²³¹. Dans ce cadre, il écoutera les propositions mises en avant par les parties, il essaiera de les rapprocher et de les combiner, et il fera enfin en sorte qu'elles se rejoignent, en dégagant un embryon d'accord. En sus, rien ne fait obstacle à ce que le magistrat formule lui-même ses propres suggestions²³². Telle précision s'avère nécessaire puisqu'une partie de la doctrine considère que le juge ne peut procéder à de telles propositions, autrement il entamerait son impartialité²³³. Nous estimons effectivement qu'il peut aller au-delà de l'opinion que l'on vient d'évoquer.

²²³ Art. 732, C. jud.

²²⁴ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 130.

²²⁵ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 224.

²²⁶ *Ibid.*, p. 224.

²²⁷ *Ibid.*, p. 224.

²²⁸ *Ibid.*, p. 224.

²²⁹ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 129.

²³⁰ I. BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, p. 510.

²³¹ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 224.

²³² *Ibid.*, p. 224.

²³³ F. LIEVENS, « Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking », in *Compétences des juges de paix et des juges de police 1892-1992* (sous la dir. de F. LIEVENS ET L. LOUSBERG), Bruges, La Charte, 1992, p. 58.

Notamment, il est à noter que le greffier assiste aux actes de conciliation : il endosse le rôle de « gardien de la procédure », du respect des prescrits du Code judiciaire, ainsi que des principes fondamentaux qui s'appliquent à tout procès civil ; c'est d'ailleurs à lui que revient la tâche de rédiger le procès-verbal de conciliation²³⁴ .

D. Le procès-verbal de conciliation

Avant tout, il nous importe de souligner que le procès-verbal de conciliation ne sera rédigé que dans le cas d'une conciliation fructueuse puisque, dans l'hypothèse d'un échec, le juge ôte de sa casquette d'amiable conciliateur pour reprendre celle de décideur afin d'instruire et trancher l'affaire²³⁵.

Comme nous l'avons relevé, le juge-conciliateur se doit d'être actif²³⁶. Cette exigence est davantage de taille lorsque, après que les parties sont parvenues à trouver un accord, il devra dresser le procès-verbal de conciliation²³⁷. En effet, il se devra de traduire la solution à laquelle sont abouties les parties en un texte correctement rédigé ; pour ce faire, il veillera à faire place au juriste qu'il est, sans oublier néanmoins le concept qui sert de base à la conciliation, à savoir que les parties n'en ressortent pas abattues ou frustrées, mais bien satisfaites, et ayant l'impression d'avoir posé les actes nécessaires à l'aboutissement de la conciliation et à l'accord final²³⁸. L'exercice est donc loin d'être aisé, notamment en raison de la lucidité et clairvoyance dont devra faire preuve le magistrat après de longs débats.

§4. Le respect des garanties du procès équitable

Conformément à ce qui précède, il ne faut pas oublier que le législateur entend placer les modes alternatifs de résolution des litiges au centre de la procédure ; une telle affirmation équivaut à faire participer ces méthodes au procès civil. De cela découle alors la nécessité de respecter les droits procéduraux garantis par l'article 6, de la Convention européenne des droits de l'Homme: tout justiciable aura ainsi droit à être concilié dans un délai raisonnable par un juge indépendant et impartial, et observant le principe de l'égalité des armes et du contradictoire dans le cadre d'une audience publique²³⁹ .

Dans le cadre de cette thèse, ce qui retiendra notre attention seront les principes de l'impartialité et du contradictoire.

²³⁴ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 131.

²³⁵ D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 130.

²³⁶ *Ibid.*, p. 129.

²³⁷ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 224.

²³⁸ *Ibid.*, p. 224.

²³⁹ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, pp. 137-143.

A. La problématique du respect du principe d'impartialité

En ce qui concerne le principe d'impartialité, il est important de remarquer qu'aucune disposition légale n'empêche le magistrat de jouer le rôle d'amiable conciliateur et, en cas d'échec de la tentative de conciliation, de connaître ensuite du fond du litige²⁴⁰. Ouvrons une parenthèse pour préciser que, dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'Homme ne partageait pas un tel point de vue ; cependant, nous n'évoquerons pas ici son ancienne conception²⁴¹ : nous nous bornerons à relever que son approche actuelle consiste dans une conception objective et concrète du principe d'impartialité. Ainsi, elle affirma que : « *il n'incombe pas à la Cour d'examiner in abstracto la législation et la pratique pertinente, mais de rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant ou l'ont touché a enfreint l'article 6, §1^{er}* »²⁴².

En conséquence, le simple fait, pour le magistrat, d'avoir exercé antérieurement une autre fonction que celle de juge ne suffit pas pour conclure à un constat de partialité : telle constatation n'aurait lieu que dans la mesure où il se serait effectivement déjà forgé un avis sur la situation qu'il se doit de trancher *a posteriori*²⁴³²⁴⁴. Nous pouvons donc considérer que tout juge normalement prudent et diligent tâchera, par exemple, d'amener les parties à proposer elles-mêmes des solutions, et surtout à se déporter du fond de l'affaire s'il ressent le moindre doute quant à ses appréciations personnelles.²⁴⁵ Par ailleurs, différents instruments existent afin d'aider « *le juge à se dégager de sa subjectivité pour embrasser au mieux la figure du juge conciliateur* » ; notamment, de nombreuses formations sont organisées annuellement à destination de magistrats et juges²⁴⁶.

Notons cependant que, pour ce qui concerne les chambres de règlement amiable créées au sein des Tribunaux de la famille, la question de l'impartialité a été résolue de manière diamétralement opposée, puisque le législateur a exclu que le magistrat ayant pris part à la conciliation au sein de ces chambres ne puisse connaître par la suite du fond de l'affaire²⁴⁷.

B. La problématique du respect du principe du contradictoire

Interrogeons-nous à présent sur le respect du principe de la libre contradiction. Nous pouvons énoncer aisément que le juge s'assurera, en toute hypothèse, du respect de ce dogme qui, comme énoncé au fil du premier chapitre, est un élément cardinal du procès civil²⁴⁸ : étant source de légitimité pour le

²⁴⁰ B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁴¹ Voy. en ce sens B. BEELDENS, « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *J.J.P.*, 2005, pp. 200-203.

²⁴² Cour eur. D.H., arrêt Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 154, §45.

²⁴³ J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 936.

²⁴⁴ Voy. également Cour eur. D.H., arrêt Morel c. France du 6 juin 2000, <http://hudoc.echr.coe.int/> (30 juillet 2021), §45 ; Cass., 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307.

²⁴⁵ B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁴⁶ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation ... », *op. cit.*, p. 140.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 140.

²⁴⁸ M. MRCELA, *op. cit.*, p. 18.

magistrat, il perdure dans toutes ses missions²⁴⁹. Cela se comprend d'autant plus qu'aucune confidentialité n'est assurée dans le cadre de la conciliation²⁵⁰ : malgré que cela ait été proposé à plusieurs reprises²⁵¹, le législateur n'a jamais consacré de principe de confidentialité pour la conciliation de droit commun²⁵².

Une conséquence non négligeable réside en ce que le juge conciliateur n'a pas la possibilité de recevoir en aparté les parties²⁵³²⁵⁴. Cet aspect substantiel le distingue capitalement de la figure du médiateur²⁵⁵, qui n'est qu'un « simplificateur » de solution²⁵⁶, et qui ne peut donc pas être un magistrat²⁵⁷. Terminons, *in fine*, en enlevant tout doute quant à la possibilité d'un aparté contractualisé par les parties : comme l'a souligné Bénédicte Inghels, une telle hypothèse est à exclure catégoriquement²⁵⁸. Il faut tâcher de toujours garder à l'esprit que la conciliation est « *contrainte par les réalités du monde judiciaire* »²⁵⁹ : cela aurait donc pour conséquence, non seulement une violation du principe du contradictoire et de celui d'impartialité, mais cela rapprocherait également, d'une manière excessive, le magistrat du médiateur, rôle qui, comme nous venons de le mentionner, lui est formellement interdit par le Code judiciaire²⁶⁰.

Section II : La médiation

§1^{er}. Propos introductifs

Lorsque l'on s'aventure dans la quête des origines de la médiation, il est d'usage de citer le monarque Saint-Louis, qui rendait la justice sous un chêne dans les jardins du château de Vincennes²⁶¹. Divers auteurs estiment toutefois que cette méthode est plus ancienne et était déjà connue et appliquée dans la coutume²⁶².

Cette pratique, élaborée et conceptualisée vers la fin des années 1970 en Amérique du Nord²⁶³, trouve son origine dans le domaine familial, dans lequel il s'est avéré nécessaire de régler des questions aussi sensibles sans recourir à la justice étatique classique ; les précurseurs de cette approche seraient

²⁴⁹ D. MOUGENOT, « Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, pp. 110-111.

²⁵⁰ B. ALLEMEERSCH, « Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces », *T.P.R.*, 2003, pp. 426-427.

²⁵¹ Voy. par exemple Proposition de loi du 17 novembre 2004 modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-903/1.

²⁵² B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁵³ L'aparté, également connu sous le terme « caucus », est une pratique qui consiste à entendre les parties séparément. Il sera analysé plus en profondeur dans la section dédiée à la médiation.

²⁵⁴ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 311.

²⁵⁵ B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁵⁶ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation ... », *op. cit.*, p. 142.

²⁵⁷ B. BEELDENS, *op. cit.*, p. 197.

²⁵⁸ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation ... », *op. cit.*, p. 142.

²⁵⁹ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 311.

²⁶⁰ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation ... », *op. cit.*, p. 142.

²⁶¹ Voy. notamment P. DRAI, « Libres propos sur la médiation judiciaire », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 125.

²⁶² E. CHARPY, « L'application des principes directeurs du procès à la médiation : cas du principe du contradictoire », in *La médiation en matière civile et commerciale* (sous la dir. de F. OSMAN), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 117.

²⁶³ A. GAONAC'H, « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *Les Petites Affiches*, 1999, p. 5.

James Coogler et John Haynes, respectivement avocat et thérapeute familial²⁶⁴. Néanmoins, d'aucuns préfèrent préciser qu'il ne s'agit pas d'une « *institution qui serait rapportée des États-Unis d'Amérique* »²⁶⁵ : nous retrouvons, effectivement, des traces de cette technique au XIX^e siècle, en particulier dans les pays scandinaves²⁶⁶. Citons, à titre d'exemple, le cas du médiateur juridique déjà présent, en 1809, dans la Constitution suédoise²⁶⁷.

En Belgique, elle est actuellement entièrement réglementée par le Code judiciaire²⁶⁸, mais elle y était absente jusqu'en 2001, année lors de laquelle certaines dispositions en matière de médiation familiale ont été institutionnalisées²⁶⁹ (voy. *supra*).

§2. Notions

A. Définition et contours de la médiation

Conformément à ce que nous avons expliqué dans la partie introductive de cette section, la médiation est réglementée par la loi ; l'article 1723/1, du Code judiciaire en donne d'ailleurs une définition. Cette disposition stipule que la médiation est « *un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties en conflit qui se déroule avec le concours d'un tiers indépendant, neutre et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution* »²⁷⁰. Au cours de ce procédé, le médiateur agréé utilise des méthodes, contradictoires ou non, comportant plusieurs séances, afin de parvenir à un accord qui répond au mieux aux besoins et aux intérêts des parties²⁷¹ ; ainsi, cet accord n'est pas une solution imposée aux parties, puisque ces dernières parviennent ensemble à un accord mutuellement acceptable²⁷².

Tout comme la conciliation, les parties peuvent recourir à une médiation pour tout différend « *susceptible d'être réglé par transaction* »²⁷³. Le Code judiciaire distingue et réglemente deux sortes de médiation : la médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire (ou volontaire)²⁷⁴.

²⁶⁴ J. DAHAN, « Quel développement de la médiation en Europe ? », *Empan*, 2008, p. 13.

²⁶⁵ L. CADTET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, p. 150.

²⁶⁶ Voy. notamment S. DAUCHY, « La médiation : bref survol historique », in *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806) : la tradition de la procédure civile en France et à l'étranger* (sous la dir. de D. HEIRBAUT, M. STORME ET C.H. VAN RHEE), Mechelen, Kluwer, 2008, pp. 77-88.

²⁶⁷ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 119.

²⁶⁸ Voy. art. 1724 à 1737, C. jud.

²⁶⁹ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 130.

²⁷⁰ C. jud., art. 1723/1.

²⁷¹ L. VRANCKEN, « Minnelijke schikking, bemiddeling en verzoening », in *Modes amiables de règlement des conflits/Minnelijke geschillenoplossing* (sous la dir. de M. BERLINGIN ET C. DELFORGE), Bruges, La Charte, 2021, p. 3.

²⁷² H. PERRY, « Alternative Dispute Resolution (ADR) – An overview of Some Common Mechanisms, and Their Strengths and Weaknesses in Context », *Plymouth Law and Criminal Justice Review*, 2014, p. 74.

²⁷³ Art. 1724, C. jud.

²⁷⁴ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 130.

B. La médiation judiciaire et la médiation extrajudiciaire

Comme nous venons de l'évoquer, la médiation peut, d'une part, être le fruit d'une procédure judiciaire, en ce sens qu'elle peut être ordonnée par le juge, avec le consentement des parties et, d'autre part, elle peut simplement résulter d'une ambition volontaire des parties, soit dans le cadre d'une procédure ou en-dehors²⁷⁵.

La médiation judiciaire est consacrée par l'article 1734, du Code judiciaire : dans l'hypothèse où le juge ressentirait la possibilité d'un rapprochement entre les parties en litige, il peut, après avoir entendu ces dernières, ordonner une médiation, mais uniquement si aucune d'entre elles ne s'y oppose²⁷⁶. Le médiateur qui tentera de mener les parties vers un accord amiable pourra être choisi par celles-ci, mais en cas de désaccord sur ce point également, ce sera au juge d'en désigner un²⁷⁷ ; notons que, pour les médiations s'inscrivant dans le cadre d'une procédure déjà en cours, le médiateur sera nécessairement un médiateur agréé, c'est-à-dire un médiateur ayant suivi la formation organisée par la Commission fédérale de médiation et ayant été agréé par la suite par celle-ci²⁷⁸. Si le médiateur agréé parvient à faire entendre les parties et que le processus de médiation aboutit, l'accord pourra être homologué par le juge et il aura alors les mêmes conséquences juridiques qu'une décision judiciaire, à savoir qu'il sera susceptible d'exécution forcée. Précisons, néanmoins, que le juge peut refuser une telle homologation si l'accord obtenu est contraire à l'ordre public ou, en matière familiale, à l'intérêt des enfants²⁷⁹. En revanche, dans le cas d'un échec de la procédure de médiation, le litige se poursuivra dans l'enceinte des cours et tribunaux²⁸⁰.

La médiation judiciaire existe seulement depuis la réforme de 2018²⁸¹, ce qui fait que, depuis cette date, le juge se trouve investi du pouvoir, dans certaines limites, de forcer les parties à se livrer à une médiation. Tout comme pour les cas de figure de conciliation obligatoire, nous pouvons nous questionner quant à cette prérogative du juge d'imposer une telle méthode : en effet, parler d'une « procédure de résolution amiable obligée » peut sembler incongru. Toutefois, nous n'oublierons pas de le mentionner, contrairement à la conciliation, une médiation ne peut jamais être obligatoire, puisqu'il ne s'agit que d'une tentative de la part du juge, ce dernier étant contraint de renoncer à sa démarche s'il se trouve face au refus des parties²⁸².

La médiation extrajudiciaire, quant à elle, fut réglementée par le législateur après la médiation judiciaire, puisqu'elle était considérée comme relevant du « *champ de la médiation privée, résolument conventionnelle* »²⁸³. À présent, elle est institutionnalisée et régie par les articles 1730 et suivants, du

²⁷⁵ N. UYTENDAELE, « La médiation et autres modes alternatifs de règlement des conflits », in *La procédure de liquidation-partage* (sous la dir. de M. VAN MOLLE), Limal, Anthemis, 2018, p. 253.

²⁷⁶ Art. 1734, §1^{er}, C. jud.

²⁷⁷ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁷⁸ Sur la Commission fédérale de médiation, voy. les art. 1727 et s., C. jud.

²⁷⁹ Art. 1736, al. 3 et 4, C. jud.

²⁸⁰ Art. 1736, al. 5, C. jud.

²⁸¹ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455.

²⁸² D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 132.

²⁸³ N. DION, « L'aventure de la médiation », *Les Petites Affiches*, 2003, p. 4.

Code judiciaire ; il s'agit de la forme la plus large et ordinaire de médiation, puisqu'elle peut avoir lieu en toute hypothèse : autrement dit, les parties peuvent y recourir antérieurement, pendant, postérieurement ou en-dehors de toute procédure judiciaire²⁸⁴. Dans ce cas de figure, résultant d'une démarche purement volontaire des parties, ces dernières peuvent choisir librement leur médiateur – agréé ou non²⁸⁵, et concluent alors un protocole de médiation²⁸⁶. Si les parties parviennent à un accord à l'aide des compétences et du savoir-faire d'un médiateur agréé, celui-ci peut être homologué par le juge normalement compétent pour connaître de l'affaire, selon les mêmes conditions que celles s'appliquant à l'homologation d'un accord obtenu dans le cadre d'une médiation judiciaire²⁸⁷. En revanche, si le médiateur n'est pas agréé, il n'y a pas d'homologation possible, mais l'accord aura tout de même un caractère contraignant pour les parties l'ayant réalisé²⁸⁸.

§3. Le régime juridique de la médiation et les qualités du médiateur

A. *Propos introductifs*

La médiation, à l'instar du procès étatique, suppose l'intervention d'un tiers ; nous pouvons ainsi nous interroger, pour ce qui concerne cette méthode alternative, sur les « *éclairages spécifiques* » du conflit permis par ce tiers en particulier qu'est le médiateur²⁸⁹. Nous ne serons aucunement étonnés de constater que, en priorité, le médiateur se doit de faire preuve d'une capacité d'écoute. Effectivement, tel que joliment affirmé par un célèbre anthropologue et psychologue américain, « *lorsque ceux qui parlent désirent s'écouter attentivement, ils peuvent faire [...] plus même que d'échanger des informations. Ils peuvent découvrir quelque chose que ni l'un ni l'autre ne connaissait auparavant* »²⁹⁰. Cette aptitude particulière dont doit disposer le médiateur témoigne du fait que l'avènement de la médiation a eu lieu en-dehors du monde juridique ; de ce fait, d'aucuns soutiennent qu'il est plus efficace que le médiateur soit équipé des outils nécessaires pour faciliter la communication entre les parties, plutôt que de connaître les normes qui s'appliqueraient à l'objet du différend²⁹¹. Cependant, précisons d'emblée que la voie alternative que constitue la médiation ne s'érige pas en « *zone de non-droit* »²⁹².

Pour démarrer notre analyse concernant le régime juridique de la médiation, nous mettrons en avant une définition offerte par une Professeure de droit public de l'Université de Paris-Sud, qui est plus révélatrice des principes qui gouvernent cette méthode alternative de résolution des différends. Ainsi, selon Michèle Guillaume-Hofnung, « *la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui*

²⁸⁴ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 120.

²⁸⁵ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, pp. 130-131.

²⁸⁶ Art. 1731, C. jud.

²⁸⁷ Art. 1733, C. jud.

²⁸⁸ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 131.

²⁸⁹ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, « Conflit et médiation », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020, p. 178.

²⁹⁰ G. BATESON, *Vers une écologie de l'esprit*, Paris, Seuil, 1977, p. 38.

²⁹¹ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 179.

²⁹² E. CHARPY, *op. cit.*, p. 121.

*reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »*²⁹³²⁹⁴.

Cette définition paraît en dire plus concernant les qualités et fonctions revêtues par le médiateur²⁹⁵ : en effet, d'après certains auteurs, la loi n'est pas suffisamment complète sur ce point²⁹⁶, la médiation se présentant avant tout comme un mécanisme basé sur la confidentialité, visant à susciter la confiance des parties ; en raison de l'intimité de certains conflits, cet élément se révèle comme indispensable au succès du processus²⁹⁷.

B. La confidentialité et le secret professionnel

La confidentialité est un principe capital qui assure la viabilité de la médiation en tant que processus parallèle au règlement juridictionnel des différends : il serait évidemment malencontreux qu'une médiation ratée puisse compromettre les droits d'une partie ou des tactiques légitimes²⁹⁸.

De ce fait, la confidentialité, essentielle à la médiation, s'applique à plusieurs aspects de cette technique²⁹⁹. Elle couvre, non seulement, le fait qu'une médiation ait lieu, mais aussi le fait qu'une partie ait fait une offre de médiation ; en sus, elle s'applique aux documents et déclarations échangés lors d'une médiation, aux déclarations faites par une partie au médiateur lors d'une séance de caucus³⁰⁰, aux raisons pour lesquelles une médiation n'a pas abouti, aux termes de l'accord auquel les parties sont parvenues, ou même au simple fait de son existence³⁰¹, et, enfin, aux notes prises par le médiateur³⁰².

En conséquence, nous comprenons aisément qu'il n'y ait aucune garantie à la publicité des débats, puisque « l'ADN » même de toute médiation est le caractère confidentiel de la procédure³⁰³. Il coule alors de source que le médiateur soit tenu au secret professionnel³⁰⁴ et que le non-respect de cette obligation soit puni pénalement³⁰⁵. En effet, « *la confidentialité et le secret professionnel garantissent aux parties de pouvoir échanger des informations sans craindre que celles-ci puissent être le cas échéant utilisées à leur détriment dans le contexte d'une autre procédure* »³⁰⁶. Par exemple, la confidentialité garantit que le médiateur ne puisse être appelé en tant que témoin dans une quelconque procédure légale ou administrative ultérieure, ni agir pour les parties au litige. Ainsi, en l'absence de

²⁹³ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, 2007, p. 71.

²⁹⁴ Voy. également J. LEW, L. MISTELIS ET S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2003, p. 13.

²⁹⁵ Sur les principes directeurs du processus de médiation, voy. également O. MELENKO, « Mediation as an Alternative Form of Dispute Resolution: Comparative-Legal Analysis », *European Journal of Law and Public Administration*, 2020, pp. 53-55.

²⁹⁶ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 175.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 175.

²⁹⁸ K. REICHERT, « Confidentiality in International Mediation », *Dispute Resolution Journal*, 2004-2005, p. 62.

²⁹⁹ R. BURNLEY ET G. LASCELLES, « Mediator Confidentiality: Conduct and Communications », *Arbitration*, 2004, pp. 28-30.

³⁰⁰ Le caucus, ou médiation en aparté, fera l'objet de plus de développements dans les prochains paragraphes de cette section.

³⁰¹ Voy. J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 180 : « *Les accords de médiation sont élaborés de manière confidentielle et le résultat final est énoncé ensemble par les parties au conflit ou alors tu* ».

³⁰² K. REICHERT, *op. cit.*, p. 62.

³⁰³ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 180.

³⁰⁴ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 132.

³⁰⁵ Voy. art. 458, C. pén.

³⁰⁶ J.-P. DE MIDDELEER, G. DE WILDE D'ESTMAEL, B. ENGERISSER, M. JACOBS, T. LAGNEAUX ET P. MOENS, « L'avocat-conseil en médiation », *Le Pli juridique*, 2019, p. 52.

confidentialité, les parties ne seraient pas disposées à travailler avec le médiateur, que ce soit dans une session conjointe ou dans un caucus privé³⁰⁷ : cet aspect est donc là pour susciter la confiance des parties³⁰⁸ – qui peuvent néanmoins, à tout moment, décider de lever cette obligation de confidentialité par accord écrit³⁰⁹.

Enfin, nous pouvons terminer l'analyse de ce premier principe phare en affirmant et rappelant que, s'il existe des points relatifs à la médiation qui sont sujets à controverse, tels le caractère volontaire de celle-ci ou encore le rôle que se doit d'endosser le médiateur³¹⁰, le principe de la confidentialité du processus fait l'unanimité³¹¹ : s'il revêt autant d'importance, c'est parce qu'il s'agit de la condition *sine qua non* du processus, puisque sans confidentialité aucune médiation ne peut être efficace³¹².

C. L'indépendance et l'impartialité

L'une des vertus essentielles du médiateur est son indépendance : cela implique qu'il sera à même d'évaluer et apprécier une situation donnée en toute liberté, c'est-à-dire en faisant abstraction de toute considération personnelle, soit-elle religieuse, politique ou sociale. De même, cela signifie qu'aucune partie – ou leur conseil – ne peut exercer de pression sur lui : il est ainsi libre « *par rapport à toute personne ou entité susceptible de l'influencer* »³¹³.

Une autre qualité primordiale est l'impartialité : cela présuppose l'absence de favoritisme, de partialité ou de préjugé en toute parole, action, ou apparence, et comprend l'engagement à aider tous les participants au processus plutôt qu'un seul individu³¹⁴. Cela est indispensable puisque, si à un moment donné les parties ont l'impression que le médiateur ne les traite pas de la même manière, la nature entière du processus de médiation en serait altérée. La confiance des parties dans l'impartialité du médiateur, si elle devait être perdue, compromettrait sérieusement les chances de parvenir à un accord mutuellement satisfaisant³¹⁵. Précisons, toutefois, que cela ne signifie pas que le médiateur reste passif et ne décide de rien : certes, il n'émet pas de jugement personnel sur le fond de l'affaire, mais il peut, par exemple, désigner la personne avec laquelle il entreprendra un caucus en premier lieu, ou encore laquelle des deux parties devra s'exprimer plus en profondeur³¹⁶.

³⁰⁷ K. REICHERT, *op. cit.*, p. 62.

³⁰⁸ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 132.

³⁰⁹ J.-P. DE MIDDELEER, G. DE WILDE D'ESTMAEL, B. ENGERISSER, M. JACOBS, T. LAGNEAUX ET P. MOENS, *op. cit.*, p. 52.

³¹⁰ Nous nous abstenons ici de développer ces points.

³¹¹ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 179.

³¹² K. REICHERT, *op. cit.*, p. 62.

³¹³ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 181.

³¹⁴ P. M. YOUNG, « Teaching the Ethical Values Governing Mediator Impartiality Using Short Lectures, Buzz Group Discussions, Video Clips, a Defining Features Matrix, Games, and an Exercise Based on Grievances Filed Against Florida Mediators », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2011, p. 318.

³¹⁵ M.-A. AWADA, « The Power of Impartial Mediator », *Dispute Resolution Journal*, 2013, p. 44.

³¹⁶ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 181.

D. La neutralité

La neutralité a été identifiée comme un concept fondamental en matière de médiation³¹⁷. Son importance se reflète à la fois dans les définitions de la médiation et dans les comptes rendus de la pratique : effectivement, la médiation est définie comme un processus structuré de résolution des conflits facilité par un tiers neutre³¹⁸. La neutralité se présente comme l'aptitude, dans le chef du médiateur, de s'abstenir d'influencer les parties d'une quelconque manière que ce soit³¹⁹ : la neutralité influe donc sur la façon dont le médiateur dirige la procédure mais, par-dessus tout, elle permet aux parties de revenir au cœur de leur litige et de « [comprendre] la situation d'un point de vue émotionnel »³²⁰. Cela a alors pour résultat de faciliter leur autodétermination : pour dire les choses autrement, en accordant une attention primordiale aux besoins et aux rôles des parties, cela a pour effet de les faire progresser vers la résolution du conflit et, enfin, de leur permettre de parvenir elles-mêmes à une décision³²¹.

En effet, tel que soutenu par certains auteurs, « l'autodétermination est la clef de voûte du processus de médiation : les parties choisissent la médiation [...], les parties en personne expliquent leur perspective et expriment leur ressenti, les parties décident ce qu'elles veulent voir régler dans la médiation et valident ce qui est important pour elles ; il est [alors] logique qu'elles soient celles qui explorent les pistes de solution et puis les combinent pour atteindre un accord acceptable pour chacune d'elles »³²². C'est donc cette tâche que la neutralité facilite amplement.

E. Le caractère volontaire

Enfin, nous terminerons l'étude du régime juridique de la médiation en rappelant, sans nous attarder, que celle-ci a, en toute hypothèse, un caractère volontaire ; effectivement, tel que nous l'avons relevé au début de cette section, ce processus se déclenche toujours sur une base volontaire³²³ puisque, même dans le cas d'une médiation judiciaire, les parties doivent y consentir³²⁴ : le juge sera ainsi contraint de renoncer au souhait d'envoyer les parties en médiation s'il se trouve face à un refus³²⁵ (voy. *supra*). De la même manière, les parties ayant décidé de s'engager dans un processus de médiation peuvent y mettre fin à n'importe quel moment, sans qu'elles ne doivent s'en justifier et sans que ne puisse leur porter atteinte d'une quelconque façon³²⁶. Nous ne pouvons que nous réjouir de cet aspect car, comme nous l'avons vu pour la conciliation, les hypothèses de conciliation obligatoire ne donnaient

³¹⁷ H. ASTOR, « Some Contemporary Theories of Power in Mediation: A Primer for the Puzzled Practitioner », *Australian Dispute Resolution Journal*, 2005, p. 30.

³¹⁸ M. STORME, *op. cit.*, p. 4 ; voy. également H. ASTOR ET C. CHINKIN, *Dispute Resolution in Australia*, Sydney, Butterworths, 2002, p. 83.

³¹⁹ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, « La neutralité, un enseignement à l'intention du médiateur ? » in *La médiation autrement* (sous la dir. de B. INGHELS), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 159-160.

³²⁰ DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 183.

³²¹ S. DOUGLAS, « Neutrality in Mediation: A Study of Mediator Perceptions », *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 2008, p. 150.

³²² DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 184.

³²³ J.-P. DE MIDDELEER, G. DE WILDE D'ESTMAEL, B. ENGERISSER, M. JACOBS, T. LAGNEAUX ET P. MOENS, *op. cit.*, pp. 50-51.

³²⁴ Art. 1734, §1^{er}, C. jud.

³²⁵ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 132.

³²⁶ Art. 1729, C. jud.

pas les résultats espérés³²⁷. Cela n'est aucunement surprenant puisque ces méthodes de résolution amiable des différends ne peuvent être fructueuses que si les parties expriment une réelle volonté de résoudre le conflit qui les oppose par ces voies alternatives³²⁸.

§4. Le caucus ou la médiation en aparté

A. Notions et contours du caucus

Le caucus, ou médiation en aparté, se présente comme une séance au sein de laquelle le médiateur rencontre une partie en l'absence de l'autre ; cela peut résulter d'une suggestion du médiateur, ou alors du souhait formulé par une partie. Dans le cadre de ces réunions, après avoir discuté avec une partie à la fois, le médiateur fait ensuite la « navette » entre elles³²⁹. Précisons d'emblée qu'il s'agit d'une méthode qui, bien que séduisante, doit être conçue comme un instrument auquel peut recourir le médiateur dans certaines hypothèses, et non pas comme une étape obligatoire³³⁰ ; ainsi, « *il peut lui apparaître indispensable de [...] rencontrer séparément les parties afin d'apprécier leur volonté réelle de transiger et les concessions qu'elles sont prêtes à faire pour y arriver* »³³¹.

Conformément à ce que nous avons souligné précédemment, pour qu'une médiation aboutisse, il est nécessaire que les protagonistes de celle-ci aient confiance dans le médiateur³³² ; or, le caucus se présente comme l'espace idéal pour susciter une telle situation. Notons que cet outil ne relève point d'une pratique officieuse, puisque le Code de déontologie des médiateurs agréés en fait spécialement mention ; son article 10 prévoit que, en début de médiation, le médiateur veille à expliquer aux parties les caractéristiques de la médiation, parmi lesquelles figure la possibilité d'effectuer un ou plusieurs caucus³³³. La légitimité de cette pratique ne peut donc aucunement être mise en cause³³⁴.

En outre, il s'agit d'une pratique très souple, qui peut avoir lieu en amont des séances de médiation, pendant, ou encore entre celles-ci. D'une part, lorsque le caucus a lieu en amont, le processus de médiation n'a pas encore débuté, et cela se présente alors comme une rencontre préliminaire. D'autre part, une fois la médiation entamée, ces apartés peuvent avoir lieu à tout moment. Dans tous les cas, le caucus demeure un processus gouverné par la confidentialité accrue, l'impartialité, l'indépendance et la neutralité³³⁵.

³²⁷ B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 130.

³²⁸ D. CHEVALIER, *op. cit.*, p. 223.

³²⁹ R. M. CALKINS, « Caucus Mediation – Putting Conciliation Back into the Process: The Peacemaking Approach to Resolution, Peace and Healing », *Drake Law Review*, 2006, p. 270.

³³⁰ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *Médiation et techniques de négociation intégrative*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 307-308.

³³¹ M. ARMAND-PREVOST, « L'avocat, le juge et le médiateur », *Les Petites Affiches*, 1998, p. 22.

³³² J. POITRAS, « The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators », *International Journal of Conflict Management*, 2013, p. 23.

³³³ COMMISSION FÉDÉRALE DE MÉDIATION, Code de déontologie des médiateurs agréés, version du 16 décembre 2020, art. 10, §2, al. 5, <https://www.cfm-fbc.be/> (6 août 2021).

³³⁴ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *Médiation et ...*, *op. cit.*, p. 309.

³³⁵ *Ibid.*, p. 307.

B. Bénéfices et inconvénients du caucus

Il ne fait pas l'ombre d'un doute que les caucus poursuivent un but précis, qui est celui de rétablir la paix entre les parties en litige³³⁶. Aussi louable cet objectif soit-il, la pratique nous montre que cette méthode peut rencontrer quelques difficultés ; ainsi, dans ce point, nous étudierons les inconvénients dont souffre le caucus, de même que ses avantages, pour terminer enfin en opérant une balance entre les deux.

a) Inconvénients

Premièrement, les médiateurs qui n'effectuent pas de caucus disposent de plusieurs raisons. Notamment, le temps passé en caucus, remarquent ces médiateurs, est du temps pendant lequel les parties ne communiquent pas directement entre elles. Même si la caractéristique principale de la médiation est la confidentialité et que celle-ci couvre également ce qui se dit en caucus, les conversations privées peuvent changer la façon dont le médiateur perçoit le conflit ou dont la partie concernée perçoit le médiateur. Une partie peut, par exemple, penser que le médiateur est partial en raison du temps qu'il a passé en caucus avec son adversaire. D'autres médiateurs ne veulent pas arrêter les progrès que les parties font vers un accord ou, encore, ne sont pas enchantés à l'idée de jouer les messagers entre elles. Ils souhaitent surtout que les parties, en particulier celles dont les relations vont se poursuivre, passent tout leur temps à apprendre à communiquer entre elles. Certains médiateurs craignent, par ailleurs, que le caucus n'éloigne encore plus les parties ou ne les oblige à s'en remettre à d'autres pour communiquer (comme elles le font dans le cadre de ces réunions privées lors desquelles le médiateur fait la « navette »)³³⁷.

En sus, si l'utilité et la valeur d'un caucus varient selon les cas, une caractéristique fondamentale va, d'après certains auteurs, à l'encontre des objectifs de la médiation : une fois éloignées de leur adversaire, les parties sont beaucoup plus libres de communiquer de manière trompeuse et mensongère ; en effet, le voile confidentiel et protecteur de la communication avec le médiateur dans un caucus crée de la tentation³³⁸. Les caucus peuvent alors devenir un terrain propice aux techniques trompeuses, car le risque d'être pris est considérablement réduit³³⁹. Lorsque le médiateur soupçonne certaines informations communiquées lors d'un caucus, il serait utile de retourner à la session commune pour vérifier la sincérité des positions défendues en privé, mais toute la difficulté réside évidemment en ce que les apartés doivent rester confidentiels : le médiateur se trouve alors dans une situation très délicate.

Par ailleurs, nous ne serons aucunement surpris de constater que le caucus, encore plus que le processus de médiation en son sens le plus général, évince le principe du contradictoire. En effet, les

³³⁶ R. M. CALKINS, *op. cit.*, p. 283.

³³⁷ K. B. OLSON, « Practical Challenges. One Crucial Skill: Knowing How, When, and Why to Go into Caucus », *Dispute Resolution Magazine*, 2016, pp. 32-33.

³³⁸ T. L. ALLEN, « The Caucus in Mediation – It's More than Shuttle Diplomacy », *Michigan Probate & Estate Planning*, 2002, p. 16.

³³⁹ J. KRIVIS, « The Truth About Deception in Mediation », *Plaintiff Magazine*, 2007, p. 3.

apartés étant gouvernés par une « *supra confidentialité* », il va de soi que les confidences que le médiateur reçoit de l'une des parties ne seront point communiquées à l'autre, sauf si celle-ci y marque son accord³⁴⁰.

b) Bénéfices

Certes, il s'agit de préoccupations valables, mais nous soutenons cependant qu'il est important de recourir au caucus – au moment opportun et avec un langage approprié – afin d'aider les parties à parler de questions difficiles et à gérer leurs propres désaccords. Le caucus est notamment approprié lorsque le médiateur a le sentiment que les parties ont révélé toutes les informations pertinentes ou lorsque ce dernier souhaite engendrer un moment de répit dans les tensions. De même, il s'avère nécessaire d'effectuer un aparté lorsqu'une discussion privée sur l'efficacité des tactiques de négociation est justifiée, ou encore lorsqu'une partie a besoin d'une « caisse de résonance », c'est-à-dire de quelqu'un sur qui tester des mots ou des idées avant de les partager en session³⁴¹.

Subséquentement, l'hypothèse fondamentale dans l'utilisation du caucus est qu'une partie sera plus disposée à fournir des informations et à faire des concessions dans l'intimité, hors de la vue des adversaires ; en effet, lors du caucus, les parties peuvent communiquer plus aisément, sans laisser place à leur vulnérabilité. En sus, les informations partagées dans l'intimité d'un caucus peuvent être utiles au médiateur pour se faire une idée de l'éventail d'options qui s'offre à lui. En outre, certaines questions ou lignes de pensée que le médiateur développerait en présence des deux parties pourraient être perçues, par l'une d'elles, comme un manque de neutralité ; l'aparté se présente alors, encore une fois, comme la solution idéale. D'ailleurs, le fait, pour les parties, de se réunir séparément avec le médiateur leur offre la possibilité de songer aux solutions possibles sans la pression ou l'influence de l'adversaire. Cela permet notamment de penser, de se calmer, et de répondre de manière réfléchie ; en matière familiale, où les débats sont riches en émotions, le caucus peut être l'occasion de réfléchir à la « *réalité de la situation face à la logique du conflit* ». Il donne également le temps de restructurer une offre et d'évaluer une contre-offre. En bref, le caucus présente une grande marge de manœuvre³⁴².

Ensuite, en ce qui concerne les préoccupations des parties relatives à la partialité du médiateur, elles peuvent généralement être surmontées en leur faisant connaître les raisons de ces apartés, en passant un temps similaire avec chacune d'entre elles, et en rappelant que les caucus jouissent d'un niveau de confidentialité supplémentaire³⁴³. De plus, par rapport aux craintes selon lesquelles le caucus serait le terrain favorable aux techniques trompeuses, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'un argument de poids. Certes, aucune hypothèse n'est à exclure ; toutefois, nous savons que les parties, lorsqu'elles décident de recourir aux modes de résolution amiable des différends, elles le font sur une base

³⁴⁰ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *Médiation et ...*, op. cit., pp. 310-312.

³⁴¹ K. B. OLSON, op. cit., p. 33.

³⁴² T. L. ALLEN, op. cit., p. 16.

³⁴³ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *Médiation et ...*, op. cit., pp. 307 et 310.

volontaire, parce qu'elles désirent véritablement trouver une solution par cette voie alternative et qu'elles mettent au premier plan la discussion. Ces appréhensions ne nous paraissent donc pas justifiées.

Enfin, pour ce qui concerne la violation du principe du contradictoire, nous ne pouvons aucunement nier que, par la nature même des apartés, le non-respect de ce dogme est inévitable. Néanmoins, dans le point suivant, nous allons mettre en avant les arguments qui permettent de justifier le bannissement du principe du contradictoire du processus de médiation en son entièreté – et donc, du caucus également.

§5. Médiation, caucus et garanties du procès équitable : focus sur le principe du contradictoire

Au sein de ce paragraphe, nous nous interrogerons sur l'application des garanties du procès équitable au processus de médiation, en nous concentrant cependant sur la protection que constitue le principe du contradictoire.

A. Propos introductifs

Comme nous l'avons souligné précédemment, la médiation, en tant que voie parallèle à la justice³⁴⁴, ne constitue pas une « zone de non-droit »³⁴⁵ ; ainsi, il serait cohérent de considérer que la médiation se doit de respecter les droits fondamentaux procéduraux et des parties³⁴⁶. Si nous avons employé le conditionnel pour la précédente affirmation, c'est parce qu'il n'est pas évident de savoir si ces règles processuelles s'appliquent, *ex officio*, au processus de médiation. En effet, conformément à ce qu'écrivait le Professeur français Charles Jarrosson, l'interrogation la plus passionnante pour un juriste s'intéressant aux modes de résolution amiable des litiges consiste à savoir si les règles fondamentales du procès civil ont vocation à s'appliquer à ces méthodes alternatives³⁴⁷.

Afin de répondre au mieux à cette question, il convient avant tout de rappeler ce que sont la médiation et le médiateur. Pour ce qui concerne le processus de médiation, nous l'avons déjà écrit à maintes reprises, il s'agit d'un processus confidentiel, structuré et amiable par lequel un tiers neutre, impartial et indépendant aide les parties en conflit à résoudre par elles-mêmes leur différend³⁴⁸ (voy. *supra*). Ce tiers intervenant qu'est le médiateur, quant à lui, se présente comme le « thérapeute » qui se devra de réconcilier les parties³⁴⁹. La Directive européenne de 2008 relative à la médiation en matière civile et commerciale le définissait déjà comme « *tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été*

³⁴⁴ J. TIMSIT, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *La Gazette du Palais*, 2011, p. 53.

³⁴⁵ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 121.

³⁴⁶ L. CADIET, *op. cit.*, p. 166.

³⁴⁷ C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 340.

³⁴⁸ Art. 1723/1, C. jud.

³⁴⁹ J.-P. TRICOIT, « Médiateur(s), médiation(s) et procès équitable », in *La médiation en matière civile et commerciale* (sous la dir. de F. OSMAN), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 163.

chargé de la mener »³⁵⁰. Ainsi, nous comprenons aisément que la médiation s'entend d'un processus « restauratif » et d'un outil permettant d'aboutir à une solution juste³⁵¹.

De ce fait, s'érigeant en tant que processus consensuel (voy. *supra*), la médiation permet d'accepter qu'une « solution juste [puisse] être dégagée en dehors de l'application d'une règle de droit »³⁵² ; en effet, la nature même de cette méthode suppose qu'elle puisse être en conflit avec les garanties du procès équitable consacrées par l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁵³ (voy. *supra*).

B. L'apparente application du principe du contradictoire au processus de médiation

La présence d'un tiers intervenant – le médiateur – dans la résolution d'un litige contribue à y entrevoir la figure d'un magistrat : il paraît alors charmant d'appliquer à la procédure de médiation le formalisme rigoureux de la libre contradiction et, plus largement, des normes du procès équitable³⁵⁴. En effet, la médiation n'étant pas dépourvue de règles applicables, le médiateur se doit de respecter certains impératifs : notamment, il devra traiter les parties de manière égalitaire et s'assurer que chacune d'entre elles ait la possibilité de s'exprimer et d'être écoutée³⁵⁵.

En outre, d'aucuns insistent sur le fait que la médiation peut également être suggérée par le juge et qu'elle s'inscrit, *de facto*, dans une procédure judiciaire ; ainsi, les règles de procédure devraient trouver à s'appliquer³⁵⁶. Malgré que l'on puisse arguer que, même dans l'hypothèse d'une médiation judiciaire, le consentement des parties est requis – ce qui inciterait alors à considérer l'origine de la médiation comme étant conventionnelle³⁵⁷ – des auteurs comme Loïc Cadiet estiment qu'il est préférable de différencier le caractère actif ou passif de l'accord des parties, en spécifiant que lorsque le juge conseille une médiation et que les parties se contentent d'y acquiescer, cela ne peut relever de la convention³⁵⁸.

Par conséquent, en s'appuyant notamment sur le fait que la médiation peut se dérouler dans le cadre d'une instance judiciaire, d'aucuns prétendent que le principe du contradictoire ne peut être tu. De plus, la contradiction est également considérée comme « un principe de droit naturel »³⁵⁹ trouvant à

³⁵⁰ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 3, b), *J.O.U.E.*, 24 mai 2008, L 136, p. 3.

³⁵¹ Voy., en ce sens, R. CARIO, *Justice restaurative, Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 18.

³⁵² H. CROZE, C. MOREL ET O. FRADIN, *Procédure civile*, Paris, Litec, 2005, n° 779.

³⁵³ Voy. notamment N. FRICERO, « Faut-il supprimer l'article 6 §1 de la Convention européenne pour sauver le recours individuel ? Plaidoyer pour une restructuration raisonnable du système européen de protection des droits de l'homme », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2004, pp. 85-95.

³⁵⁴ D. POLLET, « Principe de contradiction et médiation », *La Gazette du Palais*, 1999, p. 3.

³⁵⁵ C. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *R.G.D.P.*, 1999, p. 766.

³⁵⁶ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 121.

³⁵⁷ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 253.

³⁵⁸ L. CADJET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* (sous la dir. de P. ANCEL ET M.-C. RIVIER), Paris, Economica, 2001, pp. 36-40.

³⁵⁹ H. MOTULSKY, « Le droit naturel ... », *op. cit.*, p. 60.

s'appliquer en-dehors du procès civil³⁶⁰, ce qui fait qu'il ne pourrait être étranger au processus de médiation puisqu'il participe à la loyauté procédurale³⁶¹.

C. Éviction du principe du contradictoire du processus de médiation

Après avoir exposé ces raisonnements et points de vue, armons-nous à présent de bon sens, de pragmatisme et de discernement pour démontrer que, bien que fascinante, l'approche selon laquelle le principe du contradictoire trouverait à s'appliquer au processus de médiation est à exclure. Pour ce faire, nous allons fonder notre analyse sur plusieurs arguments.

a) L'inopportunité de l'application du principe du contradictoire

Premièrement, il convient de rappeler que l'on se tourne vers la résolution amiable des différends puisque cette voie se présente comme une alternative humanisée et adoucie, « *aux antipodes d'une justice technocratique et engoncée* »³⁶². De plus, nous assistons à l'ébranlement du légicentrisme pour y préférer une « contractualisation » des liens sociaux³⁶³. Ainsi, bien qu'encadrée par la loi et actuellement institutionnalisée, la médiation revêt, à nos yeux, un caractère contractuel, ce qui fait qu'il serait inopportun d'y appliquer des règles dont le domaine d'application est celui du procès civil, comme notamment le principe du contradictoire.

Pour prouver cela, et pour démentir les opinions précédemment évoquées (voy. *supra*), nous soutiendrons que la médiation est un mode conventionnel de résolution des différends par nature³⁶⁴, et ce, qu'il s'agisse d'une médiation judiciaire ou d'une médiation extrajudiciaire. Effectivement, conformément à ce que nous avons relevé au point précédent, la médiation, quelle qu'elle soit, est un processus qui requiert le consentement des parties³⁶⁵ ; en ce sens, la distinction opérée par Loïc Cadiet entre le caractère passif et actif de l'accord des parties ne nous paraît point pertinente, puisqu'elle n'influe aucunement sur le fondement contractuel de la médiation judiciaire³⁶⁶, car cette dernière ne peut en aucun cas être imposée. Avancer un tel argument équivaut à affirmer que la médiation est soumise aux principes directeurs du droit des contrats ; ainsi, aussitôt qu'il y a « *rencontre des volontés, indépendamment du fait que cette rencontre a été provoquée ou est spontanée et qu'elle a pour objet de produire des effets de droit, nous sommes en présence d'une convention* »³⁶⁷. En effet, nul ne pourrait contredire le fait que le juge n'intervient aucunement dans la médiation ; les parties disposent d'ailleurs de la possibilité d'aménager ce processus comme bon leur semble, ainsi que de la liberté d'y mettre fin³⁶⁸. De la même manière, lorsque la médiation aboutit, l'homologation de l'accord auquel elles

³⁶⁰ C. JARROSSON, « Le principe de la contradiction ... », *op. cit.*, p. 764.

³⁶¹ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 126.

³⁶² G. CORNU, « L'élaboration du code de procédure civile », in *La codification* (sous la dir. de B. BEIGNIER), Paris, Dalloz, 1996, p. 71.

³⁶³ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 126.

³⁶⁴ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 476.

³⁶⁵ B. BLOHORN-BRENNEUR, *op. cit.*, p. 253.

³⁶⁶ J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 476.

³⁶⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 5.

³⁶⁸ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 123.

sont parvenues est facultatif, ce qui témoigne bien du fait que l'entière du processus est gouvernée par la volonté des parties³⁶⁹.

Ainsi, il nous est donc possible d'affirmer avec clairvoyance que l'application du principe du contradictoire, gouvernant les procès civils, est inopportune.

b) La non-applicabilité du principe du contradictoire

Ce premier élément étant clarifié, nous allons à présent poursuivre notre étude en affirmant avec aisance que la mise en œuvre du principe du contradictoire dans le cadre d'une médiation n'est pas seulement inopportune, car ce principe est véritablement mis en échec et inapplicable audit processus. Pour parvenir à une telle conclusion, il est indispensable de répondre à la question suivante par la négative : « *la médiation entre-t-elle dans le champ d'application de l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme ?* »³⁷⁰.

D'emblée, rappelons que le principe de la libre contradiction est un principe fondamental du procès civil selon lequel nul ne peut être jugé sans avoir été informé de l'existence de l'action en justice le concernant et sans qu'il n'ait pu être entendu³⁷¹. Ce dogme, entendu de la sorte, est alors inhérent au procès civil ; or, la médiation n'étant pas un procès³⁷², « *l'application du principe de la contradiction ne se justifie pas* »³⁷³. En effet, même si le principe du contradictoire constitue la pierre angulaire du droit fondamental à un procès équitable³⁷⁴, lui-même essentiel pour garantir l'équité de la procédure³⁷⁵, nous voyons mal comment une telle norme pourrait être appliquée à ce qui ne relève pas du procès.

Ensuite, l'origine conventionnelle caractéristique de la médiation que nous avons démontrée *supra* nous permet de considérer que cette méthode alternative peut s'émanciper des règles de procédure³⁷⁶ – et donc du principe du contradictoire. Effectivement, il ne fait aucun doute que si les parties décident de recourir au processus de médiation, elles choisissent de manière libre et éclairée de soustraire leur conflit au traitement juridictionnel³⁷⁷. En sus, pour soulever un aspect qui relève plus de la technique, les principes du procès équitable requièrent la « *présence d'un tribunal, c'est-à-dire un organisme qui tranche les litiges* »³⁷⁸ ; le principe du contradictoire en particulier ne trouve à s'appliquer que lorsque le processus débouche sur une décision qui s'impose aux parties³⁷⁹. Or, il est incontestable qu'un tel élément fait défaut dans le processus de médiation et, plus précisément, dans l'outil que constitue le caucus.

³⁶⁹ J. TIMSIT, *op. cit.*, p. 53.

³⁷⁰ J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, p. 169.

³⁷¹ M. MRCELA, *op. cit.*, p. 18.

³⁷² Cour eur. D.H., arrêt Denizci et al. c. Chypre du 23 mai 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/> (2 août 2021), §362 ; C. JARROSSON, « Les modes alternatifs ... », *op. cit.*, p. 340.

³⁷³ C. JARROSSON, « Le principe de la contradiction ... », *op. cit.*, p. 765.

³⁷⁴ N. FRICERO, « Le droit à une procédure civile contradictoire ... », *op. cit.*, p. 387.

³⁷⁵ L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2006, p. 5.

³⁷⁶ E. CHARPY, *op. cit.*, p. 124.

³⁷⁷ S. GUINCHARD ET AL., *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2003, n° 599.

³⁷⁸ J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, p. 170.

³⁷⁹ J. JOLY-HURARD, *op. cit.*, p. 476.

Subséquemment, nous pouvons à présent affirmer que l'interrogation initialement posée appelle une réponse négative : nonobstant les quelques effervescences que cela a provoquées au sein de la doctrine³⁸⁰, la question semble, à notre sens, résolue. Même si la question peut demeurer délicate, l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas applicable à la médiation : tel que soutenu par plusieurs auteurs, il serait déraisonnable de se borner à appliquer les principes du procès équitable à ce qui ne relève pas du procès³⁸¹.

c) L'incompatibilité des spécificités du processus de médiation avec le principe du contradictoire

Comme nous l'avons souligné dans l'analyse du régime juridique de la médiation, si sa particularité réside en ce qu'elle n'a « *guère de règles obligatoires [et qu'il] faut tout simplement que cela fonctionne* »³⁸², il y a un aspect de cette méthode qui n'est point sujet à controverse : la médiation est un processus pleinement confidentiel³⁸³. Or, qui dit confidentialité ne peut pas dire respect du principe du contradictoire : en effet, les deux concepts sont diamétralement opposés. Le médiateur dispose d'ailleurs de la possibilité d'entendre séparément les parties : lors de ces séances individuelles, il recueille les confidences qu'une partie ne souhaite pas partager avec l'autre³⁸⁴ ; comme nous l'avons souligné, ces apartés bénéficient d'une « *supra confidentialité* »³⁸⁵. Cela relève alors de l'évidence que le respect du principe du contradictoire est exclu. Ouvrons une parenthèse pour souligner que c'est ce qui différencie fondamentalement le processus de médiation de la conciliation, puisque « *le juge a l'interdiction de se poser en médiateur. Il doit veiller à assurer la contradiction et les pratiques selon lesquelles [il] [...] organiserait un aparté sont à proscrire* »³⁸⁶ ; effectivement, « *la médiation étant un règlement alternatif de litige dont la spécificité est de se dérouler en-dehors des instances judiciaires, le médiateur ne peut pas être un magistrat* »³⁸⁷. Ainsi, la médiation réalisée par des tiers et la conciliation faite par les magistrats coexistent et occupent chacune une place qui leur est propre³⁸⁸.

Enfin, le principe du contradictoire semble se heurter aux particularités qui caractérisent le processus de médiation. Cette méthode présente des avantages qui la distinguent profondément de la justice étatique classique : les parties maîtrisent la décision finale, le processus se fonde sur leur consentement libre, est rapide (par opposition à une justice civile lente) et met au premier plan les besoins des parties, et non pas leurs droits et obligations. De plus, elle repose sur la collaboration accrue, et non pas sur l'affrontement, et accorde une place considérable aux contacts humains³⁸⁹. Toutes les caractéristiques

³⁸⁰ Voy., en ce sens, B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices. Revue de droit processuel*, 1995, p. 53 ; J. TIMSIT, *op. cit.*, p. 1777.

³⁸¹ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs ... », *op. cit.*, pp. 764-767 ; G. PLUYETTE, « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire », *Rev. arb.*, 1997, pp. 505-526 ; J. TIMSIT, *op. cit.*, p. 1777.

³⁸² P. VAN LEYNSEELE, « La médiation, qu'est-ce ? », *Orientations*, 2003, p. 5.

³⁸³ J. DE LATHOUWER ET C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 179.

³⁸⁴ P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, p. 5.

³⁸⁵ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *Médiation et ...*, *op. cit.*, p. 312.

³⁸⁶ B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 131.

³⁸⁷ B. BEELDENS, *op. cit.*, p. 197.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 197.

³⁸⁹ P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, p. 6.

que nous venons d'énoncer relèvent de la souplesse, vertu du processus de médiation ; or, le principe du contradictoire se présentant comme le garant de la justice³⁹⁰ et la pierre angulaire du procès équitable est trop rigide et rigoriste pour être compatible avec l'adaptabilité sur laquelle se base et à laquelle aspire la médiation³⁹¹. Effectivement, « *l'essence même de la médiation impose au médiateur d'adapter son comportement et sa manière de procéder à l'état d'esprit des parties, lorsqu'il entreprend sa mission* »³⁹². Nous comprenons donc que le principe du contradictoire n'a pas sa place au sein de ce mode alternatif de résolution des différends, puisque cela altérerait un processus qui, pour être fructueux, suppose une certaine autonomie³⁹³.

d) L'approche pragmatique du principe du contradictoire consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme

Un autre argument qui permet de justifier cette éviction du principe de la libre contradiction du processus de médiation est le fait que la Cour européenne des droits de l'Homme ait admis, dans sa jurisprudence, que le principe du contradictoire devait se concevoir d'une manière pragmatique, finaliste et matérielle, et non pas de façon excessivement formelle comme elle avait considéré auparavant³⁹⁴. Son revirement de jurisprudence est le fait de l'arrêt *Verdú Verdú contre Espagne*³⁹⁵, dans lequel elle avait estimé que reconnaître une violation du contradictoire systématiquement – *in abstracto*, sans avoir égard à l'incidence réelle d'une tel non-respect – revenait à reconnaître « *un droit sans réelle portée ni substance* »³⁹⁶, ce qui est contraire au but de la Convention, qui vise à protéger des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques et illusoires³⁹⁷. Malgré la jurisprudence fluctuante de la Cour strasbourgeoise depuis lors, retenant tantôt une approche formelle du contradictoire, tantôt une approche finaliste de ce dernier, elle n'a jamais explicitement et nettement formulé une préférence pour l'une ou l'autre conception, ni condamné l'une d'entre elles ; en effet, « *les deux conceptions du contradictoire coexistent et s'opposent au sein de [sa jurisprudence]* »³⁹⁸³⁹⁹.

Par ailleurs – nous ne nous appesantirons pas sur ce point –, les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁰⁰, du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies⁴⁰¹, de notre Cour de cassation⁴⁰² et de la Commission des Droits de l'Homme⁴⁰³ (avant qu'elle ne soit abrogée en 1998),

³⁹⁰ A.-M. FRISON-ROCHE, *Généralités sur ...*, op. cit., pp. 91 et s.

³⁹¹ E. CHARPY, op. cit., p. 124.

³⁹² M. ARMAND-PREVOST, op. cit., p. 22.

³⁹³ J. JOLY-HURARD, op. cit., pp. 478-480.

³⁹⁴ Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, précité.

³⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, précité.

³⁹⁶ *Ibid.*, §28.

³⁹⁷ O. JACOT-GUILLARMOD, op. cit., pp. 403-404.

³⁹⁸ M.-A. BEERNAERT ET F. KRENC, op. cit., p. 221.

³⁹⁹ Pour plus de précisions sur la jurisprudence de la Cour à ce sujet, nous renvoyons à la troisième section du premier chapitre de cette thèse, dédiée à la Cour européenne des droits de l'Homme.

⁴⁰⁰ Voy., à cet égard, Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón sous l'arrêt *Otis N.V. e.a.*, §59, C-199/11, EU :C :2012 :684 ; O. J. SETTEM, op. cit., pp. 154-155 ; F. CLAUSEN, op. cit., pp. 686 et s.

⁴⁰¹ Voy. Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. n° 1412/2005, 19 juillet 2011 (*Aleksandr Butovenko c. Ukraine*), <https://tbinternet.ohchr.org/> (4 août 2021), §6.7 ; O. J. SETTEM, op. cit., p. 154.

⁴⁰² Cass., 29 septembre 2011, précité ; Cass., 2 mars 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 553 ; Cass., 27 septembre 2018, *Rev. not. b.*, 2019, p. 566 ; J. VAN COMPERNOLLE ET A.-L. FETTWEIS, op. cit., pp. 54-55.

⁴⁰³ Voy. Comm. eur. D.H., D 8209/78 (*Sutter c. Suisse*), 1^{er} mars 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/> (4 août 2021) ; Comm. eur. D.H., D 20320/92 (*L.K.-D. c. Suisse*), 5 avril 1995, <http://hudoc.echr.coe.int/> (4 août 2021) ; O. J. SETTEM, op. cit., pp. 243-244.

viennent prendre position en faveur du pragmatisme, puisque ces entités ont toutes adopté une conception finaliste et matérielle de la libre contradiction.

Ouvrons, en outre, une parenthèse pour souligner que l'examen du respect du principe d'impartialité dans le cadre de la conciliation par la Cour de Strasbourg vient également affermir notre positionnement ; en effet, elle a opté pour une conception objective et concrète de cette règle⁴⁰⁴, contrairement à son ancienne jurisprudence qui témoignait d'une approche plutôt abstraite. Ainsi, le fait pour le magistrat d'endosser le rôle d'amiable-conciliateur et, en cas d'échec de la tentative de conciliation, de connaître par la suite du fond du litige n'équivaut pas, *ex officio*, à une violation de la règle d'impartialité⁴⁰⁵.

Ainsi, tous ces constats nous permettent d'affirmer de manière décisive que, en ce qui nous concerne, nous pouvons nous présenter en tant que partisans du revirement propice ayant eu lieu en 2007 avec l'arrêt *Verdú Verdú contre Espagne* : nous soutenons donc pleinement la conception pragmatique du principe du contradictoire. Une telle approche permet indiscutablement d'admettre et de justifier l'évincement de ce principe directeur du procès civil du processus de médiation : effectivement, si la Cour protectrice des droits de l'Homme a elle-même consacré une approche finaliste et matérielle de ce dogme (et également du principe d'impartialité) dans les procédures civiles classiques – domaine d'application du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, §1^{er}, de la Convention – cela vient conforter l'exclusion de ce principe d'un processus qui n'entre aucunement dans le champ d'application dudit article, car il ne relève pas du procès⁴⁰⁶.

e) La théorie de la renonciation aux droits fondamentaux

Enfin, le dernier aspect qui permet d'asseoir la radiation du principe du contradictoire du processus de médiation est la théorie de la renonciation aux droits fondamentaux. Ayant déjà amplement traité de ce sujet au sein de la quatrième section du premier chapitre de cette thèse (voy. *supra*), nous n'allons pas perpétuer cette analyse. Néanmoins, nous tâcherons de rappeler que, nonobstant que la Convention européenne des droits de l'Homme ne contienne aucune disposition spécifique relative à la renonciation à un droit fondamental, elle n'est pas totalement insensible aux velléités renonciatrices : en effet, « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable* »⁴⁰⁷. En ce sens, rien ne fait obstacle à qu'un individu renonce, moyennant certaines conditions, à son droit à une procédure contradictoire : pour ce faire, il se devra de manifester d'une volonté abdicative non équivoque⁴⁰⁸, libre⁴⁰⁹ et éclairée⁴¹⁰.

⁴⁰⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Hauschildt c. Danemark* du 24 mai 1989, *précité*, §45.

⁴⁰⁵ J. VAN COMPERNOLLE, « Impartialité du juge ... », *op. cit.*, p. 936 ; B. INGHELS, « Les questions de procédure ... », *op. cit.*, p. 132.

⁴⁰⁶ J.-P. TRICOIT, *op. cit.*, p. 170.

⁴⁰⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Hakanesson et Struresson c. Suède* du 21 février 1990, *précité* ; Cour eur. D.H., arrêt *Yoldas c. Turquie* du 23 février 2010, *précité*.

⁴⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Colozza c. Italie* du 12 février 1985, *précité*, §28.

⁴⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980, *précité*, §51.

⁴¹⁰ O. DE SCHUTTER ET J. RINGELHEIM, *op. cit.*, p. 25.

Nous pouvons toutefois noter que, en recourant au processus de médiation, les justiciables entendent déjà soustraire leur différend au traitement juridictionnel⁴¹¹, la médiation s'épanouissant et fleurissant en-dehors des juridictions⁴¹² ; effectivement, elle repose sur d'autres principes que ceux qui gouvernent les procès étatiques classiques, comme la confidentialité. Cela est notamment le cas pour ce qui concerne les caucus : comme nous l'avons relevé, le Code de déontologie des médiateurs agréés lui-même prévoit que, en cas de caucus, « *le médiateur informera toutes les parties de ce que tous les renseignements qu'il aura reçus dans le cadre de cet aparté, resteront secrets et non contradictoires à moins que la partie qui a fourni cette information ne marque son accord sur la communication de cette information à l'autre partie* »⁴¹³.

Ainsi, la possibilité d'une renonciation au droit fondamental procédural que constitue le principe de la libre contradiction ne vient que conforter le fait que ce principe soit, de base, exclu de la médiation. De ce fait, si d'aucuns doutaient encore du bien-fondé du bannissement de ce dogme de cette voie alternative, la possibilité d'un aménagement contractuel du contradictoire vient asseoir de manière décisive cette exclusion.

Section III : Le droit collaboratif

§1^{er}. Propos introductifs

A. Développement international

Le droit collaboratif (*collaborative law*) est le fruit du travail de Stuart Webb, avocat de Minneapolis spécialisé dans le droit familial⁴¹⁴. Au début des années 1990, il rompt les contacts avec l'un de ses confrères dans le cadre d'un procès⁴¹⁵ ; lassé de la nature litigieuse et amère des instances judiciaires, il songe à une autre façon d'exercer sa profession⁴¹⁶. Le 1^{er} janvier 1990, il se déclare alors « avocat collaboratif » : il est ainsi considéré comme le « parrain » du mouvement⁴¹⁷. Ce dernier s'est également développé grâce à l'impulsion d'une avocate de San Francisco, Pauline Tesler⁴¹⁸, et d'une professionnelle de la santé mentale, Peggy Thompson. D'une poignée d'avocats et de professionnels du domaine de la santé psychologique est née une organisation mondiale, l'Académie Internationale

⁴¹¹ S. GUINCHARD ET AL., *op. cit.*, n° 599.

⁴¹² S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », in *Les transformations de la régulation juridique* (sous la dir. de J. CLAM ET G. MARTIN), Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 221 et s.

⁴¹³ COMMISSION FÉDÉRALE DE MÉDIATION, Code de déontologie des médiateurs agréés, version du 16 décembre 2020, art. 10, §2, al. 6, <https://www.cfm-fbc.be/> (6 août 2021).

⁴¹⁴ S. CRAWFORD, « Collaborative Law: A Brief Overview », *Illinois Bar Journal*, 2017, p. 29.

⁴¹⁵ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *J.T.*, 2019, p. 209.

⁴¹⁶ Voy. S. WEBB, « Collaborative Law: A Practitioner's Perspective on Its History and Current Practice », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2008, p. 155.

⁴¹⁷ S. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 29.

⁴¹⁸ Voy. notamment P. H. TESLER, *Collaborative Law: Achieving Effective Resolutions in Divorce Without Litigation*, Chicago, ABA, 2013.

des Professionnels du Droit Collaboratif (*International Academy of Collaborative Professionals*⁴¹⁹) ; en 2010, cette organisation a adopté la loi uniforme sur le droit collaboratif (*Uniform Collaborative Law Act*).

B. Développement en Belgique

Cette pratique s'est subséquemment répandue dans le monde entier, et est actuellement pratiquée dans plus de vingt pays, dont la Belgique⁴²⁰. Le terme « droit collaboratif » provient du Canada, où il a été littéralement traduit de l'appellation « *collaborative law* »⁴²¹. Ce sont d'ailleurs des avocats canadiens qui, conviés par le Barreau de Bruxelles en 2006, sont venus exposer cette nouvelle méthode alternative dans notre pays. Le droit collaboratif ayant été accueilli avec le plus grand des enthousiasmes, l'Ordre des barreaux francophones et germanophones a incorporé ce nouveau mode dans leur déontologie et s'est rallié à ses principes en 2009. Notons que le développement de cette technique en Belgique est, pour ainsi dire, unique, puisqu'il s'agit du seul pays au monde dans lequel le droit collaboratif a évolué au sein des entités ordinaires, alors que dans le reste du globe il s'est d'abord développé au niveau privé⁴²². Il est à présent institutionnalisé dans le Code judiciaire⁴²³ depuis 2018⁴²⁴.

§2. Notions

A. Définition et contours du droit collaboratif

Le Code judiciaire définit le droit collaboratif comme étant « *un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable* »⁴²⁵. Cette méthode n'implique donc aucunement la présence d'un tiers intervenant, puisque les parties sont assistées par leurs avocats, qui sont spécialement formés à la procédure collaborative⁴²⁶. Précisons toutefois qu'il existe un autre modèle de droit collaboratif, surtout présent en Amérique du Nord, en Italie et aux Pays-Bas, qui suppose que chaque partie soit assistée, non seulement d'un avocat collaboratif (comme c'est le cas en Belgique), mais également d'un « coach psychologique »⁴²⁷. Il est important de noter que le droit collaboratif ne se conçoit qu'en l'absence de toute procédure : pour dire les choses autrement, « *la procédure n'est pas une option* », en ce sens que les parties s'engagent à n'entreprendre aucune (menace de) procédure ou, si une procédure est en cours, à la mettre en suspens⁴²⁸.

⁴¹⁹ Le site officiel de l'Académie est consultable via le lien <https://www.collaborativepractice.com/>.

⁴²⁰ S. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 28.

⁴²¹ Cette traduction littérale donnant lieu à l'appellation que nous employons en Belgique a été questionnée, mais a enfin été maintenue pour assurer la cohérence et l'homogénéité à échelle mondiale.

⁴²² M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, *op. cit.*, p. 211.

⁴²³ C. jud., art. 1738 à 1747.

⁴²⁴ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455.

⁴²⁵ C. jud., art. 1738.

⁴²⁶ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 133.

⁴²⁷ Pour plus de précisions sur ces deux modèles, voy. M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁴²⁸ M.-A. BOUDART, *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 54.

Le champ d'application de ce processus est vaste puisque, à l'instar de la médiation, l'on peut y recourir pour « *tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public [...], [de même que] les différends de nature non patrimoniale susceptibles d'être réglés par transaction* »⁴²⁹.

Constatons enfin que, lorsque le processus aboutit et que les parties parviennent à trouver une solution, aucune homologation de l'accord de droit collaboratif n'est prévue par la loi⁴³⁰. Cela est évidemment regrettable, mais il est aujourd'hui soutenu⁴³¹ que, moyennant le respect des conditions de l'article 706, du Code judiciaire, les parties pourront introduire une requête conjointe afin de faire entériner leur accord par une juridiction. Similairement, lorsque les parties ont décidé de recourir au droit collaboratif alors qu'une procédure était en cours, elles pourront demander au juge, à l'audience de remise, d'homologuer leur accord⁴³².

B. La procédure d'agrément des avocats et le protocole de droit collaboratif

Selon la loi, les seuls avocats qui peuvent se livrer à une procédure collaborative sont ceux qui ont reçu l'agrément en tant qu'avocats collaboratifs et qui figurent, par la suite, sur la liste rédigée par l'*Orde van Vlaamse balies* ou l'Ordre des barreaux francophones et germanophones ; cela implique qu'ils aient suivi une formation idoine à l'exercice de la fonction⁴³³. L'Académie Internationale des Professionnels du Droit Collaboratif exige par ailleurs que chaque avocat collaboratif signe la charte d'adhésion au droit collaboratif : c'est un écrit dans lequel sont inscrits les principes directeurs du processus, ainsi que les modalités caractéristiques de celui-ci⁴³⁴.

Lorsque des parties en litige décident de se soumettre au processus coopératif, leurs avocats et elles signent un document dénommé protocole de droit collaboratif, dans lequel figurent les principes gouvernant la procédure et leurs engagements réciproques⁴³⁵. Une particularité de ce protocole consiste en ce qu'il prévoit expressément que, si le processus n'aboutit pas, les avocats collaboratifs ne peuvent plus représenter les parties à l'occasion d'un procès civil classique⁴³⁶. Relevons que cela ressemble au modèle britannique du *solicitor-barrister*, dans lequel les *solicitors* préparent l'affaire pour un règlement à l'amiable et les *barristers* se chargent d'aller au procès si cette tentative échoue⁴³⁷.

⁴²⁹ Voy. C. jud., art. 1724 auquel renvoie l'art. 1738, du même Code.

⁴³⁰ N. UYTENDAELE, « Le droit collaboratif », in *Modes amiables de règlement des conflits / Minnelijke geschillenoplossing* (sous la dir. de M. BERLINGIN ET C. DELFORGE), Bruges, La Charte, 2021, p. 63.

⁴³¹ Voy., en ce sens, G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence – droit judiciaire privé (2002-2012) », *R.C.J.B.*, 2014, p. 155.

⁴³² N. UYTENDAELE, « Le droit ... », *op. cit.*, pp. 63-64.

⁴³³ C. jud., art. 1739.

⁴³⁴ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, *op. cit.*, p. 212.

⁴³⁵ Voy. C. jud., art. 1741.

⁴³⁶ D. A. HOFFMAN ET A. SCHEPARD, « To Disclose or Not to Disclose? That Is the Question in Collaborative Law », *Family Court Review*, 2020, p. 83.

⁴³⁷ J. KIM WRIGHT, *Lawyers as Peacemakers: Practicing Holistic, Problem-Solving Law*, Chicago, ABA, 2010, pp. 52-53.

§3. Principes directeurs du droit collaboratif

Le droit collaboratif, ensemble avec les autres voies alternatives à la justice classique, repose sur l'idée selon laquelle les parties en litige sont les mieux placées pour aboutir à une solution mutuellement acceptable⁴³⁸. Analysons alors ensemble les principes fondateurs de ce processus.

A. *Le caractère volontaire*

Comme rappelé maintes fois par la loi, le droit collaboratif est un mode de résolution amiable des différends qui repose sur la volonté des parties⁴³⁹ : elles sont maîtres du processus, en ce sens qu'elles peuvent décider d'y mettre fin à tout moment⁴⁴⁰.

B. *Le travail d'équipe*

Afin de parvenir à une solution satisfaisante, il s'avère nécessaire que les protagonistes du droit collaboratif « *œuvrent en synergie* »⁴⁴¹. Cette collaboration a lieu à plusieurs niveaux : cela se matérialise entre les parties et leur conseil respectif, entre confrères, entre parties et, enfin, lors des séances auxquelles tous les acteurs participent⁴⁴². En effet, en raison du retrait des avocats dans l'hypothèse d'un processus infructueux, il est de l'intérêt de tous de coopérer afin d'aboutir à une solution : d'une part, les avocats n'auraient aucun avantage de nature financière à ne pas réussir dans leur mission et, d'autre part, les parties seraient confrontées, non seulement à davantage de coûts, mais également à la dure épreuve de choisir deux autres conseils et de parler à nouveau de l'objet de leur litige qui, souvent, peut rouvrir d'anciennes blessures⁴⁴³.

Ouvrons une parenthèse pour souligner qu'il n'est aucunement à exclure que, pour faciliter l'entente et la communication entre les parties en vue de parvenir à un accord, des caucus interviennent. Le droit collaboratif concentrant tous ses efforts et toutes ses ressources sur la résolution du litige⁴⁴⁴, si les acteurs de ce processus l'estiment nécessaire, ils peuvent procéder à des apartés, soit entre avocats collaboratifs, soit entre l'avocat et son client⁴⁴⁵.

C. *La communication des informations en bonne foi, transparence et loyauté*

Toujours dans un souci de parvenir à un accord mutuellement acceptable et durable, il est vital que les parties fournissent toutes les informations utiles en faisant preuve de bonne foi, loyauté et

⁴³⁸ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », in *Le défi du notaire / De uitdaging voor de notaris* (sous la dir. de C. AUGHUET ET AL.), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 405.

⁴³⁹ N. UYTENDAELE, « Le droit ... », *op. cit.*, pp. 61-62.

⁴⁴⁰ C. jud., art. 1742, §1^{er}.

⁴⁴¹ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif comme ... », *op. cit.*, p. 404.

⁴⁴² M.-A. BOUDART, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁴³ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴⁴ S. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁴⁵ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, p. 214.

transparence⁴⁴⁶ – principes initiateurs du droit collaboratif⁴⁴⁷. En ce sens, si l'une des parties dissimule des informations cruciales, le processus prendra alors fin⁴⁴⁸.

D. La confidentialité accrue

Comme pour le processus de médiation, la confidentialité est de mise dans le droit collaboratif⁴⁴⁹ ; de plus, la confidentialité se présente comme l'élément fondamental pour assurer la transparence⁴⁵⁰. Néanmoins, la charte d'adhésion que les avocats collaboratifs se doivent de signer prévoit une confidentialité plus accrue que la loi⁴⁵¹ : en effet, l'apposition d'un cachet « droit collaboratif – confidentiel » est spécialement prévue pour tous les documents du processus ; similairement, ces écrits ne pourront être transmis qu'aux praticiens collaboratifs qui assistent les parties, ces dernières prenant connaissance d'écrits documents lors de leurs rencontres⁴⁵².

§4. Droit collaboratif et respect du principe du contradictoire

À l'instar du précédent mode alternatif de règlement des conflits que nous avons analysé, des questions concernant le respect du principe cardinal du procès équitable qu'est la libre contradiction se posent.

Pour ce qui concerne la médiation, l'application des garanties du procès équitable est inopportune⁴⁵³ : en effet, l'origine de ce processus est conventionnelle. De ce fait, et malgré les controverses, il serait insensé d'appliquer des règles de procédure à ce qui ne relève point du processuel ; la médiation ne peut se concevoir et s'épanouir, nous l'avons vu, qu'en-dehors du juridictionnel. Nous estimons qu'une telle analyse est parfaitement transposable au processus collaboratif, d'autant plus que le Code judiciaire lui-même prévoit l'exclusion de toute procédure⁴⁵⁴ et la signature d'un protocole de droit collaboratif⁴⁵⁵.

Néanmoins, la loi prévoit également une obligation de transparence, de loyauté et de bonne foi, ce qui implique que les parties transmettent tous les documents nécessaires à la résolution de leur différend⁴⁵⁶. De plus, malgré le devoir de confidentialité accrue, il est prévu que les parties soient informées et prennent connaissance des pièces et informations échangées par leurs conseils lors des réunions⁴⁵⁷. Nous pouvons ainsi constater que cela paraît rencontrer les exigences du contradictoire. Nonobstant cette apparence, des caucus sont parfaitement envisageables et peuvent, si les circonstances le commandent, avoir lieu ; or, conformément à ce que nous avons relevé précédemment dans cette

⁴⁴⁶ C. jud., art. 1741, 1^{er}, 2^o et art. 1745, §1^{er}.

⁴⁴⁷ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, p. 213.

⁴⁴⁸ M.-A. BOUDART, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁴⁹ C. jud., art. 1475, §3.

⁴⁵⁰ M.-A. BOUDART, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁵¹ D. A. HOFFMAN ET A. SCHEPARD, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁵² M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, p. 213.

⁴⁵³ À ce sujet, nous renvoyons au cinquième paragraphe de la section dédiée à la médiation.

⁴⁵⁴ Voy. C. jud., art. 1741, §1^{er}, 3^o.

⁴⁵⁵ C. jud., art. 1741.

⁴⁵⁶ C. jud., art. 1741, 1^{er}, 2^o et art. 1745, §1^{er}.

⁴⁵⁷ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, p. 213.

thèse, qui dit caucus dit confidentialité, et qui dit confidentialité ne peut pas dire respect du principe du contradictoire.

Qu'en conclure alors de cette méthode qui, d'une part, semble emprunter les exigences de la libre contradiction et, d'autre part, s'en écarte ? La conclusion ressemble fort à la constatation à laquelle nous sommes parvenus dans le cadre de la médiation : il s'agit d'un processus à part, qui repose sur des principes qui lui sont propres et qui ne peuvent pas être les mêmes que ceux qui gouvernent le procès civil. En ce sens, ce qui s'apparente à un respect du principe du contradictoire n'est que le résultat de l'obligation de transparence, principe qui sert les fins auxquelles aspire le droit collaboratif ; de la même manière, lorsque des caucus ont lieu (et que la transparence n'est pas assurée puisque la confidentialité est de mise), c'est que cela s'avère nécessaire à l'objectif de ce processus. Ainsi, le non-respect de cette règle n'est aucunement à condamner.

Section IV : La tierce décision obligatoire

§1^{er}. Notions et contours de la tierce décision obligatoire

Contrairement aux autres modes alternatifs de règlement des litiges, la tierce décision obligatoire n'est aucunement organisée par le Code judiciaire. Ainsi, afin de définir ce procédé, il nous incombe de nous tourner vers la jurisprudence : déjà en 1999, la Cour de cassation définissait ce processus comme étant « *une décision par laquelle les parties consentent conventionnellement à transférer à un ou plusieurs tiers leur pouvoir de décision sur un élément de fait déterminé surgi lors de l'exécution d'une convention* »⁴⁵⁸. Il ressort de cette définition⁴⁵⁹, ainsi que de l'opinion de nombre d'auteurs et de la jurisprudence⁴⁶⁰, que la tierce décision obligatoire serait envisageable uniquement lorsqu'il s'agit de trancher des éléments de fait, et non pas des éléments de droit⁴⁶¹. Pour les besoins de cette thèse, nous ne nous aventurerons pas dans cette controverse, mais nous considérons cependant que cette vision est, de loin, trop restrictive : en effet, elle priverait les parties de résoudre leur conflit par la voie contractuelle⁴⁶².

La tierce décision obligatoire se présente alors comme un mode contractuel de règlement des litiges par lequel les parties s'en remettent aux services d'un tiers, qui n'est ni un arbitre ni un juge, pour trancher leur différend et prendre une décision qui s'imposera donc à elles de la même manière qu'une convention⁴⁶³ ; il y a bien longtemps que la jurisprudence a confirmé cela : la décision prise par le tiers intervenant lie les parties et toute juridiction éventuellement saisie devra la respecter⁴⁶⁴. Dans la convention de tierce décision, les parties mettront alors en avant les pouvoirs dont elles investissent le

⁴⁵⁸ Cass., 21 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 38.

⁴⁵⁹ Voy. également M. L. STORME ET M. E. STORME, « De bindende derdenbeslissing naar Belgische recht », *T.P.R.*, 1987, p. 713.

⁴⁶⁰ Liège, 16 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 345 et s.

⁴⁶¹ O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, p. 565.

⁴⁶² P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Revue pratique de l'immobilier*, 2014, pp. 102-103.

⁴⁶³ O. CAPRASSE, *op. cit.*, p. 572.

⁴⁶⁴ Comm. Louvain, 9 juillet 1991, *R.W.*, p. 336 ; Cass., 31 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 72.

tiers et les principes qu'il se devra de respecter dans sa prise de décision : autrement dit, elles définissent un *modus operandi* particulier⁴⁶⁵.

§2. Conditions de validité de la convention (ou clause) de tierce décision obligatoire

Tout d'abord, pour être valable, la clause par laquelle les parties décident de s'en remettre à la décision d'un tiers doit respecter les conditions de validité de tout contrat⁴⁶⁶. Outre ces exigences, il existe des conditions qui découlent de la nature et effets particuliers de cette figure. Ainsi, les parties ne pourront recourir à la tierce décision obligatoire que pour ce qui concerne des droits auxquels il est possible de renoncer⁴⁶⁷ : cela exclut donc les droits qui découlent de règles impératives ou qui relèvent de l'ordre public⁴⁶⁸.

§3. Fonctions de la tierce décision obligatoire

La tierce décision obligatoire remplit plusieurs fonctions. Il convient d'ailleurs de préciser que l'une des fonctions de ce procédé n'est pas de trouver une solution à un *litige* en tant que tel, mais bien de venir préciser ou compléter un aspect d'un contrat conclu entre deux ou plusieurs parties. Un exemple de cette fonction est spécialement visé par le Code civil en son article 1592⁴⁶⁹ : cette disposition figure dans le chapitre consacré aux contrats de vente ; dans cette partie dudit Code, l'on lit notamment que le prix doit être déterminé⁴⁷⁰ (ou déterminable). C'est alors là qu'intervient l'article 1592, puisqu'il prévoit que les parties peuvent laisser à une tierce partie le soin de fixer le prix. Il est ainsi indubitable que nous nous trouvons face à une hypothèse de tierce décision obligatoire, à laquelle les parties recourent uniquement pour compléter leur contrat et non pas pour résoudre un véritable conflit⁴⁷¹.

La deuxième fonction revêtue par ce procédé est celle de modifier une convention suite à un changement des circonstances. Cette hypothèse ne sera cependant pas développée⁴⁷².

Le troisième rôle endossé par la tierce décision obligatoire est celui de se tourner, pour la résolution d'un véritable litige, vers la voie conventionnelle plutôt que vers la justice classique⁴⁷³. Comme le tiers intervenant dans ce cadre n'est ni arbitre ni juge, il ne pourra pas rendre une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée puisqu'il ne s'agira que d'un *avis* ; de plus, il ne sera pas non plus possible d'en demander l'exécution forcée en justice. Il en découle que, si l'une des parties refuse de mettre la

⁴⁶⁵ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, pp. 215-216.

⁴⁶⁶ C. civ., art. 1108 ; B. KOHL ET A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », in *Modes alternatifs de règlement des conflits* (sous la dir. de O. CAPRASSE), Limal, Anthemis, 2017, pp. 132-141.

⁴⁶⁷ P. MARCHAL, *La transaction*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 57.

⁴⁶⁸ Pour plus de développements à ce sujet, voy. B. TILLEMANS, I. CLAEYS, C. COUDRON ET K. LOONTJES, *Dading*, Anvers, Kluwer, 2010, pp. 260 et s. ; B. KOHL ET A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 133-137.

⁴⁶⁹ C. civ., art. 1592.

⁴⁷⁰ C. civ., art. 1591.

⁴⁷¹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 107.

⁴⁷² Pour plus de développements en ce sens, voy. P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 108.

⁴⁷³ B. KOHL ET A. RIGOLET, *op. cit.*, pp. 122-123.

décision du tiers à exécution, la seule option dont disposera l'autre sera d'introduire une action en justice à son encontre, reposant sur l'inexécution de la convention qui les lie⁴⁷⁴.

§4. Rôle et pouvoirs du juge

Une question considérable se pose quant au rôle et aux pouvoirs de contrôle du juge. Imaginons, par exemple, que dans le cadre du cas de figure susmentionné prévu par l'article 1592, du Code civil, l'une des parties refuse de coopérer en ce qui concerne la désignation du tiers ; il est évident que l'intervention d'un magistrat s'impose. Cependant, quelle sera l'étendue de son rôle ? Va-t-il forcer la partie défaillante à désigner le tiers, ou va-t-il y procéder lui-même ? Selon certains auteurs, la question reste ouverte⁴⁷⁵. Selon d'autres, il paraît évident que, si les parties ont expressément prévu qu'elles procéderaient à cette désignation elles-mêmes, le juge se doit de respecter une telle décision, puisque l'on peut estimer que les parties ont fait ce choix « à leurs risques et périls »⁴⁷⁶. Il appartiendra alors au juge d'interroger la partie défaillante sur les causes de son refus d'exécution⁴⁷⁷.

Toutefois, il appartient au juge, s'il est sollicité en ce sens, d'évaluer la licéité de la clause au regard des exigences de validité énoncées *supra*. De la même manière, le juge pourrait être amené à évaluer la décision même du tiers ; dans ce cas, son rôle se limiterait à annuler la décision s'il l'estime nécessaire : en effet, il ne pourrait en aucun cas se substituer au tiers ou aux parties⁴⁷⁸. De ce fait, il contrôlera marginalement la décision : il s'assurera, entre autres, que l'objet sur lequel portait la tierce décision obligatoire était susceptible d'être réglé par transaction⁴⁷⁹, que le tiers ait fait preuve de neutralité, qu'il n'ait pas dépassé les pouvoirs que les parties lui ont confiés⁴⁸⁰, qu'il ait entendu les parties et que la décision ne soit pas manifestement déraisonnable⁴⁸¹.

§5. Tierce décision obligatoire et respect du principe du contradictoire

Conformément à ce que nous venons de relever, le magistrat vérifiera plusieurs points lors de son contrôle marginal. Nous ne manquerons pas de constater que certains de ces aspects relèvent du processuel ; notamment, le contrôle du juge quant à la question de savoir si les parties ont été entendues touche au respect du principe du contradictoire. Il est tout à fait possible que les parties aient prévu l'application de ces règles procédurales dans le cadre de la convention de tierce décision, auquel cas le tiers sera tenu de les observer. Néanmoins, la question qui surgit instinctivement est la suivante : le tiers doit-il assurer le respect de ces normes de procédure, et plus précisément de la libre contradiction, si la convention ne traite point de cela ?

⁴⁷⁴ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, pp. 108-109.

⁴⁷⁵ B. KOHL ET A. RIGOLET, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁷⁶ M. L. STORME ET M. E. STORME, *op. cit.*, p. 732.

⁴⁷⁷ B. KOHL ET A. RIGOLET, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁷⁸ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 129.

⁴⁷⁹ P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 57 ; B. KOHL ET A. RIGOLET, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁸⁰ Anvers, 7 juin 2006, *R.W.*, 2007, p. 1471.

⁴⁸¹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 129.

Certains auteurs répondent à cette question par la négative, considérant que les règles processuelles gouvernent le procès civil et qu'elles ne s'appliquent pas, *de facto*, à la tierce décision obligatoire⁴⁸² – nous sommes d'ailleurs parvenus à la même conclusion pour ce qui concerne l'application de ces principes à la médiation et au droit collaboratif. D'autres estiment qu'il s'agit d'une opinion dépassée, et que dans le cas où les parties n'auraient pas disposé de l'opportunité de s'exprimer, le juge conclurait d'office, lors de son contrôle, au caractère inéquitable et déraisonnable de la décision du tiers⁴⁸³.

En ce qui nous concerne, nous ne pouvons clairement prendre position pour l'un ou l'autre de ces points de vue : selon nous, il convient d'adopter une approche nuancée. En ce sens, nous concorderons avec le fait que, si les parties ont prévu le respect des normes de procédure dans le cadre de leur convention de tierce décision, alors le tiers se doit de les respecter, et le juge pourra condamner le non-respect de celles-ci. Plus épineuse est la question du respect de ces normes en cas de silence de la convention conclues par les parties ; dans cette hypothèse, il nous paraît capital de se livrer à un examen *in concreto*, et de ne pas conclure systématiquement à la non-conformité de la tierce décision obligatoire pour non-respect du principe du contradictoire, par exemple. Il est incontestablement des cas où les parties désiraient se voir appliquer les garanties du procès équitable mais où, par négligence, elles n'ont pas songé à le préciser ; nonobstant cela, dans d'autres hypothèses, les parties qui choisissent ce mode alternatif font ce choix en connaissance de cause. Ainsi, au vu du caractère volontaire d'un tel procédé et de l'éventuelle confiance en la neutralité du tiers, il est tout à fait concevable qu'elles décident de se fier à sa décision. Par ailleurs, notons que les apartés sont tout à fait possibles : comme souligné par certains auteurs, si les parties n'excluent pas une telle possibilité de leur convention, rien ne leur interdit de procéder à des caucus⁴⁸⁴. Or, le principe du contradictoire ne peut aucunement être respecté dans le cadre des apartés : effectivement, l'efficacité de ceux-ci dépend tout particulièrement de la confidentialité qui s'y applique.

Ainsi, nous pouvons synthétiser notre approche en considérant qu'il incombera aux magistrats d'aller outre une application strictement formelle et rigide des règles de procédure – et de la contradiction –, et de procéder donc à un examen concret et effectif. Relevons que cela concorde pleinement avec l'approche pragmatique dont témoignent les décisions susmentionnées de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁸⁵, que nous saluons chaleureusement.

Section V : La médiation arbitrage ou « med-arb »

§1^{er}. Notions et contours de la med-arb

La médiation-arbitrage, ou « med-arb », est une méthode alternative de résolution des litiges qui, tout comme le dernier mode que nous avons étudié, n'est point consacrée par la loi belge. Conformément

⁴⁸² A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 346.

⁴⁸³ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, pp. 130-131.

⁴⁸⁴ M. BLITZ ET A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif a fait son entrée ... », *op. cit.*, p. 216.

⁴⁸⁵ Voy. la troisième section du chapitre premier dédiée à l'approche de la Cour strasbourgeoise à ce sujet.

à ce qui ressort l'on ne peut plus clairement de son nom, il s'agit d'un procédé qui combine médiation et arbitrage et qui nous vient, nous n'en serons point étonnés, d'Amérique du Nord⁴⁸⁶, sous l'impulsion de Sam Kagel, arbitre et médiateur⁴⁸⁷.

Afin de comprendre au mieux de quoi il s'agit, il est essentiel de définir les deux concepts. Comme nous l'avons étudié, la médiation est un processus volontaire et confidentiel par lequel les parties décident de résoudre de manière amiable le conflit qui les oppose grâce à l'intervention d'un tiers neutre, impartial et indépendant, qui les aidera à communiquer et à parvenir par elles-mêmes à une solution⁴⁸⁸. L'arbitrage, quant à lui, n'a pas fait l'objet de notre thèse, mais il se définit comme le processus conventionnel par lequel des parties litigantes désignent une tierce personne, nommée arbitre, qui sera chargée de trancher leur conflit⁴⁸⁹ et de rendre « *une sentence exécutable* »⁴⁹⁰.

La med-arb se définit alors comme un mode alternatif de résolution des litiges hybride, dans lequel la même personne tente de résoudre le litige qu'oppose les parties en agissant, tantôt comme médiateur, tantôt comme arbitre⁴⁹¹. Plus précisément, ce processus se déroule en deux phases distinctes : en premier lieu, le tiers endosse le rôle de médiateur et essaie de concilier les parties afin qu'elles aboutissent à une solution mutuellement acceptable ; en deuxième lieu, uniquement dans l'hypothèse où la tentative de médiation échoue, le tiers médiateur devient d'arbitre : dans ce cas, il tranchera le conflit et prendra une décision qui viendra s'imposer aux parties⁴⁹².

§2. Bénéfices et inconvénients de la med-arb

Si ce processus a vu le jour, c'est en raison de l'impulsion de certains praticiens et de la demande émanant de la part des justiciables⁴⁹³. Cependant, comme toute chose, la med-arb présente des avantages et des inconvénients.

A. Inconvénients

De la définition même de ce processus, combinant deux méthodes alternatives distinctes, ressortent certains dangers.

⁴⁸⁶ M. C. WEISMAN, « Med-arb: The Best of Both Worlds », *Dispute Resolution Magazine*, 2013, p. 40.

⁴⁸⁷ S. KAGEL, « Combining Mediation and Arbitration », *Monthly Labor Review*, 1973, p. 62.

⁴⁸⁸ C. jud., art. 1723/1.

⁴⁸⁹ D. MOUGENOT, « Principes de ... », *op. cit.*, p. 134.

⁴⁹⁰ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), Liège, CUP, 2002, p. 39.

⁴⁹¹ C. A. LUDINGTON, « Med-Arb: If the Parties Agree », *Yearbook on International Arbitration*, 2017, p. 314.

⁴⁹² P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 102.

⁴⁹³ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 835.

a) La problématique relative au respect de l'impartialité, de l'indépendance et de la neutralité

Tout d'abord, se pose la problématique de l'impartialité, de l'indépendance et de la neutralité : en effet, tant les dispositions relatives à la médiation⁴⁹⁴ que celles concernant l'arbitrage⁴⁹⁵ mettent en avant l'exigence, dans le chef du tiers, de demeurer impartial, neutre et indépendant – principes nécessaires au respect des droits de la défense. C'est de cette condition qu'apparaissent l'écueil essentiel relatif aux apartés⁴⁹⁶ : en effet, lors du processus de médiation, il peut se présenter des situations dans lesquelles le déroulement d'un caucus s'avère nécessaire⁴⁹⁷ ; lors de ces rencontres privées entre le médiateur et une partie, le tiers reçoit inmanquablement des informations qui ne sont pas portées à la connaissance de l'autre. Il semble alors compliqué de considérer que le médiateur, une fois qu'il se sera métamorphosé en arbitre, remplira toujours son devoir de neutralité : d'aucuns soupçonnent qu'il pourrait être conditionné par les communications ou précisions faites par les parties lors de ces réunions privées et confidentielles⁴⁹⁸.

L'une des situations qui permet d'illustrer ce propos est celle dont traite Alice Dejollier dans son mémoire datant d'il y a quelques années. Elle y explique que, à l'occasion de sa rencontre avec le praticien Patrick Kileste, celui-ci lui a fait part de son expérience personnelle lors de laquelle, dans le cadre d'une médiation, il avait accordé plus d'attentions et de tolérance à la partie la plus vulnérable des deux, ce qui a résulté dans l'insuccès du processus⁴⁹⁹. Ce risque d'échec se conçoit de manière encore plus considérable lorsque il est transposé au procédé de la med-arb : en effet, dans la phase arbitrale, les parties disposent de la possibilité de récuser leur arbitre si elles éprouvent des doutes légitimes quant à son impartialité, indépendance⁵⁰⁰ ou neutralité. Or, nous comprenons aisément que cette incertitude est plus facile à ressentir lorsque les parties savent que l'arbitre a préalablement joué le rôle de médiateur et a possiblement été confronté à se réunir séparément avec les parties⁵⁰¹.

En outre, les parties qui rencontrent le médiateur lors de la première phase sont bien au courant que celui-ci est susceptible de se transformer en arbitre par la suite ; ainsi, elles pourraient être tentées de ne pas se montrer complètement transparentes et de ne pas tout partager par crainte que celui-ci, une fois investi de son pouvoir de prononcer la sentence arbitrale, ne tienne compte de ces informations et ne prenne une décision basée sur des informations dont il n'aurait pas eu connaissance s'il n'avait été qu'arbitre. Ainsi, les parties pourraient être, guidées par cette appréhension de se voir imposer une sentence qui leur serait défavorable, amenées à ne pas lui faire part de toutes les informations pertinentes, chose à laquelle elles auraient sûrement procédé dans le cadre d'une médiation classique.

⁴⁹⁴ C. jud., art. 1726, §1^{er}, 3°.

⁴⁹⁵ C. jud., art. 1685, §§2 et 5.

⁴⁹⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 844.

⁴⁹⁷ K. B. OLSON, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹⁸ B. LEON ET A. PETERSON, « Med-Arb in Ontario: Enforceability of Med-Arb Agreement Confirmed by the Court of Appeal », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2009, p. 15.

⁴⁹⁹ A. DEJOLLIER, *La med-arb : voie d'avenir en droit belge ? Fondements et perspectives d'une justice alternative*, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015. Prom : J.-F. VAN DROOGENBROECK, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3173> (date de dernière consultation : 12 août 2021), p. 24.

⁵⁰⁰ C. jud., art. 1686, §2.

⁵⁰¹ A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 24.

La première phase de la med-arb se retrouverait alors dépourvue de l'efficacité dont elle jouit généralement⁵⁰².

b) La problématique relative au respect du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire est l'une des garanties fondamentales du procès équitable tel que consacré par l'article 6, §1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme ; il ressort de cette disposition que la libre contradiction a donc vocation à s'appliquer à ce qui relève du procès. Or, comme nous l'avons relevé dans la section dédiée à la médiation, ce principe directeur du procès ne peut pas gouverner le processus de médiation, lequel s'épanouit en-dehors de toute instance judiciaire⁵⁰³ ; en revanche, en ce qui concerne l'arbitrage, le Code judiciaire a spécialement prévu que l'arbitre traite les parties sur un pied d'égalité et veille au respect du contradictoire⁵⁰⁴. Il n'en demeure pas moins que, malgré l'éviction de ce principe de la médiation, d'aucuns se bornent à soutenir que le contradictoire peut être considéré comme un droit universel, transcendant les frontières du procès civil⁵⁰⁵ et ayant donc vocation à gouverner les modes de résolution amiable également.

Que nous concordions avec l'élévation au rang de droit naturel de la libre contradiction ou non, toujours est-il que le problème demeure pour ce qui concerne l'arbitrage. En effet, ce mode se doit de respecter le contradictoire ; or, concernant notamment les caucus qui peuvent intervenir dans la phase préalable de médiation et qui répondent à une confidentialité accrue, le respect d'un tel dogme s'avère ardu⁵⁰⁶. Précisons par ailleurs que la possibilité des caucus est en désaccord avec l'interdiction, pour l'arbitre, de rencontrer séparément les parties lors de la procédure arbitrale⁵⁰⁷. Ainsi, dans le cadre d'une med-arb, l'arbitre se retrouverait en possession d'informations confidentielles, dont il ne devrait pas être au courant – et dont il ne serait pas au courant s'il s'agissait d'un arbitrage classique⁵⁰⁸ : dans le cadre de ce dernier, il est notamment prévu que l'arbitre rende sa sentence uniquement sur la base d'informations, pièces et communications qui ont été échangées et partagées⁵⁰⁹. Il est donc flagrant que, dans un tel processus, le respect de ce dogme fondamental est mis à mal.

B. Bénéfices

Les inconvénients dont souffre la med-arb ne sont pas des moindres et ne sont, de ce fait, aucunement à négliger. Néanmoins, « *est-ce parce que des problèmes se posent qu'il faut tuer l'idée dans*

⁵⁰² P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 128.

⁵⁰³ S. GUINCHARD, « L'évitement ... » *op. cit.*, pp. 221 et s.

⁵⁰⁴ C. jud., art. 1699.

⁵⁰⁵ H. MOTULSKY, « Le droit naturel ... », *op. cit.*, p. 175 ; L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 539-540.

⁵⁰⁶ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 115.

⁵⁰⁷ C. VERBRUGGEN, « The Arbitrator as a Neutral Third Party », in *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do* (sous la dir. de O. CAPRASSE ET AL.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 56.

⁵⁰⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, pp. 851-852.

⁵⁰⁹ C. DE VERA, « Arbitrating Harmony: "Med-Arb" and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China », *Columbia Journal of Asian Law*, 2004, p. 158.

l'œuf ? »⁵¹⁰. Afin de répondre à cette interrogation, armons-nous de patience et reprenons les problématiques analysées *supra* en essayant d'aller plus en profondeur.

a) La problématique relative au respect de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance

Conformément à ce que nous avons souligné, des craintes surgissent quant aux qualités de neutralité, d'impartialité et d'indépendance dont doit faire preuve le tiers ; il est vrai que, une fois devenue arbitre, cette tierce partie sera en possession d'informations dont elle ne disposerait pas dans une procédure arbitrale classique ; ceci est d'autant plus vrai lorsque des caucus interviennent lors de la première phase. En effet, selon certains auteurs, il est plus raisonnable de s'abstenir de tenir un ou plusieurs apartés lors du processus de médiation : ils considèrent que, même si les parties devaient consentir au déroulement de caucus, il y a plus en jeu que leurs simples intérêts privés ; ils craignent notamment que cela ne vienne ébranler la confiance des justiciables dans l'intégrité des arbitres⁵¹¹.

Osons cependant aller à l'encontre de cette opinion en nous ralliant aux enseignements de Patrick Van Leynseele. Cet avocat soutient que le fait que le médiateur rencontre séparément les parties dans le cadre du processus de médiation n'a pas pour effet de lui faire perdre sa neutralité : au contraire, c'est là que réside le « *propre de son mode d'intervention* »⁵¹² ! Selon lui, le médiateur est « multi-partial » : il est parfaitement concevable que le médiateur puisse témoigner de bienveillance et compréhension relativement aux argumentations opposées des parties, sans pour autant compromettre son impartialité et sa neutralité. Le fait qu'il fasse preuve d'empathie, voire de compassion, vis-à-vis d'une partie peut s'avérer nécessaire dans le cadre de sa mission, sans que cela ne lui enlève pour autant sa neutralité, son indépendance ou son impartialité. Si les parties comprennent véritablement le rôle du médiateur – au vu de l'essence même de la médiation et de la confiance qu'elles portent à ce tiers –, elles savent pertinemment que le médiateur endossera parfois un rôle plus compréhensif vis-à-vis de l'une d'entre elles afin de faciliter la discussion et de dégager une solution convenable et durable⁵¹³. En effet, « *tout est question d'attitude, d'apparence et de communication* »⁵¹⁴.

Détrompons-nous, en outre, quant à la critique selon laquelle les parties seraient amenées à ne pas partager avec le médiateur toutes les informations dont elles disposent par peur que celui-ci ne les prenne en considération lors de sa deuxième mission. En effet, la pratique de la médiation prouve que les informations communiquées ne demeurent pas souvent secrètes, non pas parce que le médiateur enfreint son devoir de confidentialité, mais parce que les parties les dévoilent généralement par elles-mêmes à l'autre partie lorsque le médiateur leur fait remarquer qu'il serait opportun d'en faire autant⁵¹⁵. Ainsi, cette crainte n'est pas réellement fondée, puisque nous pourrions la formuler pour toute médiation dans laquelle les parties décident de ne pas véritablement jouer le jeu.

⁵¹⁰ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 835.

⁵¹¹ S. BENZIDI, « Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award », *American Journal of Mediation*, 2017, pp. 23-24.

⁵¹² P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, p. 117.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 117.

⁵¹⁴ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 845.

⁵¹⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-arb et ... », *op. cit.*, pp. 128-129.

b) La problématique relative au respect du principe du contradictoire

Relativement au respect du principe de la libre contradiction, nous ne pouvons point arguer, d'une manière analogue à ce que nous avons fait au point précédent, que des violations de ce principe n'interviendront pas. En effet, de par l'essence même de la médiation, à savoir son caractère hautement confidentiel et la possibilité des caucus, le contradictoire sera inévitablement violé. Faut-il pour autant annuler l'accord auquel seraient parvenues les parties ou, plus largement, supprimer cette méthode particulière qui procure de bons résultats ?

Le lecteur attentif aura d'ores et déjà deviné la réponse qu'il convient de donner, à nos yeux, à cette question ; argumentons, cependant, avant de nous précipiter vers une réponse qui pourrait, de ce fait, paraître injustifiée.

D'une part, d'aucuns affirment que condamner une sentence arbitrale pour la simple raison que le principe du contradictoire a été enfreint est contraire aux principes de loyauté et d'efficacité⁵¹⁶. Constatons qu'il s'agit d'une application de la conception finaliste et pragmatique de la libre contradiction que la Cour européenne des droits de l'Homme a consacrée dans son arrêt *Verdú Verdú contre Espagne* de 2007⁵¹⁷ et à laquelle nous nous rallions. En effet, il serait déplorable de faire primer le formalisme en tout état de cause⁵¹⁸ : ainsi, si aucun préjudice n'est éprouvé par les parties, pourquoi faire avorter un mécanisme qui peut s'avérer fructueux ?

D'autre part, il ne faut point perdre de vue le fait que les parties jouissent de la possibilité de mettre fin à la médiation à tout moment⁵¹⁹ ; *a fortiori*, si les parties perdent confiance en leur médiateur, elles ne se soumettront pas à la phase arbitrale. Notons, en sus, qu'il est dans le devoir du médiateur, s'il perçoit une quelconque perte de confiance, de refuser de procéder à la deuxième étape du processus, et ce, même si les parties acceptent de continuer : la confiance est en effet la pierre angulaire de la médiation⁵²⁰. En revanche, si aucun doute ne surgit quant aux qualités dont doit faire preuve le médiateur, mais que le processus n'aboutit pas, celui-ci informe les parties qui souhaitent poursuivre dans la phase arbitrale de toutes les conséquences que ce choix comporte, et notamment du fait qu'il a possiblement reçu les confidences des parties à l'occasion d'apartés. Ainsi, pourquoi faudrait-il s'opposer à la med-arb si les parties font le choix éclairé de poursuivre et considèrent, à la lumière de tous les éléments communiqués par le médiateur, que celui-ci est et restera neutre dans la deuxième étape du processus⁵²¹ ?

Les partisans de la med-arb estiment en effet que les inconvénients de ce processus peuvent être évités grâce à un mécanisme de consentement informé et approfondi avant d'entamer la procédure et avant

⁵¹⁶ Voy., en ce sens, O. CAPRASSE ET B. HANOTIAU, « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 465-468.

⁵¹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Verdú Verdú c. Espagne* du 15 février 2007, *précité*.

⁵¹⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 851.

⁵¹⁹ C. jud., art. 1729.

⁵²⁰ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, pp. 845-846.

⁵²¹ *Ibid.*, pp. 845-847.

d'entamer la phase arbitrale⁵²². Selon Patrick Van Leynseele, le meilleur scénario serait alors que les parties, une fois la première étape terminée, déclarent « *qu'elles ne soulèveront pas de motifs d'annulation ou de non-reconnaissance liés au simple fait que le médiateur soit devenu arbitre alors même qu'il a tenu des caucus* »⁵²³. Cela permettrait alors de respecter l'article 1699 du Code judiciaire, qui consacre l'égalité entre les parties et le respect de la contradiction au sein de la procédure arbitrale⁵²⁴, combiné à l'article 1717, §5, du même Code, qui stipule que la sentence arbitrale ne peut être annulée sur la base d'un motif d'annulation « *si les parties en [ont] eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les [ont] pas invoqués* »⁵²⁵⁵²⁶. D'une part, cela est conforté par le fait que, conformément à ce que nous avons démontré dans le premier chapitre, il est possible de renoncer à ses droits fondamentaux procéduraux moyennant le respect de certaines conditions⁵²⁷. D'autre part, cela ressemble fort à la conciliation de droit commun en ce que le magistrat endosse préalablement le rôle d'amiable-conciliateur et, en cas d'échec, tranche le litige⁵²⁸.

Outre ces considérations d'ordre juridique, si l'intérêt pour la med-arb a progressé parmi les praticiens qui fournissent à la fois des services de médiation et d'arbitrage, c'est en raison de la légalisation et institutionnalisation de plus en plus croissante des modes alternatifs de résolution des litiges. D'une part, la médiation devient plus encadrée et évaluative ; d'autre part, l'arbitrage ressemble de plus en plus aux litiges se déroulant dans les instances judiciaires classiques, et est considéré comme trop coûteux, trop inefficace et, dans les faits, comme le « nouveau contentieux »⁵²⁹. Ces praticiens voient alors en la med-arb une opportunité d'offrir un processus qui combine le meilleur de la médiation et de l'arbitrage, en garantissant une résolution finale tout en restant flexible par la présence de méthodes informelles. Autrement dit, la « finalité » de l'arbitrage est utilisée pour motiver les parties à adopter le bon comportement dans la phase de médiation, tandis que la « flexibilité » des discussions informelles du processus de médiation favorise l'efficacité et présente des avantages de nature économique par rapport au recours à l'arbitrage⁵³⁰.

Nous concluons alors qu'il ne faut point condamner ce processus qui se révèle fructueux uniquement parce que l'on accorderait trop d'importance au formalisme et à la rigueur procédurale, surtout lorsque les parties conviennent d'une telle méthode en connaissance de cause.

⁵²² G. F. PHILLIPS, « Same-Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold? », *Dispute Resolution Journal*, 2005, p. 29.

⁵²³ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, pp. 852-853.

⁵²⁴ C. jud., art. 1699.

⁵²⁵ C. jud., art. 1717, §5.

⁵²⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 853.

⁵²⁷ Voy. la quatrième section du premier chapitre.

⁵²⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés ... », *op. cit.*, p. 863.

⁵²⁹ Voy., en ce sens, T. STIPANOWICH, « Arbitration: The 'New Litigation' », *University of Illinois Law Review*, 2010, 8.

⁵³⁰ B. A. PAPPAS, « Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution », *Harvard Negotiation Law Review*, 2015, p. 159.

Conclusion

L'ambition spécifique de cette thèse réside dans le désir d'aborder une problématique sur laquelle les études et rédactions ne foisonnent pas. Ce travail se rapporte en effet à l'analyse de l'application éventuelle du principe de la libre contradiction aux modes alternatifs de règlement des litiges, en portant une attention particulière au mécanisme des caucus qui, par définition, se trouve en désaccord avec ce principe fondamental du droit judiciaire. Tout au long de cette rédaction, nous avons ainsi tâché d'apporter la réponse que nous estimions être la meilleure à la problématique que nous venons d'énoncer et qui nous a guidés au fil de notre analyse. Partons alors dans cette dernière aventure, qui consistera à conclure en apportant une réponse claire aux interrogations qui ont inspiré cette thèse.

Il convient avant tout de rappeler, une dernière fois, que le principe du contradictoire se présente comme l'un des principes cardinaux du droit à un procès équitable tel que consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme en son article 6, §1^{er}. Permettant de réaliser les droits de la défense⁵³¹ et garantissant le bien-jugé⁵³², il s'érige en « *règle d'éthique du débat judiciaire* »⁵³³, puisqu'il est source de légitimité pour le juge et accroît, de ce fait, la confiance que les justiciables ont en la justice. Ce ne sont évidemment pas des qualités et des garanties négligeables ; ce n'est d'ailleurs pas un hasard que ce dogme constitue l'un des piliers fondamentaux de notre droit processuel privé.

Toutefois, conformément à ce qu'il ressort de l'article 6, §1^{er} susmentionné, le champ d'application d'un tel principe se trouve limité au procès civil. Il est indéniable que la conciliation de droit commun, que nous avons traitée en premier lieu dans notre étude des M.A.R.L., se voit appliquer les garanties du procès équitable : en effet, de par son essence, la conciliation est « *contrainte par les réalités du monde judiciaire* »⁵³⁴. La loi prévoit d'ailleurs expressément que le juge conciliateur respecte le principe de la contradiction et exclut, *de facto*, les caucus. En revanche, des questions ont surgi quant aux possibles atteintes au droit à un procès équitable sous l'angle de l'exigence de neutralité, d'impartialité et d'indépendance du juge qui, tantôt porte sa casquette d'amiable conciliateur et, tantôt, celle de juge investi du pouvoir de trancher le litige. Relativement à ce dernier point, il a été prouvé que l'on ne pouvait conclure, de manière systématique, à une violation de ces principes, puisque c'est le Code judiciaire lui-même qui prévoit que le juge endosse ces deux fonctions. En conséquence, pour constater une violation de ces qualités fondamentales, il faudra procéder à un examen concret de chaque cas d'espèce, comme confirmé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Hauschildt contre Danemark* (voy. *supra*).

Le principe du contradictoire s'applique alors clairement au processus de conciliation. Nous ne pouvons cependant pas en dire autant pour les autres modes de résolution des conflits dont nous avons traité dans cette thèse. En effet, qu'il s'agisse de la médiation, du droit collaboratif, de la tierce décision

⁵³¹ R. MARTIN, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁵³² J. LAMARQUE, *op. cit.*, pp. 160-162.

⁵³³ G. FLÉCHEUX, *op. cit.*, p. 153.

⁵³⁴ M. DAL ET C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 311.

obligatoire, ou de la med-arb, nous avons pu voir qu'ils se concevaient et s'épanouissaient en-dehors des cours et tribunaux. Malgré ce constat, certains auteurs estiment que le principe du contradictoire trouve tout de même à s'appliquer à ces processus, puisqu'il s'agit d'un principe tellement capital qu'il transpire les frontières du procès civil pour s'appliquer aux M.A.R.L. également.

Malheureusement, nous ne pouvons point nous rallier à cette approche, et pour plusieurs raisons. Premièrement, dans le cadre du premier chapitre, nous avons mis en avant des arguments distincts relatifs au principe du contradictoire. Notamment, la Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même affirmé, à plusieurs reprises, que le principe de la contradiction méritait de se voir appliquer une conception pragmatique, aux antipodes d'une approche formelle et rigoureuse qui serait susceptible de dénaturer ce principe. Effectivement, une telle approche équivaldrait à reconnaître un droit théorique et illusoire, ce qui est contraire aux droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Même si la Cour a cependant continué d'alterner les deux conceptions dans sa jurisprudence, elle n'en a jamais condamné aucune. Cela nous permet alors de nous ériger en tant que partisans de la conception pragmatique et finaliste de la libre contradiction, et de la retenir !

Deuxièmement, cette même Cour a conclu à la possibilité de renoncer à ses droits fondamentaux procéduraux, puisqu'elle a estimé que « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention [n'empêchaient] une personne de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable* »⁵³⁵. Cela présuppose évidemment le respect d'un certain nombre de conditions, à savoir une renonciation libre, éclairée et non équivoque, mais il est évidemment possible de décider d'abandonner la protection conférée par la libre contradiction.

Enfin, si les parties choisissent librement et explicitement de s'en remettre à un tiers neutre, indépendant et impartial, autre qu'un magistrat classique, c'est parce qu'elles entendent expressément soustraire leur litige à la sphère juridictionnelle. Ainsi, pourquoi les contraindre à se voir appliquer des normes auxquelles elles décident de ne pas être soumises, au détriment des principes spécifiques qui gouvernent les modes auxquels elles décident de recourir ? En effet, nous avons nuancé cet argument en relevant que, dans le cadre de la tierce décision obligatoire, les parties pouvaient décider des modalités qui s'appliqueraient au procédé dans la convention de tierce décision : c'est alors l'occasion de mettre par écrit leurs attentes, notamment si elles souhaitent être soumises aux règles de procédure ou, plus précisément, au principe du contradictoire. Dans l'hypothèse du silence de la convention à ce sujet, nous avons relevé qu'il était plus approprié de rechercher la réelle intention des parties, c'est-à-dire de regarder si ce silence était le résultat d'une négligence, ou bien de leur désir de se soustraire de l'application de tels principes. Cet aspect que nous venons de souligner vient uniquement appuyer le caractère libre de ces méthodes.

⁵³⁵ Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Struresson c. Suède du 21 février 1990, *précité*.

Pour ce qui concerne la médiation, nous avons conclu avec conviction à l'inopportunité et à l'inapplicabilité du principe du contradictoire : en effet, des entorses à ce dogme auront inexorablement lieu, puisque ce processus est commandé par une haute confidentialité, élément par nature inconciliable avec la contradiction des débats. Cette incompatibilité est renforcée par la possibilité d'organiser des caucus. Le principe même de ces apartés est de discuter de manière plus libre, de manière à ce que les parties soient amenées à s'ouvrir plus que ce qu'elles ne le feraient si la partie adverse était présente. Or, comme nous l'avons relevé tout au long de cette thèse, qui dit caucus dit confidentialité, et qui dit confidentialité ne peut pas dire respect du principe du contradictoire. Parvenir à un tel constat est une chose, condamner ce mécanisme pour autant en est une autre. Ce serait notamment déplorable de procéder de la sorte car les caucus sont particulièrement propices au rétablissement de la paix. Ils permettent au médiateur de travailler avec les parties dans un cadre privé et confidentiel, ce qui facilite l'établissement des rapports et de la confiance, qui sont les clefs de voûte qui permettent de rétablir la paix. En effet, l'objectif général des apartés consiste à convaincre les parties qu'elles sont du même côté et qu'elles ne sont plus des adversaires cherchant à vaincre l'autre. En travaillant ensemble, elles sont encouragées à se défaire de la vision étriquée inhérente au processus contradictoire. On leur demande d'élargir leur perspective afin de considérer les besoins de tous les participants et de répondre à ces besoins de manière créative, afin de parvenir à une solution durable et mutuellement acceptable⁵³⁶. Ces considérations sont parfaitement transposables aux processus de droit collaboratif, également gouverné par la confidentialité accrue et la possibilité d'entretenir des caucus, et de med-arb, procédé faisant intervenir une première phase de médiation (avec des apartés possibles) et une deuxième phase arbitrale en cas d'échec de la première.

Certains auteurs relèvent effectivement que l'on peut passer outre les points faibles de ces mécanismes par un consentement éclairé : John Blankenship, partisan de la med-arb, fait notamment remarquer que les processus se doivent d'être adaptés au différend, et non pas l'inverse. Au lieu de considérer les modes alternatifs de résolution des litiges comme des « cases » dans lesquelles les litiges doivent pouvoir s'insérer, ces mécanismes devraient être adaptables et combinables afin de répondre au mieux aux besoins d'un conflit particulier⁵³⁷.

Finalement, n'est-ce pas en cela que consiste la justice ? Ne vise-t-elle pas à concilier les parties et à renouer les liens qui les unissaient autre fois ? Traitez-nous d'utopistes, nous l'accepterons, mais permettez-nous à tout le moins d'affirmer que le but, pour toute personne étant en conflit avec une autre, est de parvenir à une solution qu'elle pourra accepter et qui pourra la satisfaire. Personne n'oserait argumenter en faveur d'une décision imposée pour la seule et simple raison de faire primer la rigueur procédurale : l'Homme, bien qu'être par nature en conflit, n'est tout de même pas masochiste. Détrompez-vous, notre but n'est point de procéder à des jugements d'ordre personnel, mais uniquement de conclure en répondant à la question qui a servi de fil conducteur à cette thèse en affirmant que, si les M.A.R.L. ne respectent pas les normes processuelles du procès civil, même lorsqu'il s'agit du

⁵³⁶ R. M. CALKINS, *op. cit.*, p. 283

⁵³⁷ J. BLANKENSHIP, « Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR », *Tennessee Bar Journal*, 2006, p. 29.

principe du contradictoire, ils ne sont aucunement à condamner ! Au contraire, ils poursuivent d'autres objectifs et ont d'autres priorités que la justice étatique, ce qui fait que des entorses à la libre contradiction ne sont pas uniquement envisageables, mais souhaitables.

Bibliographie

Législation

Législation internationale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, art. 6 ; 8 ; 35, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

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

Législation belge

Codes et lois

C. jud., art. 730/1 ; 731 ; 732 ; 734 ; 740 ; 747 ; 774 ; 973 ; 1253ter ; 1345 ; 1475 ; 1685 ; 1686 ; 1699 ; 1717 ; 1723/1 ; 1724 à 1747.

C. pén., art. 458.

C. civ., art. 1108 ; 1591 ; 1592.

Loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'intervention du Ministère public dans la procédure devant la Cour de cassation et, en matière civile, devant les juges du fond et modifiant les articles 420*bis* et 420*ter* du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 19 décembre 2000, p. 42218.

Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455.

Loi du 18 juin 2018 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure relative aux litiges en matière de louage, *M.B.*, 11 août 2008, p. 41585.

Propositions et projets et loi

Proposition de loi du 17 novembre 2004 modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-903/1.

Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 55.

Jurisprudence

Jurisprudence internationale

Cour eur. D.H., arrêt Delcourt c. Belgique du 17 janvier 1970, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 11.

Cour eur. D.H., arrêt Deweer c. Belgique du 27 février 1980, <http://hudoc.echr.coe.int/> (22 juillet 2021).

Comm. eur. D.H., D 8209/78 (Sutter c. Suisse), 1^{er} mars 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/> (4 août 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Colozza c. Italie du 12 février 1985, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 89.

Cour eur. D.H., arrêt Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 154.

Cour eur. D.H., arrêt Kamasinski c. Autriche du 19 décembre 1989, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 168 ?

Cour eur. D.H., arrêt Hakansson et Struresson c. Suède du 21 février 1990, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 171-A.

Cour eur. D.H., arrêt Borgers c. Belgique du 30 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 2.

Cour eur. D.H., arrêt Niemietz c. Allemagne du 16 décembre 1992, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 251-B.

Cour eur. D.H., arrêt Ruiz Mateos c. Espagne du 23 juin 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 262.

Cour eur. D.H., arrêt Schuler-Zraggen c. Suisse du 24 juin 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, série A, n° 263.

Comm. eur. D.H., D 20320/92 (L.K.-D. c. Suisse), 5 avril 1995, <http://hudoc.echr.coe.int/> (4 août 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Vermeulen c. Belgique du 20 février 1996, *Rev. dr. pen.*, 1996, p. 720.

Cour eur. D.H., arrêt Lobo Machado c. Portugal du 20 février 1996, *Rec. Cour eur. D.H.*, 1996-I, pp. 206-207.

Cour eur. D.H., arrêt Bulut c. Autriche du 22 février 1996, *Rev. Trim. D.H.*, 1996, p. 627.

Cour eur. D.H., arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 27 janvier 1997, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni du 19 février 1997, *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 733.

Cour eur. D.H., arrêt Mantovanelli c. France du 18 mars 1997, *J.T.*, 1997, p. 495.

Cour eur. D.H., arrêt Voisine c. France du 8 février 2000, <http://www.echr.coe.int> (9 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Kuopila c. Finlande du 27 avril 2000, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Morel c. France du 6 juin 2000, <http://hudoc.echr.coe.int/> (30 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Beer c. Autriche du 6 février 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Denizci et al. c. Chypre du 23 mai 2001, <http://hudoc.echr.coe.int/> (2 août 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Kress c. France du 7 juin 2001, *Juristenkrant*, 2001, p. 10.

Cour eur. D.H., arrêt Fischer c. Autriche du 17 janvier 2002, *Public. Cour eur. D.H.*, Série A, n° 312.

Cour eur. D.H., arrêt Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, *J.T.*, 2002, p. 590.

Cour eur. D.H., arrêt Stepinska c. France du 10 novembre 2004, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., K.A. et A.D. c. Belgique du 17 février 2005, *J.T. – dr. eur.*, 2005, p. 95.

Cour eur. D.H., arrêt Spang c. Suisse du 11 octobre 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Clinique des Acacias c. France du 13 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 677.

Cour eur. D.H., arrêt Cottin c. Belgique du 2 juin 2005, *J.T.*, 2005, p. 519.

Cour eur. D.H., arrêt Exel c. République Tchèque du 5 juillet 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/> (22 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Prikyan et Angelova c. Bulgarie du 16 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 430.

Cour eur. D.H., arrêt Sejdivic c. Italie du 1^{er} mars 2006, *J.T. – dr. eur.*, 2006, p. 126.

Cour eur. D.H., arrêt P.D. c. France du 12 avril 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Martinie c. France du 12 avril 2006, §45, <http://www.echr.coe.int> (10 juin 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Sale c. France du 21 juin 2006, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Verdú Verdú c. Espagne du 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 543.

Cour eur. D.H., arrêt Vokun c. République Tchèque du 20 mars 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Ferreira Alves c. Portugal du 21 juin 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Asnar c. France du 18 octobre 2007, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Baccichetti c. France du 18 février 2010, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Yoldas c. Turquie du 23 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1256.

Cour eur. D.H., arrêt Benet Praha, Spol S.R.O. du 24 mai 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. n° 1412/2005, 19 juillet 2011 (Aleksandr Butovenko c. Ukraine), <https://tbinternet.ohchr.org/> (4 août 2021), §6.7 ; O. J. Settem, *op. cit.*, p. 154.

Cour eur. D.H., arrêt Wyssenbach c. Suisse du 22 janvier 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Maravić Markeš c. Croatie du 9 avril 2014, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Trančíková c. Slovaquie du 13 janvier 2015, <http://hudoc.echr.coe.int/> (14 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Regner c. République Tchèque du 26 novembre 2015 <http://hudoc.echr.coe.int/>, (13 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Alexe c. Roumanie du 3 mai 2016, <http://hudoc.echr.coe.int/> (12 juillet 2021).

Cour eur. D.H., arrêt Vegotex International c. Belgique du 10 novembre 2020, *R.G.C.F.*, 2021, p. 37.

Jurisprudence étrangère

U.K.H.L., 2 janvier 1982, R v Chief Constable of North Wales Police, *Weekly Law Reports*, 1982, 1155.

Jurisprudence belge

Cass., 19 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 931.

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

Cass., 4 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1102.

Cass., 21 janvier 1999, *R.G.D.C.*, 2002, p. 38.

Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, p. 180.

Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1032.

Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 518.

C.A., 9 février 2005, n° 30/2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 179.

Cass., 7 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2564.

Cass., 31 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2011, p. 72.

Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235.

Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2107.

Cass. (1^{re} ch.), 17 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2537.

Cass. (3^e ch.), 29 avril 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 348.

Cass., 21 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1261.

Cass., 2 mars 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 553.

Cass., 27 septembre 2018, *Rev. not. b.*, 2019, p. 566.

Liège, 16 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 345 et s.

Anvers, 7 juin 2006, *R.W.*, 2007, p. 1471.

Liège, 13 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 852.

Comm. Louvain, 9 juillet 1991, *R.W.*, p. 336.

Doctrine

ALLEMEERSCH, B., « Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces », *T.P.R.*, 2003.

ALLEN, T. L., « The Caucus in Mediation – It's More than Shuttle Diplomacy », *Michigan Probate & Estate Planning*, 2002.

ARMAND-PREVOST, M., « L'avocat, le juge et le médiateur », *Les Petites Affiches*, 1998.

ASCENSI, L., *Du principe de la contradiction*, Paris, L.G.D.J., 2006.

ASSIER-ANDRIEU, L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.

ASTOR, H., « Some Contemporary Theories of Power in Mediation: A Primer for the Puzzled Practitioner », *Australian Dispute Resolution Journal*, 2005.

ASTOR, H. ET CHINKIN, C., *Dispute Resolution in Australia*, Sydney, Butterworths, 2002.

AWADA, M.-A., « The Power of Impartial Mediator », *Dispute Resolution Journal*, 2013.

BATESON, B., *Vers une écologie de l'esprit*, Paris, Seuil, 1977.

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

BEERNAERT, M.-A. ET KRENC, F., « Un arbitrage pragmatique interne à l'article 6 : le délai raisonnable comme tempérament à d'autres garanties du procès équitable », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice* (sous la dir. de M.-A. BEERNAERT, C. DE VALKENEER, V. LETELLIER ET S. SAROLÉA), Bruxelles, Larcier, 2010.

BENZIDI, S., « Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award », *American Journal of Mediation*, 2017.

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

BLANKENSHIP, J., « Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR », *Tennessee Bar Journal*, 2006.

BLITZ, M. ET BOUDART, A.-M., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », in *Le défi du notaire / De uitdaging voor de notaris* (sous la dir. de C. AUGHUET ET AL.), Bruxelles, Larcier, 2011.

BLITZ, M. ET BOUDART, A.-M., « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *J.T.*, 2019.

BLOHORN-BRENNEUR, B., « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *Recueil Dalloz*, 2011.

BOUDART, M.-A., *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018.

BOULARBAH, H., *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010.

BRANDON, I., « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995.

BURNLEY, R. ET LASCELLES, G., « Mediator Confidentiality: Conduct and Communications », *Arbitration*, 2004

CADIET, L., « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* (sous la dir. de P. ANCEL ET M.-C. RIVIER), Paris, Economica, 2001.

CADIET, L., « La légalité procédurale en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2006.

CADIET, L., « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, 2011.

CALKINS, R. M., « Caucus Mediation – Putting Conciliation Back into the Process: The Peacemaking Approach to Resolution, Peace and Healing », *Drake Law Review*, 2006.

CAPRASSE, O., « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999.

CAPRASSE, O. ET HANOTIAU, B., « Les droits de la défense dans la procédure arbitrale », note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010.

CAPRASSE, O. ET BIESSAUX, N., « L'arbitrage et les modes amiables de règlement des conflits », in *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 3 : Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes. Arbitrage, médiation et droit collaboratif. Procédure électronique* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Bruxelles, Larcier, 2021.

CARIO, R., *Justice restaurative, Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2010.

CECCHI-DIMEGLIO, P. ET BRENNEUR, B., « Introduction », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR), Bruxelles, Larcier, 2015

CHARPY, E., « L'application des principes directeurs du procès à la médiation : cas du principe du contradictoire », in *La médiation en matière civile et commerciale* (sous la dir. de F. OSMAN), Bruxelles, Bruylant, 2012.

CHEVALIER, D., « La conciliation préalable de droit commun : un « Marc » à part entière ? », *J.T.*, 2019.

CLAUSEN, F., *Les moyens d'ordre public devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 684 ; C. VIGOUROUX, « La contradiction : Principe et pratique du juge administratif », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel* (sous la dir. de J.-M. COULON), Paris, Dalloz, 2010.

CLOSSET-MARCHAL, G., « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », obs. sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002.

CLOSSET-MARCHAL, G., « Examen de jurisprudence – droit judiciaire privé (2002-2012) », *R.C.J.B.*, 2014.

CORNU, G., « L'élaboration du code de procédure civile », in *La codification* (sous la dir. de B. BEIGNIER), Paris, Dalloz, 1996.

CRAWFORD, S., « Collaborative Law: A Brief Overview », *Illinois Bar Journal*, 2017.

CROZE, H., MOREL, C. ET FRADIN, O., *Procédure civile*, Paris, Litec, 2005.

CURRIE, D., GORMLEY T., ROCHE, W. ET TEAGUE, P., « Alternative Dispute Resolution in Ireland and the US Model », *Industrial and Labor Relations Review*, 2019.

DAHAN, J., « Quel développement de la médiation en Europe ? », *Empan*, 2008.

DAL, M. ET VERBRUGGEN, C., « Du nouveau en matière de conciliation, médiation et droit collaboratif : la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », *b-Arbitra*, 2018/2.

D'HUART, V., « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits* (sous la dir. de D. MATRAY), Liège, CUP, 2002.

DAUCHY, S., « La médiation : bref survol historique », in *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806) : la tradition de la procédure civile en France et à l'étranger* (sous la dir. de D. HEIRBAUT, M. STORME ET C.H. VAN RHEE), Mechelen, Kluwer, 2008.

DE FRESART, C.-E., « Conciliation obligatoire en matière de location de logements », *J.T.*, 2003.

DE LATHOUWER, J. ET SMETS-GARY, C., *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020.

DE LEVAL, G., *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1993.

DE LEVAL, G., « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi ? », *Les droits de la défense : actes du colloque « Jacques Henry » organisé par la Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège le 28 mars 1997*, Liège, Jeune Barreau, 1997.

DE LEVAL, G., « Les ressources de l'inversion du contentieux », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000.

DE LEVAL, G. ET VAN COMPERNOLLE, J., « Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil », *J.T.*, 2012.

DE MIDDELEER, J.-P., G. DE WILDE D'ESTMAEL, B. ENGERISSER, M. JACOBS, T. LAGNEAUX ET P. MOENS, « L'avocat-conseil en médiation », *Le Pli juridique*, 2019.

DE SCHUTTER, O. ET RINGELHEIM, J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition de soi et le règne de l'échange », CRIDHO Working Paper, 2005/1, <http://cridho.uclouvain.be> (date de dernière consultation : 23 juillet 2021).

DE VERA, C., « Arbitrating Harmony: "Med-Arb" and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China », *Columbia Journal of Asian Law*, 2004.

DEJOLLIER, A., *La med-arb : voie d'avenir en droit belge ? Fondements et perspectives d'une justice alternative*, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015. Prom : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3173>.

DEJOLLIER, A., « Vers une « favor med-arbitrandum » en droit belge de la famille ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2017.

DEMEZ, G., « L'égalité dans le procès civil » in *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 1982.

DINTILHAC, J.-P., « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », in *Rapport annuel de la Cour de cassation de France 2003. L'égalité*, Paris, La Documentation française, 2004.

DION, N., « L'aventure de la médiation », *Les Petites Affiches*, 2003.

DOUGLAS, S., « Neutrality in Mediation: A Study of Mediator Perceptions », *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 2008.

ERGEÇ, R. ET VELU, J., *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

FAGNART, J.-L., « Droits de la défense et faillite d'office », obs. sous Cass., 27 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1990.

FERNANDEZ-BERTIER, M. et GIACOMETTI, M., « Récusation, rôle du greffier et (in)dépendance face au juge », *Rév. dr. pén.*, 2012.

FETTWEIS, A.-L., *Manuel de procédure civile*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1987.

FLÉCHEUX, G., « Le droit d'être entendu », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.

FRICERO, N., « Faut-il supprimer l'article 6 §1 de la Convention européenne pour sauver le recours individuel ? Plaidoyer pour une restructuration raisonnable du système européen de protection des

droits de l'homme », in *Liber amicorum en l'honneur de Raymond Martin*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2004.

FRICERO, N., « Le droit à une procédure civile contradictoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2016.

FRISON-ROCHE, A.-M., *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, thèse, Paris II, 1988.

FRISON-ROCHE, A.-M., v° « Contradiction », in *Dictionnaire de la Justice* (sous la dir. de L. CADIET), Paris, Puf, 2004.

FRUMER, P., *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

FRUMER, P., « La renonciation aux droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation* (sous la dir. de N. BONBLED ET M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2011.

GAONAC'H, A., « Le champ d'application de la médiation judiciaire », *Les Petites Affiches*, 1999.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1993.

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

GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, Paris, PUF, 2007.

GUINCHARD, S., « L'évitement du juge civil », in *Les transformations de la régulation juridique* (sous la dir. de J. CLAM ET G. MARTIN), Paris, L.G.D.J., 1998.

GUINCHARD, S. ET AL., *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2003.

GUINCHARD, S., CHAINAIS, C. ET FERRAND, F., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2012.

HOFFMAN, D. A. ET SCHEPARD, A., « To Disclose or Not to Disclose? That Is the Question in Collaborative Law », *Family Court Review*, 2020.

INGHELS, B., « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020.

INGHELS, B., « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGENBROECK), Limal, Anthemis, 2020.

INGHELS, B., « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021.

JACOT-GUILLARMOD, O., « Rights Related to Good Administration of Justice », in *The European System for the Protection of Human Rights* (sous la dir. de R.S.G. MACDONALD, F. MATSCHER ET H. PETZOLD), Leiden, Brill-Nijhoff, 1993.

JARROSSON, C., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : Présentation générale », *Rev. intern. dr. comp.*, 1997.

JARROSSON, C., « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *R.G.D.P.*, 1999.

JOLY-HURARD, J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

KAGEL, S., « Combining Mediation and Arbitration », *Monthly Labor Review*, 1973.

KASSIS, A., *Problèmes de base de l'arbitrage. Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1987.

KERNEIS, S., « Aspects anthropologiques des MARC », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits / Interdisciplinary Handbook of Dispute Resolution* (sous la dir. de P. CECCHI-DIMEGLIO ET B. BRENNEUR), Bruxelles, Larcier, 2015.

KIM WRIGHT, J., *Lawyers as Peacemakers: Practicing Holistic, Problem-Solving Law*, Chicago, ABA, 2010.

KOHL, B. ET RIGOLET, A., « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », in *Modes alternatifs de règlement des conflits* (sous la dir. de O. CAPRASSE), Limal, Anthemis, 2017.

KRIVIS, J., « The Truth About Deception in Mediation », *Plaintiff Magazine*, 2007.

LAMARQUE, J., « Le procès du procès », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992.

LAW, J., *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2015.

LENOBLE-PINSON, M., *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

LEON, B. ET PETERSON, A., « Med-Arb in Ontario: Enforceability of Med-Arb Agreement Confirmed by the Court of Appeal », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2009.

LEW, J., MISTELIS, L. ET KRÖLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haye, Kluwer Law International, 2003.

LIEVENS, F., « Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking », in *Compétences des juges de paix et des juges de police 1892-1992* (sous la dir. de F. LIEVENS ET L. LOUSBERG), Bruges, La Charte, 1992.

LUDINGTON, C. A., « Med-Arb: If the Parties Agree », *Yearbook on International Arbitration*, 2017.

Maes, G., « Recht op tegenspraak », *N.j.W.*, 2004.

MARCHAL, P., *La transaction*, Bruxelles, Larcier, 2013.

MARTIN, R., « De la contradiction à la vérité judiciaire », *GP*, 1981.

MCGREGOR, L., « Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR », *The European Journal of International Law*, 2015.

MELENKO, O., « Mediation as an Alternative Form of Dispute Resolution: Comparative-Legal Analysis », *European Journal of Law and Public Administration*, 2020.

MINIATO, L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris, L.G.D.J., 2008.

MIRIMANOFF, J.-A., BECKER, M., OUDIN, F., SCHUMACHER, A.-S. ET SMETS-GARY, C., v° Contradictoire/contradiction, *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, 1^{ère} éd., 2019.

MOTULSKY, H., *Écrits – Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973.

MOTULSKY, H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1974.

MOUGENOT, D., « Principes de droit judiciaire privé », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2019.

MOUGENOT, D., « Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis, 2020.

MRCELA, M., « Adversarial Principle, the Equality of Arms and Confrontational Right – European Court of Human Rights Recent Jurisprudence », *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, Osijek, University of Osijek, 2017.

NANDRIN, J.-P., *La justice de paix à l'aube de l'indépendance de la Belgique (1832-1848) – la professionnalisation d'une fonction judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1998.

NESCHKE, A., « Nature de l'homme, nature du droit – Les fondements des Droits de l'homme dans le *De iure naturae et gentium* (1672) de Samuel Pufendorf », in *Humanité, humanitaire* (sous la dir. de O. ABEL, R. BRAUMAN ET AL.), Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1998.

NORMAND, J., « Les principes directeurs du procès civil en droit français », *Ann. Dr. Louvain*, 2004.

OLSON, K. B., « Practical Challenges. One Crucial Skill: Knowing How, When, and Why to Go into Caucus », *Dispute Resolution Magazine*, 2016.

OPPETIT, B., « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices. Revue de droit processuel*, 1995.

OVERMAN, M.A., « Mediation, caucus en het strategisch evenwicht tussen partijen », *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 2010.

PAPPAS, B. A., « Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution », *Harvard Negotiation Law Review*, 2015.

PERRY, H., « Alternative Dispute Resolution (ADR) – An overview of Some Common Mechanisms, and Their Strengths and Weaknesses in Context », *Plymouth Law and Criminal Justice Review*, 2014.

PHILLIPS, G. F., « Same-Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold? », *Dispute Resolution Journal*, 2005.

PLUYETTE, G., « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire », *Rev. arb.*, 1997.

POITRAS, J., « The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators », *International Journal of Conflict Management*, 2013.

POLLET, D., « Principe de contradiction et médiation », *La Gazette du Palais*.

REICHERT, K., « Confidentiality in International Mediation », *Dispute Resolution Journal*, 2004-2005.

RUELLE, A., « Approche historique du conflit : l'unité dans la division en droit romain », in *Le conflit : quelles approches ?* (sous la dir. de A. DEJOLLIER, C. DELFORGE ET J.-F. VAN DROOGHENBROECK), Limal, Anthemis,.

SADZOT, A., « L'égalité des armes et la contradiction dans le procès pénal », in *Les droits de la défense*, Liège, Jeune Barreau, 1997.

SETTEM, O. J., *Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings. With Special Emphasis on the Balance Between Procedural Safeguards and Efficiency*, New York, Springer, 2016.

SMETS, A., *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, Die Keure, 2009.

SMETS-GARY, C. ET BECKER, M., *Médiation et techniques de négociation intégrative*, Bruxelles, Larcier, 2011.

SMETS-GARY, C. ET BECKER, M., « La neutralité, un enseignement à l'intention du médiateur ? » in *La médiation autrement* (sous la dir. de B. INGHIELS), Bruxelles, Larcier, 2019.

STIPANOWICH, T., « Arbitration: The 'New Litigation' », *University of Illinois Law Review*, 2010.

STORME, M. L. ET STORME, M. E., « De bindende derdenbeslissing naar Belgische recht », *T.P.R.*, 1987, p. 713.

STORME, M., « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. LINSMEAU ET M. STORME), Bruxelles, Bruylant, 1999.

TESLER, P. H., *Collaborative Law: Achieving Effective Resolutions in Divorce Without Litigation*, Chicago, ABA, 2013.

TILLEMAN, B., CLAEYS, I., COUDRON, C. ET LOONTJES, K., *Dading*, Anvers, Kluwer, 2010.

TIMSIT, J., « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *La Gazette du Palais*, 2011.

TRICOIT, J.-P., « Médiateur(s), médiation(s) et procès équitable », in *La médiation en matière civile et commerciale* (sous la dir. de F. OSMAN), Bruxelles, Bruylant, 2012.

UYTTENDAELE, N., « La médiation et autres modes alternatifs de règlement des conflits », in *La procédure de liquidation-partage* (sous la dir. de M. VAN MOLLE), Limal, Anthemis, 2018.

UYTTENDAELE, N., « Le droit collaboratif », in *Modes amiables de règlement des conflits / Minnelijke geschillenoplossing* (sous la dir. de M. BERLINGIN ET C. DELFORGE), Bruges, La Charte, 2021.

VAN COMPERNOLLE, J., « Impartialité du juge et cumul des fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

VAN COMPERNOLLE, J., « L'avis du ministère public dans le procès civil : déclin ou revalorisation ? », in *Questions de droit judiciaire inspirées par l'affaire Fortis* (sous la dir. de J. ENGLEBERT), Bruxelles, Larcier, 2011.

VAN COMPERNOLLE, J. ET FETTWEIS, A.-L., « Chapitre 2 – Principes du contradictoire et de l'égalité des armes », in *Droit judiciaire – Tome 2 : Procédure civile – Volume 1 : Principes directeurs du procès civil. Compétence – Action – Instance – Jugement* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Bruxelles, Larcier, 2021.

VAN DIJK, P. ET VIERING, M., « Right to a Fair and Public Hearing », in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (sous la dir. de P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN ET L. ZWAAK), Anvers, Intersentia, 2006.

VAN DROOGHENBROECK, S., « Les paroles s'envolent, les écrits restent. À propos du principe de l'égalité des armes dans les procédures abrégées devant le Conseil d'État », *A.P.T.*, 1997.

VAN DROOGHENBROECK, S., *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003.

VAN DROOGHENBROECK, S., *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. 2002-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006.

VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire », *J.T.*, 2007.

VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », in *Les droits de la défense* (sous la dir. de P. MARTENS), Bruxelles, Larcier, 2013.

VAN LEYNSEELE, P., « La médiation, qu'est-ce ? », *Orientations*, 2003.

VAN LEYNSEELE, P., « Med-arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les ecueils, les solutions et les précautions à prendre », *Revue pratique de l'immobilier*, 2014.

VELU, J., *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à un droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2004.

VERBRUGGEN, C., « The Arbitrator as a Neutral Third Party », in *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do* (sous la dir. de O. CAPRASSE ET AL.), Bruxelles, Bruylant, 2010.

VERHOUSTRAETEN, A., *La renonciation aux libertés fondamentales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Faculté de droit et de criminologie, Université Catholique de Louvain, 2015, prom. : O. DE SCHUTTER, <https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/object/thesis:3563> (date de dernière consultation : 19 juillet 2021).

VIEUJEAN, E., « Examen de jurisprudence (1976 à 1983) – Personnes », *R.C.J.B.*, 1986.

VRANCKEN, L., « Minnelijke schikking, bemiddeling en verzoening », in *Modes amiables de règlement des conflits/Minnelijke geschillenoplossing* (sous la dir. de M. BERLINGIN ET C. DELFORGE), Bruges, La Charte, 2021.

WEBB, S., « Collaborative Law: A Practitioner's Perspective on Its History and Current Practice », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2008.

WEISMAN, M. C., « Med-arb: The Best of Both Worlds », *Dispute Resolution Magazine*, 2013.

YOUNG, P. M., « Teaching the Ethical Values Governing Mediator Impartiality Using Short Lectures, Buzz Group Discussions, Video Clips, a Defining Features Matrix, Games, and an Exercise Based on Grievances Filed Against Florida Mediators », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2011.

Divers

COMMISSION FÉDÉRALE DE MÉDIATION, Code de déontologie des médiateurs agréés, version du 16 décembre 2020, art. 10, §2, al. 5, <https://www.cfm-fbc.be/> (6 août 2021).

LANDE, J., « What's a Bottom Line? », *Indisputably – Linking Dispute Resolution Scholarship, Education and Practice*, disponible via le lien <http://indisputably.org/2020/08/whats-a-bottom-line/> (date de dernière consultation : 9 août 2021).

