

**Faculté de droit et de criminologie**

**La loi du 18 juin 2018 est-elle une énième tentative, pleine de promesses utopiques, ou une intervention législative nécessaire et utile au désengorgement des tribunaux ?**

Auteur : Laure-Anne Gultens

Promoteur : Bénédicte Inghels

Année académique : 2018 – 2019

Master en droit – finalité droit européen



## 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>.



|             |  |           |
|-------------|--|-----------|
| <b>I.</b>   | <b><u>TABLE DES MATIÈRES</u></b>   |           |
| <b>I.</b>   | <b>TABLE DES MATIÈRES</b>  | <b>1</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>INTRODUCTION</b>  | <b>5</b>  |
| <b>III.</b> | <b>CHAPITRE I. LE DÉVELOPPEMENT DES MODES ALTERNATIFS, UN REFLET DE LA SOCIÉTÉ ?</b>   | <b>7</b>  |
|             | SECTION 1. UN JUSTICIABLE EN QUÊTE PERPÉTUELLE DE RECONNAISSANCE   | 7         |
|             | SECTION 2. UN JUSTICIABLE EN QUÊTE PERPÉTUELLE DE RECONNAISSANCE MAIS RÉFRACTAIRE À L’AUTORITÉ                               | 8         |
| <b>IV.</b>  | <b>CHAPITRE II. LA RÉFORME DU CODE JUDICIAIRE</b>  | <b>11</b> |
|             | SECTION 1. PRINCIPALE AMBITION DE LA RÉFORME: UNE PROMOTION ACCRUE DES M.A.R.C.  | 11        |
|             | a) <i>Information du justiciable par l’avocat : hier une recommandation déontologique, aujourd’hui une obligation légale</i> | 11        |
|             | b) <i>Articles 730/1 et 731 : le juge promeut, informe, interroge et concilie</i>  | 13        |
|             | i. <i>Article 730/1 : juge promoteur des modes alternatifs</i>   | 13        |
|             | ii. <i>Article 731 : juge concilie les parties</i>   | 15        |
|             | SECTION 2. LA MÉDIATION : MODE ALTERNATIF DE RÈGLEMENT DES CONFLITS PRIVILÉGIÉ PAR LE CODE JUDICIAIRE                        | 16        |
|             | a) <i>La médiation : définition</i>  | 16        |
|             | b) <i>Avantages</i>  | 16        |
|             | c) <i>Article 1734, §1<sup>er</sup>, al. 2 : la médiation obligatoire</i>  | 18        |
|             | SECTION 3. CONSÉCRATION DU DROIT COLLABORATIF  | 19        |
| <b>V.</b>   | <b>CHAPITRE III. ANALYSE ET CRITIQUE DE LA RÉFORME</b>   | <b>21</b> |
|             | SECTION 1. LE RÔLE DU JUGE DANS LA PROMOTION DES MODES ALTERNATIFS   | 21        |
|             | a) <i>Introduction générale</i>  | 21        |
|             | b) <i>L’évolution du rôle du juge</i>  | 21        |
|             | SECTION 2. MÉDIATION OBLIGATOIRE : « YOU CAN LEAD A HORSE TO WATER, BUT YOU CAN’T MAKE IT DRINK »                            | 25        |
|             | a) <i>Introduction générale : forte opposition</i>   | 25        |
|             | b) <i>Paradoxe ?</i>   | 26        |
|             | c) <i>Manque de précision</i>  | 28        |
|             | d) <i>Seul le refus de toutes les parties permet de s’opposer à la décision du juge</i>                                      | 29        |
|             | e) <i>Consécration inutile pour atteindre l’objectif de promotion des modes alternatifs</i>                                  | 32        |
|             | f) <i>Privilégier l’information à l’imposition : éviter les dérives</i>  | 34        |

|  |           |
|--|-----------|
| g) <i>Note conclusive</i> .....  | 38        |
| <b>VI. CHAPITRE IV. UNE VOIE ADAPTÉE POUR CHAQUE LITIGE</b> .....  | <b>40</b> |
| SECTION 1. PEUT-ON PARLER D'UN « CHANGEMENT DE PARADIGME » ?.....  | 40        |
| a) <i>Introduction de la problématique</i> .....   | 40        |
| b) <i>Une certaine privatisation de la justice ?</i> .....   | 41        |
| c) <i>La réforme du Code judiciaire, porteuse d'un « changement de paradigme » ?</i> ....  | 42        |
| SECTION 2. CHANGER LES MENTALITÉS .....  | 46        |
| SECTION 3. CONCLUSION : LE DÉSENGORGEMENT DES TRIBUNAUX, UN VŒU PIEUX ?.....   | 50        |
| <b>VII. CHAPITRE V. LA PRATIQUE IRLANDAISE</b> .....   | <b>51</b> |
| SECTION 1. INTRODUCTION GÉNÉRALE .....   | 51        |
| SECTION 1. LA MÉDIATION EN IRLANDE.....  | 52        |
| a) <i>Le caractère volontaire de la médiation</i> .....  | 52        |
| b) <i>Civil Liability and Courts Act 2004</i> .....  | 52        |
| c) <i>L'ordonnance 56 (A)</i> .....  | 54        |
| SECTION 2. LOI IRLANDAISE DE 2017 SUR LA MÉDIATION (MEDIATION ACT 2017) ET SA<br>COMPARAISON AVEC LA LOI BELGE DU 18 JUIN 2018 .....                 | 57        |
| a) <i>Le rôle de l'avocat</i> .....  | 57        |
| i. <i>Ce que la loi irlandaise prévoit</i> .....   | 57        |
| ii. <i>Ce que la loi belge prévoit</i> .....   | 58        |
| iii. <i>Information du client par son avocat : nécessaire pour une promotion accrue des<br/>M.A.R.C.</i> .....                                       | 58        |
| b) <i>Le rôle du juge</i> .....  | 60        |
| i. <i>Ce que la loi irlandaise prévoit</i> .....   | 60        |
| ii. <i>Ce que la loi belge prévoit</i> .....   | 61        |
| SECTION 3. NOTE CONCLUSIVE SUR LE CARACTÈRE VOLONTAIRE DE LA MÉDIATION : UN<br>PRINCIPE ESSENTIEL EN DROIT IRLANDAIS ET ATTÉNUÉ EN DROIT BELGE ..... | 63        |
| <b>VIII. CONCLUSION</b> .....  | <b>65</b> |
| <b>IX. BIBLIOGRAPHIE</b> .....   | <b>67</b> |
| a) <i>Législation</i> .....  | 67        |
| b) <i>Travaux préparatoires</i> .....  | 67        |
| c) <i>Doctrine</i> .....   | 68        |
| d) <i>Jurisprudence</i> .....  | 73        |
| e) <i>Autres</i> .....   | 74        |

*« If a patient is ill, does the doctor always operate? Of course not. The doctor and patient discuss all possible solutions. Likewise with the legal field – for each legal ailment, a variety of options need to be discussed »<sup>1</sup>.*

Terry Simonson

---

<sup>1</sup> Termes employés par Terry Simonson lors de la présentation du « Tulsa Multi-Door Courthouse Program », 7 novembre 1984 (Oklahoma), voy. L. RAY et A. L. CLARE, « The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 1, 1985, p. 7.



## II. INTRODUCTION

Le 18 juin 2018<sup>2</sup>, le législateur a adopté une loi réformant en profondeur le Code judiciaire afin de combattre l'engorgement des tribunaux. A cette fin, il a investi les principaux acteurs de la Justice d'une mission spécifique : promouvoir les modes alternatifs de résolution des conflits. Las des réformes successives qui n'ont cessé d'essayer en vain de résorber l'arriéré judiciaire, le législateur a décidé d'attaquer le problème sous un angle inédit et extérieur à la justice étatique : la promotion des modes alternatifs de résolution des conflits, également connus sous le nom de « M.A.R.C. » ou « M.A.R.L. » (pour modes alternatifs de résolution des litiges).

La consécration de ces modes au sein de notre Code judiciaire n'est pas nouvelle. Seul le droit collaboratif a fait son apparition, les autres avaient déjà été consacrés par diverses lois<sup>3</sup>. En adoptant la réforme, le Code judiciaire change toutefois son fusil d'épaule. Si l'instance judiciaire était auparavant appréhendée comme la voie « naturelle » de résolution des litiges, elle est aujourd'hui appelée à être placée sur un pied d'égalité avec les modes alternatifs de résolution des conflits.

Dans un avis rendu sur le projet de loi en mars 2018, le Conseil supérieur de la justice (ci-après C.S.J.) s'inquiétait du « changement de paradigme que porterait le Code judiciaire si le projet devait être adopté en l'état »<sup>4</sup>. Il redoutait que le projet fasse de la justice étatique une voie alternative à la justice privée. Le législateur n'ayant quasi pas modifié les dispositions qui poussaient le Conseil à émettre cette assertion, elles font désormais partie intégrante de notre Code judiciaire. L'affirmation saisissante du Conseil supérieur de la justice est au fondement de notre cheminement intellectuel. Utiliser la notion de « changement de paradigme » n'est pas anodin et a immédiatement retenu notre attention.

---

<sup>2</sup> Loi 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, pleinement entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

<sup>3</sup> L'arbitrage fut par exemple introduit par la loi du 4 juillet 1972. La médiation fut introduite en matière familiale par une loi du 19 février 2001. Son champ d'application fut ensuite étendu de manière générale par la loi du 21 février 2005 ; la septième partie du Code judiciaire lui fut consacrée.

<sup>4</sup> Avis relatif au titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Approuvé par l'assemblée générale du Conseil le 5 mars 2018, disponible sur le site du C.S.J. (ci-après « Avis du C.S.J. du 5 mars 2018 »), p. 3.

Par ces lignes, nous souhaitons donner un éclairage sur la réforme tout en y apportant un regard critique. Le juge est l'acteur de la Justice dont il sera principalement question dans nos développements. Suite à la réforme, ses pouvoirs dans la gestion du litige sont accrus et il est essentiel d'en rendre compte afin de lui permettre de jouer pleinement son rôle de gardien de la paix sociale. Nos propos se concentreront également sur les conséquences de la promotion accrue des modes alternatifs au sein de notre Code judiciaire.

Dans un premier chapitre, nous analyserons les raisons qui se cachent derrière l'engouement pour les modes alternatifs. La décision du législateur de promouvoir les voies extrajudiciaires de résolution des litiges peut s'expliquer, entre autres, par la configuration actuelle de notre société. Une brève description de cette configuration semblait nécessaire afin de saisir l'intervention législative.

Dans un souci de compréhension, notre deuxième chapitre étudiera la réforme du Code judiciaire en se concentrant exclusivement sur les modifications pertinentes pour notre analyse.

Le troisième chapitre sera consacré à l'analyse et critique de la réforme. Dans cette perspective, nous nous concentrerons exclusivement sur les dispositions impactant le rôle du juge et la philosophie du Code judiciaire. Si nous estimons que l'intervention du législateur était opportune, elle n'est cependant pas irréprochable et nous tenterons de le démontrer.

Après avoir tenté de comprendre les raisons qui sous-tendent la promotion des M.A.R.C., après l'analyse de la réforme du Code judiciaire et après y avoir apporté un regard critique, nous serons pleinement capable d'en appréhender les conséquences afin de déterminer si elle est susceptible de tenir sa promesse. De manière générale, nous nous interrogerons sur le potentiel de la justice privée à guérir certains syndromes de la justice étatique. De manière plus spécifique, nous étudierons l'opportunité de la réforme : arriver à un système où chaque litige trouve le mode adapté pour sa résolution.

Afin d'apporter une note de droit comparé, le dernier chapitre portera sur l'étude de l'expérience irlandaise. Ce détour permettra au lecteur de mieux appréhender les tenants et aboutissants de nos propos.

### **III. CHAPITRE I. LE DÉVELOPPEMENT DES MODES ALTERNATIFS, UN REFLET DE LA SOCIÉTÉ ?**

Dans ce chapitre, nous analyserons les circonstances entourant l'émergence de la réforme pour nous permettre de mieux appréhender l'opportunité de son adoption. Pour comprendre son émergence, une analyse des caractéristiques de la société contemporaine est un détour obligatoire. « La justice est le reflet de la société »<sup>5</sup>, elle cherche sans cesse à s'accommoder aux évolutions sociétales et c'est précisément ce dont il sera question dans ce chapitre.

Dans un premier temps, nous tenterons de comprendre l'évolution du recours au juge à travers la manière dont le justiciable perçoit aujourd'hui ses droits ainsi que son rapport à l'autorité. Ce détour nous permettra de comprendre, dans un second temps, les raisons qui sous-tendent le développement des modes alternatifs de résolution des conflits.

#### **SECTION 1. UN JUSTICIABLE EN QUÊTE PERPÉTUELLE DE RECONNAISSANCE**

Le justiciable n'appréhende plus son statut de « sujet de droit » de la même manière qu'auparavant. « L'évolution de la société a aujourd'hui amené les personnes qui la composent à prendre conscience de leurs droits (beaucoup) et de leurs obligations (un peu) »<sup>6</sup>. Cette prise de conscience a amené le citoyen à comprendre sa participation à la société comme étant la possibilité de faire valoir ses droits pour assurer la reconnaissance de son statut.

Dans notre société actuelle, « le justiciable, ce consommateur de justice, n'attend plus seulement que la justice soit rendue mais il souhaite aussi que sa détresse soit entendue, qu'il soit reconnu en sa qualité de justiciable, et donc de victime »<sup>7</sup>. Il s'attend au respect du principe de « justiciabilité » : c'est-à-dire la possibilité qui lui est offerte de pouvoir se plaindre devant un tiers afin que celui-ci puisse assurer la reconnaissance de ses droits et de son statut en imposant une décision<sup>8</sup>. La personne tierce « naturelle » vers qui le justiciable se tourne pour

---

<sup>5</sup> G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006/2, p. 9.

<sup>6</sup> C. MAHIEUX, « Chapitre 10 - L'avocat en médiation ou dans la médiation », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 323.

<sup>7</sup> B. INGHELS, « Introduction », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 13 *in fine* et 14.

<sup>8</sup> A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, p. 16.

assurer la reconnaissance et la protection de ses droits n'est autre que le juge. Le principe de « justiciabilité » se définit comme étant « la qualité de ce qui est propre à être examiné par des juges »<sup>9</sup>. Antoine Garapon affirme que<sup>10</sup> « le critère de *justiciabilité* se substitue insidieusement à celui de la positivité de la loi. Le droit se définit moins par la contrainte légitime de la loi que par la possibilité de soumettre un comportement à l'examen par un tiers »<sup>11</sup>.

Notre société est aujourd'hui composée d'individus en quête perpétuelle de reconnaissance. Cette recherche perpétuelle a amené les justiciables à adresser de plus en plus de requêtes auprès des juges et la conséquence de ce phénomène n'est autre qu'une justice étatique surchargée. Or, si on veut assurer le respect du principe de « justiciabilité » pour que le citoyen puisse faire valoir ses droits de manière effective, il est primordial de trouver des alternatives à la justice étatique qui ne peut assumer seule cette transformation comme l'inflation judiciaire de ces dernières années en témoigne. Derrière la promotion des modes alternatifs se cache la volonté d'offrir aux citoyens une panoplie de possibilités pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits (et ainsi être reconnus) tout en permettant qu'une solution pragmatique puisse être trouvée et que la paix entre les parties puisse être rétablie.

## SECTION 2. UN JUSTICIABLE EN QUÊTE PERPÉTUELLE DE RECONNAISSANCE MAIS RÉFRAC TAIRE À L'AUTORITÉ

La manière dont le justiciable perçoit aujourd'hui son rapport à l'autorité peut également expliquer l'engouement derrière le développement des modes alternatifs de résolution des conflits. Nous constatons que nous sommes actuellement face à un désenchantement de l'importance qu'a pu avoir l'autorité par le passé<sup>12</sup>. Or, dans l'imaginaire collectif, le juge est l'incarnation de l'autorité.

Si nous venons d'affirmer que le citoyen cherche sans cesse à faire valoir ses droits auprès d'un juge, personne tierce de référence capable d'en assurer la reconnaissance, nous constatons

---

<sup>9</sup> G. GRANDJEAN, « Partie VI – L'acceptabilité sociale des audaces des juges », in *Pouvoir politique et audace des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 278 citant D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *R.T.D.H.*, 2012, n° 1, p. 4.

<sup>10</sup> Voy. G. GRANDJEAN, *ibidem*, p. 278.

<sup>11</sup> A. GARAPON, *op. cit.*, p. 16.

<sup>12</sup> L.-M. HENRION, « Chapitre 5 : La médiation en matière commerciale. Première partie : Vue par un magistrat du tribunal de commerce », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 186.

également que ce même citoyen a de plus en plus de difficultés à accepter l'imposition d'une décision. Les justiciables se sentent détenteurs de droits, ils souhaitent qu'une personne assure leur respect mais ont du mal à accepter la légitimité du juge ainsi que sa décision finale. Ils souhaitent de plus en plus « prendre en main leur destin pour le gérer [eux]-mêmes au lieu de laisser cette tâche à d'autres »<sup>13</sup>. L'importance de la promotion des modes alternatifs est précisément là. « L'objectif central et primordial des modes alternatifs a été de remettre la personne au centre de la négociation, de redonner au justiciable la maîtrise de son litige duquel la procédure l'avait exproprié »<sup>14</sup>.

Ces modes donnent la possibilité au citoyen de choisir lui-même le processus le plus adapté pour solutionner son litige. En fonction du mode alternatif choisi, le justiciable sera plus ou moins capable de façonner la solution de son litige avec l'aide d'une personne tierce plus ou moins impliquée. Si le citoyen s'attend au respect du principe de « justiciabilité », c'est pour que ses statuts de justiciable et de victime soient reconnus<sup>15</sup>. Les modes alternatifs permettent non seulement d'en assurer la reconnaissance mais en plus, permettent aux justiciables de maîtriser eux-mêmes leur litige et, en fonction du mode alternatif choisi, son issue. Les M.A.R.C. permettent donc de regrouper les diverses attentes du citoyen.

Le procès a perdu son caractère exceptionnel et est finalement devenu la norme<sup>16</sup>. Il est devenu la réponse normale et habituelle à laquelle on a recours lorsqu'un problème juridique se présente<sup>17</sup>. Le fait que les justiciables comprennent leur participation à la société comme la possibilité de faire valoir leurs droits et de soumettre leur comportement à une personne tierce afin que celle-ci reconnaisse leurs prétentions, a mené à une inflation judiciaire certaine. Une automatisation du procès est palpable dans notre société et cette situation n'est plus viable. Le procès doit retrouver son caractère exceptionnel pour permettre à la justice étatique de

---

<sup>13</sup> C. MAHIEUX, *op.cit.*, p. 323.

<sup>14</sup> A. BOUDART et M. BLITZ, « 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.*, 2019/11, n° 6765, p. 210.

<sup>15</sup> B. INGHELS, « Introduction », *op.cit.*, pp. 13 *in fine* et 14.

<sup>16</sup> P. MARTENS, « Chapitre 13 – Tentative de réflexion sur la médiation », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 401 ; W. HENSEN, « Bemiddeling in rechtszaken: stand van zaken, knelpunten en mogelijkheden », *R.W.*, 2018, n° 22, p. 843.

<sup>17</sup> P. MARTENS, *ibidem*, p. 401 ; W. HENSEN, *ibidem*, p. 843.

retrouver la célérité qui devrait la caractériser<sup>18</sup>. « Une justice lente n'est pas une justice. La diligence et la promptitude sont de son essence et de sa finalité »<sup>19</sup>.

L'opportunité qui se cache derrière la loi du 18 juin 2018 est de repenser la façon dont le litige est appréhendé en prenant en compte les paramètres de la société actuelle, c'est-à-dire, une société composée de citoyens perpétuellement à la recherche de reconnaissance mais également réfractaires à l'imposition d'une décision tout en poursuivant un objectif précis : désengorger les tribunaux afin de parvenir à une meilleure administration de la justice. Ce constat n'est pas neuf mais la loi du 18 juin 2018 marque une nouvelle étape dans la lutte contre l'arriéré judiciaire en plaçant les modes alternatifs de résolution des litiges sur un véritable pied d'égalité avec la procédure judiciaire classique.

---

<sup>18</sup> P. MARTENS, *ibidem*, p. 401 ; W. HENSEN, *ibidem*, p. 843.

<sup>19</sup> G. HORSMANS, « La confiance des justiciables », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? 50 jaar Gerechtelijk Wetboek, Wat nu ?*, *Hommage à Ernest Krings et Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 126.

#### **IV. CHAPITRE II. LA RÉFORME DU CODE JUDICIAIRE**

Pour permettre au lecteur de mieux comprendre les développements qui vont suivre, il nous semble indispensable de présenter les principales modifications apportées par la loi du 18 juin 2018. Une fois les balises posées, nous serons en mesure d'appréhender les conséquences de la réforme et d'en critiquer certains aspects. Nos propos se focaliseront essentiellement sur les modifications apportées au rôle du juge mais dans un souci de compréhension, nous dirons quelques mots sur le droit collaboratif et sur la principale modification apportée au rôle de l'avocat.

Il n'est malheureusement pas possible d'aborder toutes les nouveautés introduites par la loi du 18 juin 2018. Nous pensons spécifiquement, aux modifications apportées au rôle des huissiers de justice, dont il ne sera pas question dans nos développements. Nous pensons également aux nombreuses dispositions concernant le processus de médiation ; seulement certaines feront l'objet d'une analyse détaillée.

##### SECTION 1. PRINCIPALE AMBITION DE LA RÉFORME: UNE PROMOTION ACCRUE DES M.A.R.C.

*a) Information du justiciable par l'avocat : hier une recommandation déontologique, aujourd'hui une obligation légale*

Jusqu'ici, il n'existait qu'une recommandation déontologique, non contraignante, pour inciter les avocats à promouvoir les modes alternatifs auprès de leurs clients<sup>20</sup>. Cependant, dans la pratique, il a été constaté que nombreux ne connaissaient pas cette recommandation<sup>21</sup>. Afin de

---

<sup>20</sup> L'article 2.12 du Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013, dernière version du 4 mai 2018 (ci-après « Code de déontologie ») prévoit qu'« il est recommandé à l'avocat d'examiner avec ses clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus. » ; P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018, n° 6751, p. 887.

<sup>21</sup> R. BOONE et H. LOUVEAUX, « Chapitre 11 – La médiation en 2014 : actions pour un bond en avant », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 345 ; P. Van Leynseele précise qu'à sa connaissance, aucune sanction n'a jamais été imposée à un avocat sur base de l'article 2.12 du Code de déontologie, voy. P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 888.

« favoriser la résolution amiable des litiges dans la mesure du possible »<sup>22</sup>, le législateur a modifié la simple recommandation déontologique faite aux avocats en une véritable obligation légale en inscrivant au paragraphe 2 de l'article 444 du Code judiciaire que les avocats « informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges ». Ce n'est cependant que « s'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable » qu'ils « tentent dans la mesure du possible de la favoriser ». Cette précision est primordiale. « Elle permet d'assurer le respect du principe essentiel contenu à l'alinéa premier de l'article 444 du Code judiciaire »<sup>23</sup> qui prévoit que les avocats « exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité ».

Cette disposition impose donc aux avocats d'informer leurs clients sur les modes alternatifs et de favoriser une résolution amiable si elle est envisageable. Il est demandé aux avocats formés « depuis toujours au combat et à la conviction »<sup>24</sup> de changer leurs habitudes. En vue du dossier, il leur est imposé de considérer les modes alternatifs avant d'opter directement pour la procédure judiciaire.

« L'essence même de la mission d'avocat est d'aider en apportant des solutions, et en conseillant, pour ce faire, quelles sont les voies à emprunter pour y arriver »<sup>25</sup>. Il est évident que dans certaines circonstances, la voie qui devrait être conseillée n'est autre que la voie amiable. Cependant, trop peu d'avocats conseillent aujourd'hui à leurs clients de se diriger vers un mode alternatif. Pierre-Paul Renson critique cette pratique en ces termes : « n'est-ce pas faire preuve d'un manque flagrant d'expérience que de prôner sans discernement la judiciarisation du conflit, alors que l'on sait que les réformes successives de la procédure judiciaire ne sont pas parvenues à supprimer l'arriéré existant, que la plupart des procès supposent d'importants investissements humains et financiers et que la très grande majorité des décisions judiciaires ne pacifient pas les relations entre les parties ? »<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Projet de loi du 5 février 2018 portant des dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001 (ci-après, « *Doc. parl.*, n° 54-2919/001 »), Exposé des motifs, p. 241.

<sup>23</sup> A. DEJOLLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, sous la direction de Jehanne Sosson, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 230.

<sup>24</sup> R. BOONE et H. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 344 *in fine*.

<sup>25</sup> C. MAHIEUX, *op. cit.*, p. 324.

<sup>26</sup> P.-P. RENSON, « 1 - La médiation : une question de survie pour les avocats ? », in *Prescrire et intervenir en médiation, un nécessaire changement de mentalités ?*, sous la direction de P.-P. Renson, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 21.

L'avocat est généralement la première personne vers qui un justiciable se tourne lorsqu'il rencontre un problème juridique<sup>27</sup>. Si dès les prémices, l'avocat informe correctement son client sur les modes alternatifs de résolution des conflits et présente leurs nombreux avantages, le justiciable sera en mesure de déterminer s'il souhaite ou non y recourir. En mentionnant des avantages tels que des coûts moindres, davantage de rapidité, une solution négociée plutôt qu'imposée, etc., certaines personnes n'hésiteront pas à résoudre leur litige en dehors du processus judiciaire classique. Si les avocats respectent leur obligation et l'utilisent à bon escient<sup>28</sup>, cela permettra à de nombreux litiges d'être directement redirigés vers des processus amiables sans requérir la mise en marche de l'arsenal judiciaire.

*b) Articles 730/1 et 731 : le juge promeut, informe, interroge et concilie*

Avant de s'engager dans l'analyse des dispositions modifiant en profondeur le rôle du juge, il est important de préciser que les nouvelles dispositions s'appliquent à tous les magistrats, à défaut de dispositions légales spécifiques contraires<sup>29</sup>.

*i. Article 730/1 : juge promoteur des modes alternatifs*

Le premier paragraphe de l'article 730/1 stipule désormais que « le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges ». D'après le législateur, cet article « crée, à côté de la tâche essentielle du juge de trancher les litiges, un rôle pacificateur dans le chef de ce dernier en lui permettant aussi d'encourager le recours à des modes alternatifs de résolution des conflits »<sup>30</sup>.

L'alinéa premier du deuxième paragraphe de cet article est rédigé en ces termes :

*« sauf en référé, le juge peut, à l'audience d'introduction ou lors d'une audience fixée à date rapprochée interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre*

---

<sup>27</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 241.

<sup>28</sup> A ce propos, P. Van Leynseele précise que « mal appliquée ou tournée en dérision par des clauses de style dans les lettres de mise en demeure, des actes introductifs d'instance, ou des jugements, la mesure manquera son objectif », voy. P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 888.

<sup>29</sup> Conformément à l'article 2 du Code judiciaire, voy. A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 232.

<sup>30</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 242.

*le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable. A cette fin, le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties ».*

La possibilité d'ordonner la comparution personnelle des parties est importante pour la promotion du dialogue entre les parties<sup>31</sup>. « La confrontation physique des parties leur permet en effet, dans certains cas, d'engager directement le dialogue et d'en dégager plus rapidement une solution »<sup>32</sup>.

Cet alinéa est le pendant de l'obligation d'information de l'avocat légalement consacrée à l'article 444 du Code judiciaire. En effet, il permet au juge de contrôler le respect par les avocats de leur obligation légale en interrogeant les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre leur litige à l'amiable avant l'introduction de la cause<sup>33</sup>.

Le deuxième alinéa du deuxième paragraphe de l'article 730/1, prévoit :

*« à la demande de l'une des parties ou s'il l'estime utile, le juge, s'il constate qu'un rapprochement est possible, peut, à cette même audience d'introduction ou à une audience fixée à date rapprochée, remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un mois sauf accord des parties, afin de leur permettre de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière. La mesure visée à l'alinéa 2 ne peut être ordonnée si elle l'a déjà été dans le cadre du même litige ».*

De la sorte, le juge pourra imposer aux parties de participer à une séance d'information sur les modes alternatifs de résolution des conflits afin de les informer sur leur plus-value<sup>34</sup>. Si l'avocat n'a pas respecté son devoir d'information, ce deuxième alinéa permettra de pallier ce non-respect ; le juge peut « remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un mois sauf

---

<sup>31</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 237.

<sup>32</sup> A. DEJOLLIER, *ibidem*, p. 237.

<sup>33</sup> A. DEJOLLIER et B. INGHELS, « Chapitre 2 – La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l'avocat ? », in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 64.

<sup>34</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 238 ; P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 883 ; A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *ibidem*, p. 58.

accord des parties »<sup>35</sup> pour permettre aux parties de s'informer sur les modes amiables et leur permettre de déterminer si leur litige est susceptible de faire l'objet d'une résolution amiable.<sup>36</sup> A noter qu'« il est expressément indiqué que le juge ne peut faire usage de cette faculté qu'à une seule reprise et seulement s'il constate qu'un rapprochement entre parties est possible »<sup>37</sup>.

ii. *Article 731 : juge concilie les parties*

L'article 731 du Code judiciaire est désormais rédigé en ces termes :

*« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties. 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. Sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de conciliation ne peut être imposé ».*

Si la mission de conciliation du juge était connue depuis longtemps, « la pratique révèle néanmoins qu'excepté devant le juge de paix, les conciliations sont rares »<sup>38</sup>. Cette disposition rappelle donc aux magistrats cette mission inhérente à leur fonction ; leur rôle ne se limite pas à trancher les litiges<sup>39</sup> mais s'étend à la recherche de la paix sociale entre les parties. De la sorte, le législateur rappelle aux juges que s'ils tentent de concilier les parties, ils ne commettent pas un déni de justice<sup>40</sup>. Au contraire, ils mettent pleinement en œuvre leur fonction de magistrat.

---

<sup>35</sup> C. Jud., art. 730/1.

<sup>36</sup> A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *op. cit.*, p. 60.

<sup>37</sup> O. MORENO et M. VAN ACKERE, « Appel à l'activation des modes amiables de règlement des litiges », *B.S.J.*, 2019/624, p. 9.

<sup>38</sup> B. PETIT, « Passerelle entre conciliation et procédure judiciaire », *Ius & Actores*, 2008/1, p. 87.

<sup>39</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 231 ; P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 882.

<sup>40</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 882 ; O. MORENO et M. VAN ACKERE, *op. cit.*, p. 8.

## SECTION 2. LA MÉDIATION : MODE ALTERNATIF DE RÈGLEMENT DES CONFLITS PRIVILÉGIÉ PAR LE CODE JUDICIAIRE

La médiation est le mode alternatif de résolution des conflits privilégié par le législateur. En effet, il est le seul processus amiable que le juge peut imposer sans que l'accord de toutes les parties ne soit nécessaire. Une analyse détaillée de ce mode nous paraissait donc nécessaire.

### *a) La médiation : définition*

La médiation est désormais définie par la loi comme étant : « 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 »<sup>41</sup>. Le rôle du médiateur « consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour (r)établir et faciliter la communication entre parties, mais aussi à conduire ces dernières à redéfinir leurs relations, entre autres, en les aidant à trouver elles-mêmes une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une »<sup>42</sup>. L'article 1724 du Code judiciaire précise les litiges susceptibles de faire l'objet d'une médiation<sup>43</sup>.

### *b) Avantages*

La médiation présente de nombreux avantages par rapport à la procédure judiciaire classique. En premier lieu, elle permet aux justiciables d'obtenir une solution plus rapide et moins coûteuse. La longueur des procédures judiciaires n'est pas adaptée à la réalité de la vie quotidienne. En pratique et de manière générale, les justiciables attendent des réponses rapides et n'apprécient guère de voir leur litige à l'arrêt pendant des années.

---

<sup>41</sup> C. Jud., art. 1723/1.

<sup>42</sup> P.-P. RENSON, « La médiation et les enjeux liés à la formation des médiateurs agréés », *Jurim Pratique*, 2014/1, p. 71.

<sup>43</sup> A noter que le champ d'application de la médiation fut étendu par la loi du 18 juin 2018, voy. l'article 1724 du Code judiciaire qui stipule désormais que : « tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public, peut faire l'objet d'une médiation. Les différends de nature non-patrimoniale susceptibles d'être réglés par transaction ainsi que les différends visés à l'article 572bis, 3°, 4°, 6° à 10° et 12 à 15° et les différends découlant de la cohabitation de fait peuvent aussi faire l'objet d'une médiation ».

Contrairement à la procédure judiciaire qui, par définition, comporte de nombreux aléas et dont l'issue n'est jamais certaine, la médiation offre la possibilité aux parties de gérer leur litige du début à la fin<sup>44</sup>. Tant que les parties ne sont pas d'accord, rien ne peut leur être imposé<sup>45</sup>. De plus, contrairement aux audiences qui sont publiques, la médiation est confidentielle<sup>46</sup>. La médiation permet également d'obtenir des solutions plus adaptées et plus souples. Pour chaque litige, il existe une diversité de solutions possibles qui se trouvent parfois en dehors du droit.

Contrairement au procès, à la fin duquel il y a nécessairement un gagnant et un perdant, la médiation permet de rencontrer les intérêts de toutes les parties<sup>47</sup>. Chacune fait valoir ses prétentions et il en résultera un accord fait de concessions de la part de chacune d'elles. Le médiateur « recherchera les intérêts en présence et aidera les personnes à trouver *leur* solution, qui soit satisfaisante pour chacune d'elles »<sup>48</sup>. La philosophie derrière la médiation est de rechercher une solution susceptible de satisfaire toutes les parties au litige. « Son avantage majeur est qu'elle permet aux parties, et à leurs conseils, de se « réapproprier » l'issue du différend »<sup>49</sup>. De plus, le processus ayant été accepté par les parties (nous verrons en quoi cette composante est potentiellement bouleversée par l'adoption de la loi du 18 juin 2018), la solution leur paraît plus légitime et par conséquent, elles seront moins réticentes à exécuter l'accord trouvé.

La médiation présente également un côté plus humain. Elle permet de maintenir des bonnes relations entre les parties. Ces dernières essayent ensemble de résoudre leur litige dans une logique de coopération et non d'affrontement<sup>50</sup>. « Ce qui est en œuvre dans la médiation n'est pas que le règlement d'un conflit, c'est aussi une amélioration du lien et de la communication entre les gens »<sup>51</sup>. Le processus de médiation permet de faire droit aux émotions et aux sentiments et permet d'instaurer un espace d'écoute et de parole<sup>52</sup>. Durant un procès, en raison

---

<sup>44</sup> O. CAPRASSE, « La loi du 21 février 2005 sur la médiation », *C.J.*, 2006, n° 2, p. 21 ; J.-P. BUYLE *et al.*, « Comment régler un conflit commercial en dehors des tribunaux ? », in *L'entreprise et ses clients... To B & to C. Nouveau défis et solutions/De onderneming en haar klanten... To B and to C. Nieuwe uitdagingen en oplossingen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 236 ; B. ENGERISSER, « La médiation et le droit collaboratif : état des lieux et projet de réforme », *Cah. Jur.*, 2018/1, p. 22.

<sup>45</sup> O. CAPRASSE, *ibidem*, p. 21.

<sup>46</sup> C. Jud., art. 1728.

<sup>47</sup> L.-M. HENRION, « Qu'est-ce que la médiation ? », *B.S.J.*, 2011/448, p. 7.

<sup>48</sup> L.-M. HENRION, *ibidem*, p. 7.

<sup>49</sup> P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 202.

<sup>50</sup> F. VERT, « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, 17-18 janvier 2014, p. 9.

<sup>51</sup> R. BOONE et H. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 343.

<sup>52</sup> L.-M. HENRION, « Qu'est-ce que la médiation ? », *op. cit.*, p. 9 ; L.-M. HENRION, « Chapitre 5 : La médiation en matière commerciale. Première partie : Vue par un magistrat du tribunal de commerce », *op. cit.*, p. 187.

de la logique de confrontation qui le caractérise, l'autre partie est vue comme un adversaire qu'il faut vaincre afin d'obtenir gain de cause.

Ensuite, et c'est là un aspect fondamental du processus, la médiation permet généralement de résoudre le conflit sous-jacent au litige. Souvent, la procédure judiciaire résout le litige et non le conflit. Après un jugement, les parties sont toujours en conflit ; le litige entre elles est résolu, « une solution *a priori* juridictionnelle »<sup>53</sup> a été apportée, mais le conflit est toujours présent. La médiation, quant à elle, permet en plus de régler le litige, de résoudre le conflit sous-jacent et « à vider ses aspects émotionnels à long terme »<sup>54</sup>. Résoudre le litige, c'est trancher le problème entre les parties, ce pourquoi elles se retrouvent devant le juge. Résoudre le conflit c'est rétablir la paix entre les parties et la médiation permet de le résoudre « de manière durable »<sup>55</sup>.

Enfin, et c'est la principale raison de sa promotion par le législateur, le litige résolu restant en dehors des cours et tribunaux, la médiation permet un désengorgement de la justice<sup>56</sup>.

*c) Article 1734, §1<sup>er</sup>, al. 2 : la médiation obligatoire*

Le deuxième alinéa du premier paragraphe de l'article 1734 du Code judiciaire a introduit la possibilité pour le juge d'imposer la médiation. Il est rédigé en ces termes :

*« Lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible le juge, peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, ordonner une médiation, après avoir entendu les parties, à l'audience d'introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur. Si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation ».*

---

<sup>53</sup> A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *op. cit.*, p. 51, note n° 1.

<sup>54</sup> L.-M. HENRION, « Qu'est-ce que la médiation ? », *op. cit.*, p. 7.

<sup>55</sup> L.-M. HENRION, *ibidem*, p. 7.

<sup>56</sup> B. INGHELS, « Introduction », *op. cit.*, p. 9 ; *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 55. A ce propos, nous n'omettons pas l'intervention du juge pour l'homologation éventuelle de l'accord de médiation. A noter que son intervention est toutefois limitée, voy. C. Jud., art. 1733.

Concrètement, cette disposition permet au juge d'imposer la médiation aux parties même si l'une d'entre elles s'y oppose. Suivant les termes de la disposition, il convient d'ores et déjà de relever que le juge ne peut l'imposer « qu'en début de procédure »<sup>57</sup>.

Pour rappel, la médiation avait été introduite dans le Code judiciaire par la loi du 21 février 2005. En application de cette loi, le juge pouvait déjà renvoyer les parties vers la médiation mais ce renvoi nécessitait l'accord de toutes les parties à la cause. Pour information, cette possibilité est toujours prévue au paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1734 du Code judiciaire.

### SECTION 3. CONSÉCRATION DU DROIT COLLABORATIF

La loi du 18 juin 2018 a introduit une huitième partie dans le Code judiciaire afin de consacrer un nouveau mode alternatif de résolution des conflits : le droit collaboratif. Cela faisait déjà quelques années que certains avocats en faisaient usage mais aucune consécration légale n'avait encore vu le jour<sup>58</sup>. Derrière la réglementation de cette pratique, nous retrouvons la volonté du législateur de promouvoir la résolution extrajudiciaire des litiges<sup>59</sup>. En effet, une pratique réglementée permet d'offrir aux justiciables une sécurité juridique qui les incite à y recourir<sup>60</sup>.

L'article 1738 du 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 ». Il n'y a donc pas d'intervention d'un tiers mais uniquement des avocats spécifiquement formés au processus de droit collaboratif. Les avocats sont présents pour assister leur client et leur permettre de trouver une solution amiable. « Dans ce contexte, l'avocat reçoit de son client un mandat exclusif et restreint de l'assister et de le conseiller, dans le seul objectif de dégager un terrain d'entente »<sup>61</sup>. L'avocat collaboratif s'engage « dans l'optique unique de rechercher une solution négociée »<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 272 ; P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 884.

<sup>58</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 56.

<sup>59</sup> *ibidem*, p. 56.

<sup>60</sup> *ibidem*, p. 259.

<sup>61</sup> D. CHAVAL, « Chapitre 9. Le droit collaboratif », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 292.

<sup>62</sup> D. CHAVAL, *ibidem*, pp. 292 et 293.

Si les négociations échouent et que le client décide d'intenter une action en justice, son avocat ne pourra assurer sa défense<sup>63</sup>. Le champ d'application du droit collaboratif est identique à celui de la médiation<sup>64</sup>.

Pour ordonner un processus de droit collaboratif, le juge a besoin de l'accord de toutes les parties. L'article 1740 est rédigé en ces termes :

*« sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties et après avoir entendu celles-ci quant à la mesure envisagée, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. L'article 1734, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, s'applique par analogie ».*

Le renvoi à l'article 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, signifie que le juge peut également ordonner aux parties d'essayer un processus de droit collaboratif de sa propre initiative mais moyennant leur accord. A noter qu'il ne peut ordonner un tel processus qu'après avoir entendu leur position sur cette mesure<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> C. Jud., art. 1743, § 3 ; D. CHAVAL, *ibidem*, p. 293.

<sup>64</sup> L'article 1738 du Code judiciaire renvoie à l'article 1724 du Code judiciaire.

<sup>65</sup> Il s'agit d'une condition supplémentaire non spécifiée à l'alinéa 1<sup>er</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 1734 du Code judiciaire.

## V. CHAPITRE III. ANALYSE ET CRITIQUE DE LA RÉFORME

Après une description de la configuration actuelle de notre société et une brève présentation des nouveaux articles cherchant à promouvoir les modes alternatifs de résolution des conflits, nous allons porter un regard critique sur la réforme et en tirer certaines conclusions. Notre analyse sera illustrée par l'intermédiaire des articles détaillés au chapitre précédent. Nous nous concentrerons sur les dispositions impactant profondément le rôle du juge dans la gestion du conflit. Ces modifications sont celles qui, à notre sens, traduisent pleinement la volonté du législateur de placer les modes alternatifs sur un pied d'égalité avec l'instance judiciaire.

### SECTION 1. LE RÔLE DU JUGE DANS LA PROMOTION DES MODES ALTERNATIFS

#### *a) Introduction générale*

Même si l'introduction de la médiation « obligatoire » est la disposition qui a soulevé le plus de débats (à ce propos, nous renvoyons le lecteur à la section suivante), les articles 730/1 et 731 méritent également une attention particulière. En effet, ces articles créent à côté de la fonction 'classique' du juge de trancher les litiges, une fonction de promoteur des modes alternatifs de règlement des conflits<sup>66</sup>.

#### *b) L'évolution du rôle du juge*

La figure du juge n'est aujourd'hui plus vouée à être la même. Le juge du XXI<sup>ème</sup> siècle ne peut plus être assimilé à cette autorité loin du conflit et des parties à qui l'on s'adresse uniquement pour trancher le litige, sans d'autre pouvoir que celui d'appliquer le droit aux faits<sup>67</sup>. A l'inverse de cette image, le juge est aujourd'hui voué à devenir un acteur clé du procès ; une autorité en charge du litige, sans cesse à la recherche de la meilleure voie pour le résoudre tout en restant la personne titulaire du pouvoir de trancher.

---

<sup>66</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 242 ; A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 235.

<sup>67</sup> B. INGHELS, « Introduction », *op. cit.*, p. 14.

Le juge de demain pourra à la fois endosser la rôle du juge « gestionnaire/manager »<sup>68</sup> et celui du juge « prescripteur ». Le juge « gestionnaire/manager » est celui qui administre le litige. Il l'administre en ce sens qu'il lui appartient dorénavant de se questionner sur la meilleure manière de le résoudre en fonction de la personnalité des parties, des coûts, des faits et des circonstances l'entourant.

Avant d'appliquer le droit aux faits, il entre en premier lieu dans sa mission, s'il l'estime approprié, de promouvoir les modes alternatifs de résolution des conflits (que ce soit la médiation ou la conciliation mais nous pouvons envisager la promotion d'autres modes alternatifs, comme par exemple, le droit collaboratif). Cela signifie qu'il doit délaissier provisoirement son rôle de « trancheur de litige » le temps d'apprécier s'il n'est pas dans l'intérêt du justiciable de recourir à la voie amiable. S'il estime que la voie judiciaire n'est peut-être pas la meilleure option en vue des circonstances du dossier, il peut interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre leur litige afin de contrôler qu'elles aient suffisamment été informées sur les voies alternatives (article 730/1 du Code judiciaire). S'il constate un manque d'information dans leur chef, il peut les informer lui-même ou les renvoyer vers une séance d'information afin qu'elles puissent déterminer si la voie judiciaire est bien la voie la plus appropriée pour résoudre leur différend (article 730/1 du Code judiciaire).

Cependant, lorsque l'imposition d'une décision s'avère nécessaire le juge garde son rôle de juge « prescripteur ». Il reste la personne qui détient le pouvoir et l'autorité d'imposer une décision en appliquant le droit aux faits. « Le juge reste celui qui doit juger »<sup>69</sup>. Lorsque la voie alternative n'est pas adaptée au litige présenté, lorsqu'une voie amiable a été tentée mais n'est pas parvenue à régler le litige ou lorsque les parties ne souhaitent tout simplement pas recourir à un mode alternatif, le juge garde sa fonction première de « trancheur » des litiges.

La nouvelle mission du juge est résumée à l'article 730/1, § 1<sup>er</sup> : le juge est tenu de favoriser les modes alternatifs « en tout état de la procédure ». La recherche de la meilleure voie pour résoudre le litige devient le nouveau mot d'ordre des magistrats. Plus que jamais ils sont

---

<sup>68</sup> Idée inspirée de trois auteurs américains voy. J. RESNIK, « Managerial Judges », *Harvard Law Review*, 1982, n° 96, pp. 376 et s. ; D. H. FLOYD, « Can the Judge Do That – The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement », *Arizona State Law Journal*, 1994, n° 26, pp. 45 et s. ; S. S. SHWEDER, « Judicial Limitations in ADR : The Role and Ethics of Judges Encouraging Settlements », *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, 2007, pp. 51 et s.

<sup>69</sup> Traduction : « de rechter blijft diegene die recht moet spreken », voy. E. LANCKSWERDT, « Alternatieve geschillenoplossing. Bevorderd door de rechter », *N.J.W.*, 2019, n° 400, p. 275.

investis des pouvoirs nécessaires au rétablissement de la paix sociale entre les parties, finalité ultime de la Justice<sup>70</sup>. Pour « remplir pleinement cette mission de pacificateur des conflits »<sup>71</sup>, les juges peuvent concilier les parties, essayer de les rediriger vers un mode alternatif de résolution des conflits, leur imposer de tenter une médiation (nous émettrons toutefois de nombreuses réserves quant à cette possibilité) ou trancher le litige en appliquant le droit aux faits. Le législateur a ainsi tenu à placer plusieurs « outils » entre les mains des magistrats pour leur permettre de jouer pleinement leur rôle de gardien et de promoteur de la paix sociale et leur rappeler que trancher le litige en appliquant le droit aux faits n'est qu'un moyen parmi d'autres pour remplir cette mission<sup>72</sup>.

Nous estimons que ces dispositions traduisent pleinement la volonté du législateur de placer les modes alternatifs de résolution des conflits sur un pied d'égalité avec l'instance judiciaire. Dans l'exposé des motifs, le législateur énonce que la loi vise à « prendre des mesures afin d'aménager une place équivalente dans le droit judiciaire à des formes alternatives de résolution de litiges comme la médiation »<sup>73</sup>. Il précise également que « 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 »<sup>74</sup>. Cela signifie-t-il, comme l'affirme le Conseil supérieur de la justice, que les modes alternatifs sont désormais à privilégier par rapport à la procédure judiciaire ?

La notion utilisée par le législateur est malencontreuse, elle prête à confusion et ne correspond ni à ses intentions ni aux diverses dispositions consacrées. En effet, il est limpide, à la lumière des travaux préparatoires et des modifications apportées, que le législateur souhaitait placer les modes alternatifs de résolution des conflits sur un pied d'égalité avec la procédure judiciaire. Tout au long de l'exposé des motifs, il est précisé que l'objectif de la réforme est de promouvoir les modes alternatifs pour leur octroyer une place équivalente à la procédure judiciaire<sup>75</sup>, le législateur souhaitant « éviter de donner l'impression que le projet semble vouloir privilégier et pas simplement encourager le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits »<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> B. BLOHORN-BRENNEUR et M. BACQUÉ, *Médiation obligatoire ou volontaire, Quelles réformes pour quels enjeux ?*, 7<sup>ème</sup> assises internationales de la médiation judiciaire, Actes du colloque de La Rochelle, 7 au 8 juillet 2017, L'Harmattan, 2018, p. 12 ; A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *op. cit.*, p. 51.

<sup>71</sup> B. BLOHORN-BRENNEUR et M. BACQUÉ, *ibidem*, p. 12.

<sup>72</sup> B. BLOHORN-BRENNEUR et M. BACQUÉ, *ibidem*, p. 12.

<sup>73</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 55.

<sup>74</sup> *ibidem*, p. 55.

<sup>75</sup> *ibidem*, p. 55.

<sup>76</sup> *ibidem*, p. 242.

En ce qui concerne les modifications apportées<sup>77</sup>, les articles 730/1 et 731 traduisent pleinement cette volonté d'encourager les modes alternatifs plutôt que de les privilégier. En effet, c'est au juge, cerbère du monde judiciaire, que le législateur a octroyé le pouvoir « de contrôler que le recours judiciaire constitue bien la voie procédurale ultime »<sup>78</sup>. Si l'instance judiciaire est à préférer en fonction des circonstances du litige, le juge continuera la voie engagée par les parties. Si, à l'inverse, il est dans leur intérêt de tenter un processus amiable, il se devra de les encourager à recourir aux modes alternatifs. De la sorte nous voyons que les modes alternatifs ne sont pas à placer au-dessus de la voie judiciaire puisque c'est au juge, autorité de référence et gardien suprême de cette voie, à qui l'on a donné les pouvoirs d'apprécier la direction prise par les parties. « Il est [en effet] le gardien de l'état de droit et doit veiller à ce que les justiciables aient toujours accès au juge »<sup>79</sup>.

Il est important de constater que dans la pratique, de nombreux juges ne représentaient déjà plus cette figure du juge prescripteur éloigné des parties et uniquement présent pour appliquer le droit aux faits de la cause. Nombreux sont ceux qui avaient déjà perçu la nécessité de promouvoir les modes alternatifs de résolution des différends auprès des justiciables<sup>80</sup>. Les juges encore réticents quant à l'idée d'orienter les justiciables vers la justice privée, lorsqu'une résolution amiable, en vue des circonstances, est souhaitable, n'auront désormais plus le choix ; il entre dans leur mission de promouvoir, dans la mesure du possible, les voies amiables. C'est une obligation légalement consacrée. « Il peut paraître paradoxal qu'un magistrat choisisse de promouvoir une forme de justice nouvelle qui entre en concurrence avec le service public de la justice ! »<sup>81</sup>. Pourtant, « le paradoxe n'est qu'apparent. En effet, combien de litiges sont-ils résolus – parfois à la satisfaction des parties – en dehors de toute activité judiciaire ? »<sup>82</sup>.

Résumons nos propos. Le juge ne peut plus se renfermer derrière cette posture d'autorité uniquement présente pour imposer une décision aux parties. Il doit ouvrir le champ de ses

---

<sup>77</sup> Nous renvoyons le lecteur à la section suivante en ce qui concerne l'opportunité de la consécration du deuxième alinéa, paragraphe premier de l'article 1734 du Code judiciaire, voy. *infra*, Chapitre III, section 2, (f).

<sup>78</sup> J. ENGLEBERT, « “Le Code judiciaire doit être éliminé” ou les promesses trahies », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? 50 jaar Gerechdelijk Wetboek, Wat nu ?, Hommage à Ernest Krings et Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 163.

<sup>79</sup> E. LANCKSWEERDT, *op. cit.*, p. 275.

<sup>80</sup> P. VAN LEYNSELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, p. 202 ; E. LANCKSWEERDT, *ibidem*, p. 273.

<sup>81</sup> T. MARCHANDISE, « Préface », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5.

<sup>82</sup> T. MARCHANDISE, *ibidem*, p. 5.

fonctions et devenir un « gestionnaire » du litige. Il se doit d'imposer une décision quand la situation le requière mais si une solution amiable est envisageable, la favoriser « dans la mesure du possible ». Le gardien de l'ordre judiciaire est maintenant investi d'une fonction supplémentaire qui se superpose à sa fonction classique : promouvoir les modes alternatifs de résolution des litiges et rediriger les parties, si cela est dans leur intérêt vers la justice privée afin de permettre à l'édifice judiciaire de fonctionner de manière plus efficace. Nous avons donc une justice étatique qui promeut une justice privée pour se délester quelque peu de son travail exponentiel pour retrouver la célérité qui devrait la caractériser.

SECTION 2. MÉDIATION OBLIGATOIRE : « YOU CAN LEAD A HORSE TO WATER, BUT YOU CAN'T MAKE IT DRINK »<sup>83</sup>

Avant de débiter notre analyse, il est important de préciser que celle-ci se concentrera sur la médiation judiciaire.

*a) Introduction générale : forte opposition*

La section de législation du Conseil d'État<sup>84</sup>, le Conseil supérieur de la justice<sup>85</sup> ainsi que de nombreux parlementaires<sup>86</sup> considéraient qu'il n'était pas souhaitable de permettre au juge d'imposer la médiation. « En permettant au juge, soit d'office, soit à la demande d'une seule des parties, d'ordonner aux parties d'essayer de résoudre leur litige par une médiation, le texte en projet porte atteinte à toute la philosophie qui sous-tend la légitimité et l'efficacité du recours à la médiation »<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> « On peut conduire un cheval à l'abreuvoir, mais on ne peut le forcer à boire », voy. D. S. WINSTON, « Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You can lead a horse to water... », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 11, 1996, p. 187 ; J.-P. BUYLE *et al.*, *op. cit.*, p. 263 ; B. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 22.

<sup>84</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Avis du Conseil d'État n° 61.997/4 du 4 octobre 2017, p. 555.

<sup>85</sup> Avis du C.S.J. du 5 mars 2018.

<sup>86</sup> Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par O. Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/006, pp. 19 et s.

<sup>87</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Avis du Conseil d'État n° 61.997/4 du 4 octobre 2017, p. 551 ; voy. dans le même sens l'Avis du C.S.J. du 5 mars 2018, p. 4.

Le deuxième argument principal, avancé à l'encontre de cette faculté, était qu'elle porterait une atteinte au droit à un procès équitable<sup>88</sup>. En outre, ses détracteurs estimaient que l'imposition de la médiation par le juge risquerait de mener à une recrudescence de médiations inabouties. Or, ces dernières engendrent un coût financier et un allongement de la procédure.

b) *Paradoxe ?*

Pour rappel, la médiation est désormais définie par le Code judiciaire comme étant « 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 »<sup>89</sup>. A la lecture de cette définition, ne paraît-il pas paradoxal de permettre au juge d'imposer la médiation ? La définition met en avant le caractère volontaire de la médiation et quelques articles plus loin, nous retrouvons la possibilité pour le juge de l'imposer même si une des parties s'y oppose. Comment concilier ces deux articles à priori inconciliables ?

Dans l'état actuel du droit belge<sup>90</sup>, le caractère volontaire de la médiation « fait partie de son essence »<sup>91</sup>. « La médiation est volontaire en ce sens qu'elle dépend de la volonté des parties d'y recourir et d'y participer. Excepté l'hypothèse d'une clause contractuelle de médiation, l'on ne peut contraindre un justiciable à recourir à une médiation, pas même judiciaire »<sup>92</sup>. Afin de respecter le caractère volontaire de la médiation et d'assurer son bon déroulement, la volonté libre des parties doit perdurer tout au long du processus mais doit déjà être présente au stade de l'entrée dans le processus. Suivant cette compréhension, imposer une médiation va à l'encontre de sa philosophie<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> Avis du Conseil d'État, *ibidem*, p. 548 ; Avis du C.S.J., *ibidem*, p. 4.

<sup>89</sup> C. Jud., art. 1723/1.

<sup>90</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 277.

<sup>91</sup> N. BAUGNIET, « Le caractère volontaire de la médiation », note sous Bruxelles (jeun.), 12 juin 2007, *J.J.P. – T.Vred.*, 2009/1-2, p. 57.

<sup>92</sup> P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in *Modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la direction de O. Caprasse, Liège, Anthemis, 2017, p. 40 ; voy. également B. BUYLE *et al.*, *op. cit.*, p. 235 ; J.-P. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 22.

<sup>93</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Avis du Conseil d'État n° 61.997/4 du 4 octobre 2017, p. 551.

Le caractère volontaire de la médiation est également consacré à l'article 1729 du Code judiciaire<sup>94</sup> : « chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice ». Cet article avait été introduit par la loi du 21 février 2005 et n'a pas été modifié par la loi du 18 juin 2018. Lors de l'adoption de la loi du 21 février 2005, « la justification qui fut donnée – et retenue à l'unanimité – lors des travaux préparatoires de l'actuel article 1729 du Code judiciaire était que le principe selon lequel la médiation se déroule sur une base volontaire et avec l'accord de chacune des parties doit s'appliquer *non seulement au moment de la décision de recourir à la médiation, mais aussi pendant l'ensemble de la procédure de médiation* »<sup>95</sup>.

Les auteurs de la loi du 18 juin 2018 n'ont cependant pas retenu cette conception du caractère volontaire<sup>96</sup> et ont adopté une conception restrictive qui consiste à dire que le caractère volontaire de la médiation n'est ébranlé que si les parties sont contraintes à un moment donné de trouver un accord ou si elles ne sont pas libres de quitter le processus entamé quand elles le désirent<sup>97</sup>. « Ainsi, faut-il distinguer le caractère volontaire du recours au processus de médiation et le caractère volontaire de la recherche d'un accord dans le cadre d'une médiation. En d'autres termes, le recours obligatoire à un processus de médiation ne remet pas en cause la règle selon laquelle les parties en médiation tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord »<sup>98</sup>. La possibilité qu'ont les parties de refuser l'issue du processus garantit le caractère volontaire de la médiation<sup>99</sup>. Ce qui est imposé c'est l'entrée dans le processus et non son issue<sup>100</sup>.

Le législateur a pris appui sur ce qui se faisait déjà à l'étranger<sup>101</sup>. L'approche du législateur est également conforme à celle adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>102</sup>. Dans un arrêt récent, la Cour a en effet affirmé que : « le caractère volontaire de la médiation réside

---

<sup>94</sup> CAPRASSE (O.), « Titre 11 – L'arbitrage et la médiation, Chapitre 2 – La médiation », in *Droit judiciaire – Tome 2*, sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1436.

<sup>95</sup> N. BAUGNIET, *op. cit.*, p. 58. Nous soulignons.

<sup>96</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 277.

<sup>97</sup> CAPRASSE (O.), « Titre 11 – L'arbitrage et la médiation, Chapitre 2 – La médiation », *op. cit.*, p. 1436.

<sup>98</sup> Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, « La directive du 21 mai 2008 'sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale' et sa transposition en droit belge », *R.E.D.C.*, 2-3/2009, p. 540.

<sup>99</sup> D. S. WINSTON, *op. cit.*, p. 189.

<sup>100</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 255.

<sup>101</sup> *ibidem*, p. 256.

<sup>102</sup> C. DELFORGE, « Chapitre 1 – La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? » in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 39.

[...] non pas dans la liberté des parties de recourir ou non à ce processus, mais dans le fait que ‘les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l’organiser comme elles l’entendent et y mettre un terme à tout moment’ »<sup>103</sup>.

Néanmoins, il existe à présent un paradoxe au sein de notre Code judiciaire. La définition de la médiation n’est pas conciliable avec la possibilité pour le juge de l’imposer. Le processus de médiation ne sera désormais plus toujours la chose des parties mais bien parfois la chose du juge. En droit belge, la médiation n’est donc plus un processus « de concertation volontaire » au sens propre du terme.

### c) *Manque de précision*

Quelles démarches les parties doivent-elles entreprendre lorsque le juge leur impose une médiation conformément à l’article 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2 du Code judiciaire ? Une simple rencontre physique avec un médiateur suffit-elle ou doivent-elles faire preuve d’une réelle participation ? Comment prouver cette participation sans enfreindre le caractère confidentiel du processus ? Que se passe-t-il si une partie ne respecte pas l’injonction du juge ?<sup>104</sup>

Le législateur n’a pas précisé ces différents éléments. Il est raisonnable de penser que la simple rencontre physique avec un médiateur ne suffira pas pour satisfaire l’injonction du juge<sup>105</sup>. « Cette position rejoint celle habituellement soutenue en présence d’une clause de médiation »<sup>106</sup>. Cette conclusion peut également être tirée du verbe employé dans la formulation de l’article 1734 § 2 : « la décision ordonnant aux parties de *tenter* de résoudre le

---

<sup>103</sup> C.J.U.E. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, arrêt *Menini, Rampaneli c. Banco Popolare Societa Cooperativa*, C-75/16, § 50. Dans cet arrêt la Cour de justice de l’Union européenne s’est prononcée sur la compatibilité avec le droit de l’Union (directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation) d’une loi italienne prévoyant une médiation obligatoire comme condition de recevabilité d’une demande en justice concernant les litiges entre professionnels et consommateurs. Voy. également le 13<sup>e</sup> considérant de la 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 qui précise que la médiation « devrait être un processus volontaire en ce sens que les parties elles-mêmes sont responsables du processus et peuvent l’organiser comme elles l’entendent et y mettre un terme à tout moment » (*J.O.*, L 136, 24 mai 2008, pp. 3 – 8).

<sup>104</sup> Au sujet de ces diverses questions voy. W. HENSEN, « Bemiddeling, potpourri & toekomstmuziek », *T.P.B.*, 2016, n° 4, p. 136 ; P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l’appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 885.

<sup>105</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 885.

<sup>106</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 41.

litige par une médiation [...] »<sup>107</sup>. Dans l'exposé des motifs, le législateur énonce d'ailleurs que « le juge impose aux parties *d'essayer* de résoudre leur conflit par la médiation »<sup>108</sup>.

Cependant, pour éviter tout problème de preuve et donc toute entrave au principe de confidentialité<sup>109</sup>, il est également raisonnable de penser que le législateur a simplement voulu permettre au juge d'imposer une rencontre physique avec un médiateur.

Avant de pouvoir se positionner définitivement, il faudra attendre les développements jurisprudentiels en la matière ou il faudra attendre que le législateur reprenne la plume et précise ce qu'il entend par « ordonner une médiation ». En ce qui concerne la possibilité de sanctionner une partie qui ne respecte pas l'injonction du juge, nous renvoyons le lecteur aux développements ultérieurs (Chapitre V, section 2, point b).

*d) Seul le refus de toutes les parties permet de s'opposer à la décision du juge*

Pour apaiser les diverses craintes émises, le législateur a ajouté une réserve (non prévue initialement) au pouvoir du juge d'imposer une médiation : « si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation »<sup>110</sup>. Néanmoins, nous estimons que cette réserve n'est pas suffisante pour rencontrer les diverses craintes émises quant à l'atteinte au caractère volontaire du processus. Tout d'abord, il nous semble illusoire de penser que les parties oseront émettre leur opposition. Même si elles ne veulent pas aller en médiation, nous sommes sceptiques sur leur audace de s'exprimer ainsi face au juge : 'Monsieur/Madame Le Juge, nous nous opposons à votre décision, nous refusons la médiation'. Heureusement, les parties sont généralement accompagnées de leur conseil qui n'hésiteront pas à s'opposer à la décision du juge d'imposer la médiation s'ils estiment que ce processus n'est pas approprié pour le litige en question.

Nous constatons également que le libellé de cette phrase traduit une démarche négative et passive dans le chef des parties<sup>111</sup>. Elles n'ont pas l'initiative de la décision de recourir au

---

<sup>107</sup> Nous soulignons.

<sup>108</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 255. Nous soulignons.

<sup>109</sup> C. Jud., art. 1728.

<sup>110</sup> C. Jud., art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2.

<sup>111</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 276.

processus de médiation. Il leur est simplement demandé de ne pas s'opposer à la décision du juge. Cependant, même s'il n'y a qu'une seule partie (ou son conseil) qui s'y oppose, cela ne suffira pas. Elle sera contrainte, à tout le moins, de « tenter »<sup>112</sup> le processus de médiation si le juge décide de l'imposer. Or, contraindre une partie à participer à une médiation va à l'encontre de la philosophie des modes alternatifs de résolution des conflits.

Optimiste face à l'introduction de cette disposition, Patrick Van Leynseele reconnaît que « rendre la médiation « obligatoire » est certes contraire au concept même, qui veut que toute médiation se décide et se déroule sur base volontaire »<sup>113</sup>. Il poursuit néanmoins en affirmant que « la pratique de la médiation »<sup>114</sup> lui a enseigné « que même lorsque les parties entament une médiation parce qu'elles y sont obligées (par l'effet de l'insistance d'un juge ou d'une clause de médiation insérée dans un contrat) les choses se passent souvent bien et la médiation peut déboucher sur un accord librement consenti »<sup>115</sup>. Les propos de Patrick Van Leynseele viendraient donc tordre le cou aux craintes de recrudescence de médiations inabouties partagées par bon nombre des détracteurs de la réforme. Des études empiriques ont d'ailleurs démontré qu'il n'y avait pas de grande différence dans les taux de réussite lorsque la médiation est imposée et lorsqu'elle est entamée sur une base volontaire<sup>116</sup>.

En ce qui concerne les craintes émises au regard du droit d'accès à un tribunal (article 6, § 1 de la CEDH), suivant la jurisprudence de Strasbourg, « ce droit n'est pas absolu et une médiation préalable obligatoire peut être admise si elle n'emporte pas une entrave disproportionnée à ce droit »<sup>117</sup>. Par conséquent, il est nécessaire de contrôler que la médiation obligatoire ne porte pas atteinte, de manière disproportionnée, au droit d'accès à un tribunal<sup>118</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a également rendu un arrêt au sujet d'une loi

---

<sup>112</sup> C. Jud, art. 1734, § 2.

<sup>113</sup> P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 883.

<sup>114</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 883.

<sup>115</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, pp. 883 *in fine* et 885, note 63.

<sup>116</sup> Ces études n'ont cependant été menées qu'aux États-Unis et ne peuvent être objectivement totalement transposables dans un système juridique aussi différent que celui de la Belgique. A ce propos, voy. F. E. A. SANDER, « Another view of mandatory mediation », *Dispute Resolution Magazine*, 2006-2007, n° 13, p. 16 ; D. QUEK, « Mandatory mediation : an oxymoron ? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 11, 2010, p. 486 ; J. SIDONI DEL CENO, « Compulsory mediation : civil justice, human rights and proportionality », *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 6, 2014, n° 3, p. 290.

<sup>117</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 35 ; voy. Cour eur. D.H, arrêt *Momčilović c. Croatie* du 26 juin 2015, n° 11239/11, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), § 42 et 43.

<sup>118</sup> C. DELFORGE, *ibidem*, p. 35.

nationale prévoyant un processus de médiation comme condition de recevabilité d'une action en justice<sup>119</sup> « dans le cadre d'un litige entre un professionnel et un consommateur »<sup>120</sup>. Elle a énoncé que le droit européen<sup>121</sup> ne s'y opposait pas « dans la mesure où une telle exigence n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système juridictionnel »<sup>122</sup>.

Nous estimons cependant que cette jurisprudence ne peut être objectivement totalement transposée. En effet, le Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne se sont prononcées sur des lois nationales imposant, pour certains types de litiges, un recours à la médiation comme condition préalable à l'introduction d'une demande en justice. Or, en droit belge, il ne s'agit pas de la même situation. Les parties ont entamé une procédure judiciaire et au lieu de pouvoir continuer sur cette lancée, le juge a la possibilité de leur couper les ailes en les contraignant de tenter un processus de médiation. Dans un cas, nous avons un système dont la procédure impose que certains litiges fassent l'objet d'une médiation avant l'introduction d'une demande en justice, dans l'autre, un système qui permet au juge de l'imposer lorsqu'il l'estime appropriée.

A ce propos, la position adoptée par la Cour d'Appel anglaise est révélatrice. Elle a en effet estimé que l'imposition d'un mode alternatif par le juge pouvait vraisemblablement être considérée comme une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal (et donc une violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup> de la CEDH)<sup>123</sup>. Les juges anglais ont pourtant la possibilité de contraindre des parties à soumettre leur différend à un processus de médiation. Toutefois, d'après leur interprétation, il est difficile de concevoir des circonstances dans lesquelles il serait approprié d'exercer une telle faculté<sup>124</sup>. Si au moins une des parties s'oppose au processus, il serait inopportun de l'imposer<sup>125</sup>.

Malgré cette décision, nous estimons que la disposition introduite dans notre Code judiciaire ne viole pas l'article 6, § 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle est certes contraire à la philosophie des modes alternatifs mais les diverses limites introduites par

---

<sup>119</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 256.

<sup>120</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 35.

<sup>121</sup> Le litige concernait la directive du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (*J.O.*, L 165, 18 juin 2013, pp. 63 – 79).

<sup>122</sup> C.J.U.E. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, arrêt *Menini, Rampaneli c. Banco Popolare Societa Cooperativa*, C-75/16, § 71.

<sup>123</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 9.

<sup>124</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 9.

<sup>125</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 10.

le législateur permettent d'affirmer que la médiation obligatoire ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au droit d'accès à un tribunal<sup>126</sup>. Dans son analyse, Catherine Delforge mentionne les garanties suivantes : les limites temporelles posées (art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2), le fait que si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut l'ordonner (art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2), le fait que le juge ne puisse l'imposer qu'après avoir entendu les parties (art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2), le fait que la médiation ne soit pas une condition de recevabilité de l'action<sup>127</sup>, le fait que chacune des parties puisse se retirer du processus entamé dès qu'elle le souhaite (art. 1729), le fait que le juge saisi le reste (art. 1735, § 3<sup>128</sup>) et le fait que la prolongation de la médiation ne peut se faire que si toutes les parties marquent leur d'accord (art. 1734, § 3)<sup>129</sup>.

Bien que l'imposition d'une médiation par le juge ne mènerait pas à une recrudescence de médiations inabouties et bien qu'elle ne soit pas une entrave disproportionnée au droit d'accès à un tribunal, elle est contraire à la philosophie même des modes alternatifs et de ce seul fait, n'aurait pas dû être consacrée. Les M.A.R.C. sont fondés sur la volonté des parties de soumettre leur litige à une voie amiable et aucune modification n'aurait dû être apportée à ce principe. Les développements suivants tenteront de démontrer cette assertion.

*e) Consécration inutile pour atteindre l'objectif de promotion des modes alternatifs*

Le premier alinéa de l'article 1734, non modifié par la loi du 18 juin 2018, permettait déjà au juge d'ordonner une médiation à condition qu'il ait recueilli l'accord de toutes les parties à la cause<sup>130</sup>. Sans accord, une médiation, même judiciaire, ne pouvait être imposée<sup>131</sup> ; c'était un principe sacrosaint. De la formulation de cet alinéa, il en avait été déduit que le juge pouvait suggérer aux parties d'assister à une séance d'information sur la médiation ou leur suggérer

---

<sup>126</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 36 et 37.

<sup>127</sup> Même si, comme le rappelle C. Delforge, l'imposition d'une médiation comme condition de recevabilité d'une action en justice ne porte pas, en soi, atteinte au droit d'accès à un tribunal, voy. C. DELFORGE, *ibidem*, p. 36, note n° 119.

<sup>128</sup> Il est également précisé à ce paragraphe que le juge « peut aussi, à la demande du médiateur ou de l'une des parties, mettre fin à la médiation avant l'expiration du délai fixé ».

<sup>129</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 36 et 37.

<sup>130</sup> C. Jud., art. 1734, al. 1<sup>er</sup> : « sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré ».

<sup>131</sup> P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *op. cit.*, p. 40 ; O. MORENO et M. VAN ACKERE, *op. cit.*, p. 9.

d'entamer une médiation<sup>132</sup>. Si les parties acceptaient la suggestion du juge, le processus pouvait alors prendre place. Pour Olivier Caprasse, « la nécessité de l'accord des parties lorsque le juge propose la médiation se comprend aisément dans la mesure où la médiation étant un processus volontaire, il ne ferait aucun sens de lancer celui-ci en l'absence de toute volonté des parties d'y participer »<sup>133</sup>.

Comme illustré par la jurisprudence, certains juges faisaient déjà usage de cette possibilité de suggestion (certains parfois avec une certaine insistance)<sup>134</sup>. Sur base de cet alinéa, des initiatives avaient même été prises par certains tribunaux afin de promouvoir les modes alternatifs de résolution des conflits en leur sein<sup>135</sup>. Pour ne citer qu'un exemple, prenons l'initiative du Tribunal de Commerce de Liège. Sur base de l'alinéa premier de l'article 1734 du Code judiciaire, « est venue l'idée que le juge est, sans nul doute, le meilleur acteur pour interpeller les parties en vue de leur proposer une médiation »<sup>136</sup>. Au sein de ce Tribunal, le juge sélectionne les dossiers qu'il estime « médiables » sur base de divers critères<sup>137</sup> et une invitation (accompagnée d'un folder expliquant la médiation) est ensuite envoyée aux parties et à leur conseil<sup>138</sup>. Le magistrat rencontre ensuite les parties et leur conseil pour leur proposer de recourir « à la médiation en précisant qu'en vue d'une information complète ou pour entamer une médiation, des avocats médiateurs sont immédiatement à leur disposition »<sup>139</sup>. Les parties sont libres de répondre positivement ou négativement à cette invitation<sup>140</sup>. Bien entendu, si les parties décident d'intenter une procédure judiciaire, ce même magistrat ne pourra pas siéger<sup>141</sup>. Le Tribunal assure l'organisation de permanence de médiation afin que les parties puissent rencontrer des médiateurs-avocats agréés<sup>142</sup>.

---

<sup>132</sup> Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, *op. cit.*, p. 539 ; F. BAYARD et M. GONDA, « Quand magistrats et avocats se mobilisent pour promouvoir la médiation... L'expérience du Tribunal de commerce de Liège », in *De l'autre côté du conflit : la médiation*, sous la coordination de B. Castelain, Limal, Anthemis, 2013, p. 157.

<sup>133</sup> O. CAPRASSE, « La loi du 21 février 2005 sur la médiation », *op. cit.*, p. 25.

<sup>134</sup> Pour ne citer que quelques exemples voy. Mons (14<sup>e</sup> ch.), 23 février 2016, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 208 ; Comm. Hainaut (div. Mons, réf.), 22 décembre 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209 ; Comm. Hainaut (div. Mons, 2<sup>e</sup> ch.), 24 décembre 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209 ; Comm. Anvers (div. Tongres), 4 janvier 2016, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209 ; J.P. Wavre (1<sup>er</sup> canton), 12 février 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 212 ; à ce propos voy. P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, p. 202.

<sup>135</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *op. cit.*, p. 155 ; B. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 22.

<sup>136</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *ibidem*, p. 157 *in fine*.

<sup>137</sup> Pour plus de détails voy. F. BAYARD et M. GONDA, *ibidem*, p. 159 ; B. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 23.

<sup>138</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *ibidem*, p. 160.

<sup>139</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *ibidem*, p. 160.

<sup>140</sup> B. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 23.

<sup>141</sup> B. ENGERISSER, *ibidem*, p. 22.

<sup>142</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *op. cit.*, p. 162 ; voy. aussi, B. ENGERISSER, *ibidem*, p. 22.

Par cet exemple, nous voyons que le juge pouvait déjà forcer l'aiguillage pour diriger les parties vers la médiation, soit en la suggérant, soit en leur imposant une séance d'information. Il eut été préférable d'en rester à la formulation du premier alinéa du paragraphe premier de l'article 1734 du Code judiciaire. L'objectif du législateur était de promouvoir un maximum des modes alternatifs mais l'introduction de la possibilité pour le juge d'imposer une médiation n'était pas nécessaire pour atteindre cet objectif et est contraire au fondement même du processus<sup>143</sup>.

*f) Privilégier l'information à l'imposition : éviter les dérives*

Il est important de garder à l'esprit le principe selon lequel la médiation est un processus de « concertation volontaire » afin de ne pas en dépasser les limites. Des parties contraintes par le juge de recourir à un processus de médiation ne se sentiraient-elles pas contraintes tout au long du processus ?

Nous craignons que certains justiciables voient dans l'injonction du juge, non pas une possibilité de trouver un arrangement par l'intermédiaire de la médiation mais une obligation de résoudre leur litige par l'intermédiaire de la justice privée et non étatique<sup>144</sup>. Bien que l'article 1729 prévoit la possibilité pour chacune des parties de mettre fin à tout moment à la médiation « sans que cela puisse lui porter préjudice », il est néanmoins à redouter que certains justiciables se sentent obligés de trouver un accord car ils craindront, par la suite, une décision défavorable du juge en raison de l'échec du processus<sup>145</sup>. Dans ce cadre, il est important de s'assurer que le justiciable ne ressente aucun déni de justice.

Le législateur a lui-même envisagé cette conséquence, soulignant que « la mission du médiateur sera de vérifier si la volonté de “rentrer en médiation” est bien existante »<sup>146</sup>. Cependant, nous pensons qu'il aurait été plus judicieux de prévoir que le juge s'assure lui-même de la volonté des parties de recourir à la médiation, comme cela était déjà prévu et est toujours prévu au premier alinéa du paragraphe premier de l'article 1734 du Code judiciaire (en somme, ne pas introduire la possibilité pour le juge d'imposer la médiation sans l'accord

---

<sup>143</sup> Avis du C.S.J. du 5 mars 2018, p. 4.

<sup>144</sup> W. HENSEN, « Bemiddeling in rechtszaken: stand van zaken, knelpunten en mogelijkheden », *op. cit.*, p. 847.

<sup>145</sup> J. NOLAN-HALEY, « Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 37, 2012, p. 1009 ; A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 278 ; E. LANCKSWEERT, *op. cit.*, p. 280.

<sup>146</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 255.

de toutes les parties au litige). Cela aurait évité un allongement de la procédure dans le cas où le médiateur constate que « la volonté de rentrer en médiation » est inexistante<sup>147</sup>.

Le justiciable malhonnête pourrait également utiliser la médiation obligatoire dans le seul but de nuire à l'autre partie. Dans un objectif dilatoire, une partie peut décider de ne pas s'opposer à la médiation imposée par le juge alors qu'elle sait pertinemment que cette médiation ne portera pas ses fruits car elle ne fera aucun effort pour assurer le bon déroulement du processus.

Par ailleurs, il ne faut pas omettre l'aspect financier. Des parties qui se retrouvent devant un juge ont déjà engagé des frais de procédure et entamer un processus de médiation engendre des frais supplémentaires. Se pose bien sur la question de la hauteur de la rémunération des médiateurs. La loi est malheureusement muette à ce sujet. Nous pensons et espérons que des barèmes seront imposés par le biais d'un arrêté royal. A ce propos, Patrick Van Leynseele précise que « les honoraires du médiateur dont l'intervention est imposée par une ordonnance, doivent évidemment être « raisonnable ». Pour juger s'ils le sont, une référence aux critères de ceux des experts ou des avocat paraît envisageable. En définitive, le dernier mot reviendra au juge puisque les honoraires de la médiation font partie des dépens »<sup>148</sup>.

Si nous nous éloignons du point de vue du justiciable, d'autres dérives sont susceptibles de voir le jour. Le deuxième paragraphe de l'article 1734 précise que « la décision ordonnant aux parties de tenter de résoudre le litige par une médiation visée au paragraphe 1<sup>er</sup> [...] fixe la durée de la mission, sans que celle-ci puisse excéder six mois, et *fixe la cause à la première date utile* suivant l'expiration du délai »<sup>149</sup>. Supposons que nous ayons un juge qui décide de remettre la cause à une date ultérieure de trois ans, serait-il susceptible d'être coupable d'un déni de justice ? Certainement et c'est là que se trouve la garantie ultime de cette nouvelle disposition. Cependant, entre-temps, le litige sera toujours pendant...

Dans l'exposé des motifs, le législateur précise que « la solution envisagée met le juge au cœur du dispositif et organise un filtrage par ce dernier, la médiation n'est en aucune façon imposée préalablement à toute saisine du juge. Le juge dispose toujours d'un pouvoir d'appréciation qui

---

<sup>147</sup> *ibidem*, p. 255.

<sup>148</sup> P. VAN LEYNSEELE « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 885.

<sup>149</sup> Nous soulignons.

s'exprime par l'emploi du mot "peut" »<sup>150</sup>. Le législateur a donc mis en place un régime flexible qui laisse à la discrétion du juge le soin de déterminer si « un rapprochement entre les parties est possible »<sup>151</sup>. Le juge décide de manière discrétionnaire quels sont les litiges qui pourraient potentiellement bénéficier d'un processus de médiation. La difficulté d'un tel régime est de ne pas tomber dans les travers de l'automatisme. Si les juges ne sont pas bien formés à l'exercice de cette faculté, il existe un risque que certains envoient en médiation pour se décharger des cas chronophages ou dont ils n'ont pas envie de s'occuper pour se consacrer à des affaires plus importantes, intéressantes ou simplement différentes. Il s'agirait dans ce cas d'un détournement de la procédure amiable, d'un déni de justice et d'une atteinte au droit d'accès à un tribunal.

Le texte actuel de l'article 1734 du Code judiciaire ne prévoit pas l'obligation pour le juge de motiver sa décision. Or, il est à notre sens impératif qu'il le fasse<sup>152</sup>. Surtout s'il décide de l'imposer alors même qu'une partie s'y oppose ; il nous paraît indispensable que le justiciable soit en mesure de comprendre la décision du juge de le renvoyer vers un mode alternatif auquel il s'est opposé. Cette motivation est d'autant plus nécessaire que l'ordonnance du juge n'est susceptible d'aucun recours (pas même devant la Cour d'Appel ou la Cour de Cassation)<sup>153</sup>.

Même s'il laisse potentiellement place à certaines dérives, ce pouvoir d'appréciation est toutefois primordial et permet de relativiser l'introduction de la médiation obligatoire dans notre Code judiciaire. L'opportunisme reste en effet de mise ; il convient de faire un minimum confiance au professionnalisme des juges. Nous pensons que les magistrats feront preuve de suffisamment de discernement pour ne pas imposer une médiation lorsqu'ils seront en présence d'une partie qui avance des raisons légitimes pour justifier sa réticence quant à la possibilité de régler son litige par l'intermédiaire de la médiation. A cette fin, il est primordial qu'ils prennent connaissance des divers critères de « médiabilité » déjà développés par la doctrine et la jurisprudence<sup>154</sup>. Sans être correctement formés à la médiation, nombreux ne sauront employer utilement cette disposition.

Il est à préciser que l'introduction de la médiation obligatoire ne modifie pas notre position quant à l'intention du législateur. Certainement, pour éviter tout malentendu et surtout les

---

<sup>150</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 255.

<sup>151</sup> C. Jud., art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2.

<sup>152</sup> A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *op. cit.*, p. 69.

<sup>153</sup> C. Jud., art. 1735, § 6.

<sup>154</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 287.

dérives décrites ci-dessus, le législateur n'aurait pas dû la consacrer. Cependant, le pouvoir d'appréciation conféré au juge permet d'affirmer que le législateur souhaitait seulement encourager, et non privilégier, le recours à la médiation. Il s'agit en effet d'un processus imposé *si approprié*. C'est une nuance fondamentale, la médiation ne sera imposée que si le juge « estime qu'un rapprochement entre les parties est possible »<sup>155</sup>. Son recours n'est donc pas à privilégier mais à encourager si opportun.

Il faut enfin distinguer la médiation imposée par le juge de celle imposée par la loi. Certains pays européens ont en effet mis en place, pour certains types de litiges, une procédure de médiation préalable à la demande en justice<sup>156</sup>. Dans un cas, c'est la loi qui l'impose, dans l'autre c'est un choix laissé à l'appréciation du juge. La loi est une, les décisions de justice sont multiples. A notre sens, le justiciable perçoit différemment une mesure imposée par un juge et une mesure imposée par la loi ; il sera moins enclin à accepter une mesure provenant d'un individu (le juge) que celle de la collectivité. Le justiciable a en effet tendance à voir davantage la loi comme quelque chose d'éloigné, de neutre et de rigide. Une décision d'un juge, certes représentant de la Justice, reste néanmoins la décision d'un homme dont tout justiciable risque à un moment ou l'autre de questionner le bien-fondé.

Pour ces diverses raisons, il nous semble nécessaire de privilégier l'information à l'imposition. Pour pouvoir choisir en pleine connaissance de cause la voie la plus appropriée à la résolution de son litige, le justiciable a besoin d'une information complète sur les différentes options qui s'offrent à lui<sup>157</sup>. Même si cette information a normalement déjà été donnée par son avocat (suivant la nouvelle obligation qui leur incombe en vertu de l'article 444 du Code judiciaire), l'information donnée par le juge aura potentiellement plus d'impact. Lorsque les parties vont voir leur avocat, c'est généralement le premier contact qu'elles ont avec un acteur de la justice. Il est primordial que ce dernier offre une information complète sur les modes alternatifs et qu'il tente, dans la mesure du possible, de les favoriser si cela est dans l'intérêt de son client. Néanmoins, au premier abord, les parties ne seront pas toujours enclines à résoudre leur litige par la voie amiable. Si au moment où elles se retrouvent devant le juge ce dernier fait usage de la possibilité qui lui est désormais offerte à l'article 730/1, nous pensons que les parties

---

<sup>155</sup> C. Jud., art. 1734, § 1<sup>er</sup>, al. 2.

<sup>156</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Exposé des motifs, p. 256.

<sup>157</sup> F. CEOLA, « Chapitre 5 : La médiation en matière commerciale. Deuxième partie : La praticabilité de la médiation commerciale vue par un avocat », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 191.

réticentes seront plus disposées à voir les modes alternatifs comme un moyen efficace de résoudre leur litige<sup>158</sup>. En effet, « l'expérience révèle l'efficacité du rôle du juge lorsqu'il suggère fermement de recourir à la médiation »<sup>159</sup>.

*g) Note conclusive*

Aujourd'hui, le Code judiciaire belge contient un article qui, en fonction de l'état de la procédure, octroie au juge deux possibilités différentes. En premier lieu, le premier alinéa de cet article, autorise le juge à ordonner une médiation, en tout état de la procédure (sauf devant la Cour de Cassation et le tribunal d'arrondissement) pour autant que toutes les parties marquent leur accord. A l'inverse, le deuxième alinéa de cet article, permet au juge d'imposer une médiation sans devoir requérir l'accord des parties, uniquement en début de procédure, et pour autant que toutes les parties ne s'y opposent pas. Nous ne voyons pas l'opportunité de la consécration de ce deuxième alinéa. La médiation est un mode alternatif de résolution des conflits et doit, à ce titre, rester la chose des parties. S'il est bénéfique d'inciter les parties à y recourir lorsque leur litige s'y prête, il n'est pas en accord avec l'essence même de la médiation de l'imposer ni même avec sa définition (désormais consacrée).

A notre estime, le législateur est allé trop loin. Il aurait dû être raisonnable, ce qui aurait rendu son intervention optimale. La section de législation du Conseil d'État, le Conseil supérieur de la justice et de nombreux parlementaires estimaient que l'introduction de cette possibilité n'était pas opportune. Il est malheureux que le législateur ait poursuivi son idée en faisant fi des voix dissidentes. En imposant une médiation, le juge se décharge de sa fonction et la transfère, temporairement (les parties sont en effet toujours libres de quitter le processus entamé) à une personne privée. Si cette faculté paraît légitime lorsqu'elle émane de la volonté des parties (suite à une information complète donnée soit par l'avocat soit par le juge soit par une séance d'information), elle le paraît moins lorsqu'elle est imposée par le juge, symbole de l'autorité étatique. Il conviendra de voir comment les praticiens décideront d'utiliser la possibilité qui leur est désormais offerte.

---

<sup>158</sup> Pour rappel, cet article permet au juge d'informer les parties sur les modes alternatifs de résolution des conflits ou de leur imposer la participation à une séance d'information à leur sujet.

<sup>159</sup> R. BOONE et H. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 350.

Une loi n'est jamais parfaite et, comme souvent, les points nébuleux et/ou controversés trouveront leurs réponses dans la pratique ou dans une modification ultérieure du texte. Il faut espérer qu'on ait des juges qui n'ordonneront une médiation que lorsqu'ils en verront la réelle opportunité et que les parties seront volontaires. Il n'est en effet pas dans leur intérêt ni dans l'intérêt de la justice d'envoyer les parties vers une médiation inopportune. Reste à voir si un tel souhait sera exhaussé par les praticiens.

## VI. CHAPITRE IV. UNE VOIE ADAPTÉE POUR CHAQUE LITIGE

Il convient à présent de s'interroger sur les conséquences pratiques des diverses modifications du Code judiciaire. L'avis du Conseil supérieur de la justice étant au fondement de notre raisonnement, il nous paraissait important de questionner ses propos afin de déterminer si nous pouvons réellement utiliser la notion de « changement de paradigme ».

### SECTION 1. PEUT-ON PARLER D'UN « CHANGEMENT DE PARADIGME »<sup>160</sup> ?

#### *a) Introduction de la problématique*

Dans un avis rendu sur le projet de loi en mars 2018, le Conseil supérieur de la justice s'inquiétait du « changement de paradigme que porterait le Code judiciaire si le projet devait être adopté en l'état »<sup>161</sup>. Il redoutait que le projet fasse de la justice étatique une voie alternative à la justice privée. A l'instar du Conseil supérieur de la justice, la section de législation du Conseil d'État estimait qu'il apparaissait que la volonté du législateur était de privilégier les M.A.R.C. plutôt que de les encourager, faisant ainsi des tribunaux judiciaires une alternative aux règlements à l'amiable des litiges. Le législateur n'ayant quasi pas modifié les dispositions qui poussaient les deux instances à émettre de tels propos, elles font désormais partie intégrante de notre Code judiciaire.

Le C.S.J. et la section de législation du Conseil d'État avaient-ils vu juste ? La réforme va-t-elle faire de la justice privée « la voie naturelle, première, de résolution des différends »<sup>162</sup> ? Était-il pertinent pour le C.S.J. de parler d'un « changement de paradigme » ? La réponse à ces questions appelle à la nuance et nous allons tenter d'ébaucher certaines pistes de réflexion.

---

<sup>160</sup> Pour une analyse de ce concept voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 11 à 13.

<sup>161</sup> Avis du C.S.J. du 5 mars 2018, p. 3.

<sup>162</sup> *ibidem*, p. 3

b) *Une certaine privatisation de la justice ?*

« Le développement des modes alternatifs de règlement des différends impliquerait une privatisation de la justice, service fondamental de l'État »<sup>163</sup>. Cette affirmation est certainement correcte mais cette tendance est-elle nécessairement un mal en soi<sup>164</sup> ?

Lenteurs, coûts élevés, insatisfaction quant à la décision finale, etc. les critiques émises à l'encontre de la justice sont nombreuses et aucune réforme n'est malheureusement parvenue à les contrer jusqu'ici. La justice étatique est à bout de souffle et nécessite un renfort pour retrouver certaines vertus qui lui font défaut depuis maintenant trop longtemps. Au regard de l'évolution de la société, la promotion des M.A.R.C. a été vue comme indispensable pour pallier certains maux de la justice étatique.

Du point de vue de la section de législation du Conseil d'État, si la promotion des modes alternatifs de résolution des conflits présente de nombreux avantages, notamment pour désengorger les tribunaux, « il ne peut pas s'agir de l'objectif poursuivi sous peine de vicier la démarche alternative et de porter atteinte à la nécessité d'un recours judiciaire effectif et efficace »<sup>165</sup>. De même, Olivier Caprasse affirmait déjà en 2004 qu' « en aucun cas, les modes alternatifs des règlements des différends ne peuvent être envisagés comme la solution aux difficultés que peut connaître la justice »<sup>166</sup>. C'est pourtant la solution choisie par le législateur et elle est, à notre humble avis, à saluer.

Si, comme démontré, certaines modifications nécessitent qu'on s'interroge sur l'opportunité de leur consécration, nous estimons que la finalité de la loi elle-même ne le nécessite pas. Il est certainement malheureux de ne pas voir dans la promotion des modes alternatifs une fin en soi mais il ne faut pas pour autant diaboliser la finalité poursuivie par le législateur<sup>167</sup>. Le désengorgement des tribunaux est à tout le moins un effet collatéral de la promotion des modes alternatifs et le fait qu'il en devienne une finalité en soi ne modifie en rien la chance que cette réforme représente<sup>168</sup>. Les modes alternatifs de règlement des conflits doivent venir « en

---

<sup>163</sup> O. CAPRASSE, « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *R.F.D.L.*, 2004/3, p. 441.

<sup>164</sup> O. CAPRASSE, *ibidem*, p. 441.

<sup>165</sup> *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Avis du Conseil d'État n° 61.997/4 du 4 octobre 2017, p. 547.

<sup>166</sup> O. CAPRASSE, « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *op. cit.*, p. 441.

<sup>167</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 29.

<sup>168</sup> C. DELFORGE, *ibidem*, p. 30.

complément de la justice étatique » et non « en remplacement »<sup>169</sup>. Il faut garder ce principe en tête afin de ne pas dépasser les limites. Le développement de la justice privée n'est pas un mal en soi mais il faut rester vigilant et ne pas tomber dans les travers. « La déjudiciarisation n'est pas en soi un danger pour notre État de droit, à tout le moins si elle est pensée dans le respect des exigences fondamentales et est, dès lors, strictement encadrée »<sup>170</sup>.

La justice privée ne peut remplacer la justice étatique mais utilisée à bon escient, elle présente certaines vertus qui devraient être davantage exploitées pour permettre d'alléger en partie la charge de travail des cours et tribunaux afin qu'ils puissent se concentrer sur des affaires plus urgentes sur le plan social et qui sont hors du champ d'application des modes alternatifs.

c) *La réforme du Code judiciaire, porteuse d'un « changement de paradigme » ?*

Le Conseil supérieur de la justice évoquait un « changement de paradigme » dans le sens où la procédure judiciaire deviendrait la procédure alternative à la voie amiable. Nous ne partageons pas ce point de vue. Si nous estimons qu'il s'agit d'un « changement de paradigme », nous l'envisageons dans un autre sens. La réforme ne fait pas de la justice étatique une alternative à la justice privée. Au contraire, elle les place sur un pied d'égalité tout en conservant la voie judiciaire comme la voie suprême de résolution des litiges. Preuve en est que c'est aux magistrats que le législateur a confié la tâche ultime de vérifier si la procédure judiciaire est bien la voie la plus adaptée pour résoudre le litige en question. Certes, les avocats ont un devoir d'information envers leurs clients mais c'est aux magistrats à qui l'on a conféré le contrôle ultime : ils peuvent interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre leur litige, les informer sur les modes alternatifs ou les renvoyer vers une séance d'information à leur sujet<sup>171</sup>. Ils peuvent également ordonner une médiation<sup>172</sup>. Ce sont eux, les gardiens de la voie judiciaire, à qui sont confiés les pouvoirs de « gestion » du litige. Si l'instance judiciaire est à préférer en fonction des circonstances du litige, le juge continuera la voie engagée par les parties. Si, à l'inverse, il est dans leur intérêt de tenter un processus amiable, il se devra de les encourager à recourir aux modes alternatifs. Bien sûr, dans certaines circonstances, la voie

---

<sup>169</sup> O. CAPRASSE, « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *op. cit.*, p. 441 ; voy. également J.-P. BUYLE *et al.*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>170</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>171</sup> C. Jud., art. 730/1.

<sup>172</sup> C. Jud., art. 1734. A ce propos, nous renvoyons cependant le lecteur aux points développés précédemment, voy. *supra*, Chapitre III, section 2.

judiciaire servira de pis-aller dans le cas où les personnes tentent en vain de résoudre leur litige par la voie amiable. Mais n'était-ce pas déjà le cas ?

Le message derrière la réforme est simple : ne plus considérer les M.A.R.C. comme des solutions inférieures mais comme de véritables solutions alternatives à mettre sur le même pied que l'instance judiciaire, vue jusqu'ici par les praticiens et justiciables comme le moyen « prioritaire et naturel ». L'adjectif « alternatif » prend désormais tout son sens. Les modes alternatifs sont placés sur un pied d'égalité avec l'instance judiciaire et c'est toute la manière dont la procédure civile est appréhendée qui s'en trouve bouleversée<sup>173</sup>.

L'introduction d'un litige fera désormais l'objet d'une analyse centrée sur la voie la plus adaptée pour le résoudre. Pour reprendre les termes employés par Bénédicte Inghels et Alice Dejollier : « les formes amiables de résolution des litiges – dont fait partie la médiation – et l'instance judiciaire classique, constituent donc les deux axes autour desquels la procédure civile s'articule à présent »<sup>174</sup>. Si le litige a longtemps été l'apanage du judiciaire, il est aujourd'hui appelé à se redéfinir. Tous les litiges ne nécessitent pas la mise en œuvre de la machinerie judiciaire mais tous les litiges ne peuvent pas non plus être résolus par l'intermédiaire de la voie amiable<sup>175</sup>. En somme, il est primordial d'arriver à une meilleure gestion du litige en faisant du « sur-mesure »<sup>176</sup>. « C'est bien dans la recherche de la voie la plus adaptée à chaque situation donnée que résident les possibilités d'une amélioration globale de la justice »<sup>177</sup>.

Pour illustrer nos propos, c'est sur le paradigme du « mutli-door courthouse » (en français, nous pourrions traduire ce concept par « un tribunal à portes multiples ») que notre attention s'est portée. Il fut imaginé par le Professeur Frank E. A. Sander (ancien professeur à l'Université d'Harvard) et évoqué pour la première fois lors d'une conférence en 1976 concernant les problèmes auxquels les juges étaient confrontés dans l'administration de la

---

<sup>173</sup> B. INGHELS, « Préface », in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 8.

<sup>174</sup> A. DEJOLLIER et B. INGHELS, *op. cit.*, p. 54.

<sup>175</sup> W. HENSEN, « Bemiddeling, potpourri & toekomstmuziek », *op. cit.*, p. 132 ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 23.

<sup>176</sup> Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par O. Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/006, Exposé de Mme N. Uyttendaele, p. 134.

<sup>177</sup> C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 23.

justice<sup>178</sup>. Pour lui, les cours et tribunaux se focalisaient trop sur l'instance judiciaire. Il estimait que de nombreux différends pouvaient être résolus autrement, sans nécessairement devoir passer devant un juge.

Ce paradigme imaginait la configuration que pourrait avoir le tribunal du futur<sup>179</sup>. Le professeur Sander le voyait comme un centre de résolution des conflits offrant diverses possibilités aux parties pour résoudre leurs litiges<sup>180</sup>. Au sein de ce centre, un service central diagnostiquerait le mode le plus adapté pour résoudre le litige présenté et ce service redirigerait les parties vers 'la porte' la plus appropriée pour le résoudre<sup>181</sup>. La voie judiciaire serait une possibilité, tout comme la médiation, la conciliation, l'arbitrage et l'ombudsman<sup>182</sup>. En résumé : à chaque litige, son mode de résolution.

Le professeur Sander avait également établi certains critères auxquels il faudrait prêter attention au moment de diagnostiquer le mode le plus adapté pour le litige en question<sup>183</sup>. D'après lui, il fallait regarder la nature du litige, son montant, la relation entre les parties, les coûts des différentes voies disponibles ainsi que la rapidité du processus considéré<sup>184</sup>. Des tribunaux « à portes multiples » ont vu le jour à travers les États-Unis et ont démontré qu'il ne s'agissait pas d'une utopie mais bien d'une piste pleine de potentiel vers l'allègement du travail de la justice étatique<sup>185</sup>.

Cette illustration nous permet de soutenir nos propos. En effet, ce tribunal n'est-il finalement pas l'idée derrière l'intervention du législateur belge ? Pour nous expliquer, il convient de transposer ce modèle à la configuration nouvelle de notre Code judiciaire. Le service central qui, dans le modèle du Professeur Sander, diagnostique le mode le plus adapté pour résoudre le litige, n'est-il pas, suite à la réforme, incarné par le juge ? Les diverses modifications font finalement du juge le service central qui tente de rediriger les parties vers 'la porte' la plus appropriée pour résoudre leur litige.

---

<sup>178</sup> G. KESSLER et L. J. FINKELSTEIN, « The Evolution of a Multi-door Courthouse », *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1988, p. 577.

<sup>179</sup> G. KESSLER et L. J. FINKELSTEIN, *ibidem*, p. 577 ; L. RAY et A. L. CLARE, *op. cit.*, p. 9.

<sup>180</sup> G. KESSLER et L. J. FINKELSTEIN, *ibidem*, p. 577.

<sup>181</sup> F. E. A. SANDER, « The Multi-Door Courthouse », *Barrister*, vol. 3, 1976, p. 20 ; L. RAY et A. L. CLARE, *op. cit.*, p. 9.

<sup>182</sup> G. KESSLER et L. J. FINKELSTEIN, *op. cit.*, p. 577.

<sup>183</sup> F. E. A. SANDER, « The Multi-Door Courthouse », *op. cit.*, pp. 20, 21, 40 et 41.

<sup>184</sup> F. E. A. SANDER, *ibidem*, pp. 20, 21, 40 et 41.

<sup>185</sup> L. RAY et A. L. CLARE, *op. cit.*, pp. 577 et s. ; G. KESSLER et L. J. FINKELSTEIN, *op. cit.*, pp. 578 et s.

Une meilleure gestion du litige permettrait une meilleure allocation des ressources judiciaires qui mènerait vers une justice finalement plus juste. Plus juste dans le sens où les personnes ayant besoin que leur litige soit tranché rapidement par un juge ne devraient plus être victimes de l'arriéré judiciaire. Il est nécessaire de distinguer les litiges qui *doivent* être résolus par les cours et tribunaux de ceux qui *peuvent* l'être par un autre processus<sup>186</sup>. L'arsenal judiciaire ne devrait pas être mis en action lorsque les affaires en cause ne le requièrent pas. C'est non seulement une perte de temps et d'argent pour les parties mais aussi pour l'État. Afin que la justice étatique retrouve sa célérité, vertu oubliée de longue date, il est primordial de pouvoir faire du sur-mesure. Il est grand temps de permettre au procès de retrouver son caractère exceptionnel et d'encourager la résolution amiable des litiges lorsqu'elle est opportune. Nous réitérons nos propos ; la décision de recourir à la voie amiable doit être favorisée mais rester entre les mains des parties. Pour reprendre les termes utilisés par Nathalie Uyttendaele « La justice est un service public qui ne doit pas être rendu subsidiaire ; mais qui doit rester un mode à part entière de résolution de conflit. Il faut pouvoir faire du "sur mesure", c'est-à-dire trouver le mode le plus approprié pour chacun, que ce soit la justice ou un autre mode de résolution de conflit. On ne peut pas tomber dans le "dogme de l'accord". Celui qui veut être jugé doit pouvoir l'être »<sup>187</sup>.

Le développement de notre société nous oblige à repenser la manière dont le procès est appréhendé. Dans une société où les citoyens se sentent plus que jamais détenteurs de droits, ce n'est pas chose facile. C'est là précisément toute l'importance des modes alternatifs ; proposer aux citoyens des alternatives plus rapides et plus flexibles que la justice étatique tout en préservant cette dernière non seulement comme l'ultime recours à une solution amiable inaboutie (ce qui est déjà le cas) mais également le première voie empruntée lorsque les circonstances le nécessitent. Les termes employés par Olivier Caprasse décrivent avec exactitude cette idée : « les modes alternatifs de règlement des différends ne sont pas la panacée. La panacée, c'est le choix. La panacée, c'est un système dans le cadre duquel les justiciables peuvent trouver le mode de solution des litiges le plus approprié à leur situation »<sup>188</sup>. Si nous arrivions à renvoyer chaque litige à son mode de résolution approprié, la

---

<sup>186</sup> F. E. A. SANDER, « The Multi-Door Courthouse », *op. cit.*, p. 20.

<sup>187</sup> Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par O. Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/006, Exposé de Mme N. Uyttendaele, p. 134.

<sup>188</sup> O. CAPRASSE, « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *op. cit.*, p. 441.

justice étatique serait plus efficace et le désengorgement des tribunaux tant désiré pourrait enfin se produire. Il ne faut toutefois pas se méprendre, ce chemin est encore long et nécessitera un changement profond des mentalités.

## SECTION 2. CHANGER LES MENTALITÉS

A l'heure actuelle, dans la pratique, « le justiciable veut que justice soit rendue, le juge veut sanctionner le coupable et protéger le faible et l'avocat aspire à monter un dossier juridiquement inattaquable pour faire « gagner » son client »<sup>189</sup>. Or, la réforme symbolise la prise de conscience de la nécessité de modifier la façon dont le procès est appréhendé afin de passer à une autre culture du litige : passer d'une culture de la confrontation à celle du dialogue. Elle traduit également une volonté d'instaurer un côté plus humain au règlement des conflits. Cependant, pour arriver à dépasser cette logique et atteindre un système où le dialogue et l'accord sont les maîtres mots, il ne suffit pas d'instaurer des dispositions imposant aux acteurs de la Justice de promouvoir les modes alternatifs, encore faut-il parvenir à les convaincre de leur plus-value. Pour parvenir à une réelle promotion, il faut non seulement éduquer les acteurs de la Justice encore réticents et non convaincus par les avantages des modes alternatifs mais également les justiciables.

Avant qu'un changement de mentalité ne s'opère, plusieurs étapes sont nécessaires. Dans le cas d'espèce, la première étape est la prise de conscience : le système judiciaire ne peut plus rester inerte et doit d'une part, prendre la mesure de ses faiblesses et d'autre part, prendre conscience des avantages liés à la procédure amiable. Eu égard à la réforme adoptée, nous pouvons affirmer que cette prise de conscience s'est produite. La deuxième étape est la modification des lois/principes. Le loi du 18 juin 2018 traduit également cette deuxième étape. Pour en terminer, il est nécessaire d'informer et surtout d'éduquer les acteurs de la Justice aux modes alternatifs. Pour que la réforme ait un réel impact, « il faut « forcer » les juges et les avocats à évoluer dans leur manière d'appréhender la gestion de la solution des conflits que leur profession les amène à connaître »<sup>190</sup>. Pour pouvoir conseiller leurs clients convenablement, les avocats doivent se familiariser avec tous les modes alternatifs de

---

<sup>189</sup> B. BLOHORN-BRENNEUR et M. BACQUÉ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>190</sup> P. VAN LEYNSEELE « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 879.

résolution des conflits<sup>191</sup>. Si les juges peuvent contrôler l'information donnée par l'avocat, conseiller les parties, les renvoyer vers une séance d'information et/ou les inciter à recourir aux modes alternatifs, ils ont le devoir de s'accoutumer à tous les avantages et inconvénients de ces modes<sup>192</sup>.

Pour cela, il est indispensable de former les futurs avocats et magistrats aux modes alternatifs afin qu'ils puissent les promouvoir de façon adéquate. Le ministre de la Justice l'indiquait lui-même dans l'exposé des motifs : « en outre, il ne faut pas perdre de vue qu'une solution législative ne suffit pas en soi, mais qu'en général, il convient également de porter une attention sur les moyens de gérer des conflits, tels que dans l'enseignement par exemple »<sup>193</sup>.

Diverses initiatives avaient déjà été prises afin de promouvoir un maximum les modes alternatifs de résolution des conflits au sein de l'enseignement universitaire. C'est le cas par exemple de l'Université de Liège qui « (sous l'égide du professeur de Leval) a décidé d'inclure, dans son cours de droit judiciaire, un module de formation sur les modes alternatifs de règlement des conflits ainsi qu'une journée complète d'initiation aux techniques de médiation dans le cadre de la formation en expertise judiciaire »<sup>194</sup>. Cette pratique doit s'étendre à toutes les universités du pays.

Pour sensibiliser les juges et avocats aux modes alternatifs, des formations ou colloques à présence obligatoire devraient également être dispensés afin qu'ils prennent conscience de leur rôle dans la promotion des modes alternatifs ainsi que de la plus-value de ces derniers<sup>195</sup>. Ces formations ou colloques seraient particulièrement utiles pour sensibiliser les acteurs de la justice encore réticents à l'idée de promouvoir la voie amiable. Ils seraient également utiles pour que la possibilité offerte aux magistrats de renvoyer en médiation soit une disposition

---

<sup>191</sup> T. MCCORMACK, S. SCHULTZ et J. MCCORMACK, « Probing the Legitimacy of Mandatory Mediation : New Roles for Judges, Mediators, and Lawyers », *St. Mary's Journal on Legal Malpractice and Ethics*, vol. 1, 2011, p. 164.

<sup>192</sup> T. MCCORMACK, S. SCHULTZ et J. MCCORMACK, *ibidem*, p. 164. En vertu de l'article 730/1 du Code judiciaire, nous avons vu que « le juge peut [...] interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause » et ainsi vérifier que l'avocat ait respecté son obligation d'information légalement consacrée à l'article 444 du Code judiciaire, voy. *supra*, Chapitre II, section 1, (b).

<sup>193</sup> Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par O. Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/006, Exposés introductifs, Exposé de M.K. Geens, ministre de la Justice, p. 13.

<sup>194</sup> F. BAYARD et M. GONDA, *op. cit.*, p. 156.

<sup>195</sup> R. BOONE et H. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 345.

utilisée à bon escient et ne devienne pas uniquement un moyen de se décharger facilement de certaines affaires.

Outre les acteurs de la Justice<sup>196</sup>, il est également nécessaire d'éduquer les justiciables à la voie alternative. Il est intéressant de constater que l'impopularité des modes alternatifs est largement due à un manque d'information<sup>197</sup>. De nombreux justiciables pensent, par exemple, connaître la médiation mais en réalité la confondent avec un autre mode alternatif<sup>198</sup>. Dans la pratique, les diverses résistances sont essentiellement dues aux mentalités et habitudes, la méconnaissance des textes légaux et des avantages de la voie amiable<sup>199</sup>. « Le justiciable, si enclin à se laisser sonder sur les vertus de la médiation, perçoit comme un aveu de faiblesse, un renoncement coupable et risqué que de s'abandonner, le jour du litige venu, aux voies alternatives au procès »<sup>200</sup>. Or, c'est précisément en informant convenablement le justiciable des avantages et inconvénients liés aux deux voies (la voie amiable et la voie judiciaire) qu'il sera en mesure de changer ses appréhensions et qu'il sera en mesure de ne plus considérer la voie amiable comme une alternative de « moindre valeur » que la voie judiciaire. Pour permettre une utilisation accrue des modes alternatifs, il est donc essentiel de bien informer le justiciable<sup>201</sup>. Cette information passe par les avocats qui sont dorénavant tenus légalement de la transmettre à leur client. En vertu des articles 730/1, 731 et 1734 du Code judiciaire, elle peut également passer par le juge. Néanmoins, cette information doit également se trouver au sein des Palais de justice eux-mêmes. Chaque Palais de justice devrait avoir en son sein des services qui offrent des séances d'information gratuites. On pourrait ainsi imaginer un système

---

<sup>196</sup> Pour évoquer une initiative plus étonnante, l'ancien patron de Deutsche Bank Belgique, Yves Delacollette, qui a fait son retour en tant qu'avocat en 2018 auprès du cabinet Watt Legal, a élaboré, en partenariat avec deux associés, une plateforme de médiation. Cette plateforme en ligne dénommée « Conflicool » permet aux citoyens de trouver un médiateur pour résoudre des petits litiges. A ce propos voy. N. KESZEI, « En créant Conflicool, Yves Delacollette se veut médiateur », 31 mai 2019, disponible sur le site <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/general/en-creant-conflicool-yves-delacollette-se-veut-mediateur/10131928.html>, consulté le 10 juin 2019 ; B. PADOAN, « La plateforme en ligne Conflicool vante les vertus de la médiation », 31 mai 2019, disponible sur le site <https://plus.lesoir.be/227909/article/2019-05-31/la-plateforme-en-ligne-conflicool-vante-les-vertus-de-la-mediation>, consulté le 10 juin 2019. Voy. pour plus de détails, <https://conflicool.com/>, consulté le 10 juin 2019.

<sup>197</sup> J.-P. BUYLE, *et al.*, *op. cit.*, p. 278 ; R. BOONE et H. LOUVEAUX, *op. cit.*, p. 343 ; B. ENGERISSER, *op. cit.*, p. 22.

<sup>198</sup> P.-P. RENSON, « 1 - La médiation : une question de survie pour les avocats ? », *op. cit.*, p. 9.

<sup>199</sup> P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions – Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 172 ; P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 1432 ; B. BLOHORN-BRENNEUR et M. BACQUÉ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>200</sup> J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Parole, paroles, ... », in *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, sous la coordination de P.-P. Renson, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 8.

<sup>201</sup> Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, *op. cit.*, p. 541.

où pour certains litiges, les parties concernées doivent obligatoirement assister à une séance d'information sur les modes alternatifs. On pourrait se fonder sur les critères de « médiabilité » au sens large en utilisant ceux déjà développés par la doctrine et la jurisprudence.

Par ailleurs, l'obligation d'information sur les M.A.R.C. incombant aux greffiers des tribunaux de la famille aurait dû être étendue. Le paragraphe premier de l'article 1253ter/1 est rédigé en ces termes :

*« dans toutes les causes relevant du tribunal de la famille, dès qu'une demande est introduite, le greffier informe les parties de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des conflits en leur envoyant immédiatement le texte des articles 1730 à 1737 accompagné d'une brochure d'information concernant la médiation, rédigée par le ministre qui a la Justice dans ses attributions, la liste des médiateurs agréés spécialisés en matière familiale établis dans l'arrondissement judiciaire, ainsi que les renseignements concernant les séances d'information, permanences ou autres initiatives organisées dans l'arrondissement judiciaire afin de promouvoir la résolution amiable des conflits ».*

Pour une réelle promotion des M.A.R.C., cette mesure aurait dû être étendue à tous les greffiers de tous les tribunaux confondus.

Il convient de se demander si le gouvernement va mettre suffisamment de moyens en place pour véritablement accélérer le développement des modes alternatifs de résolution des conflits. Nous réitérons l'idée qu'il ne suffit pas d'introduire des dispositions ordonnant aux acteurs de la justice de privilégier dans la mesure du possible ces modes, encore faut-il les former et les sensibiliser à leurs nombreux avantages. Il est beau de vouloir changer les habitudes en plaçant les M.A.R.C. au cœur du judiciaire mais encore faut-il persuader le monde judiciaire de leur plus-value afin de parvenir à un véritable « changement de paradigme ». Avant d'être en mesure de persuader les justiciables de recourir aux processus amiables, il est primordial de persuader les professionnels du droit qu'il est dans intérêt de la justice de tout mettre en œuvre pour les promouvoir. De nombreuses mesures devront donc encore voir le jour si nous voulons arriver à une promotion réelle et effective sur le terrain.

### SECTION 3. CONCLUSION : LE DÉSENGORGEMENT DES TRIBUNAUX, UN VŒU PIEUX ?

Le désengorgement des tribunaux n'est pas un vœu pieux ; il est un rêve réalisable. Cependant, il nécessite non seulement la collaboration de l'ensemble des acteurs de la Justice mais aussi un changement de mentalité pour ne plus voir dans le procès la voie naturelle de résolution des litiges. Pour parvenir à dépasser cette logique et faire retrouver au procès son caractère exceptionnel, le législateur a mis en place un Code judiciaire dont l'une des missions principales est de promouvoir les modes alternatifs de résolution des litiges. Bien entendu, l'étendue de l'impact qu'aura la réforme dépendra de sa réception par les acteurs de la Justice<sup>202</sup>. En ce qui concerne les magistrats, sujet central de nos propos, l'impact de la réforme dépendra de la personnalité et des « qualités humaines »<sup>203</sup> de chacun d'eux. Le législateur a placé entre leurs mains les outils nécessaires pour leur permettre de jouer pleinement leur rôle de gardien de la paix. Cette délégation est synonyme d'une confiance accrue de la part du législateur en la capacité des magistrats de gérer le litige afin de déterminer la voie la plus appropriée pour sa résolution.

La loi du 18 juin 2018 est à voir comme une opportunité : celle de faire retrouver au litige et au procès leur caractère exceptionnel afin de promouvoir le dialogue et la résolution amiable. En somme, le « changement de paradigme » porté par le Code judiciaire, est celui-là : passer d'un système où la voie judiciaire est la voie « naturelle » de résolution des litiges à un système où il est permis aux justiciables de trouver le processus le plus approprié à leur litige en fonction de divers paramètres (relation entre les parties, circonstances du litige, coût du processus considéré, personnalité des parties, etc.) et cela après une information détaillée pour leur permettre de choisir en pleine connaissance de cause.

---

<sup>202</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 286.

<sup>203</sup> E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, p. 273.

## VII. CHAPITRE V. LA PRATIQUE IRLANDAISE

Dans une perspective de comparaison, l'approche des magistrats irlandais nous est parue particulièrement intéressante. Le législateur irlandais a adopté une loi en 2017 pour étendre le champ d'application de la médiation de manière plus générale et ainsi promouvoir son utilisation. Sur certains points, cette loi est comparable à la loi belge du 18 juin 2018. Les propos qui vont suivre se focaliseront essentiellement sur la manière dont les juges appréhendent leur rôle dans l'envoi en médiation. Une attention particulière sera aussi portée sur la possibilité offerte aux juges de sanctionner une partie qui n'a pas suffisamment considéré le recours à un mode alternatif de résolution des conflits.

L'approche irlandaise vient supporter notre position quant à l'inopportunité de la consécration de la médiation obligatoire en Belgique et vient également soutenir nos prévisions quant à la position qu'adopteront, nous l'espérons, nos magistrats. C'est pourquoi un chapitre lui est dévolu.

Nous rappelons d'ores et déjà au lecteur que le système juridique irlandais n'a pas la même configuration que le nôtre. L'Irlande étant un système de Common Law, les décisions judiciaires sont une source de droit à part entière. Les juges occupent ainsi une place centrale dans le développement des principes de droit. Les lois écrites ne constituent qu'une infime partie de leur droit. Ce sont essentiellement les juges qui ont la responsabilité de développer les principes qui feront, par la suite, autorité.

Pour inciter les juges à promouvoir les modes alternatifs auprès des parties, le législateur irlandais s'est employé à édicter diverses lois. Néanmoins, le contenu de ces lois ne suffit pas pour rendre compte de la manière dont ce système appréhende les divers processus ; il est en effet indispensable d'analyser les différentes décisions de jurisprudence mettant en œuvre les initiatives législatives.

### SECTION 1. INTRODUCTION GÉNÉRALE

Avant de voir son champ d'application étendu de manière plus générale, la médiation a fait l'objet de consécration éparpillées dans certaines lois gouvernant certains domaines spécifiques.

Par exemple, elle fut introduite en 2004 par le « Civil Liability and Courts Act 2004 », pour les litiges en matière de responsabilité civile. Le processus fut ensuite introduit en 2006 en matière de droit commercial (the Commercial Court Rules)<sup>204</sup>. En 2010, les modes alternatifs de résolution des conflits, de manière générale, furent introduits dans les règles de procédure des cours supérieures. Grâce à ces diverses consécutions, la médiation était utilisée pour résoudre de nombreux litiges civils<sup>205</sup> avant même l'adoption de la loi de 2017, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018. Cette loi étend le champ d'application de la médiation et définit plus précisément le rôle des différents acteurs de la Justice dans la promotion du processus.

## SECTION 1. LA MÉDIATION EN IRLANDE

### *a) Le caractère volontaire de la médiation*

Le caractère volontaire de la médiation reste dans le système juridique irlandais un principe fondamental. Nous verrons que les juges irlandais sont en général réticents à l'imposer, estimant que l'entrée volontaire des parties dans le processus augmente ses chances de réussite<sup>206</sup>. Ils ne sont pas convaincus de l'efficacité de la médiation obligatoire<sup>207</sup>. La loi de 2017 sur la médiation précise d'ailleurs en son article 6 (2) que la participation au processus de médiation doit être volontaire à tout moment, durant tout le processus. C'est-à-dire, dans le sens de la loi, même au moment de l'entamer.

### *b) Civil Liability and Courts Act 2004*

La loi réformant le régime de responsabilité civile a fait beaucoup parler d'elle au regard du caractère volontaire de la médiation. En sa section 15, la loi prévoit la possibilité pour le juge d'imposer aux parties de participer à une conférence de médiation. Une conférence de médiation consiste en une séance durant laquelle les parties se rencontrent pour discuter et tenter de résoudre leur litige<sup>208</sup>. Pour l'auteur David Holland, cette conférence revient en réalité

---

<sup>204</sup> A. CHEEVERS, « Voluntarism in court-connected mediation in Ireland – is it time to rethink ? », *Civil Justice Quarterly*, vol. 37 (1), 2018, p. 98.

<sup>205</sup> A. CHEEVERS, *ibidem*, p. 98.

<sup>206</sup> A. CHEEVERS, *ibidem*, p. 109.

<sup>207</sup> A. CHEEVERS, *ibidem*, pp. 107 et 108.

<sup>208</sup> Civil Liability and Courts Act 2004, sect. 15.

à pouvoir imposer à une partie une forme de médiation obligatoire<sup>209</sup> ; la loi prévoit que le juge peut l'imposer même si une des parties ne le souhaite pas. Notons cependant que l'initiative ne vient pas du juge. Une des parties doit en faire la demande et c'est uniquement si le juge considère que la rencontre entre les parties est susceptible de les aider dans le règlement de leur litige qu'il ordonnera la participation à une conférence de médiation. La section 16 de cette même loi permet au juge de condamner une partie qui ne se serait pas conformée à son ordonnance à payer les frais de justice.

Les termes de la loi étant imprécis<sup>210</sup>, les juges ont dû développer certains critères afin de déterminer dans quelles circonstances ils peuvent estimer que la tenue d'une réunion de médiation est susceptible d'aider les parties dans la résolution de leur litige<sup>211</sup>. Nous allons brièvement analyser deux décisions qui ont valeur de précédent dans la jurisprudence irlandaise.

Dans *McManus v. Duffy*<sup>212</sup> (2006), le juge (Feeney J.) a ordonné au défendeur d'essayer de recourir à une médiation alors même qu'il ne le souhaitait pas et soutenait que le processus avait peu de chances d'aboutir<sup>213</sup>. D'après l'interprétation du juge, les termes de la section 15 du « Civil Liability and Courts Act 2004 » (loi sur la responsabilité civile) sous-entendent qu'il est nécessaire de regarder les potentiels bénéfiques du processus et non les probabilités d'aboutir à une résolution du litige. Le juge ayant estimé que les parties pouvaient tirer des bénéfices si elles se rencontraient lors d'une conférence de médiation, leur a enjoint d'y participer.

Dans *Ryan v. Walls Construction Ltd* (2015)<sup>214</sup>, une décision plus récente, le juge (Kelly J.) n'a pas tout à fait adopté la même position. Dans sa décision, le juge précise qu'il ressort clairement des termes de la section 15, qu'il lui est possible d'imposer aux parties de participer à une conférence de médiation même si une d'elles ne le souhaite pas<sup>215</sup>. Cependant, il est du

---

<sup>209</sup> D. HOLLAND, « Civil Liability & Courts Act 2004 : some thoughts on practicalities », *Judicial Studies Institute Journals*, 2006, p. 56.

<sup>210</sup> D. HOLLAND, *ibidem*, p. 57.

<sup>211</sup> D. HOLLAND, *ibidem*, p. 57.

<sup>212</sup> *McManus v Duffy* [2006] IEHC, inéd., voy. Law Reform Commission, « Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation », disponible à l'adresse [https://www.lawreform.ie/\\_fileupload/reports/r98adr.pdf](https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf), 2010, p. 81 ; A. CHEEVERS, *op. cit.*, pp. 104 *in fine* et 105.

<sup>213</sup> *McManus v Duffy* [2006] IEHC, inéd., voy. Law Reform Commission, *ibidem*, p. 81 ; A. CHEEVERS, *ibidem*, pp. 104 *in fine* et 105.

<sup>214</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214.

<sup>215</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 54.

devoir du juge de s'assurer que cette conférence ne rajoute ni des frais inutiles ni du retard dans la procédure<sup>216</sup>. Il convient également d'apprécier dans quelle mesure une conférence de médiation est raisonnablement susceptible d'aider les parties dans le règlement de leur litige lorsque les cours sont confrontées à un refus ferme et raisonné de l'une d'elles<sup>217</sup>. En effet, il ne sert à rien d'ordonner une conférence de médiation si elle n'offre aucune chance réelle d'aider les parties à dénouer leur litige. Quant au moment propice auquel l'ordonner, le juge précise qu'imposer à une partie de participer à une conférence de médiation à un stade avancé de la procédure a beaucoup de chance d'augmenter les coûts et de retarder la procédure<sup>218</sup>. Le juge a souligné qu'une juridiction pouvait estimer qu'une conférence de médiation non entamée sur une base volontaire avait moins de chance de réussite et donc décider de ne pas l'ordonner (ce qu'il a fait)<sup>219</sup>.

Cette décision est tout à fait révélatrice du bon discernement des juges dont nous parlions lorsque nous affirmions que les juges belges seraient réticents à imposer une médiation lorsqu'une partie avancera des raisons légitimes pour ne pas débiter un tel processus. Bien que la loi irlandaise sur la responsabilité civile permette au juge d'enjoindre aux parties de participer à une conférence de médiation même si une d'entre elles ne le souhaite pas, nous apercevons dans *Ryan v Walls Construction Ltd* la réticence du juge quant à la possibilité de le faire. Même si le juge précise qu'il n'est pas de son ressort de juger de l'opportunité de l'intervention législative<sup>220</sup>, la décision précitée laisse transparaître son avis défavorable quant à l'imposition d'une conférence de médiation. Insistons sur le fait que le juge ne peut le faire de sa propre initiative, c'est uniquement si une partie en fait la demande et si le juge estime que le processus pourrait aider les parties dans le règlement de leur litige.

c) *L'ordonnance 56 (A)*

L'ordonnance 56 (A) de la loi procédurale gouvernant la procédure des cours supérieures (à savoir, la Cour Suprême, la Cour d'Appel et la High Court) permet aux juges, soit de leur propre initiative soit à la demande d'une des parties, s'ils le considèrent approprié et prenant

---

<sup>216</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 55.

<sup>217</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 59.

<sup>218</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 58.

<sup>219</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 59.

<sup>220</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 54.

en compte toutes les circonstances de la cause, d'ajourner la procédure et d'inviter les parties à considérer un mode alternatif de résolution des conflits. En cas d'accord de toutes les parties, ils peuvent directement renvoyer le dossier vers un mode alternatif. La décision de débiter le processus reste donc entre les mains des parties<sup>221</sup>. Aux fins de cette invitation ou renvoi direct vers un mode alternatif, le juge peut inviter les parties à assister à une séance d'information afin de prendre connaissance d'un autre processus alternatif, que le juge peut, le cas échéant, spécifier. En ce qui concerne plus spécifiquement la médiation, l'ordonnance renvoie majoritairement au « Mediation Act 2017 »<sup>222</sup>.

L'ordonnance 99 (1)(b) de cette même loi permet au juge de prendre en compte, dans la répartition des frais de procédure, la tentative des parties de résoudre leur conflit par un mode alternatif proposé par le juge. Il peut également prendre en compte le refus non justifié (« sans bonne raison » comme inscrit dans la loi) d'une des parties de participer à un processus alternatif requis par l'autre partie. Enfin, l'absence de participation au mode alternatif ordonné par le juge (sur base de l'accord des parties) peut également être pris en compte.

Une partie peut donc s'opposer à un mode alternatif proposé mais les cours pourront juger du caractère raisonnable ou non de ce refus et éventuellement l'imputer sur la répartition des frais de procédure. Il s'agit par conséquent d'un recours quasi-obligatoire<sup>223</sup>. Notons cependant que cette affirmation est à relativiser. Nous allons en effet voir que les critères développés par les cours supérieures sont assez larges.

Dans *Atlantic Shellfish Ltd v Council of the County of Cork*<sup>224</sup> (2015), les requérants souhaitaient tenter un processus de médiation mais les défendeurs s'y opposaient. Avant de pouvoir décider s'il est opportun d'inviter les parties à considérer un processus de médiation, le juge a précisé qu'il fallait prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce. D'après lui, si une partie, après avoir été invitée à recourir à la médiation, refuse en avançant des raisons légitimes (« bona fide »), il ne serait pas opportun pour le juge de rendre une ordonnance invitant les parties à y recourir. Pour lui, « aucune partie ne devrait jamais être obligée de

---

<sup>221</sup> Law Society of Ireland, « Court guidance on when it will and won't suggest mediation », 2017, disponible sur le site <https://www.lawsociety.ie/Solicitors/Practising/Practice-Notes/Court-guidance-on-when-it-will-and-wont-suggest-mediation/#.XIItW1P7TBI>, consulté le 15 février 2019.

<sup>222</sup> Voy. *infra*, Chapitre V, section 2.

<sup>223</sup> A. CHEEVERS, *op. cit.*, p. 100.

<sup>224</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IEHC 570.

participer à une médiation car la pierre angulaire de ce processus consiste à réunir des participants volontaires désireux d'essayer de trouver une solution au différend qui les sépare »<sup>225</sup>. Il a même été plus loin en définissant la médiation comme « un processus à double sens entre des parties consentantes qui acceptent et participent au processus de médiation avec la volonté de parvenir à un compromis »<sup>226</sup>.

En appel, le juge a confirmé la décision de la High Court tout en précisant certains éléments qui doivent être pris en compte par le juge afin de déterminer s'il est opportun d'inviter les parties à considérer un processus alternatif.

En premier lieu, le juge doit se demander si le litige est approprié au processus alternatif proposé<sup>227</sup>. Si la réponse est positive, le juge peut alors considérer d'autres circonstances entourant le litige qui permettront de faire pencher la balance en faveur ou en défaveur du processus en question<sup>228</sup>. Le juge note que l'ordonnance n'impose pas une charge de la preuve particulière aux parties ; c'est à la juridiction qu'il appartient de déterminer si le mode alternatif en question a des chances de réussite<sup>229</sup>. Si l'initiative ne vient pas du juge mais d'une des parties, il convient, dans un premier temps, de questionner ses intentions. En effet, le juge doit s'assurer que sa demande soit faite « bona fide », c'est-à-dire avec la réelle intention de vouloir résoudre son litige par l'intermédiaire d'un mode alternatif. Certains pourraient en effet utiliser ce biais pour faire peser sur leurs adversaires la crainte de devoir supporter les frais de procédure s'ils refusent de participer à un processus et que ce refus est jugé déraisonnable (en vertu de l'ordonnance 99 (1)(b))<sup>230</sup>. Par la suite, le juge peut prendre en compte d'autres éléments comme par exemple, la nature et le coût du processus alternatif proposé, les économies potentielles de temps et d'argent, la mesure dans laquelle le processus pourrait éventuellement réduire les différents griefs, etc<sup>231</sup>.

---

<sup>225</sup> Traduction : « No party should be forced to attend mediation, as the bedrock of the procedure is to bring together the willing participants who wish to try to mediate a solution to the dispute that separates them », *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IEHC 570, §18.

<sup>226</sup> Traduction : « a two way process between willing parties who agree to and participate in the mediation process with a willingness to reach a compromise », *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IEHC 570, §18.

<sup>227</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283, § 33.

<sup>228</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283, § 33.

<sup>229</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283, § 31 et 32.

<sup>230</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283, § 35 et 36.

<sup>231</sup> *Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283, § 37.

Dans un autre cas, *Grant v Minister for Communications, Marine and Natural Resources* (2016)<sup>232</sup> le juge, en faisant référence aux deux décisions analysées ci-dessus, a rappelé le principe selon lequel une médiation a moins de chance d’aboutir si elle n’est pas engagée sur une base volontaire<sup>233</sup>.

A nouveau, nous pouvons apercevoir à travers ces décisions de jurisprudence, l’importance accordée au caractère volontaire des modes alternatifs. Depuis 2015, les juges font souvent référence à ces décisions afin de déterminer s’il est pertinent d’inviter les parties à considérer un processus alternatif.

## SECTION 2. LOI IRLANDAISE DE 2017 SUR LA MÉDIATION (MEDIATION ACT 2017) ET SA COMPARAISON AVEC LA LOI BELGE DU 18 JUIN 2018

En 2017, le législateur irlandais a adopté une loi sur la médiation dans le but de faciliter et de promouvoir son utilisation. La loi ne sera pas analysée dans tous ses détails, seuls les éléments utiles à notre comparaison seront étudiés. Si nous avons décidé d’utiliser spécifiquement cette loi pour notre étude de droit comparé c’est en raison de son entrée en vigueur récente. Le législateur irlandais et le législateur belge se sont aperçus de la nécessité de promouvoir les modes alternatifs au sein de leur système judiciaire. Tous deux ont également octroyé à la médiation une place privilégiée dans leur système. Contrairement aux dispositions belges, les dispositions irlandaises respectent le caractère volontaire de la médiation et le législateur belge aurait dû les prendre pour exemple.

### *a) Le rôle de l’avocat*

#### *i. Ce que la loi irlandaise prévoit*<sup>234</sup>

Avant d’introduire une demande en justice, les avocats sont tenus de conseiller à leur clients d’envisager la médiation. Il leur est demandé de préciser qu’il s’agit d’un processus volontaire et de ce fait, pourrait ne pas être adapté au litige si leur sécurité et/ou celle de leur enfant est en

---

<sup>232</sup> *Grant v Minister for Communications, Marine and Natural Resources* [2016] IEHC 328.

<sup>233</sup> *Grant v Minister for Communications, Marine and Natural Resources* [2016] IEHC 328, § 17 ; voy. A. CHEEVERS, *op. cit.*, p. 109.

<sup>234</sup> Mediation Act 2017, sect. 14.

danger. Ils sont également tenus de fournir toutes les informations concernant les services de médiation (en ce compris les noms et adresses des personnes qui fournissent ces services). Des informations concernant les avantages d'une résolution amiable doivent également être fournies ainsi que des explications concernant les bénéfices susceptibles d'être retirés d'un processus de médiation.

En outre, tout acte introductif d'instance doit être accompagné d'une déclaration solennelle faite par l'avocat démontrant qu'il a rempli ses obligations. Si cette déclaration est manquante, les cours et tribunaux devront ajourner la procédure (pour une période « raisonnable » en fonction des circonstances) afin de permettre à l'avocat de se conformer à ses obligations.

*ii. Ce que la loi belge prévoit*

Nous le savons, le législateur belge a renforcé la simple recommandation déontologique faite aux avocats en une véritable obligation légale. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 444 du Code judiciaire impose désormais aux avocats d'informer leurs clients sur les modes alternatifs de résolution des conflits et « s'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser ».

*iii. Information du client par son avocat : nécessaire pour une promotion accrue des M.A.R.C.*

Les législateurs belges et irlandais ont, à juste titre, estimé qu'une promotion accrue des modes alternatifs passait nécessairement par une information complète du justiciable offerte par les avocats. Cependant, alors que notre législateur n'a pas limité l'obligation d'information à la médiation et l'a étendue à tous les modes alternatifs de résolution des conflits, le législateur irlandais l'a limitée à ce mode alternatif précis. Pourtant, en fonction des circonstances de l'espèce, un autre mode est peut-être plus adapté au litige en question. Bien entendu, l'avocat irlandais ne manquera pas de conseiller utilement son client. Cependant, nous saluons la décision de notre législateur d'étendre l'obligation d'information à tous les modes de résolution amiable.

Comment s'assurer que l'avocat ait respecté son obligation ? Dans le cadre de la loi irlandaise, l'avocat doit accompagner l'acte introductif d'instance d'une déclaration solennelle démontrant qu'il a rempli son obligation d'information. Si elle est manquante, le juge doit ajourner la procédure le temps que l'avocat remplisse ses obligations et fournisse cette déclaration. En ce qui concerne l'opportunité de cette disposition, notre avis est mitigé. Si l'acte introductif d'instance doit être accompagné d'une telle déclaration, il existe un risque que l'information devienne une simple formalité. Certains avocats feront alors rapidement signer une clause à leur client en expliquant de manière très succincte les avantages et inconvénients des modes amiables. D'un autre côté, contraindre les avocats à fournir une telle déclaration permet peut-être de les inciter à s'informer sur la portée de leur nouvelle obligation d'information et de la sorte, de les conscientiser sur la plus-value des voies amiables.

Une telle condition n'a pas été introduite par notre législateur. Il est simplement demandé aux avocats d'informer leurs clients sur les modes amiables. En ce qui concerne le contrôle ou l'éventuelle sanction, rien n'est précisé dans le texte de la loi<sup>235</sup>. A ce propos, Patrick Van Leynseele note qu'il « appartiendra à l'avocat, soit parce qu'il est interrogé par le juge, soit en cas de recours en responsabilité de son client contre lui, de démontrer qu'il a satisfait à ces deux obligations, sans toutefois enfreindre le secret professionnel ni le caractère confidentiel de sa correspondance avec son adversaire »<sup>236</sup>.

Il conviendra de voir comment les avocats belges se positionneront par rapport à leur nouvelle obligation d'information. A cet égard, nous nous posons la question des moyens de preuve dont l'avocat prendra soin de se munir dans le cas où une action en responsabilité venait à être engagée contre lui. Il nous est en effet permis de craindre que certains justiciables ne manqueront pas de trouver un responsable dans le cas où ils viendraient à perdre leur litige. Afin de se protéger, nous craignons que certains avocats fassent rapidement signer une clause à leur client attestant l'accomplissement de leur obligation alors qu'ils l'auront à peine satisfaite. Nous réitérons donc nos propos et espérons que diverses initiatives seront prises (formations, colloques,...) pour sensibiliser les avocats à leur nouvelle obligation. Seul un avocat correctement formé aux voies amiables sera en mesure d'offrir à son client une information utile et exhaustive.

---

<sup>235</sup> A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 230.

<sup>236</sup> P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 888.

*b) Le rôle du juge*

*i. Ce que la loi irlandaise prévoit*

Pour encourager les parties à se diriger vers la médiation, le juge dispose de deux options différentes (section 16 du « Mediation Act 2017 »). Premièrement, le juge peut inviter les parties à l'envisager comme moyen pour tenter de résoudre leur litige. Deuxièmement, il a la possibilité de leur donner toutes les informations utiles concernant ses avantages. Dans les deux cas de figure, le juge peut agir soit à la demande d'une des parties soit de sa propre initiative lorsqu'il l'estime approprié.

Le juge ne fait que conseiller ou informer les parties. Ce n'est que si elles décident, d'un commun accord, de débiter un processus de médiation que le juge pourra ajourner la procédure<sup>237</sup>. La décision finale de suivre ou non les conseils du juge reste donc entre les mains des parties. Le dernier paragraphe de la section 16 précise que « le pouvoir conféré par le paragraphe (1) est sans préjudice de tout autre pouvoir discrétionnaire que le tribunal peut exercer à tout moment au cours de la procédure en vue de faciliter le règlement du différend »<sup>238</sup>.

Pour inciter les parties à recourir à la médiation lorsqu'elle est proposée par le juge, le législateur a également introduit une disposition permettant au juge de condamner le refus déraisonnable d'une partie. La section 21 de la loi stipule en effet que le juge peut, lorsqu'il l'estime approprié condamner une partie aux frais de procédure si : (1) son refus est jugé déraisonnable, (2) si le juge constate dans son chef un manque de considération pour la médiation alors qu'elle y a été invitée, (3) si elle refuse d'assister au processus (imposé par le juge suite à l'accord des parties). L'étendue du caractère volontaire de la médiation dans le système juridique irlandais ayant déjà été analysé, nous nous concentrerons sur la section 21 de la loi.

---

<sup>237</sup> Mediation Act 2017, sect. 16 (2).

<sup>238</sup> Traduction : « the power conferred by subsection (1) is without prejudice to any other discretionary power which the court may exercise at any time during the course of proceedings with a view to facilitate the resolution of a dispute ».

La notion de « refus déraisonnable » n'a pas été définie par le législateur irlandais<sup>239</sup>. Afin de déterminer le caractère déraisonnable d'un refus, les cours et tribunaux irlandais se basent généralement sur une décision de la Cour d'Appel anglaise intitulée *Halsey v Milton Keynes NHS Trust*<sup>240</sup>. Dans cette décision, le juge a déterminé plusieurs éléments qui peuvent être pris en compte lorsqu'il est question d'apprécier le refus d'une partie. Ces différents éléments sont les suivants : la nature du litige, la volonté des parties, le fond de l'affaire, la mesure dans laquelle d'autres modes de règlement des conflits ont été tentés, si les coûts de la médiation ou de la conciliation seraient déraisonnablement élevés et si la médiation ou la conciliation aurait des chances raisonnables de succès<sup>241</sup>.

La charge de la preuve repose sur la partie « perdante » ; elle doit démontrer que la partie « gagnante » a refusé de manière déraisonnable le processus<sup>242</sup>. A cet égard, elle ne doit pas prouver que la médiation ou la conciliation aurait effectivement abouti, simplement qu'il existait des chances raisonnables de succès<sup>243</sup>. Si la partie a refusé le mode alternatif suite à un encouragement de la part du juge, cet élément pourra également être pris en compte<sup>244</sup>. Aucun de ces critères n'est cependant décisif à lui seul et il ne s'agit pas d'une liste exhaustive<sup>245</sup>, d'autres éléments peuvent être pris en compte en fonction des paramètres du litige en question.

ii. *Ce que la loi belge prévoit*

Dans une perspective de comparaison, nous nous sommes penchée sur la possibilité en droit belge de condamner une partie gagnante à supporter les frais de procédure pour son manque d'intérêt envers la médiation. La loi belge n'a pas introduit d'article prévoyant la possibilité pour le juge de condamner une partie aux frais de procédure si elle refuse systématiquement de tenter de résoudre son litige par l'intermédiaire de la voie amiable ou si elle manque de participer à une médiation imposée<sup>246</sup>. Certains auteurs de doctrine le préconisaient pourtant. Pour ne citer qu'un exemple, Pierre-Paul Renson et Thomas Bombois évoquaient cette

---

<sup>239</sup> A. CHEEVERS, *op. cit.*, p. 106.

<sup>240</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576.

<sup>241</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 16.

<sup>242</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 28.

<sup>243</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 28.

<sup>244</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 29.

<sup>245</sup> *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576, § 16.

<sup>246</sup> P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 886.

possibilité en ces termes : « le législateur belge pourrait, à notre estime, prévoir que, même si elle obtient in fine gain de cause, la partie qui refuse tout recours préalable à la médiation doit, sinon prendre en charge l'intégralité des frais et dépens du procès, à tout le moins renoncer à faire condamner la partie défaillante au paiement des frais et indemnités de procédure »<sup>247</sup>.

Même si le législateur belge n'a pas prévu une telle possibilité, Patrick Van Leynseele avance qu'il est « possible qu'un juge considère que le refus déraisonnable d'une partie de participer à une médiation puisse être sanctionné par une répartition des frais judiciaires qui tienne compte de l'attitude des plaideurs »<sup>248</sup>. Il base sa réflexion sur les articles 1017, 1018 et 1022 du Code judiciaire. « Ces dispositions ne prévoient pas expressément la possibilité pour le juge d'imposer à la partie qui « gagne » son procès le paiement des frais judiciaires ou d'une (partie de) l'indemnité de procédure au motif qu'elle aurait, de manière déraisonnable, refusé de participer aux tentatives de règlement amiable »<sup>249</sup>. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs estimé que « le droit d'accès au juge ne fait pas [...] obstacle à des règles qui autorisent le juge, dans des circonstances particulières, à mettre les frais totalement ou partiellement à charge de la partie qui obtient gain de cause »<sup>250</sup>. Il s'agit du « corollaire du devoir de loyauté entre parties au procès »<sup>251</sup>. Sur base de ces articles et du devoir de loyauté, une partie gagnante pourrait donc être condamnée à payer tout ou partie des frais de procédure si elle a systématiquement refusé, sans raison légitime, tout recours à un mode alternatif ou si elle n'a pas répondu à la décision du juge lui ordonnant de tenter un processus de médiation.

Alors qu'en droit irlandais (ainsi qu'en droit anglais<sup>252</sup>) le refus déraisonnable d'une partie peut être sanctionné sur base de dispositions législatives, il faudra attendre le développement de la jurisprudence belge avant de pouvoir déterminer si une telle sanction est susceptible de voir le jour.

---

<sup>247</sup> Th. BOMBOIS et P.-P. RENSON, *op. cit.*, p. 540 ; P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *op. cit.*, p. 47. Notons cependant le commentaire de C. Delforge qui invite le juge à la plus grande vigilance s'il décide de sanctionner la partie ayant obtenu gain de cause et précise les divers éléments auxquels il est important de prêter attention voy. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 43.

<sup>248</sup> P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 886.

<sup>249</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, pp. 886 *in fine* et 887.

<sup>250</sup> C.C., 28 juin 2018, *J.T.*, 2018/27, n° 6739, p. 622 ; P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 887.

<sup>251</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 887.

<sup>252</sup> P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, pp. 886 et 887 ; A. CHEEVERS, *op. cit.*, p. 103 ; *Halsey v Milton Keynes NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576.

SECTION 3. NOTE CONCLUSIVE SUR LE CARACTÈRE VOLONTAIRE DE LA MÉDIATION : UN PRINCIPE ESSENTIEL EN DROIT IRLANDAIS ET ATTÉNUÉ EN DROIT BELGE

L'analyse de la jurisprudence irlandaise nous a montré à quel point les juges estiment que la volonté libre des parties est indispensable au bon déroulement et à la réussite d'une médiation. Dans ce système juridique, l'entrée libre dans le processus est encore vue comme un aspect fondamental.

Actuellement, il n'y a que pour les litiges en matière de responsabilité civile que cet aspect du caractère volontaire de la médiation a été ébranlé. Ce n'est que dans ce domaine spécifique que le juge, sur demande d'une des parties (et non de sa propre initiative), peut contraindre l'autre partie à participer à une conférence de médiation. Toutefois, nous avons vu que les juges sont réticents à l'imposer lorsqu'ils sont en présence d'un refus ferme et raisonné d'une partie et qu'ils s'adonnent à un exercice de balance des intérêts avant de décider de l'imposer<sup>253</sup>.

Dans la jurisprudence, nous avons vu que les juges n'hésitent pas à rappeler que les chances de succès d'une médiation sont bien moindres lorsqu'elle n'est pas entreprise sur une base volontaire. En ce qui concerne la loi sur la médiation, nous avons vu que le juge ne peut que conseiller ou informer les parties sur les avantages de ce processus. Ce n'est que si les deux parties décident, d'un commun accord, de débiter un processus de médiation que le juge pourra ajourner la procédure<sup>254</sup>. A l'inverse, le juge belge peut imposer la médiation même si une partie s'y oppose. Ce n'est que si toutes les parties s'opposent à la décision du juge qu'il sera lié.

Dans le cadre de cette analyse, nous voyons une différence quant au rôle attribué aux parties dans la décision de recourir ou non à la médiation. A l'inverse du droit belge où les parties ont un rôle passif, nous avons, en droit irlandais, un rôle actif des parties ; elles décident elles-mêmes si elles souhaitent ou non donner un suivi à la proposition du juge. En Belgique, la réforme du Code judiciaire a donc fortement atténué l'importance attachée à la décision libre des parties d'entamer le processus.

---

<sup>253</sup> *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214.

<sup>254</sup> Mediation Act 2017, sect. 16 (2).

Nous pensons que la solution choisie par la loi irlandaise de 2017 aurait dû être celle retenue par le législateur belge. Cela aurait évité de porter atteinte à la philosophie qui sous-tend les modes alternatifs de résolution des conflits : la volonté des parties. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le législateur irlandais a opté pour ce que préconisaient de nombreux praticiens et instances belges. Nous restons persuadée qu'une partie sera plus encline à voir la médiation comme un moyen efficace de résoudre son litige si elle choisit elle-même de débiter le processus. Si les deux parties s'accordent sur le principe d'aller en médiation, le processus pourra alors commencer dans un contexte propice à la résolution du litige. La loi irlandaise permet au juge soit d'informer les parties sur la médiation et ses avantages soit de les inviter à considérer ce processus comme un moyen de résoudre leur litige. Si les parties décident, d'un commun accord, d'entreprendre une médiation, le juge prendra alors des dispositions pour permettre la tenue du processus. Le Code judiciaire belge le permet aussi en ses articles 730/1 et 1734, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa premier mais donne en plus au juge le pouvoir d'imposer une médiation sans que l'accord des parties ne soit requis (article 1734, paragraphe 1<sup>er</sup>, deuxième alinéa). Cette consécration n'était ni opportune ni nécessaire pour atteindre l'objectif de promotion des modes alternatifs de résolution des conflits.

Il reste qu'à notre estime, les juges belges adopteront une approche similaire à celle adoptée par les magistrats irlandais. En effet, même si nous estimons que la consécration de la médiation obligatoire dans notre Code judiciaire n'était pas opportune, il est raisonnable de penser que les magistrats belges adopteront une position comparable à celle des magistrats irlandais. Ils encourageront le recours à la médiation lorsqu'ils l'estimeront opportun et ne l'imposeront pas lorsqu'ils se trouveront en présence « d'un refus ferme et raisonné »<sup>255</sup> d'une partie. C'est en tout cas notre souhait.

---

<sup>255</sup> Pour reprendre les termes utilisés dans *Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214, § 59.

## VIII. CONCLUSION

Résorber l'arriéré judiciaire, n'est-ce pas le rêve de tout professionnel du droit ? Ce rêve est devenu la préoccupation de nombreuses réformes et aucune n'est parvenue à le réaliser. La configuration actuelle de notre société implique qu'il faille repenser certains fondements du système judiciaire afin de le rendre plus efficace. Le législateur en a pris conscience et s'est employé à revoir en profondeur les différents rôles joués par les acteurs de la Justice, en commençant par celui de ses représentants et gardiens suprêmes : les magistrats. La réforme introduite les a investis des instruments nécessaires pour devenir les nouveaux garants du désengorgement des tribunaux ; gageons qu'ils sauront saisir cette opportunité.

Seul l'avenir nous permettra de déterminer comment les cours et tribunaux se positionneront par rapport à la loi du 18 juin 2018. Nous pouvons cependant affirmer qu'elle n'est pas une énième tentative, pleine de promesses utopiques. Au contraire, elle est une intervention législative porteuse du « changement de paradigme » nécessaire afin d'atteindre le rêve ultime du désengorgement des tribunaux. Si les vœux du législateur sont exhaussés, l'instance judiciaire et la voie amiable deviendront les deux voies susceptibles d'être empruntées par le justiciable, et ce, sans que l'une ne soit à privilégier par rapport à l'autre. Toute résolution d'un litige, quel qu'il soit, devra désormais faire l'objet d'un examen afin de déterminer la voie la plus appropriée pour le résoudre. Bien-sûr, la justice étatique restera la voie ultime de résolution des conflits et servira de roue de secours aux tentatives vaines de résolution amiable. Mais n'était-ce pas déjà le cas ?

L'intervention du législateur n'est cependant pas optimale. La possibilité pour le juge d'imposer la médiation sans que l'accord des parties ne soit nécessaire porte atteinte au caractère volontaire de la médiation et de ce seul fait, n'aurait pas dû être consacrée. La philosophie qui sous-tend les modes alternatifs de résolution des conflits tient en la volonté du justiciable de recourir à une procédure alternative à la procédure judiciaire. Aucun tempérament n'aurait dû y être apporté.

Nous en appelons donc au professionnalisme des juges et espérons qu'ils adopteront une position similaire à celle adoptée par les juges irlandais. S'il est opportun d'encourager le justiciable à recourir à la voie amiable si c'est dans son intérêt, il ne l'est pas de le contraindre

à le faire. Comment peut-on justifier auprès d'un justiciable de le renvoyer vers un médiateur, dont le coût sera à sa charge, alors qu'il n'a aucune envie de soumettre son litige à la médiation ? A cet égard, nous nous posons également la question du coût de cette procédure ? Des barèmes vont-ils être prévus en vue de permettre au justiciable de prendre l'option de la médiation en connaissance de cause ?

Pour une promotion réelle des modes alternatifs, il est primordial de conscientiser le monde judiciaire dans son ensemble. Qu'en est-il par exemple des autres acteurs du monde judiciaire ? Nous pensons spécifiquement aux notaires, greffiers et experts judiciaires dont le rôle de conciliateur et d'informateur auprès des justiciables est très important. Ils sont pourtant les acteurs oubliés de la réforme. De plus, il ne suffit pas d'adjoindre aux différents acteurs de la Justice de promouvoir les modes alternatifs, encore faut-il les convaincre de leur plus-value. La formation des futurs avocats et magistrats à la voie amiable doit être la préoccupation des prochaines interventions législatives. Sans elle, le changement de mentalité qui doit s'opérer pour permettre à la réforme d'avoir l'effet escompté ne se produira vraisemblablement pas.

Notre conclusion est optimiste. Une certaine privatisation de la justice, conséquence inévitable de la réforme, ne doit pas être vue comme une atteinte à notre État de droit. Elle œuvre au contraire à sauvegarder l'un de ses fondements : l'accès à la justice. Le législateur a veillé à l'encadrer en donnant aux juges le contrôle ultime de la voie choisie par les parties. Le juge, gardien du monde judiciaire, leur confiera toutes les clés, leur permettant ainsi d'ouvrir la porte de résolution idéale à leur litige. La configuration actuelle de notre société nous oblige à repenser la manière dont le procès civil est appréhendé pour lui permettre de retrouver une vertu qui fait partie de son essence même : la célérité.

## **IX. BIBLIOGRAPHIE**

### a) Législation

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, *M.B.*, 19 août 1955, art. 6.

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, *J.O.*, L 136, 24 mai 2008, pp. 3 à 8.

Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *J.O.*, L 165, 18 juin 2013, pp. 63 à 79.

C. Jud., art. 2, 444, 730/1, 731, 1253ter/1, 1723/1 à 1747.

Loi 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, pleinement entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013, dernière version du 4 mai 2018, art. 2.12.

Rules of the Superior Courts 1986, ord. 56 (A) et 99 (1)(b).

Civil Liability and Courts Act 2004, sect. 15 et 16.

Mediation Act 2017, sect. 6, 14, 16 et 21.

### b) Travaux préparatoires

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

Avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi portant des dispositions diverses en matière de droit civil du 4 octobre 2017, n° 61.997/4, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, pp. 511 à 566.

Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice par O. Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/006.

c) Doctrine

BAUGNIET (N.), « Le caractère volontaire de la médiation », note sous Bruxelles (jeun.), 12 juin 2007, *J.J.P. – T.Vred.*, 2009/1-2, pp. 56 à 59.

BAYARD (F.) et GONDA (M.), « Quand magistrats et avocats se mobilisent pour promouvoir la médiation... L'expérience du Tribunal de commerce de Liège », in *De l'autre côté du conflit : la médiation*, sous la coordination de B. Castelain, Limal, Anthemis, 2013, pp. 155 à 175.

BLOHORN-BRENNEUR (B.) et BACQUÉ (M.), *Médiation obligatoire ou volontaire, Quelles réformes pour quels enjeux ?*, 7<sup>ème</sup> assises internationales de la médiation judiciaire, Actes du colloque de La Rochelle, 7 au 8 juillet 2017, L'Harmattan, 2018.

BOMBOIS (Th.) et RENSON (P.-P.), « La directive du 21 mai 2008 'sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale' et sa transposition en droit belge », *R.E.D.C.*, 2-3/2009, pp. 521 à 548.

BOONE (R.) et LOUVEAUX (H.), « Chapitre 11 - La médiation en 2014 : actions pour un bond en avant », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 341 à 358.

BOUDART (A.) et BLITZ (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.*, 2019/11, n° 6765, pp. 209 à 222.

BUYLE (J.-P.), Van ELDEREN (J.), PROESMANS (P.) et SCHMITZ (N.), « Comment régler un conflit commercial en dehors des tribunaux ? », in *L'entreprise et ses clients... To B & to C*.

*Nouveau défis et solutions/De onderneming en haar klanten... To B and to C. Nieuwe uitdagingen en oplossingen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 229 à 279.

CAPRASSE (O.), « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *R.F.D.L.*, 2004/3, pp. 437 à 442.

CAPRASSE (O.), « La loi du 21 février 2005 sur la médiation », *C.J.*, 2006, n°2, pp. 21 à 26.

CAPRASSE (O.), « Titre 11 – L’arbitrage et la médiation, Chapitre 2 – La médiation », in *Droit judiciaire – Tome 2*, sous la direction de G. de Leval, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 1431 à 1445.

CEOLA (F.), « Chapitre 5 : La médiation en matière commerciale. Deuxième partie : La praticabilité de la médiation commerciale vue par un avocat », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 189 à 210.

CHAVAL (D.), « Chapitre 9. Le droit collaboratif », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 289 à 321.

CHEEVERS (A.), « Voluntarism in court-connected mediation in Ireland – is it time to rethink ? », *Civil Justice Quarterly*, vol. 37 (1), 2018, pp. 98 à 123.

DEJOLLIER (A.), « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », in *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, sous la direction de Jehanne Sosson, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 225 à 326.

DEJOLLIER (A.) et INGHELS (B.), « Chapitre 2 – La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l’avocat ? », in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 51 à 89.

DE LEVAL (G.), « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006/2, pp. 1 à 205.

DELFORGE (C.), « Chapitre 1 – La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 11 à 49.

ENGERISSER (B.), « La médiation et le droit collaboratif : état des lieux et projet de réforme », *Cah. Jur.*, 2018/1, pp. 17 à 26.

ENGLEBERT (J.), « “Le Code judiciaire doit être éliminé” ou les promesses trahies », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? 50 jaar Gerechtelijk Wetboek, Wat nu ?, Hommage à Ernest Krings et Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 153 à 182.

FLOYD (D. H.), « Can the Judge Do That – The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement », *Arizona State Law Journal*, 1994, n° 26, pp. 45 à 90.

GARAPON (A.), « La question du juge », *Pouvoirs*, 1995, n°74, pp. 13 à 27.

GRANDJEAN (G.), « Partie VI – L’acceptabilité sociale des audaces des juges », in *Pouvoir politique et audace des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 249 à 284.

HENRION (L.-M.), « Qu’est-ce que la médiation ? », *B.S.J.*, 2011/448, pp. 7 à 10.

HENRION (L.-M.), « Chapitre 5 : La médiation en matière commerciale. Première partie : Vue par un magistrat du tribunal de commerce », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 167 à 188.

HENSEN (W.), « Bemiddeling, potpourri & toekomstmuziek », *T.P.B.*, 2016, n° 4, pp. 131 à 139.

HENSEN (W.), « Bemiddeling in rechtszaken: stand van zaken, knelpunten en mogelijkheden », *R.W.*, 2018, n° 22, pp. 843 à 858.

HOLLAND (D.), « Civil Liability & Courts Act 2004 : some thoughts on practicalities », *Judicial Studies Institute Journals*, 2006, pp. 43 à 59.

HORSMANS (G.), « La confiance des justiciables », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après ? 50 jaar Gerechtelijk Wetboek, Wat nu ?, Hommage à Ernest Krings et Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 119 à 152.

INGHELS (B.), « Introduction », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 7 à 20.

INGHELDS (B.), « Préface », in *La médiation autrement*, sous la direction de B. Inghels, Coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 7 à 9.

KESSLER (G.) et FINKELSTEIN (L. J.), « The Evolution of a Multi-door Courthouse », *Catholic University Law Review*, vol. 37, 1988, pp. 577 à 590.

KESZEI (N.), « En créant Conflicool, Yves Delacollette se veut médiateur », 31 mai 2019, disponible sur le site <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/general/en-creant-conflicool-yves-delacollette-se-veut-mediateur/10131928.html>, consulté le 10 juin 2019.

LANCKSWERDT (E.), « Alternatieve geschillenoplossing. Bevorderd door de rechter », *N.J.W.*, 2019, n° 400, pp. 270 à 284.

MAHIEUX (C.), « Chapitre 10 - L'avocat en médiation ou dans la médiation », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 323 à 340.

MARCHANDISE (T.), « Préface », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 5 et 6.

MARTENS (P.), « Chapitre 13 - Tentative de réflexion critique sur la médiation », in *Une autre justice possible ?*, sous la direction de T. Marchandise, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 391 à 401.

MCCORMACK (T. W.), SCHULTZ (S.) et MCCORMACK (J.), « Probing the Legitimacy of Mandatory Mediation : New Roles for Judges, Mediators and Lawyers », *St. Mary's Journal of Legal Malpractice & Ethics*, 2011, pp. 150 à 199.

MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions – Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008.

MORENO (O.) et VAN ACKERE (M.), « Appel à l'activation des modes amiables de règlement des litiges », *B.S.J.*, 2019/624, pp. 7 à 10.

NOLAN-HALEY (J.), « Is Europe Headed down the Primrose Path with Mandatory Mediation », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 37, 2012, pp. 982 à 1011.

PADOAN (B.), « La plateforme en ligne Conflicool vante les vertus de la médiation », 31 mai 2019, disponible sur le site <https://plus.lesoir.be/227909/article/2019-05-31/la-plateforme-en-ligne-conflicool-vante-les-vertus-de-la-mediation>, consulté le 10 juin 2019.

PETIT (B.), « Passerelle entre conciliation et procédure judiciaire », *Ius & Actores*, 2008/1, pp. 87 à 132.

QUEK (D.), « Mandatory mediation : an oxymoron ? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program », *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 11, 2010, pp. 479 à 509.

RAY (L.) et CLARE (A. L.), « The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future... Today », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 1, 1985, pp. 7 à 54.

RENSON (P.-P.), *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010.

RENSON (P.-P.), « La médiation et les enjeux liés à la formation des médiateurs agréés », *Jurim Pratique*, 2014/1, pp. 69 à 100.

RENSON (P.-P.), « 1 - La médiation : une question de survie pour les avocats ? », in *Prescrire et intervenir en médiation, un nécessaire changement de mentalités ?*, sous la direction de P.-P. Renson, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 7 à 53.

RENSON (P.-P.), « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in *Modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la direction de O. Caprasse, Liège, Anthemis, 2017, pp. 7 à 74.

RESNIK (J.), « Managerial Judges », *Harvard Law Review*, 1982, n° 96, pp. 376 à 448.

SANDER (F. E. A.), « The Multi-Door Courthouse », *Barrister*, vol. 3, 1976, pp. 18 à 21 et 40 à 42.

SANDER (F. E. A.), « Another view of mandatory mediation », *Dispute Resolution Magazine*, 2006-2007, n° 13, p. 16.

SHWEDER (S. S.), « Judicial Limitations in ADR : The Role and Ethics of Judges Encouraging Settlements », *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, 2007, pp. 51 à 71.

SIDONI DEL CENO (J.), « Compulsory mediation: civil justice, human rights and proportionality », *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 6, 2014, n° 3, pp. 286 à 290.

VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), « Parole, paroles,... », in *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, sous la coordination de P.-P. Renson, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 à 10.

VAN LEYNSEELE (P.), « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016/13, n° 6641, pp. 202 à 205.

VAN LEYNSEELE (P.), « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018, n° 6751, pp. 877 à 893.

VERT (F.), « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, 17-18 janvier 2014, pp. 9 à 12.

WINSTON (D. S.), « Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: You can lead a horse to water... », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 11, 1996, pp. 187 à 206.

#### d) Jurisprudence

Cour eur. D.H., arrêt *Momčilović c. Croatie* du 26 juin 2015, n° 11239/11, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

C.J.U.E. (1<sup>ère</sup> ch.), arrêt *Menini, Rampanelli c. Banco Popolare Societa Cooperativa*, 14 juin 2017, C-75/16.

C.C., 28 juin 2018, *J.T.*, 2018/27, n° 6739, p. 622.

Mons (14<sup>ème</sup> ch.), 23 février 2016, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 208.

Comm. Hainaut (div. Mons, réf.), 22 décembre 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209.

Comm. Hainaut (div. Mons, 2<sup>e</sup> ch.), 24 décembre 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209.

Comm. Anvers (div. Tongres), 4 janvier 2016, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 209.

J.P. Wavre (1<sup>er</sup> canton), 12 février 2015, *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 212.

*Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA (Civ) 576.

*Ryan v Walls Construction Ltd* [2015] IECA 214.

*Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IECA 283.

*McManus v Duffy* [2006] IEHC, inéd., voy. Law Reform Commission, « Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation », 2010, disponible sur [https://www.lawreform.ie/\\_fileupload/reports/r98adr.pdf](https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf), p. 81.

*Atlantic Shellfish Ltd v Cork County Council* [2015] IEHC 570.

*Grant v Minister for Communications, Marine and Natural Resources* [2016] IEHC 328.

e) Autres

Avis relatif au titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Approuvé par l'assemblée générale du Conseil le 5 mars 2018, disponible sur [www.csj.be/sites/default/files/press\\_publications/avis\\_20180305\\_fr.pdf](http://www.csj.be/sites/default/files/press_publications/avis_20180305_fr.pdf).

Law Reform Commission, « Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation », 2010, disponible sur [https://www.lawreform.ie/\\_fileupload/reports/r98adr.pdf](https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf).

Law Society of Ireland, « Court guidance on when it will and won't suggest mediation », 2017, disponible à l'adresse <https://www.lawsociety.ie/Solicitors/Practising/Practice-Notes/Court-guidance-on-when-it-will-and-wont-suggest-mediation/#.XIIItW1P7TBI>, consulté le 15 février 2019.



