

# CULTURE ET DROIT PROCESSUEL : RAPPORT BELGE

*Georges de LEVAL*  
*Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège*  
*Assesseur au Conseil d'Etat*  
*et*  
*Frédéric GEORGES*  
*Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Liège*  
*Avocat au barreau de Liège*

Ainsi que le fait justement remarquer dans son argumentaire le Rapporteur général du thème qu'il nous revient l'honneur de traiter ici<sup>1</sup>, la Belgique constitue une illustration - précoce - du phénomène du multiculturalisme. Tout en veillant soigneusement à se prémunir contre l'influence indue de tous clichés<sup>2</sup>, il est indéniable que la Belgique est *principalement* formée par deux communautés dont la culture, entendue dans l'un des sens suggérés par l'argumentaire comme l'ensemble des traits caractéristiques d'une société, diverge sur de nombreux points.

Après avoir constaté que la Belgique « *constitue un Etat mais...n'a pas les caractéristiques d'une ethnie et...perd progressivement les attributs d'une nation, à supposer qu'elle les ait eus dans le passé* » mais qu'en son sein l'on « *voit apparaître...les contours de nationalités qui ne coïncident plus avec elle, qui s'affirment culturellement et politiquement et dont les tonitruantes revendications les rendent rebelles au travail d'ordonnancement qu'on attend des lois* », M. Paul Martens résume ainsi les traits caractéristiques de la « *belgitude juridique* :

- *l'inexistence d'une mythologie commune qui apporterait sa chaleur historique pour la mêler à la froideur des constructions politiques ;*
- *des différences culturelles fondamentales qui nous donnent deux visions différentes de l'Etat, mais aussi deux cultures juridiques, deux méthodes d'interprétation, deux herméneutiques ;*
- *un complexe caractérologique commun qu'on peut appeler belgitude, notre penchant pour la vie tranquille, nos parades contre la guerre civile, notre allergie à la grandeur et notre défiance envers les idées ;*
- *une Constitution qui – paradoxe pour un Etat naissant - organise la division des pouvoirs plutôt que d'en centraliser la force, affirme les libertés pour permettre aux corps intermédiaires de la société civile de conserver leur emprise sur la vie politique (et) relègue, dès lors, l'Etat au second rang des puissances symboliques et le confine dans un rôle de subsidiarité et de subsidiation par rapport aux forces vives de la société civile »<sup>3</sup>.*

---

<sup>1</sup> Argumentaire du professeur L. CADIET, p. 7, note sub-paginale 35.

<sup>2</sup> Pareils clichés sont souvent entretenus, involontairement ou non, par la presse et par le monde politique, particulièrement en temps de crise institutionnelle.

<sup>3</sup> P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Collection scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2003, pp. 246, 252 et 253 ; le professeur de droit constitutionnel H. Dumont parle quant à lui du « *pragmatisme qui tient parfois lieu de vertu nationale chez nous* » (H. DUMONT, « Coutumes conventionnelles, conventions de la constitution et para-légalité », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, Larcier, 2007, pp. 269 et s., sp. p. 275) ; ce dernier auteur se réfère également au processus décisionnel du consensus (ibidem, p. 285), autre trait caractéristique à nos yeux de la belgitude.

Dès lors, il est particulièrement délicat d'étudier en Belgique l'influence de la culture sur le droit processuel. Cependant, en l'état actuel du système institutionnel belge, la justice et son fonctionnement ressortissent de la compétence du législateur fédéral. Les normes édictées dans cette matière le sont donc à l'issue d'un processus politique susceptible de tenir compte des sensibilités des deux principales communautés du pays.

Avant d'aborder les différents thèmes suggérés par Monsieur le Professeur Cadiet, nous signalons écarter des présents développements la procédure pénale qui, dans la conscience populaire, constitue indûment le parangon du procès<sup>4</sup>. Par ailleurs, nous avons préféré privilégier dans ce rapport l'état du droit positif de la procédure civile en Belgique, en ce qu'il peut fournir à un regard extérieur le substrat nécessaire à l'étude de l'influence de la culture sur le procès ; nous renvoyons dès lors à d'autres contributions quant au thème de l'influence du procès sur la culture<sup>5</sup>.

## 1. La réalité actuelle des modes alternatifs des règlements des litiges

Comme l'écrit l'auteur d'une récente thèse dédiée à l'étude de l'homologation judiciaire des conventions, « *sous la bannière des 'modes alternatifs de règlement des litiges (ou des conflits)' sont en général rassemblées toutes les techniques destinées à régler les litiges sans recours au pouvoir juridictionnel du juge judiciaire. Quoique ces techniques trouvent leur origine dans les profondeurs de l'histoire, l'engouement qu'elles suscitent, à tout le moins auprès des milieux juridiques, est relativement récent...En Belgique, le succès relatif de la conciliation facultative organisée par les articles 731 et suivants du Code judiciaire atteste que le poids des habitudes, l'attachement à certains intérêts corporatistes et l'inadaptation des textes ne sont pas de nature à rapprocher les justiciables du règlement négocié de leurs litiges. Pour inverser le cours des choses, un changement des mentalités est nécessaire. C'est un tel changement que le législateur belge a entendu promouvoir par l'adoption de la loi du 21 février 2005* »<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> A. BRAUN, « L'avocat face aux juges », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 746 et s., sp. p. 748, n° 2 ; la procédure pénale, espérons-nous, devrait être sous peu substantiellement modernisée ; sous la précédente législature, une proposition de loi « contenant le Code de procédure pénale » avait été votée par le Sénat et transmise à la Chambre des Représentants le 2 janvier 2006 ; cette réforme se caractérise par « *une formalisation des grandes règles de la procédure pénale, une atténuation du caractère secret et non contradictoire de l'information et de l'instruction, un renforcement des droits des parties au procès ainsi que de toute personne lésée par l'infraction* » (M. FRANCHIMONT, A. MASSET A. JACOBS, *Manuel de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Larcier, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 2006, p. 29) ; l'accord de Gouvernement du 18 mars 2008 annonce son intention d'une réforme de la procédure pénale.

<sup>5</sup> Voy. ainsi, parmi de nombreuses études, J.-P. MASSON, *Le droit dans la littérature française*, Bruylant, 2007, spécialement, pour le thème qui nous retient ici, les pages 5 à 274 consacrées aux « acteurs » et à la « scène et la mise en scène », ainsi que les nombreuses références citées en page 2 de l'introduction ; J.-P. BOURS, « Le thème du 'juge pendeur' dans les lettres anglaises, et quelques autres considérations sur les rapports entre justice et littérature », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 843 et s.

<sup>6</sup> P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions – Essai d'une théorie générale*, Larcier, 2008, sp. pp. 167 et 169, n° 62.

A sa promulgation en 1967, le Code judiciaire avait en effet conservé l'héritage du mécanisme de la tentative de conciliation facultative<sup>7</sup> ; une telle tentative n'a été rendue obligatoire que dans certains contentieux ponctuels, principalement en matière locative<sup>8</sup>.

L'arbitrage quant à lui est régi depuis plus de trente ans par la sixième partie du Code judiciaire, introduite dans ce dernier par une loi du 4 juillet 1972, modifiée sur certaines questions d'importance par une loi du 19 mai 1998. Dans la sphère interne belge, le recours à l'arbitrage reste marginal par rapport au nombre d'affaires dont sont saisis les cours et tribunaux belges<sup>9</sup>. Si l'arbitrage sectoriel a fait son apparition avec un bonheur inégal selon les litiges concernés<sup>10</sup>, les litiges commerciaux restent son terrain d'élection.

La médiation est régie quant à elle par la septième partie du Code judiciaire, ajoutée à ce dernier par une loi du 21 février 2005<sup>11</sup>, qui a succédé à une législation du 19 février 2001 limitée à la médiation familiale. Aux termes de l'article 1725, § 2, du Code judiciaire, le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter, suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception doit être proposée avant tout autre moyen de défense et exception. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin. Le Code judiciaire distingue la médiation volontaire de la médiation judiciaire, cette dernière visant l'occurrence où elle est mise en œuvre par un juge étatique, déjà saisi du litige, de l'accord des parties<sup>12</sup>. Lorsque certaines garanties procédurales sont rencontrées, au premier chef duquel on relève l'agrément du médiateur par une Commission fédérale de médiation, le juge étatique peut homologuer l'accord intervenu entre parties et exhausser ce dernier au rang de jugement d'accord.

L'accord gouvernemental du 18 mars 2008 fait état de ce que « *le Gouvernement continuera à développer les formes de règlement alternatif des litiges notamment en renforçant les mécanismes de médiation* »<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Relevons incidemment que selon le prescrit de l'article 977, § 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, l'expert désigné par le juge « *tente de concilier les parties* ».

<sup>8</sup> Voy. l'article 1344, septies, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, en matière de location de logements, ainsi que l'article 1345, alinéa 1<sup>er</sup>, du même Code en matière de bail à ferme ; par ailleurs, la tentative de conciliation est formellement obligatoire dans certains litiges ressortissant de la compétence du tribunal du travail (articles 734 et 578 combinés du Code judiciaire).

<sup>9</sup> Voy. I. VEROUGSTRAETE, « Exposé de synthèse », in *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruylant, 1999, p. 231 et s., sp. p. 233 ; pour une vue d'ensemble des institutions d'arbitrage et de médiation en Belgique, voy. *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits en Belgique*, La Chartre, 2002 ; l'ouvrage contient des données relatives au nombre d'affaires traitées durant les années précédant sa publication.

<sup>10</sup> Voy. M. PIERS, *Sectorale arbitrage*, Intersentia, 2007.

<sup>11</sup> Selon l'article 1724 du Code judiciaire, peuvent faire l'objet d'une médiation, outre ceux susceptibles d'être réglés par transaction, les différends relatifs aux obligations alimentaires, aux droits et devoirs respectifs des époux, aux effets du divorce, à l'autorité parentale, à la cohabitation légale, à la cohabitation de fait, ainsi que les procédures introduites devant le pouvoir judiciaire relatives au divorce pour désunion irrémédiable, au divorce par consentement mutuel et à la séparation de corps ; sur la médiation en droit belge, voy. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le code judiciaire », J.T., 2005, pp. 297 et s. ; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », R.W., 2004-2005, pp. 1481 et s.

<sup>12</sup> Voy. V. d'HUART, « Statut et fonction du médiateur », Ius & Actores, 2007, pp. 25 et s., sp. p.

<sup>13</sup> L'accord est disponible sur le site [www.premier.fgov.be](http://www.premier.fgov.be).

## 2. Les parts respectives de l'écrit et de l'oral

La procédure « *purement* » écrite prévue à l'article 755 du Code judiciaire ne rencontre pas de succès. La réforme de ce texte en 1992, voulue déjà dans la perspective d'une résorption de l'arriéré judiciaire, fut un échec, probablement pour la raison principale qu'elle « *se heurtait...à l'attachement – virant parfois à la sacralisation – des artisans de la justice à l'oralité des débats. A l'heure où la prépondérance de l'écrit dans le procès civil se manifeste pourtant de manière tangible et inexorable, le mythe de l'oralité a la dent dure* »<sup>14</sup>. Depuis ce constat dressé en 2004, le législateur impose ou écarte le recours à l'écrit selon les exigences de la dynamique de la procédure voulue par la récente et importante loi du 26 avril 2007<sup>15</sup>.

Tantôt la préférence est-elle donnée à l'écrit (ainsi en va-t-il par principe de la procédure de mise en état judiciaire<sup>16</sup> et de celle de réouverture des débats<sup>17</sup>). La norme européenne est également - et fort opportunément - parcimonieuse de l'oralité lorsque cette dernière ne se justifie pas ; ainsi en va-t-il du Règlement (CE) N° 861/2007 du Parlement Européen et du conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, où la procédure est en principe écrite, les audiences constituant l'exception.

La qualité de l'argumentation, tant écrite que verbale, a par ailleurs été renforcée. Ainsi, aux termes de l'article 744, alinéa 2, du Code judiciaire, « *Les conclusions doivent formuler expressément les prétentions du concluant ainsi que les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Les conclusions prises dans une autre cause ou à un autre degré de juridiction, auxquelles il est renvoyé ou fait référence, ne sont pas considérés comme des conclusions au sens de l'article 780, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>* »<sup>18</sup>. De plus, s'impose désormais en principe la rédaction de conclusions de synthèse<sup>19</sup>. Quant au débat oral, le nouvel article 746 ter permet le recours à un débat interactif rendu possible par un dépôt préalable des pièces au greffe.

---

<sup>14</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « La procédure écrite ou le paradigme des promesses non tenues d'une réforme à repenser », in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, Formation permanente C.U.P., vol. 70, Larcier, 2004, pp. 163 et s., sp. p. 167, n° 6.

<sup>15</sup> « *La loi du 26 avril 2007 concrétise cette conception nouvelle d'un procès amélioré (régime équilibré de la sanction du formalisme, conclusions qualificatives et récapitulatives, audience préparée et dialoguée) et synchronisé, atténuant ou éliminant les mauvais ajustements et les temps d'arrêt injustifiés ou non voulus par toutes les parties. Cette approche correspond à l'attente de toute personne qui exerce loyalement son droit d'accès au juge* » (G. de LEVAL, Fr. GEORGES et P. MOREAU, « La loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », in *Le droit judiciaire en mutation – En hommage à Alphonse Kohl*, Formation permanente C.U.P., vol. 95, Anthémis, 2007, pp. 129 et s., sp. p. 133 n° 5) ; sur cette loi, voy. ég. les deux ouvrages *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht* (P. Taelman et P. Van Orshoven eds.), La Chartre, 2007 et *Le procès civil accéléré ? – Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire* (sous la coordination et la direction scientifique de J. Engleberty), Larcier, 2007.

<sup>16</sup> Voy. l'article 747, § 2, du Code judiciaire.

<sup>17</sup> Selon l'article 775, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, « *si la réouverture des débats est ordonnée, le juge invite les parties à s'échanger et à lui remettre, dans les délais qu'il fixe et sous peine d'être écartées d'office des débats, leur observations écrites sur le moyen ou la défense justifiant celle-ci. Le cas échéant, il fixe le jour et l'heure où les parties seront entendues sur l'objet qu'il détermine* ».

<sup>18</sup> La référence légale signifie que la sanction, bien calibrée à l'obligation en question, consiste en ce que le juge n'est pas tenu de répondre aux développements qui font fi de cette exigence.

<sup>19</sup> Voy. l'article 748 bis du Code judiciaire et les quelques exceptions visées par le texte.

Tantôt, dans certaines circonstances, le recours à l'écrit est rendu dispensable. On relève à cet égard la revalorisation par la même loi du 26 avril 2007 de la procédure de débats succincts prévue à l'article 735 du Code judiciaire et à laquelle il est désormais possible de recourir en cours de procédure lorsqu'il s'agit de mesures avant dire droit visées à l'article 19 du Code judiciaire.

Enfin, de façon plus générale, le droit judiciaire belge subit une tendance marquée à l'allègement du formalisme ou à la couverture des manquements à ce derniers afin qu'importe moins la forme d'un acte de procédure que son efficacité<sup>20</sup>.

### 3. La prise en considération des intérêts collectifs

« *L'exécration de l'altruisme* » et la « *sanctification du lucre* »<sup>21</sup> perdent du terrain en droit de la procédure civile. En dérogation au principe selon lequel un groupement, même légalement constitué, n'a pas d'action pour obtenir réparation d'un préjudice causé à tout ou partie de ses membres ou affectant le but pour la défense duquel elle est constituée<sup>22</sup>, des dispositions légales de plus en plus nombreuses confèrent à des groupements ou à des particuliers un droit d'action sanctionnant la défense d'intérêts tantôt collectifs, tantôt individuels. Ainsi en va-t-il, entre autres, en matière de pratiques du commerce, d'environnement, de discrimination, de racisme et de xénophobie<sup>23</sup>. L'esprit chagrin pourrait y voir un signe de l'impéritie des pouvoirs publics, aussi peu sublimés en Belgique qu'ils y sont ubiquitaires, à assurer le respect de la norme édictée...

Outre ces consécutions ponctuelles, on relève le récent et original article 138 bis, § 2, du Code judiciaire, introduit par une loi du 3 décembre 2006. Cette disposition confère un droit d'action de nature *civile* à l'auditorat du travail, qui est en Belgique le ministère public spécialisé en matière de droit social. Aux termes de cette disposition, « *pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, l'auditeur du travail peut d'office, conformément aux formalités du présent Code, intenter une action auprès du tribunal du travail, afin de faire constater les infractions aux dites lois et aux dits règlements* »<sup>24</sup>.

Au-delà, le droit belge de la procédure civile ne connaît pas de reconnaissance générale de la *class-action*. Il ne semble pas qu'il y ait actuellement une volonté politique d'aller plus loin. Outre l'opinion réservée exprimée en février 2008 par un membre du gouvernement

---

<sup>20</sup> Voy. G. de LEVAL, *Le citoyen et la justice civile - Un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, op. cit., p. 105, n° 40, note subpaginale n° 7, se référant à G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. van DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DÉCROËS, « Examen de jurisprudence (1993-2005)- Droit judiciaire privé – Les voies de recours », R.C.J.B., 2006, p. 338, n° 325).

<sup>21</sup> P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, op. cit., pp. 117 et 119.

<sup>22</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, « L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, Formation permanente C.U.P., vol. 41, 2001, pp. 5 et s., sp. p. 15, n° 8.

<sup>23</sup> G. de LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2005, pp. 21 à 23, n° 8.

<sup>24</sup> Sur cette action, voy. F. KEFER et D. FRERE, « Existe-t-il un embryon de 'class action' en droit social : l'article 138 bis, § 2 du Code judiciaire ? », encore inédit, à paraître dans l'ouvrage publié par le Centre Interuniversitaire de droit judiciaire sur les « class actions ».

intérimaire<sup>25</sup>, la déclaration gouvernementale ne contient en tout cas aucun développement à ce sujet<sup>26</sup>.

#### 4. Les rôles respectifs du juge et des parties

En Belgique, en l'absence d'une disposition similaire à l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile, la controverse a régné pendant de nombreuses années quant aux pouvoirs de qualification du juge relativement au litige. Une clarification décisive a été apportée par un arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005<sup>27</sup>. Des précisions complémentaires ont été fournies par des arrêts subséquents de la même Cour les 23 octobre 2006 et 22 janvier 2007<sup>28</sup>.

Ces arrêts consacrent définitivement la conception factuelle de la cause et de l'objet de la demande et permettent de préciser les contours et l'articulation de principes fondamentaux, même si leur application pratique est loin d'être aisée<sup>29</sup>. Il s'agit en premier lieu de l'adage « *Da mihi factum, dabo tibi Jus* ». Ce principe énonce certes un trait essentiel de la procédure civile car le juge ne peut, quant aux faits, se transformer en inquisiteur sous peine de méconnaître le principe dispositif. L'adage doit cependant se concilier avec la règle de la coopération des parties au litige.

Il s'agit ensuite de la distinction entre le *pouvoir et le devoir* du juge de relever d'office les moyens de droit suivant qu'il s'agit de faits spécialement invoqués ou simplement allégués (c'est-à-dire adventices) par les parties. Dès lors que tous les faits correspondant au

---

<sup>25</sup> Selon la réponse donnée le 26 février 2008 à une question parlementaire, la ministre estime tout d'abord nécessaire une évaluation des « class actions » appliquées dans d'autres systèmes judiciaires et exprime ensuite une réticence à l'égard de l'institution, craignant un « *comportement processif irréfléchi* » (Ch Repr., Compte-rendu intégral du mardi 26 février 2008 des débats tenus à la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants de Belgique, CRIV 52 COM 117 du 26 février 2008, p. 2).

<sup>26</sup> Sur la question de l'introduction en droit belge d'actions de ce type, voy. M. PIERS, « Class actions », N.J.W., 2007, pp. 825 et s. et les références citées, ainsi que B. ALLEMEERSCH et M. PIERS, « De invoering in België van een class action naar Amerikaans model – Tu quoque, Gallia ? », encore inédit, à paraître dans l'ouvrage publié par le Centre Interuniversitaire de droit judiciaire sur les « class actions ».

<sup>27</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 14 avril 2005, J.T., 2005, 659 et obs. J. van COMPERNOLLE ; cet arrêt fondamental a ainsi décidé : « *Attendu que le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions ; attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt qu'un accident est survenu lors du montage du hangar que la défenderesse était contractuellement chargée de fournir à la demanderesse et que, pour obtenir la réparation de son dommage, celle-ci a recherché la responsabilité de la défenderesse et celle de deux entreprises auxquelles cette dernière avait fait appel pour exécuter le montage ; attendu que l'arrêt relève que la demanderesse n'invoque pas la responsabilité contractuelle de la défenderesse mais seulement sa responsabilité quasi-délictuelle et décide qu'il ne peut, dès lors, examiner si la défenderesse n'a pas engagé sa responsabilité contractuelle ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, sur la base des faits que la demanderesse invoquait à l'appui de sa demande, la responsabilité contractuelle de la défenderesse n'était pas engagée, l'arrêt n'a pas justifié légalement sa décision* ».

<sup>28</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 23 oct. 2006, Pas., 2006, I, p. 615 ; Cass (1<sup>re</sup> ch.), 22 janv. 2007, J.T.T., 2007, p. 289 ; sur ces arrêts, voy. F. KEFER et J. CLESSE, « La prescription extinctive en droit du travail » in *Les prescriptions et les délais*, Jeune Barreau de Liège, 2007, pp. 151 et s. ; J.F. van DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », R.G.D.C., 2007, p. 616 et 617, n<sup>os</sup> 44 à 46 et réf. cit. ; F. LAGASSE et M. PALUMBO, « Action civile naissant d'un délit, délai de prescription et Cour de cassation », J.T.T., 2007, pp. 473 à 480.

<sup>29</sup> R.O. DALCQ et Chr. DALCQ, « Le juge et l'avocat », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 755 et s., sp. p. 757.

présupposé de la règle de droit applicable ont été invoqués au soutien de la prétention et qu'ils sont aptes à soutenir un autre fondement juridique, le juge est tenu de dire le droit applicable.

En troisième lieu, le *respect du contradictoire* est évidemment d'une importance cardinale. Le juge ne pourrait déjouer les prévisions d'un plaideur en introduisant une nouvelle qualification juridique non préalablement soumise à la contradiction car le plaideur pourrait notamment opposer un élément de fait décisif pour écarter la règle introduite par le juge. A l'extension des prérogatives du juge correspond un surcroît de respect du droit de défense. Cela étant, si la partie n'invoque aucune règle de droit, il appartient au juge d'appliquer le droit et de dire la norme juridique applicable sans avoir à soumettre ce fondement juridique à la contradiction des parties<sup>30</sup>. Cette nuance au principe du contradictoire se comprend mieux que l'atteinte pure et simple à ce dernier consacrée par la Cour de cassation à propos des faits tirés du dossier, où la Haute juridiction a décidé « *Le juge ne méconnaît pas le principe dispositif quand il supplée d'office aux motifs proposés par les parties en s'appuyant sur des faits régulièrement soumis à son appréciation. Lorsque, ce faisant, le juge se borne à se fonder sur des faits qui étaient dans le débat, et qui ont pu être discutés par les parties, il ne viole pas davantage les droits de la défense* »<sup>31</sup>.

Quant à la validité des accords procéduraux sur la qualification, « *le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, mais son pouvoir cède devant la volonté certaine des parties qui ont exclu la question de la qualification du contrat litigieux, ayant 'envisagé le litige sur la base du contrat de vente', alors même que le contrat constitue un contrat d'entreprise. Le juge est tenu par les termes de cet accord procédural dont il ne peut s'écarter à peine de violer le principe dispositif* »<sup>32</sup>.

Enfin, à propos des conditions de l'effet interruptif de la prescription, ce dernier n'est pas lié à un changement de qualification juridique en cours d'instance mais se produit dès l'introduction de la demande, indépendamment de la qualification juridique proposée par la partie.

Il n'est pas étonnant, au terme de cette importante évolution, que le rôle actif du juge soit repris en Belgique au rang de principe directeur du procès<sup>33</sup>.

## 5. L'administration de la preuve

En droit belge, les règles relatives aux modes de preuve, à leur admissibilité et à leur force probante relèvent du droit substantiel en application de l'article 876 du Code judiciaire, aux termes duquel « *Le tribunal juge le différend dont il est saisi selon les règles de preuve applicables à la nature du litige* ». Les problèmes relatifs à la charge de la preuve et aux

---

<sup>30</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.) 16 février 2007, J.T., 2008, p. 173 et la note de J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Pour les droits de défense aussi : *iura vigilantibus* ».

<sup>31</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 mars 2006, J.T., 2006, p. 680 et les obs. J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier », R.C.J.B., 2008, pp. 5 et s., avec note M. GREGOIRE, « Géométrie de l'instance ».

<sup>32</sup> Liège, 20 juin 2006, J.L.M.B., 2007, p. 335 ; voy. sur ce point J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », R.G.D.C., 2007, pp. 605 à 609, n<sup>os</sup> 24 à 33 ainsi que M. GREGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, pp. 10 et s., p. 59, n<sup>o</sup> 109.

<sup>33</sup> G. de LEVAL, *Le citoyen et la justice civile - Un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, op. cit., pp. 24 et 25, n<sup>o</sup> 6.

diverses procédures de réception des preuves relèvent quant à eux du droit de la procédure civile, en l'occurrence les articles 870 à 1016bis du Code judiciaire.

### A. La charge de la preuve et la collaboration à l'administration de la preuve

Aux termes de l'article 870 du Code judiciaire, qui généralise la règle consacrée par l'article 1315 du Code civil, « *chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* ». La charge de la preuve est la nécessité pour chacune des parties de fonder, par des moyens de preuve légalement admis, la conviction du juge quant à l'exactitude des faits concluants sous peine de perdre le procès. L'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve<sup>34</sup>. En principe seule la contestation par le défendeur d'un fait concluant impose au demandeur la nécessité d'une preuve<sup>35</sup>.

En vertu de l'article 871 du même Code, « *le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose* ». Ainsi apparaît la distinction entre la charge de la preuve et l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve : « *la loi, en énonçant l'obligation pour toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, consacre le devoir de chacune d'elles, d'apporter sa contribution à l'œuvre de vérité judiciaire. Aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence et l'abstention, sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir* »<sup>36</sup>. Ce texte constitue une des illustrations du principe de loyauté. Il y a néanmoins lieu de réserver les conflits de valeur que prennent en considération certaines dispositions du Code judiciaire, en matière de production de documents (article 878), d'enquête (article 929) et de règlement collectif de dettes (article 1675/8)<sup>37</sup>.

La question de la sanction du refus de collaboration à l'administration de la preuve nécessite qu'il soit distingué suivant que le refus émane d'une partie ou d'un tiers.

S'il s'agit d'une partie, elle peut être exposée à la sanction procédurale de l'article 875 du Code judiciaire, en vertu duquel lorsqu'une mesure d'instruction ordonnée par le juge n'a pas été exécutée dans les délais fixés, la partie la plus diligente peut, en toute matière, ramener la cause à l'audience pour y faire statuer comme de droit. De plus, l'astreinte peut être un incitant à la collaboration à l'administration de la preuve, sans préjudice de la responsabilité de la partie récalcitrante envers l'autre<sup>38</sup>. Enfin l'article 780bis du Code judiciaire, qui permet

<sup>34</sup> Cass., 17 septembre 1999, Pas., 1999, I, p. 1164.

<sup>35</sup> G. de LEVAL, *Eléments de procédure civile*, op. cit., p. 187, n° 132 A et note 39.

<sup>36</sup> A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2° éd., Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1987, sp. p. 353, n° 476.

<sup>37</sup> Voy. à propos du secret professionnel de l'avocat, C. Arb., 26 juin 2006, J.L.M.B., 2006, pp. 1125 et s., avec obs. J. WILDEMEERSCH ; C. Arb., 28 juillet 2006, J.T., 2006, pp. 792 et notes.

<sup>38</sup> Il est à préciser qu'il est de jurisprudence (critiquée) que la décision ordonnant une comparution personnelle ne peut être assortie d'une astreinte (voy. J. van COMPERNOLLE, *L'astreinte*, Rép. Not., Larcier, 2007, n°s 42 et 61) ; un enseignement similaire se comprend mieux, tout en restant controversé, à propos d'une mesure plus intrusive telle qu'une expertise corporelle, par exemple sanguine (J. van COMPERNOLLE et O. MIGNOLET, « L'astreinte : règles générales et champ d'application », in *Saisies et astreintes*, Formation permanente C.U.P., vol. 65, 2003, pp. 237 à 245 et réf. cit.) ; de façon plus générale, voy. G. de LEVAL, *Le citoyen et la justice civile – Un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, Rev. Dr. ULB, 34-2006, p. 115 : « *la vérité peut être réduite au silence au nom de la dignité du procès civil, en ce sens qu'on ne peut admettre des preuves obtenues à la suite d'une atteinte à la vie privée, les preuves devant être recherchées loyalement. La question se pose alors*

de sanctionner d'une amende l'utilisation à des fins manifestement abusives et dilatoires de la procédure, peut être appliqué à la partie qui, sans motif légitime, refuse de collaborer à l'administration de la preuve<sup>39</sup>.

Cela étant, d'un point de vue substantiel, pourrait-on tenir pour avéré le fait à propos duquel la collaboration de la partie – non tenue à la charge de la preuve – était demandée ? Une telle sanction n'est pas reçue car elle est de nature à entraver la libre appréciation des faits par le juge. Cependant, si le juge appelé à statuer au fond ne peut déduire du seul refus d'une partie des conclusions au sujet de l'existence des faits pour l'établissement desquels la mesure d'instruction a été ordonnée, une telle attitude peut corroborer d'autres moyens de preuve invoqués.

S'il est le fait d'un tiers, on ne peut envisager pour le neutraliser que l'astreinte ou la condamnation du tiers à des dommages et intérêts (C. jud., art. 882).

### B. Les mesures d'instruction ou les procédures de réception de preuve

Tout en insistant sur le fait que le *principe d'économie de procédure* s'impose spécialement en ce domaine<sup>40</sup>, il est important de préciser que le juge compétent pour ordonner une mesure d'instruction apprécie, en principe souverainement, l'opportunité d'y recourir compte tenu notamment de la pertinence des faits allégués et de la carence éventuelle dans l'administration de la preuve.

Les mesures d'instruction sont ordonnées par le juge d'office ou autorisées sur la demande d'une partie afin de recueillir les éléments nécessaires à l'information de la juridiction sur les faits dont dépend la solution du litige. Il peut s'agir de vérifications personnelles du juge, telles la descente sur les lieux (articles 1007 à 1016), la comparution et l'interrogation des parties (articles 992 à 1004) et leur serment (articles 1005 et 1006), de déclarations des tiers par la voie de l'enquête (articles 915 à 961), des lumières d'un technicien par la voie de l'expertise (articles 962 à 991bis), de la production de documents émanant d'une partie ou d'un tiers mais sous réserve d'une procédure de vérification d'écriture ou d'un faux civil (articles 877 à 914) ou de constats (articles 516, al. 2, 584, al. 4, 2°, et 1016bis).

Si, en principe, le procès civil est instruit conformément aux règles énoncées par les procédures de réception de preuve, il n'est pas exclu que soient mises en œuvre des mesures d'instruction non prévues par la loi pour autant qu'un contrôle judiciaire de régularité et de validité demeure toujours possible.

---

*s'il faut distinguer entre un comportement en riposte à une malhonnêteté et une attitude déloyale dès l'origine. En un mot, la loyauté peut avoir un rôle tantôt positif tantôt négatif et, si la vérité apparaît comme un devoir, elle peut aussi, dans certaines hypothèses devenir inaccessible ».*

<sup>39</sup> Voy. en matière de production de documents, D. MOUGENOT, « Le charme discret des « petites » mesures d'instruction », R.D.J.P., 2007, p. 249, n° 26.

<sup>40</sup> Selon l'article 875 bis du Code judiciaire, « *Le juge limite le choix de la mesure d'instruction à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse* ».

## 6. Les voies de recours

En droit belge, l'exercice des voies de recours ordinaires que sont l'opposition et l'appel suspendent l'exécution du jugement attaqué. En vertu de l'article 1397 du Code judiciaire, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice de la possibilité d'opérer une saisie conservatoire si la condition de célérité est remplie (article 1414 du Code judiciaire), l'opposition formée contre le jugement définitif et l'appel de celui-ci en suspendent l'exécution.

A ce principe de l'effet suspensif de l'exercice d'une voie de recours ordinaire, existent des exceptions extensives, dans lesquelles *le délai* pour l'exercice du recours est, par lui-même, suspensif. Tel est le cas lorsque le jugement impose une prestation à un tiers (article 1388 du Code judiciaire) ou contient une condamnation à payer une somme d'argent (article 1495 du Code judiciaire).

Il importe également de relever l'exception restrictive à l'effet suspensif de la voie de recours ordinaire effectivement exercée que constitue l'octroi par le juge du premier degré de l'exécution provisoire, laquelle s'exerce aux risques et périls de la partie qui s'en prévaut (articles 1397 à 1402 du Code judiciaire).

*De lege lata*<sup>41</sup>, l'exécution provisoire est soit légale, soit judiciaire. Dans la première hypothèse, il s'agit d'un effet automatique attaché à la décision par la loi ; dans la seconde, elle est accordée, à la demande de la partie, par le juge, sous la réserve des hypothèses dans lesquelles la loi interdit l'exécution provisoire ou la retarde (ainsi en matière d'expulsion, voy. l'article 1344quater du Code judiciaire). Si l'exécution provisoire peut être accordée en degré d'appel (art. 1401 du Code judiciaire), elle est en principe irrévocable en ce qu'en vertu de l'article 1402 du Code judiciaire « *les juges d'appel ne peuvent en aucun cas, à peine de nullité, interdire l'exécution des jugements ou y faire surseoir* ». Il faut néanmoins réserver l'hypothèse d'un « recours-nullité », par lequel la juridiction d'appel peut vérifier si l'exécution provisoire n'a pas été irrégulièrement accordée, en raison d'un excès de pouvoir ou d'une violation des droits de la défense.

Enfin, lorsque la décision rendue au premier degré est d'une efficacité particulièrement redoutable, il est souvent fait usage de l'article 1066, alinéa 2, 6° du Code judiciaire, qui organise une procédure dans les formes du débat succinct « en cas de recours contre une décision exécutoire par provision sans caution ni cantonnement ». Ce texte est spécialement utilisé par le débiteur qui sollicite la restitution de la faculté de cantonner.

## 7. La constitutionnalisation et l'internationalisation du contentieux

Le présent rapport serait lacunaire s'il n'y était fait état de l'importance croissante en Belgique de la constitutionnalisation et l'internationalisation du droit judiciaire, sous l'influence conjointe de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. Alors que la loi est proliférante, on assiste, dans le même temps, à un essor

---

<sup>41</sup> Cette matière devrait faire l'objet de substantielles modifications afin de revaloriser le premier degré de juridiction ; sur ce point, voy. G. de LEVAL, *Le citoyen et la justice civile – Un délicat équilibre entre efficacité et qualité*, op. cit., pp. 126 à 131, n° 44 à 46.

de la légalité procédurale en dehors de la loi, laquelle a cessé d'avoir le quasi-monopole de la régulation sociale par le droit<sup>42</sup>. Désormais, en effet, outre la constitutionnalisation du contentieux, les règles puisent à des sources internationales et européennes en même temps que le légicentrisme n'est plus de mise.

Sans minimiser les apports fondamentaux qu'il convient de porter à l'actif de ce double mouvement, il semble néanmoins avoir renforcé la conviction « *que la moindre frustration, le moindre inconfort pourraient en appeler aux grandes libertés constitutionnelles* »<sup>43</sup>, tant « *les ressources des principes d'égalité et de non-discrimination paraissent inépuisables* »<sup>44</sup>.

Cela étant, il est très heureux de constater avec le professeur Hakim Boularbah qu'en matière de procédure civile, la Cour constitutionnelle « *ne se livre pas à un contrôle de stricte égalité mais à un contrôle de proportionnalité. Il est indifférent à ses yeux que deux catégories de parties, même si elles se trouvent dans des situations procédurales comparables, soient traitées de manière différente dès lors que cette différence de traitement n'entraîne pas de limitation disproportionnée de leurs droits et, en particulier, de leurs droits de défense* »<sup>45</sup>.

## 8. Considérations finales

Nous n'avons pas évoqué dans le présent rapport les influences des progrès scientifiques et techniques sur la procédure civile. La plus importance d'entre elles, en l'occurrence l'informatisation de la justice, subit en effet en Belgique un important retard par rapport à l'intention politique initialement exprimée<sup>46</sup>. Est intimement lié à cette question le constat que « *les appels à une justice plus transparente, à une meilleure communication...se sont multipliés ces dernières années au nom des droits citoyens* »<sup>47</sup>.

Pour évoquer un instant « la culture judiciaire » belge, cette dernière se caractérise de façon générale, comme dans de nombreux pays - à tout le moins le supposons-nous - par un certain conservatisme mâtiné parfois de quelque corporatisme. Personnellement, à l'opposition des acteurs et à l'insistance sur la grandeur d'âme ou le rôle fondamental qui ne serait l'apanage

---

<sup>42</sup> Sur cette question, voy. L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation de France*, Editions des Journaux Officiels, 2006, n° 636.

<sup>43</sup> P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Collection scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2003, p. 19.

<sup>44</sup> B. RENAULD, « Les illusions de l'égalité ou du 'nivellement par le bas' à la 'lacune' », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 419 et s., sp. p. 421, qui note également que « *le contentieux constitutionnel de l'égalité a fait naître bien des espoirs et a offert bien des victoires aux plaideurs ingénieux et aux justiciables rétablis dans leurs droits* » (ibidem, p. 422).

<sup>45</sup> H. BOULARBAH, « Le jugement par défaut en procédure civile », *J.T.*, 2006, pp. 270 et 271 ; voy. ainsi, récemment, Cour Const., Arrêt n° 134/2007 du 24 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 48 ; Cour Const., Arrêt n° 14/2008 du 14 février 2008 ; Cour const., Arrêt n° 30/2008 du 28 février 2008 ([www.courconstitutionnelle.be](http://www.courconstitutionnelle.be)).

<sup>46</sup> Loi du 10 juillet 2006 relative à la procédure par voie électronique, *M.B.*, 7 septembre 2006 et loi du 5 août 2006 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire en vue de la procédure par voie électronique, *M.B.* du 7 septembre 2006 ; voy. D. MOUGENOT, « La procédure par voie électronique – les modifications de la procédure civile (lois des 10 juillet et 5 août 2006) », *J.T.*, 2007, p. 161 à 169.

<sup>47</sup> I. VEROUGSTRAETE, « La procédure civile confrontée à l'ère électronique », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 627 et s., sp. p. 628, n° 2.

que de certains d'entre eux<sup>48</sup>, nous préférons l'idée d'un dialogue respectueux et attentif entre magistrats et avocats<sup>49</sup>.

Nous relierons par ailleurs à la « *belgitude juridique* », si bien décrite par un membre de la Cour constitutionnelle belge cité en début de ce rapport, le fait que pour les juristes francophones en tout cas, l'argument de procédure devient de moins en moins « *politiquement correct* »<sup>50</sup>.

Pour l'essentiel, nous estimons, avec Monsieur le Rapporteur général Loïc Cadiet, que l'importance de la dimension culturelle du procès ne doit pas être surestimée ; une réserve s'impose peut-être en ce qui concerne le droit de l'exécution, particulièrement enraciné dans les traditions juridiques et dans les mentalités<sup>51</sup>. Néanmoins, il est parfois difficile – et cela explique combien les travaux de droit comparé de l'Association Henri Capitant sont nécessaires – de se départir de ses habitudes processuelles pour appréhender les systèmes judiciaires étrangers. Ainsi expliquerons-nous de la sorte, pour terminer sur une note humoristique, les propos d'un honorable *Queen's Counsel*, qui réunit sur la même sellette, parmi quelques autres, les systèmes judiciaires des signataires du présent rapport, du Rapporteur général et de l'Etat qui accueille ces Journées : « *For all the advantages of the European Union, the civil justice system is widely disparate. No one, properly advised, could contemplate litigating in Belgium, in Italy, in Spain, in France or in Portugal...In certain states such as Louisiana, Alabama and Mississippi, it is impossible to get a fair hearing if you come from out of town* »<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Ainsi, bornons-nous à signaler qu'il y a quelque (fausse ?) naïveté, lorsque l'on regarde de près le quotidien du barreau, à énoncer le constat, par ailleurs incontestable, qu' « *un avocat soumis au pouvoir politique, aux forces économiques ou sociales, aux affaires, fût-ce même à son client ou encore à ses préjugés, n'a plus d'utilité car il devient incapable de servir la justice dans le dialogue qu'il se doit d'entretenir avec le(s) juge(s)* » (A. BRAUN, « L'avocat face aux juges », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 746 et s., sp. p. 746, n° 1).

<sup>49</sup> Voy. ainsi, sur un ton roboratif, R.O. DALCQ et Chr. DALCQ, « Le juge et l'avocat », in *Liber Amicorum Paul MARTENS*, op. cit., pp. 755 et s., les auteurs souhaitant éclairer le lecteur sur « *la manière dont un juge et un avocat souhaitent collaborer pour assurer le respect (de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales)* ».

<sup>50</sup> Nous faisons ici allusion à l'étude de J. ENGLEBERT, « Abus du droit de la procédure - L'argument de procédure est-il juridiquement correct ? », in *Dix ans d'application de la loi du 3 août 1992 et ses réformes – Evaluation et projets d'avenir*, La Charte, 2004, pp. 151 à 172.

<sup>51</sup> « *Enforcement structures are deeply embedded in national laws and only gradual adjustment is feasible* » (W. KENNETT, « Enforcement : general report », in *in Procedural laws in Europe – Towards harmonisation*, Malku, 2003, pp. 79 et s., sp. p. 94) ; du même auteur, voy. ég. « Aperçus comparatifs des différents modes d'exécution forcée des obligations pécuniaires dans l'Union européenne », in *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice : le droit processuel et le droit de l'exécution*, Editions juridiques et techniques, Collection Passerelle, 2002, pp. 255 et s.

<sup>52</sup> A. MARRIOTT, « Arbitration and ADR – Two sides of the Same Coin ? », *Arbitration (71)*-3, 2005, 228-232, p. 228.