

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Principes de base de la procédure judiciaire

Mougenot, Dominique

Published in:

Vade-mecum du juge consulaire

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2012, Principes de base de la procédure judiciaire. dans *Vade-mecum du juge consulaire*. La Charte, Bruxelles, pp. 4-43.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

PRINCIPES DE BASE DE PROCÉDURE JUDICIAIRE

Dominique Mougenot

Union des juges consulaires de Belgique

Institut de formation judiciaire

VADE-MECUM DU JUGE CONSULAIRE

PRINCIPES DE BASE DE PROCÉDURE JUDICIAIRE

Dominique Mougnot

*Juge au Tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux FUNDP Namur*

TABLE DES MATIÈRES**Renvois aux n^{os}****Chapitre I****L'introduction de la procédure**

Section 1
Différentes formes d'acte introductif 1-2

Section 2
Différentes formes de demandes 3

Chapitre II**La mise en état de l'affaire et l'audience**

Introduction – qu'est-ce que la mise en état? 4

Section 1
Les principes qui gouvernent la mise en état
A. Le principe dispositif 5
B. Le principe du contradictoire 6

Section 2
Le circuit court (appelé «procédure en débats succincts» dans le Code judiciaire
A. Notion 7
B. Mesures qui peuvent être adoptées durant la procédure en débats succincts 8

Section 3
Le circuit long
A. Notion 9
B. Respect du contradictoire dans le circuit long
a. Communication des pièces 10
b. Communication et dépôt des conclusions 11
C. Scénarios de mise en état
a. Introduction 12
b. La mise en état consensuelle 13
c. La mise en état forcée 14
d. Appréciation critique 15
e. Les éléments nouveaux justifiant de nouveaux délais pour conclure (art. 748, § 2) 16

Section 4
L'audience
A. Déroulement de l'audience 17
B. La clôture des débats 18

Section 5
La réouverture des débats
A. Notion 19
B. La réouverture des débats à la demande d'une des parties 20

	Renvois aux n^{os}
C. La réouverture des débats ordonnée d'office	21
D. Suite de la réouverture des débats	22
Section 6	
L'instruction et le jugement par défaut	
A. Notion	23
B. Recours	24
Chapitre III	
Le jugement	25
Section 1	
L'office du juge	26
A. Le principe dispositif	
a. Evolution de la matière	27
b. Limites du pouvoir du juge	28
c. Pouvoir d'invoquer des faits nouveaux	29
d. Pouvoir d'invoquer des arguments juridiques nouveaux	30
e. Conclusion	31
B. Le principe du contradictoire	32
Section 2	
Le contenu du jugement	
A. Un peu de terminologie	33
B. La motivation	34
C. Le dispositif	35
Section 3	
L'effet d'un jugement	
A. L'effet extinctif	36
B. L'autorité de chose jugée	37
C. La force exécutoire	
a. Notion	38
b. L'exécution provisoire	39
c. Palliatifs à l'exécution provisoire	40
Section 4	
Les voies de recours	41
Chapitre IV	
Les mesures d'instruction	
Section 1	
Notion	42
Section 2	
L'audition de témoins	43
Section 3	
La comparution personnelle des parties	44

	Revois aux n^{os}
Section 4 La production de documents	45
Section 5 La vue des lieux	46
Section 6 L'expertise	47

Compléments et notes personnelles

Chapitre I

L'introduction de la procédure

SECTION 1

DIFFÉRENTES FORMES D'ACTE INTRODUCTIF

1. Un juge ne peut pas entamer une procédure. L'initiative doit toujours venir d'une des parties au procès: le «**demandeur**», c'est-à-dire celui qui demande au juge de faire respecter un de ses droits qui a été méconnu par une ou plusieurs personnes.

Pour ce faire, le demandeur va devoir faire convoquer son ou ses adversaires devant le tribunal. La personne qui est convoquée pour répondre à la demande s'appelle le **défendeur**.

Le mode habituel de convocation est la **citation**, aussi appelée **assignation**. Elle est réalisée par un huissier de justice, qui se rend au domicile du défendeur pour lui remettre une copie de la citation. Si l'huissier ne peut rencontrer le défendeur en personne, il peut remettre la citation à un membre de sa famille présent au domicile. S'il ne trouve personne, il peut laisser une copie de la citation dans la boîte aux lettres mais il doit alors avertir le défendeur de son passage par courrier recommandé. Tous ces modes de convocation sont valables, même s'ils n'offrent pas les mêmes garanties d'information pour le défendeur (le seul mode qui offre un résultat optimal à ce sujet est la remise de la citation en mains propres).

Dans beaucoup de pays d'Europe, l'intervention d'un huissier de justice a été abandonnée. La convocation du défendeur se fait par la poste. Jusqu'à nouvel ordre, la Belgique reste fidèle à la convocation par acte d'huissier parce qu'elle offre plus de garanties que la convocation postale. D'une part, le risque de perte de la citation est nul et les chances de toucher effectivement le destinataire sont plus élevées. D'autre part, le moment du passage de l'huissier chez le défendeur doit être indiqué dans la citation, ce qui permet de définir avec précision la date de l'introduction de la procédure. L'inconvénient de la citation est son coût, plus élevé qu'un envoi postal.

2. Il existe d'autres modes d'introduction de la procédure mais ils sont moins utilisés que la citation, du moins en matière commerciale.

Les parties peuvent comparaître volontairement devant le tribunal. Elles font une démarche commune et déposent ce qu'on appelle un **procès-ver-**

bal de comparution volontaire. Ce procédé est commode et peu coûteux mais il suppose un minimum de collaboration entre les parties.

Dans certaines matières, la loi autorise le dépôt d'une requête au tribunal. Celle-ci est transmise par le greffe au défendeur, par envoi postal. Mais ces matières ne rentrent pas dans la compétence du tribunal de commerce.

En matière commerciale, dans les cas d'extrême urgence ou lorsque l'adversaire doit être pris par surprise, pour éviter la survenance de faits graves (détournements d'actifs d'une société par exemple), la loi autorise le demandeur à déposer une **requête unilatérale** devant le président du tribunal de commerce. Celui-ci statue sans convoquer le défendeur. Vu le risque élevé de violation des droits de la défense, ce procédé ne peut être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles.

Certaines procédures particulières sont introduites selon un mode tout à fait spécifique.

Exemples: la procédure de faillite sur aveu, qui est introduite par une déclaration du failli au greffe, la procédure de réorganisation judiciaire, qui est introduite par requête unilatérale, ...

SECTION 2 DIFFÉRENTES FORMES DE DEMANDES

3. La demande qui ouvre le procès s'appelle la **demande originaire**. Toutes les demandes formées en cours de procès s'appellent les **demandes incidentes**. Il y en a de différents types:

- a) le demandeur peut modifier sa demande originaire et former une **demande nouvelle**.

Exemple: le demandeur ajoute une facture supplémentaire à celles dont il réclame le paiement dans la citation.

- b) le défendeur peut également former une demande en réponse à celle du demandeur: il s'agit de la **demande reconventionnelle**.

Exemple: l'acheteur réclame au vendeur la rupture du contrat de vente pour défaut de la chose vendue. Le vendeur introduit une demande reconventionnelle en paiement du prix.

- c) il est également possible d'obliger un tiers à participer au procès: c'est la **demande en intervention forcée**.

Exemple: le vendeur, cité à comparaître par son acheteur, assigne lui-même son fournisseur en intervention forcée pour l'obliger à donner sa garantie.

Chapitre II

La mise en état de l'affaire et l'audience

INTRODUCTION – QU'EST-CE QUE LA MISE EN ÉTAT?

4. Après l'introduction de l'affaire devant le tribunal vient une phase de préparation du dossier, qui précède la plaidoirie. C'est ce qu'on appelle la «mise en état», c'est-à-dire que l'affaire est «mise en état d'être plaidée».

Cette phase a fort évolué au cours des ans et c'est un des niveaux de la procédure où le partage des tâches entre le juge et les parties s'est considérablement modifié. La mise en état est dominée par deux principes qui seront développés dans les paragraphes qui suivent: le principe dispositif et le principe du contradictoire.

SECTION 1

LES PRINCIPES QUI GOUVERNENT LA MISE EN ÉTAT

A. LE PRINCIPE DISPOSITIF

5. Lorsque les juristes de Napoléon ont rédigé le Code de procédure civile en 1806, ils ont fortement mis en valeur l'**autonomie des parties** (très présente également dans le Code civil, élaboré deux ans plus tôt). Le procès appartenait aux parties, le juge n'étant qu'un arbitre passif qui intervient, en finale, pour départager les plaideurs. C'étaient donc les parties qui introduisaient l'affaire (le tribunal ne se saisit pas lui-même), qui dirigeaient le procès (qui durait aussi longtemps que les parties le souhaitaient, sans que le juge n'ait aucune emprise) et qui y mettaient fin si elles le souhaitaient (par un accord par exemple).

C'est le modèle dit de la «**procédure accusatoire**», dans lequel la direction du procès appartient aux parties. Ce modèle s'oppose à celui de la **procédure «inquisitoire»**, dans lequel le juge dirige le procès. Dans notre droit, le modèle inquisitoire est présent, de manière un peu atténuée, dans la procédure pénale. En revanche, la procédure civile représentait, au début du XIXe siècle, un exemple de modèle accusatoire à l'état pur. La procédure était totalement régie par le «**principe dispositif**», c'est à dire l'**idée que les parties disposent de la procédure comme elles l'entendent**. Pour illustrer ce principe, on dit parfois que le procès est la «chose des parties».

Au fil du temps, les effets pervers de ce système sont apparus assez clairement: abandonner la procédure à l'initiative des parties revient à accepter que les procès s'éternisent si les parties n'ont pas la volonté ou la possibilité de diligenter l'affaire. C'est ainsi qu'en 1910 déjà, un auteur français écrivait: *«sans doute l'objet du procès appartient aux parties, mais la procédure ne leur appartient pas. Elles peuvent ne pas plaider; mais, si elles s'adressent au juge, c'est à lui de diriger la marche du procès. L'État doit la justice; il la doit rapide et simple; il ne peut donc laisser les plaideurs, (...) ou avocats, libres d'allonger, de compliquer le procès, et ainsi d'entraver et de retarder le cours de la justice à l'égard de tous les justiciables ... Le juge dirigeant la procédure, c'est là, à notre avis, la clé de la réforme, le seul moyen de diminuer les lenteurs et les périls du procès, de mener la procédure à sa fonction qui est le service du droit, du bien public, de la paix sociale»*¹. Cela amène à distinguer le litige, qui appartient aux parties, et le procès, qui est l'affaire du juge.

En 1970, le Code de procédure civile est abrogé et est remplacé par le **Code judiciaire**, une législation moderne, qui régit encore la procédure de nos jours. La procédure y reste encore largement régie par le modèle accusatoire et le principe dispositif. La règle de base reste que la mise en état est abandonnée à l'initiative des parties. Sauf pour les cas simples², une affaire est normalement **«renvoyée au rôle général»** lors de l'audience d'introduction, c'est-à-dire mise en suspens. Ensuite les parties échangent leurs arguments et leurs dossiers. Lorsqu'elles sont prêtes à plaider, elles demandent la **«fixation»** de l'affaire, c'est-à-dire l'indication d'une date à laquelle elle pourra être plaidée. Dans ce système, le juge n'intervient absolument pas. La durée de cette phase de mise en état est totalement dépendante de la diligence des parties et de leurs avocats. Si elles sont rapides, la mise en état peut se faire en quelques mois, voire quelques semaines. Si elles sont lentes, cette phase du procès peut s'éterniser durant des années.

Cette situation est, au fil des ans, apparue de plus en plus insupportable. La presse s'est emparée de cas assez emblématiques, dans lesquels la procédure s'était poursuivie sur de nombreuses années. En outre, le droit international a contraint la Belgique à prendre des initiatives pour accélérer le cours des procès. En effet, la Belgique est membre du Conseil de l'Europe. Cette organisation internationale a été constituée au lendemain de la seconde guerre mondiale pour promouvoir les droits de l'homme. Son principal instrument est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (en abrégé C.E.D.H.), que la Belgique a signée.

L'article 6 de cette convention garantit le **droit au procès équitable**. Il est rédigé comme suit: **«toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des**

¹ A. TISSIER, «Le rôle social et économique des règles de la procédure civile, les méthodes juridiques», cité par G. DE LEVAL et F. ERDMAN, *Les dialogues Justice*, rapport de synthèse, S.P.F. Justice, 2004, p. 217.

² Voir ci-après, le circuit court.

contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle».

On y lit clairement que le justiciable a le droit de revendiquer que le procès se déroule «dans un **délai raisonnable**». Mais comment garantir le respect de cette exigence lorsque le déroulement du procès échappe totalement à l'emprise du représentant de l'État qu'est le juge? La Cour de justice des droits de l'homme, située à Strasbourg, qui est la gardienne de la Convention, condamne les États membres du Conseil de l'Europe qui ne respectent pas l'article 6. Comme la plupart des autres États, la Belgique a également subi des condamnations pour non-respect du délai raisonnable. La motivation de la Cour à ce sujet est assez stéréotypée: «*il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable*». Le caractère accusatoire de la procédure n'était donc pas une excuse pour l'État belge, pour expliquer la longueur des procès. Il était indispensable que l'État réforme le droit judiciaire, de manière à éviter la prolongation anormale des procédures, quitte à forcer les parties à adopter un rythme plus rapide que ce qu'elles auraient spontanément souhaité.

Ce processus s'est marqué dans deux réformes successives, en 1992 et surtout en 2007. A l'issue de cette évolution, on constate que le visage de la procédure civile s'est considérablement modifié. Désormais, les parties ont toujours la possibilité d'organiser amiablement la procédure mais elles interviennent dans un cadre strict, où le juge reprend la main si aucun accord sur la mise en état ne se dessine.

B. LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

6. Ce principe est également une émanation du principe du procès équitable énoncé à l'article 6 C.E.D.H., même s'il n'y est pas expressément énoncé. L'idée est qu'une personne ne peut pas assurer sa défense efficacement si elle ne connaît pas ce qui lui est reproché. **Toute partie au procès doit donc connaître l'argumentation de son adversaire et les pièces de son dossier.** Mais cela ne suffit pas: si cette argumentation et ces pièces sont révélées à la dernière minute, la partie ne pourra pas y répondre adéquatement, sauf dans des cas peu complexes. **Le principe du contradictoire implique donc non seulement l'échange des pièces et arguments mais aussi que les parties disposent d'un temps suffisant pour préparer leur dossier à tête reposée,** ce qui peut impliquer d'effectuer des recherches juridiques ou de rassembler des éléments de preuve dont on ne dispose pas encore.

Toute l'économie de la mise en état est dominée par ce principe: **il est hors de question que l'une des parties puisse surprendre l'autre en se fondant sur des éléments qui lui étaient inconnus.**

Même le juge ne peut prendre les parties par surprise: lorsque la loi ou la jurisprudence lui donnent le droit de soulever des arguments que les parties n'avaient pas examinés, il doit leur donner l'occasion d'y réagir, le cas échéant en organisant une nouvelle mise en état (c'est la procédure de «réouverture des débats» – voir ci-après, N° 19).

Donc, concrètement, une forme de dialogue va se nouer entre les parties:

- le demandeur doit exposer de manière schématique sa position dans l'acte qui introduit la procédure et il doit communiquer au défendeur, au début du procès, les pièces du dossier sur lesquelles il va se fonder;
- le défendeur va élaborer une argumentation de défense et va lui-même établir un dossier de pièces qui appuient sa défense; aussi bien cette argumentation que ces pièces devront être communiquées au demandeur;
- celui-ci dispose alors du droit de répliquer à la défense, ce qui peut entraîner, le cas échéant, la production de nouvelles pièces;
- le défendeur peut alors répondre à l'argumentation nouvelle du demandeur ...

Et ainsi de suite jusqu'à ce que plus personne ne souhaite répondre à l'autre. En principe, c'est le défendeur qui a le droit du dernier mot mais il s'agit d'un usage plus que d'un principe impératif. En tout cas, cette règle n'est pas consacrée par la loi.

Le Code judiciaire impose aux parties de rédiger leur argumentation par écrit. C'est important à la fois pour les parties et pour le juge.

- Pour les parties, il est indispensable de pouvoir déterminer avec précision la position de son adversaire. L'écrit offre les nuances et la précision nécessaires. En outre, certaines affirmations ou prises de position d'une partie lors de la mise en état peuvent être capitales pour l'issue du procès car il arrive qu'une partie fournisse involontairement des armes à son adversaire. D'où l'importance de l'argumentation écrite, qui est la seule à permettre la conservation des affirmations des parties.
- L'écrit est important pour le juge aussi, car il ne doit répondre qu'aux arguments écrits. Il peut rencontrer une argumentation développée de manière purement verbale à l'audience mais ce n'est pas une obligation pour lui.

L'écrit dans lequel les avocats exposent leur argumentation s'appelle «**conclusions**». D'où l'expression courante dans le milieu judiciaire: les avocats doivent «conclure», c'est-à-dire rédiger une argumentation écrite. Les raisonnements adoptés par les parties dans leurs conclusions s'appellent des «**moyens**». Lorsque le juge invoque des éléments que les parties n'avaient pas développés, on dit qu'il «soulève un moyen d'office»³.

³ Cette faculté du juge sera développée au chapitre III.

Les premières conclusions préparées par les parties s'appellent «**conclusions principales**». Les conclusions ultérieures par lesquelles les parties répliquent à l'argumentation de l'adversaire s'appellent «**conclusions additionnelles**». Dès qu'une partie prépare plusieurs jeux de conclusions, la loi impose désormais de rédiger ses dernières conclusions sous forme de «**conclusions de synthèse**», c'est-à-dire qu'elles doivent reprendre la totalité de leur argumentation.

La finale des conclusions est appelée «**dispositif**»⁴. C'est en quelque sorte un condensé des demandes ou des défenses, que la partie souhaite voir consacrer par le tribunal dans le jugement. Il n'est toutefois pas exigé que toutes les demandes figurent nécessairement dans le dispositif. Le juge devra répondre à une demande qui serait formulée dans la motivation du raisonnement mais que ne serait pas reprise au dispositif des conclusions.

Exemple: dans la motivation de ses conclusions, une partie demande la rupture du contrat et des dommages-intérêts; dans le dispositif, elle se borne à demander la condamnation de son adversaire à payer des dommages-intérêts; il n'en reste pas moins que la demande de rupture du contrat est valablement formée et que le juge devra la rencontrer dans son jugement.

Principe dispositif et principe du contradictoire se retrouvent dans toutes les procédures mais ils ne se manifestent pas toujours avec la même ampleur. Lorsque l'affaire est simple, il n'est pas nécessairement utile de rédiger des conclusions. C'est ainsi que les auteurs en sont venus à distinguer deux formes de mise en état: le **circuit court** et le **circuit long**.

SECTION 2 LE CIRCUIT COURT (APPELÉ «PROCÉDURE EN DÉBATS SUCCINCTS» DANS LE CODE JUDICIAIRE)

A. NOTION

7. Le **circuit court** est une forme accélérée d'instruction de la cause: l'affaire est plaidée dès l'audience d'introduction ou à une date rapprochée.

L'article 735, § 1 du Code judiciaire dispose que «à l'égard de toute partie comparante, les causes qui n'appellent que des débats succincts sont retenues à l'audience d'introduction ou remises pour être plaidées à une date rapprochée, pour autant que la demande motivée en a été faite dans l'acte introductif d'instance ou par la partie défenderesse».

⁴ A ne pas confondre avec le «principe dispositif» vu ci-dessus.

Les causes qui n'appellent que des **débats succincts** sont:

- soit des affaires simples, qui ne posent pas de questions juridiques complexes ou qui ne demandent pas l'élaboration d'un dossier de pièces volumineux;

Exemple: une récupération de créance.

- soit des segments d'un litige, qui ne demandent pas de débats approfondis;

Exemple: une demande de désignation d'expert «avant dire droit»; le débat relatif au fond de l'affaire peut être très complexe mais la désignation d'un expert, dans un premier stade de la procédure, peut ne pas occasionner de difficulté particulière parce que cela apparaît aux parties comme un préambule incontournable pour trancher le litige.

B. MESURES QUI PEUVENT ÊTRE ADOPTÉES DURANT LA PROCÉDURE EN DÉBATS SUCCINCTS

8. Différents cas de figure peuvent se présenter:

- le défendeur ne conteste pas la demande – en ce cas, un jugement d'accord peut alors être prononcé;
- le défendeur conteste mais est prêt à plaider – en ce cas, la cause peut être plaidée dès l'audience d'introduction et un jugement est prononcé immédiatement ou à bref délai;
- une des parties demande une mesure d'instruction, c'est-à-dire une mesure qui va permettre d'en savoir plus sur les faits du dossier (audition de témoins, vue des lieux ...) ⁵ ou d'avoir l'avis d'un technicien (expertise) – en ce cas, le fond du litige n'est pas tranché mais le juge ordonne immédiatement une mesure d'instruction (s'il l'estime opportun);
- le défendeur conteste et demande un court délai pour instruire l'affaire ou le nombre d'affaires fixées à l'audience ne permet pas de plaider à l'audience d'introduction – en ce cas, l'affaire est remise à date fixe; ce procédé est assez fréquent devant les tribunaux de commerce.

La procédure en débats succincts présente des particularités. Notamment, les parties ne sont pas tenues de déposer des conclusions (art. 735, § 3). Lorsque des conclusions ont été préparées, elles peuvent être déposées à l'audience. Donc l'aspect écrit de la procédure de mise en état est moins marqué dans ce processus.

⁵ Voir ci-après, chapitre IV.

SECTION 3 LE CIRCUIT LONG

A. NOTION

9. Dans le circuit court, la préparation de l'affaire est réduite à sa plus simple expression: l'établissement du dossier de pièces se fait rapidement; les avocats ne rédigent pas de conclusions ou des conclusions succinctes. Dès que l'affaire devient plus complexe, ce système ne fonctionne plus. Il convient de réserver aux parties le temps d'affûter leurs arguments et de rassembler toutes les pièces utiles, ce qui peut entraîner des démarches auprès de tiers. Des recherches juridiques peuvent également être nécessaires. Le problème ici revient donc à laisser aux parties un temps suffisant pour respecter leurs droits de la défense, tout en évitant que le dossier ne s'enlise.

B. RESPECT DU CONTRADICTOIRE DANS LE CIRCUIT LONG

A. COMMUNICATION DES PIÈCES

10. En application du principe du contradictoire, **chacun des plaideurs est tenu de communiquer à l'autre toutes les pièces (contrats, courriers, attestations, documents techniques, photos ...) qu'il entend utiliser au cours de l'instance.** Cette règle s'étend aux pièces qui sont utilisées au cours d'une expertise et aux notes et mémoires déposés à la suite des plaidoiries.

Les pièces communiquées deviennent communes aux parties: chacune d'elles peut les invoquer au mieux de ses intérêts. Il peut arriver qu'une partie trouve des éléments importants dans les pièces communiquées par son adversaire.

Lorsqu'une partie refuse de communiquer des pièces décisives, elle peut y être contrainte par le tribunal, soit d'office, soit sur demande de son adversaire. Une partie n'a donc pas le droit de cacher des pièces, même si elles sont défavorables à sa position⁶.

B. COMMUNICATION ET DÉPÔT DES CONCLUSIONS

11. L'article 745 dispose que toutes conclusions sont adressées à la partie adverse ou à son avocat, en même temps qu'elles sont remises au greffe. Il faut donc bien distinguer:

- **le dépôt des conclusions au greffe,**
- **l'envoi de ces conclusions à la partie adverse.**

⁶ Voir ci-après, chapitre IV, procédure de production de documents.

En principe, ces deux opérations doivent se dérouler simultanément. Toutefois, il est clair que c'est la communication à la partie adverse qui est la plus importante pour la préservation du contradictoire. Ce qui compte pour l'avocat, c'est de recevoir réellement et en temps utile les conclusions de son adversaire, plus que de savoir à quelle date, elles ont été déposées au tribunal. La date de dépôt n'est cependant pas sans importance: lorsqu'une demande nouvelle est formée dans des conclusions, la date à prendre en considération pour apprécier si cette demande a été faite dans les délais est la date de dépôt des conclusions au greffe.

Si les conclusions n'ont pas été *envoyées* à l'adversaire ou *déposées* au greffe (il faut les deux) dans le délai, elles sont écartées d'office des débats, sauf accord des autres parties.

C. SCÉNARIOS DE MISE EN ÉTAT

A. INTRODUCTION

12. Jusqu'il y a peu, les affaires plus complexes ou qui nécessitent des mesures d'instruction étaient quasi automatiquement «*renvoyées au rôle*», c'est-à-dire qu'elles étaient reportées mais sans qu'une date d'audience ne soit fixée, contrairement à la procédure en débats succincts⁷. Elles étaient ultérieurement refixées pour plaidoiries lorsqu'elles étaient «*en état*», c'est-à-dire lorsque l'instruction contradictoire était complètement accomplie. À ce moment, elles étaient distribuées à d'autres chambres que la chambre d'introduction par le président du tribunal, afin d'être plaidées. Toutes les affaires renvoyées au rôle y demeuraient jusqu'au moment où une demande de fixation pour plaidoiries était adressée au tribunal.

La loi du 26 avril 2007 a bouleversé ce scénario en profondeur. Le renvoi au rôle n'est désormais plus la règle. Au contraire, si les parties n'ont pas sollicité expressément la remise à date fixe ou le renvoi au rôle, le tribunal fixera d'autorité un **calendrier** pour l'échange des pièces et des conclusions et fixera d'emblée une date de plaidoiries. Si les parties se sont mises d'accord sur un calendrier, il sera entériné par le tribunal. A défaut, c'est le juge qui précisera les délais, en tenant compte des observations éventuelles des parties. Ce mécanisme sera examiné plus en détail dans les paragraphes suivants.

B. LA MISE EN ÉTAT CONSENSUELLE

13. Dans la **mise en état consensuelle**, les parties échangent spontanément leurs conclusions. Lorsque l'affaire est en état et que les parties ne sou-

⁷ C'est donc la différence entre «la remise (à date fixe)» et «le renvoi au rôle», qui intrigue souvent les avocats stagiaires lors de leurs premières audiences.

haitent plus conclure, elles sollicitent conjointement la fixation de la cause à l'audience pour plaider (art. 750). Concrètement les avocats adressent au greffe un *bulletin de fixation*, indiquant les coordonnées de l'affaire et le délai de plaidoiries dont ils souhaitent disposer.

Le greffe notifie alors aux parties un **avis de fixation**, indiquant la date et, le cas échéant, l'heure⁸ à laquelle l'affaire pourra être plaidée. En principe, toutes les conclusions déposées après l'envoi de la demande conjointe de fixation sont écartées d'office (art. 748, § 1).

La pratique a engendré un nouveau mécanisme non prévu par le législateur: il arrive que les avocats, sans passer par le tribunal, fixent de commun accord les délais pour conclure et demandent immédiatement une date de plaidoirie. Après quelques hésitations, la jurisprudence a fermement approuvé cette pratique. De nombreuses juridictions ont encouragé ce procédé, en proposant même aux plaideurs des formulaires pour faire entériner par le tribunal le calendrier qu'ils ont mis au point.

Il s'agit d'une forme consensuelle de mise en état, parce que ce sont les parties qui fixent elles-mêmes les délais pour conclure. Le juge ne fait qu'entériner l'accord des parties mais ne leur impose rien. La différence par rapport à la formule classique est que des délais contraignants sont fixés d'emblée et que la mise en état n'est plus abandonnée à la bonne volonté ou à la diligence des parties.

Le législateur a saisi la balle au bond et a intégré les **calendriers amiables** dans la loi. L'article 747, § 1^{er}, modifié par la loi du 26 avril 2007, dispose que les parties peuvent convenir entre elles de délais pour conclure à l'audience introductive et à chaque audience ultérieure. Le juge doit alors informer les parties de la date la plus proche à laquelle une audience pourrait être fixée. Une fois les parties d'accord sur les délais, le juge prononce une ordonnance confirmant les délais et la date de plaidoiries. Si les délais ne sont pas respectés par les parties, leurs conclusions seront écartées d'office.

C. LA MISE EN ÉTAT FORCÉE

14. Lorsque les parties ne fixent pas elles-mêmes leur calendrier, le législateur, dans la loi du 26 avril 2007, a privilégié une autre forme d'instruction du dossier, dans laquelle c'est le juge qui décide quels délais devront être appliqués et qui fixe la date de plaidoiries. C'est la «**mise en état judiciaire**».

Dans ce cas, l'affaire est tenue en suspens durant 30 jours, durant lesquels les parties peuvent faire valoir leurs observations concernant les modalités

⁸ Certaines juridictions fonctionnent à heure fixe: chaque affaire est alors fixée pour une heure précise. D'autres juridictions renseignent simplement l'heure de début d'audience et il appartient alors aux avocats présents de se concerter pour déterminer l'ordre de passage. Les pratiques varient suivant les tribunaux de commerce.

de la mise en état. A l'issue de ce délai, le juge rend une ordonnance fixant le calendrier. Il ne s'agit alors plus d'entériner un accord des parties sur un calendrier mais d'en fixer un d'initiative. La mise en état judiciaire est obligatoire lorsque les parties ne s'accordent pas sur un autre scénario. En principe, elle intervient en début de procès mais il est possible d'y recourir à tout stade de la procédure. Par exemple, si l'affaire a été renvoyée au rôle lors de son introduction, une partie qui souhaite faire pression sur son adversaire peut ultérieurement accélérer la mise en état en demandant au tribunal de passer à la mise en état judiciaire.

D. APPRÉCIATION CRITIQUE

15. On constate que le modèle actuel est mixte. Il reste fondé sur le principe de la procédure accusatoire: ce sont les parties qui introduisent le procès et elles peuvent y mettre fin à tout moment. Ce sont également elles qui définissent les grandes options de la mise en état. Si elles s'accordent à faire renvoyer l'affaire au rôle général, le juge est sans pouvoir pour leur imposer un calendrier. Donc cette procédure classique de mise en état reste utilisable, même si elle devient de plus en plus rare en pratique. Les calendriers ont, dans la plupart des cas, remplacé la formule traditionnelle. Le plus souvent, ce sont les parties qui les préparent, de telle sorte que le rôle du juge est réduit. Les avocats ont bien compris qu'il valait mieux s'accorder entre eux sur des délais qui leur conviennent, plutôt que d'attendre une décision du juge, qui peut révéler des surprises. Là où les parties ne s'accordent pas, le rôle du juge devient décisif: c'est lui qui fixe le tempo et impose les délais aux parties. Les parties ont donc partiellement perdu la maîtrise de la procédure. On ne peut donc plus parler de modèle accusatoire pur.

Cette démarche du législateur tend à accélérer le cours des procès en évitant une prolongation anormale de la mise en état. Devant les juridictions déjà engorgées, une accélération de la mise en état ne fait toutefois qu'augmenter le nombre de dossiers prêts à être plaidés et donc accroît l'arriéré judiciaire plutôt que de le résorber. Les tribunaux de commerce ont traditionnellement un arriéré faible ou inexistant, en tout cas comparé aux juridictions civiles ou aux cours d'appel. La réforme de 2007 a toutefois eu pour effet, même devant ces juridictions, de rallonger les délais de fixation des affaires.

Cette réforme amène donc à un constat mitigé:

- d'une part, par l'établissement de calendriers dès l'audience d'introduction, elle évite toute perte de temps et garantit que la mise en état ne se prolongera pas au-delà du nécessaire; le gain de temps par rapport au renvoi au rôle est évident; mais c'est au prix d'une pression accrue sur les avocats, qui doivent désormais respecter en permanence de nombreux délais contraignants, là où la mise en état classique, par renvoi au rôle, leur offrait une plus grande souplesse;
- d'autre part, en bloquant d'emblée de nombreuses dates de plaidoiries, la pratique des calendriers contribue à encombrer le rôle des juridictions (la liste des affaires fixées) et prolonge les délais de fixation.

Globalement, la situation est favorable pour les moyennes et grosses affaires, dont la mise en état a été accélérée. Elle est défavorable voire catastrophique pour les petites affaires, qui ne peuvent parfois plus être plaidées à délai rapproché, compte tenu de l'encombrement du rôle engendré par les calendriers.

E. LES ÉLÉMENTS NOUVEAUX JUSTIFIANT DE NOUVEAUX DÉLAIS POUR CONCLURE (ART. 748, § 2)

16. La fixation de calendriers contraignants peut engendrer des situations délicates si un élément nouveau, important pour la solution du litige, apparaît alors qu'une ou plusieurs parties n'ont plus le droit de conclure.

L'article 748, § 2 introduit une porte de sortie dans ces situations: si, durant le délai précédant la date fixée pour les plaidoiries, une pièce ou un fait nouveau et pertinent justifiant de nouvelles conclusions est découvert par une partie qui a conclu, celle-ci peut, au plus tard trente jours avant l'audience fixée pour les plaidoiries, demander à bénéficier d'un nouveau délai pour conclure.

SECTION 4 L'AUDIENCE

A. DÉROULEMENT DE L'AUDIENCE

17. Les parties et/ou leur *conseil* sont entendus à l'audience. En principe, les débats sont **publics**. La loi prévoit toutefois un certain nombre d'exceptions: conciliation, audition de témoin, d'expert ... Lorsque le public n'est pas admis, on dit que le tribunal siège «*en chambre du conseil*».

En principe, le demandeur plaide en premier, le défendeur en second. Chacune des parties a ensuite le droit de répliquer. Lorsque le ministère public est présent à l'audience (faillite, continuité des entreprises), les parties ont le droit de répliquer à son avis oral. Lorsque le juge intervient dans le débat pour poser des questions, la plaidoirie peut devenir une discussion à bâtons rompus. L'article 756*ter*, introduit en 2007, prévoit même que la plaidoirie peut être purement et simplement remplacée par un débat interactif mené par le juge, si les parties sont d'accord. C'est la conséquence du fait que, dès lors que les conclusions et les pièces ont été déposées avant l'audience, le juge a pu en prendre connaissance préalablement. Il n'est donc plus véritablement nécessaire de lui exposer l'ensemble des éléments du dossier, comme dans une plaidoirie classique. Cela ne s'applique toutefois guère devant les juridictions où interviennent des assesseurs non professionnels (tribunaux du commerce ou du travail) parce que ceux-ci ne lisent généralement pas le dossier avant l'audience. La plaidoirie reste leur seul moyen de prise de connaissance des éléments de la cause.

B. LA CLÔTURE DES DÉBATS

18. À l'issue des plaidoiries, le juge prononce la *clôture des débats* (art. 769, al. 1). Cette décision n'est susceptible d'aucun recours (art. 769, al. 4). À partir de ce moment, les parties ne peuvent plus déposer ni pièce, ni conclusions, ni notes (art. 771).

Soit le jugement est prononcé immédiatement⁹, ce qui ne peut se concevoir que pour des affaires très simples, soit le juge *prend l'affaire en délibéré*, c'est-à-dire qu'il s'accorde un délai pour examiner les pièces et les conclusions et rédiger son jugement. Il doit alors fixer le jour du prononcé du jugement (art. 770). En principe, le jugement est prononcé **dans le mois** de la clôture des débats.

SECTION 5 LA RÉOUVERTURE DES DÉBATS

A. NOTION

19. Avant de prononcer son jugement, le juge peut être amené à ordonner la *«réouverture des débats»*, c'est-à-dire qu'il fixe une nouvelle audience pour entendre les parties sur une question particulière.

La réouverture des débats peut être ordonnée à la demande d'une des parties ou d'office.

B. LA RÉOUVERTURE DES DÉBATS À LA DEMANDE D'UNE DES PARTIES

20. L'article 772 dispose que *«si, durant le délibéré, une pièce ou un fait nouveau et capital sont découverts par une partie comparante, celle-ci peut, tant que le jugement n'a été prononcé, demander la réouverture des débats»*.

Le juge apprécie alors si l'élément invoqué par la partie est réellement nouveau ou était antérieurement connu (ou aurait pu l'être) mais n'a pas été invoqué en temps utile. Il se peut également que la tardiveté de l'apparition de cet élément s'explique par la négligence d'une des parties.

Il vérifie également si cet élément est capital, en ce sens qu'il est susceptible de modifier l'appréciation que le tribunal peut avoir sur le litige. Si la pièce ou le fait nouveau est anecdotique ou n'apporte rien à la discussion, la demande de réouverture des débats sera rejetée.

⁹ Dans le jargon judiciaire, on parle de prononcé «sur les bancs».

C. LA RÉOUVERTURE DES DÉBATS ORDONNÉE D'OFFICE

21. L'article 774 précise que le juge peut ordonner la réouverture des débats.

La réouverture des débats est:

- facultative si le juge souhaite simplement obtenir des explications complémentaires; en principe, ce type de réouverture des débats peut être évité si la cause a été correctement instruite et que le juge a posé les questions adéquates à l'audience; mais on ne pense pas toujours à tout ...;
- obligatoire lorsque le juge envisage de rejeter la demande en tout ou en partie sur la base d'un argument que les parties n'avaient pas invoqué devant lui et qu'il n'a pas soulevé à l'audience.

D. SUITE DE LA RÉOUVERTURE DES DÉBATS

22. Lorsque le juge ordonne la réouverture des débats, les parties peuvent à nouveau conclure mais uniquement sur l'objet de cette réouverture. Elles ne sont pas autorisées à réexaminer tous les aspects du litige. Une demande nouvelle qui est étrangère à l'objet de la réouverture des débats est irrecevable.

Rien n'interdit de multiplier les réouvertures des débats: si le juge se heurte successivement à deux difficultés qui nécessitent de nouveaux débats et qu'il ne pouvait apercevoir immédiatement, il sera bien obligé d'ordonner deux réouvertures des débats successives.

SECTION 6 L'INSTRUCTION ET LE JUGEMENT PAR DÉFAUT

A. NOTION

23. Un jugement est dit «*contradictoire*» lorsqu'il est prononcé au terme d'une procédure au cours de laquelle les parties ont déposé des conclusions, comparu à l'audience et plaidé. Le jugement «*par défaut*» est prononcé lorsqu'une des parties n'a pas conclu et n'a pas comparu ni plaidé. Le défaut peut se produire dans le chef du demandeur et dans celui du défendeur. Mais le défaut du demandeur est plus rare en pratique.

Même si le défaut est souvent dilatoire (pour gagner du temps) ou signe d'une négligence, il n'est pas sanctionné en tant que tel. Dans la conception

actuelle, le défaut reste l'exercice normal d'un droit. En aucun cas, il ne peut se déduire du défaut d'une des parties qu'elle acquiesce à la prétention de l'autre: c'est la raison pour laquelle la partie défaillante qui fait opposition ne doit nullement expliquer les raisons de son absence à l'audience, mais bien faire valoir dans son acte les motifs de fond qu'elle invoque.

Traditionnellement, le défaut du défendeur est considéré comme un mode de contestation de la recevabilité et du fondement de la demande. C'est ce qui explique que le juge doit **d'office** soulever tous les moyens que la partie défaillante **aurait pu** proposer. Cette position a été critiquée, parce qu'elle aboutissait à placer le défendeur défaillant dans une position plus favorable que le défendeur qui comparait et qui ne soulève pas de contestation. Ce reproche doit être fortement nuancé, au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation concernant le rôle joué du juge. En effet, le juge est désormais autorisé à soulever des moyens d'office, qu'ils touchent à l'ordre public ou non, que les parties comparaissent ou non. Dès lors, le rôle du juge tend à devenir assez similaire, aussi bien dans les procédures contradictoires que par défaut¹⁰.

Les réflexions qui précèdent reflètent l'état actuel du droit. Toutefois, le législateur ne voit plus le défaut d'un très bon œil parce qu'il faut bien reconnaître que, dans de nombreux cas, il est le fruit d'une négligence, d'un désintérêt pour la procédure, voire d'une stratégie délibérée pour gagner du temps. Les hypothèses dans lesquelles un jugement par défaut peut être prononcé sont donc en constante diminution. En particulier, dès qu'un calendrier a été fixé, que ce soit amiablement ou d'office par le juge, le jugement qui sera prononcé au terme de l'audience sera toujours un jugement contradictoire, que les parties aient comparu ou non. Il est donc possible qu'une partie ne se soit pas présentée devant les juges et n'ait pas plaidé, ce qui – techniquement parlant – est un défaut, mais que le jugement prononcé ait le statut d'un jugement contradictoire. Cela a de l'importance au niveau des recours, comme on le verra au point suivant.

B. RECOURS

24. Le jugement par défaut se distingue du jugement contradictoire par plusieurs aspects. Mais la différence principale tient dans les recours qui peuvent être introduits contre ce jugement.

Le seul recours ordinaire contre un jugement **contradictoire** est l'**appel**: l'affaire monte d'un degré dans la hiérarchie des juridictions – l'appel d'un jugement du tribunal de commerce est porté devant une cour d'appel. Pour rappel, certains jugements sont contradictoires même si une partie n'a pas comparu. Dans ce cas, seul l'appel est possible.

¹⁰ Voir chapitre III consacré au jugement.

Lorsque le jugement est prononcé **par défaut**, le défaillant peut former **opposition** et ramener l'affaire devant le juge qui a déjà tranché. L'affaire reste donc devant le même tribunal. On considère qu'il n'y a pas de problème d'impartialité du juge parce que, du fait de la comparution de la partie défaillante, le tribunal va recevoir un autre éclairage sur l'affaire, ce qui l'amènera peut-être à revoir sa position. On fait donc confiance à l'honnêteté intellectuelle des juges, en tablant sur le fait que ceux-ci, étant mieux informés, seront prêts à revenir sur leur première décision.

Chapitre III

Le jugement

25. En principe, toute procédure se termine par un jugement, sauf si les parties sont parvenues à un accord ou si l'une d'entre elles s'est exécutée spontanément¹¹. Le jugement est le point central de l'intervention du juge. Si celui-ci est de plus en plus amené à s'impliquer dans la mise en état, ce n'est, en définitive, que dans le but de permettre de trancher le litige.

SECTION 1 L'OFFICE DU JUGE

26. La question des pouvoirs du juge s'est posée avec acuité lors de l'examen de la mise en état: dans quelle mesure peut-il intervenir dans la mise en état pour l'accélérer? Le même problème se retrouve au niveau du jugement de la cause. C'est la problématique de «l'office du juge», c'est-à-dire de ses droits et obligations en tant que juge. Le juge est-il tenu par l'argumentaire des parties ou peut-il (doit-il) soulever d'office des points nouveaux?

Nous avons vu l'emprise du principe dispositif et du principe du contradictoire sur la mise en état. Ces principes se retrouvent au niveau de l'office du juge.

A. LE PRINCIPE DISPOSITIF

A. EVOLUTION DE LA MATIÈRE

27. Dans le modèle accusatoire à l'état pur, tel qu'il existait dans le Code de procédure civile de 1806, le juge était purement passif. Il ne pouvait que répondre aux arguments soulevés par les parties, sans pouvoir introduire d'éléments nouveaux de sa propre initiative.

Tout comme pour la mise en état, le rôle du juge s'est considérablement modifié au fil des ans. Mais, contrairement à ce qui s'est passé dans le cadre de la mise en état, cette évolution ne découle pas d'une modification de la

¹¹ Et même dans ces hypothèses, les parties peuvent demander au juge de consacrer leur accord dans un jugement, appelé «jugement d'accord» ou «jugement d'accord et d'expédient».

loi mais exclusivement de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, l'office du juge n'est pas, à proprement parler, défini par la loi¹².

Cette évolution s'est faite en dents de scie, avec des avancées et des reculs, mais elle semble actuellement bien établie depuis 2005.

B. LIMITES DU POUVOIR DU JUGE

28. Lorsque les parties sont d'accord sur un point du litige, le juge est tenu par cet accord. C'est toujours la manifestation du principe dispositif: même s'il convient de faire une distinction entre le litige et le procès¹³ et de reconnaître une certaine maîtrise du juge sur le déroulement du procès, il est unanimement admis que les parties ont la maîtrise ultime des limites du litige. Donc, si elles se mettent d'accord sur un point, le juge n'est plus saisi de cette question. Celle-ci sort de la matière soumise au tribunal. Si le juge rendait malgré tout une décision sur ce point, il commettrait un excès de pouvoir car il se prononcerait sur une question qui ne lui est pas soumise. La seule exception reconnue découle du respect de l'**ordre public**, c'est-à-dire des règles considérées comme fondamentales pour la vie en société. Ces principes s'imposent à tous et ne souffrent aucune dérogation. Les parties ne pourraient donc conclure un accord contraire à l'ordre public. Dans ce cas, et ce cas seulement, le juge pourrait passer outre à l'accord des parties.

Le principe dispositif s'oppose également à ce que le juge accorde au demandeur des choses qu'il ne réclame pas. Notamment, le montant sollicité par le demandeur est une limite absolue pour le juge: celui-ci ne peut accorder au demandeur un montant supérieur, au motif qu'il estime que le demandeur a sous-estimé ses droits. En agissant ainsi, le juge commettrait à nouveau un excès de pouvoir. On dit dans ce cas qu'il **statue «ultra petita»** (littéralement «au-delà de ce qui est demandé»). C'est une limite absolue au pouvoir du juge. Mis à part quelques exceptions prévues par la loi, le juge ne peut jamais accorder au demandeur plus que ce qu'il sollicite, même si l'ordre public est jeu. L'ordre public permet donc de passer outre à un accord entre parties mais non d'accorder au demandeur des choses non demandées.

Pour le surplus, le pouvoir du juge est total. Il n'est absolument pas tenu par l'argumentaire des parties.

C. POUVOIR D'INVOQUER DES FAITS NOUVEAUX

29. Le juge peut invoquer n'importe quel élément de fait découlant du dossier. Par exemple, il peut se fonder sur une clause d'un contrat dont les

¹² Si ce n'est quelques dispositions éparses, qui indiquent si le juge peut soulever d'office tel ou tel moyen.

¹³ Voir chapitre II sur la mise en état.

parties n'ont pas parlé; il peut invoquer un passage d'une correspondance produite par une partie dans son dossier de pièces mais dont elle ne tire aucun argument, etc. La seule limite découle de l'obligation de puiser cet élément de fait dans le dossier qui lui est soumis.

Le juge ne peut donc se fonder sur des faits qu'il connaîtrait par une autre procédure, voire par ses connaissances personnelles. C'est particulièrement important pour les juges consulaires qui, par leur activité professionnelle, peuvent connaître des informations en lien avec le litige soumis au tribunal. Ils devront en faire abstraction et se fonder sur les seuls éléments soumis par les parties. Si le tribunal subodore qu'il y a plus que ce que les parties lui montrent, il devra ordonner une mesure d'instruction: demander la production de documents complémentaires, entendre des témoins, aller voir les lieux, désigner un expert ... Une fois cette mesure exécutée, les éléments de faits nouveaux qu'elle a pu apporter seront intégrés dans le dossier et pourront être pris en considération par le tribunal.

Reste une question embarrassante: peut-on prendre en considération les **connaissances techniques des juges consulaires**? Dans un dossier de construction par exemple, lorsqu'un entrepreneur fait partie du siège, faut-il désigner un expert si ce juge consulaire a les compétences nécessaires pour trancher la question litigieuse? Si on fait appel à des magistrats non professionnels, c'est précisément pour pouvoir s'appuyer sur leur expérience sur des questions non juridiques.

En réalité, la question se pose rarement de manière aussi simple. En effet, le rôle de l'expert n'est pas uniquement de donner un avis technique mais aussi de constater l'état des lieux. Cela, le juge consulaire ne peut le faire à l'issue des plaidoiries. Il est nécessaire de se rendre sur place. L'expertise apparaît donc incontournable, chaque fois qu'un constat doit être réalisé, sauf à désigner le juge consulaire pour participer à une vue des lieux¹⁴.

Par ailleurs, il faut être attentif au respect du principe du contradictoire: lorsqu'un avis technique est décisif pour l'issue du litige, les parties doivent pouvoir en prendre connaissance et le discuter. La procédure d'expertise est organisée par la loi pour permettre la contradiction. Or les considérations d'ordre technique qu'un juge consulaire pourrait émettre au niveau du délibéré sont occultes et les parties n'ont aucune idée de la position qu'adoptera ce juge. Pour ces motifs, si des points techniques doivent être éclaircis, il est préférable de désigner un expert, même lorsqu'un juge consulaire dispose de compétences utiles pour la solution du litige. Bien sûr, le juge consulaire pourra faire part de son avis lors du délibéré et ses connaissances seront précieuses mais cela ne peut remplacer un véritable constat dressé par un technicien indépendant du tribunal.

¹⁴ Voir chapitre IV, vue des lieux.

D. POUVOIR D'INVOQUER DES ARGUMENTS JURIDIQUES NOUVEAUX

30. Le juge peut aussi modifier les analyses et la solution juridiques proposées par les parties. Si celles-ci qualifient mal un contrat par exemple – elles considèrent qu'il y a contrat de vente alors qu'il s'agit d'un contrat de service (contrat d'entreprise) –, le juge peut requalifier le contrat et proposer aux parties de s'expliquer sur ce nouveau régime juridique. Le juge peut donc véritablement «suppléer à l'argumentation des parties»: il peut soulever des moyens nouveaux, dont personne n'a parlé, sauf lorsque les parties se sont accordées pour les exclure (rôle de l'accord des parties, voir ci-dessus). Il peut aussi invoquer d'office l'application d'une loi à laquelle les parties n'ont pas songé.

E. CONCLUSION

31. L'image du juge contraint de rendre une décision qu'il estime injuste, simplement parce que les parties n'ont pas invoqué les bons moyens, est révolue. Le juge dispose désormais, dans les limites exposées ci-dessus, du pouvoir de remettre l'affaire sur les rails lorsqu'il estime qu'elle est mal engagée.

B. LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

32. Nous avons vu au chapitre précédent que les parties devaient respecter de manière stricte le principe du contradictoire: tant leur argumentation que leurs pièces de leurs dossiers devaient être connues de la partie adverse. Ce principe s'applique également au juge. Il ne peut prendre les parties par surprise en tranchant le litige sur la base d'un élément qui n'a pu être discuté.

Le juge est donc obligé de soumettre au débat tous les éléments nouveaux, de fait ou de droit, qu'il invoque d'office. Cela peut se faire à l'audience, en invitant les parties à s'expliquer sur un point non abordé antérieurement. Le cas échéant, le juge peut accorder aux parties un délai supplémentaire pour conclure sur la question (c'est la procédure de «mise en continuation»; en ce cas, les débats ne sont pas clôturés à l'issue de la plaidoirie et un délai supplémentaire est accordé aux parties pour s'expliquer sur ou plusieurs points précis). Si le problème n'est aperçu que dans le cadre du délibéré, le juge est alors tenu d'ordonner par la suite la réouverture des débats.

C'est un des points préoccupants de l'évolution de la jurisprudence. S'il est bon que le juge ait un rôle actif et puisse soulever d'office des points importants, pour recentrer le litige sur les bases en fait ou en droit qui lui paraissent adéquates, cela passera souvent par une réouverture des débats et donc une prolongation du procès. Cette prolongation de la procédure sera plus ou moins longue en fonction de l'encombrement de la juridiction. Si le tribunal

ne peut trouver une date suffisamment rapprochée pour fixer l'audience de réouverture des débats, cette volonté de respecter les droits des parties dans le prononcé de la décision devient elle-même un facteur d'arriéré judiciaire. La loi de 2007 a heureusement apporté un palliatif en permettant de recourir à une forme de procédure écrite: le juge, dans le jugement de réouverture des débats, fixe un calendrier pour le dépôt de nouvelles conclusions. À l'issue du dernier délai, il prononce sa décision, sans nouvelle audience. Cette procédure n'est pas nécessairement la panacée mais elle limite les effets négatifs d'une multiplication des réouvertures des débats.

SECTION 2 LE CONTENU DU JUGEMENT

A. UN PEU DE TERMINOLOGIE

33. En réalité, l'expression «jugement» ne désigne pas toutes les décisions que peut prendre le juge. Il en existe plusieurs termes:

- **le jugement:** décision d'un tribunal (de première instance, du commerce, du travail et de police) ou d'un juge de paix;
- **l'arrêt:** décision d'une cour (d'appel, du travail, de cassation)¹⁵;
- **l'ordonnance:**
 - soit décision d'un juge unique statuant sur requête (président, juge d'instruction, juge de paix, juge des saisies, ...),
 - soit décision du président siégeant en référé.

Le terme **sentence** s'utilise uniquement pour désigner la décision d'un arbitre.

En outre, le Code judiciaire distingue différentes sortes de jugements:

- le **jugement définitif:** qui tranche une question litigieuse (jugement définitif partiel), voire sur la totalité du litige;

Exemple: lorsque le juge se déclare compétent, son jugement est définitif sur la question de la compétence, car le juge a épuisé son pouvoir de juger sur ce point; en revanche, le reste du litige reste à trancher; si le juge prononce une décision qui met fin au litige, le jugement est définitif sur tous les points litigieux.

- le jugement **avant dire droit**, appelé aussi **jugement interlocutoire** ou **préparatoire:** qui ordonne une mesure destinée à instruire le litige ou à régler provisoirement la situation des parties; le juge ne tranche rien;

¹⁵ Et aussi d'assises au pénal.

Exemple: le juge désigne un expert et réserve à statuer sur tous les autres points du litige.

- On parle de «**jugement mixte**» lorsqu'il est définitif sur certains points et avant dire droit sur d'autres;

Exemple: le juge se déclare compétent (jugement définitif) puis désigne un expert (jugement avant dire droit).

B. LA MOTIVATION

34. Les articles 149 de la Constitution et 780 du Code judiciaire indiquent que tout jugement doit être motivé. Cela signifie que le juge doit indiquer les éléments de fait et de droit qui justifient sa décision. En pratique, le jugement énonce généralement, dans un ordre propre à chaque juge: les faits de la cause, l'objet de la demande et les motifs de la décision.

La motivation est essentielle pour plusieurs raisons:

- elle évite l'arbitraire du juge; celui-ci sera beaucoup moins tenté de prononcer des décisions injustes ou illégales s'il sait qu'il doit indiquer les motifs qui sous-tendent cette décision; cela dit, le juge n'est tenu de répondre qu'aux moyens régulièrement soulevés dans les conclusions; il n'a pas à rencontrer les moyens soulevés uniquement par voie orale à l'audience,
- elle permet aux parties d'apprécier l'opportunité de l'introduction d'un recours,
- elle permet à toute la communauté juridique de connaître la jurisprudence du tribunal dans une matière déterminée.

La-motivation doit se suffire à elle-même: le justiciable n'a pas à chercher en dehors du jugement les éléments qui justifient la décision. Elle doit être complète, claire et précise. La contradiction¹⁶ dans les motifs équivaut à une absence de motivation.

Cela dit, l'exigence de motivation est une exigence de forme: elle est rencontrée dès qu'une motivation existe, fut-elle aberrante sur le plan juridique. En d'autres termes, il suffit qu'une motivation existe pour que le jugement soit motivé. La Cour de cassation ne pourra donc casser une décision pour défaut de motivation, lorsque le juge a mentionné les motifs de sa décision, aussi farfelus soient-ils. Pour sanctionner ce juge, il faudra creuser d'autres pistes: une mauvaise application de la loi par exemple.

En règle, le juge doit rencontrer tous les moyens soulevés par les parties. Un courant doctrinal récent propose toutefois, pour limiter le travail du juge

¹⁶ Contradiction est ici pris dans son sens courant.

et lutter contre l'arriéré judiciaire, de limiter la motivation aux seuls points nécessaires pour justifier la décision du juge. Celui-ci ne serait plus tenu de mentionner en outre la réfutation des arguments des parties, si cela n'est pas utile pour la cohérence du jugement. En d'autres termes, le juge dit pourquoi il prend la décision, sans dire pourquoi il ne tient pas compte des objections qui lui sont proposées. Cette technique, appelée «**motivation positive**» fait l'objet d'un débat important et, dans l'ensemble, n'est pas très bien accueillie par le monde judiciaire, qui y voit une régression dans la qualité du travail de la justice.

C. LE DISPOSITIF

35. Le dispositif est la partie du jugement qui contient la décision prise par le tribunal. Il est généralement précédé de la formule «par ces motifs, le tribunal ...».

Toute décision relative à la contestation, même si elle figure dans les motifs, est un dispositif. C'est ce qu'on appelle les «*motifs décisives*».

Exemple: si le juge, dans le cours de son raisonnement, indique que la demande est recevable, ce point constitue un dispositif, même s'il n'est pas repris dans la partie finale du jugement.

L'autorité de chose jugée s'attache en principe au seul dispositif mais s'étend aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire. En fait, les motifs et le dispositif constituent un ensemble indissociable.

SECTION 3 L'EFFET D'UN JUGEMENT

A. L'EFFET EXTINCTIF

36. **Lorsque le juge tranche une question litigieuse, il est dessaisi.** Il ne pourrait plus revenir sur sa décision ni la modifier. Les parties qui souhaitent obtenir une modification de la décision sont tenues d'exercer les voies de recours appropriées. Ce sera le plus souvent l'appel.

La règle du dessaisissement est d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger. Même de commun accord, elles ne peuvent plus plaider à nouveau certains points du litige. Le problème est particulièrement délicat en cas de réouverture des débats, lorsque le juge a déjà statué sur certains points litigieux. La tentation est grande, pour les parties, de tenter d'infléchir la décision du juge en replaidant sur des éléments qui ont déjà fait l'objet d'une décision. Le juge ne peut se prêter à cette démarche et doit constater clairement qu'il est dessaisi de tous les aspects de la contestation qu'il a déjà tranchés.

B. L'AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE

37. L'autorité de la chose jugée est la «vérité judiciaire» : c'est une forme de présomption légale, selon laquelle la décision du juge est réputée conforme à la vérité (art. 1350, 3° C. civ.). C'est ce qu'exprime l'adage latin *«res iudicata pro veritate habetur»* (la chose jugée est tenue pour vérité). Il importe peu que la décision ne soit pas conforme à la réalité des faits : la situation qui découle du jugement est incontestable et ne peut plus être remise en cause par les parties, sauf par le biais des voies de recours légales. Sauf recours, le litige est terminé, que la décision soit bonne ou mauvaise ! *«Le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste mais sur ce qui est fini»* (Montesquieu).

L'autorité de chose jugée joue un rôle essentiel pour éviter une prolongation infinie des litiges. Si chaque partie doit avoir accès au tribunal pour faire valoir son point de vue, il faut pouvoir mettre des limites. On ne peut tolérer des procès sans fin. Il y a un moment où on doit pouvoir dire que le procès est terminé et où la partie qui a perdu doit admettre qu'elle ne pourra plus avoir gain de cause. Un processus de «deuil» peut alors se mettre en place, tout comme quand on apprend qu'on est atteint d'une maladie grave ou qu'on a perdu un proche. Ce processus sera facilité si le justiciable comprend la décision, même s'il ne l'accepte pas. D'où l'importance de la lisibilité des jugements par le justiciable.

L'autorité de chose jugée ne porte que sur ce qui a été décidé par le juge et ne s'étend pas à des points qui n'ont pas été évoqués dans la décision. Si le juge dit que la version des faits du demandeur est inexacte et que ce qu'il réclame n'est pas justifié, le litige est terminé. En effet, en réintroduisant une nouvelle procédure portant sur le même objet, le demandeur se heurterait à l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision prononcée¹⁷. En revanche, si le juge se borne à annuler la citation, c'est-à-dire l'acte par lequel le procès est introduit, il ne dit rien du fond du litige. Rien n'empêche alors que le demandeur recommence son procès, pour autant qu'il soit toujours dans les délais et que la nouvelle citation ne soit pas atteinte du même vice que la précédente. Une nouvelle procédure ne porterait pas atteinte à l'autorité du jugement déjà prononcé puisque celui-ci ne traite que d'une question de procédure et n'aborde pas le fond.

L'autorité de chose jugée ne peut être invoquée que par les parties à la cause. Elle ne peut pas, en principe, être invoquée à l'encontre des tiers, qui n'étaient pas parties à la procédure. Cette limite est imposée par le droit à un procès équitable : une personne ne peut se voir opposer une décision rendue dans le cadre d'une procédure, au cours de laquelle elle n'a pu faire valoir ses droits.

¹⁷ En réalité, c'est un peu plus nuancé mais, pour la bonne compréhension, j'ai simplifié le raisonnement. À l'intention des juristes, je précise que l'autorité de chose jugée interdit les nouvelles procédures, pour autant qu'elles portent sur le même objet mais aussi qu'elles se nouent entre les mêmes parties agissant en même qualité et se fondent sur la même cause.

C. LA FORCE EXÉCUTOIRE

A. NOTION

38. Un jugement est assorti de la **force exécutoire** parce qu'il est **susceptible d'exécution forcée**, par des mesures d'exécution sur les biens et de coercition sur les personnes, au besoin avec l'aide de la force publique.

Exemples:

- un jugement ordonnant à un locataire de quitter les lieux loués peut donner lieu à l'expulsion de ce locataire,
- un jugement condamnant un débiteur à payer une somme peut donner lieu à des saisies sur les biens du débiteur.

On appelle **voies d'exécution** les procédures par lesquelles un jugement peut être exécuté. Les principales sont les **saisies**, par lesquelles un huissier de justice prend possession des biens de la personne qui a perdu le procès, les vend et utilise le prix pour payer le créancier.

L'article 1397 du Code judiciaire précise que **l'opposition et l'appel suspendent l'exécution du jugement**. Sa force exécutoire est alors suspendue jusqu'à ce que la juridiction saisie du recours statue. En **principe** donc, la simple introduction d'un recours de ce type suffit à entraver l'exécution. Ce peut être un bon moyen pour un débiteur qui veut gagner du temps: il introduit un recours pour éviter une exécution forcée immédiate du jugement, même si, en finale, cela lui coûtera plus cher.

B. L'EXÉCUTION PROVISOIRE

39. **L'exécution provisoire** constitue un remède contre les recours dilatoires ou mal fondés. Il s'agit d'une **exception très importante** au principe selon lequel l'appel et l'opposition paralysent l'exécution forcée. On peut même dire que, en pratique, l'exception est devenue plus fréquente que la règle.

L'article 1398 du Code judiciaire précise que le juge peut autoriser l'exécution provisoire du jugement. **Lorsque l'exécution provisoire est accordée, la force exécutoire du jugement n'est pas suspendue par l'exercice d'un recours**. On dit alors que le jugement est **«exécutoire par provision»**. Cela signifie qu'il est exécutoire mais que les recours ordinaires (opposition et appel) restent possibles.

L'exécution est provisoire, en ce sens que la décision est toujours susceptible d'être **réformée** dans le cadre d'un recours. La partie poursuivante agit alors à ses risques et périls.

Exemple: un débiteur est condamné par défaut à rembourser son créancier; il forme opposition contre le jugement; le créancier estime que l'opposition n'est pas sérieuse et n'est motivée que par le seul but de gagner du temps; comme le jugement par défaut est déclaré exécutoire par provision, le créancier entame une procédure de saisie, qui aboutit à la vente de la voiture du débiteur et au paiement du créancier; ensuite, contre toute attente, le juge estime que l'opposition est fondée et rétracte le jugement par défaut; voilà le créancier contraint de restituer au débiteur tout ce qu'il a obtenu dans le cadre de l'exécution du jugement par défaut et éventuellement tenu à des dommages-intérêts.

C. PALLIATIFS À L'EXÉCUTION PROVISOIRE

40. L'exécution provisoire est une mesure assez dangereuse, qui peut donner lieu à des abus et créer des dommages irrémédiables. Une partie peut perdre en première instance, faire l'objet de saisies dans le cadre de l'exécution provisoire, puis obtenir gain de cause en appel. Entre-temps le mal est déjà fait!

Pour cette raison, le législateur a prévu des mécanismes pour en limiter les effets néfastes. Lorsque la décision est frappée d'opposition ou d'appel, le débiteur peut arrêter l'exécution forcée du jugement en **consignant une somme équivalente au montant de la condamnation**. C'est ce qu'on appelle le «*cantonnement*» (art. 1403 et suivants).

Les fonds resteront consignés jusqu'à ce que le juge saisi du recours statue sur le fondement de la demande. Si la décision de condamnation est confirmée, les fonds cantonnés sont définitivement attribués au créancier. Si la décision est réformée, les fonds sont restitués au débiteur.

Le cantonnement fournit en fait des garanties aux deux parties:

- parce que l'objet de la condamnation a été consigné, le créancier est rassuré quant aux risques d'insolvabilité du débiteur;
- par ailleurs, parce que le créancier n'est pas autorisé à encaisser les fonds cantonnés, le débiteur a l'assurance qu'ils ne seront pas dilapidés et qu'ils pourront lui être restitués si le jugement prononçant la condamnation est réformé.

Il y a souvent un obstacle pratique important au cantonnement: il faut que le débiteur dispose d'une somme suffisante pour consigner en une fois le montant de la condamnation.

Lorsque le créancier démontre que sa situation est telle qu'il a un besoin immédiat des sommes faisant l'objet de la condamnation, le juge peut, par décision motivée, éventuellement **interdire le cantonnement**. Le débiteur ne dispose alors d'aucun moyen pour arrêter l'exécution forcée de la décision, si ce n'est de payer les sommes auxquelles il a été condamné.

Exemple: une personne a perdu son immeuble suite à un incendie; or son assureur refuse de libérer les indemnités prévues dans le contrat d'assurance incendie; l'assuré est alors dans l'incapacité de reconstruire sa maison et se trouve contraint de loger dans une caravane avec sa famille; une procédure est introduite contre l'assureur et le juge fait droit à la demande de l'assuré; l'assureur fait appel; si le jugement est simplement déclaré exécutoire par provision, la compagnie d'assurance pourra cantonner le montant de la condamnation durant la procédure d'appel et l'assuré devra encore attendre l'issue de l'appel pour obtenir l'indemnité qui lui revient; entre-temps, il ne peut toujours pas reconstruire et doit continuer à végéter dans sa caravane; si l'assuré convainc le juge du caractère dramatique de sa situation et obtient l'interdiction du cantonnement, l'assureur sera alors tenu de verser immédiatement l'indemnité, s'il veut éviter une exécution forcée du jugement.

Les décisions interdisant le cantonnement sont rares, parce que les conditions d'application de ce mécanisme ne se rencontrent pas tous les jours¹⁸, et que les conséquences d'un tel jugement sont suffisamment graves pour que le juge agisse avec prudence.

SECTION 4 LES VOIES DE RECOURS

41. Dans la majorité des cas, le tribunal de commerce intervient comme juge de première instance ou de premier degré. Cela signifie qu'il est le premier à se prononcer sur une affaire et qu'un recours est possible contre son jugement.

Nous avons vu au chapitre II précédent que, lorsque le jugement a été prononcé par défaut, la partie défaillante peut ramener l'affaire devant le même tribunal. Ce recours particulier est appelé «opposition».

En revanche, lorsque le jugement est contradictoire, seul l'**appel** est possible. L'affaire est alors transmise par le tribunal de commerce à la **cour d'appel** compétente. Celle-ci pourra revoir l'intégralité des points soumis au premier juge et pourra même connaître des points nouveaux. Les parties pourront également revoir complètement leur argumentation si celle-ci s'est avérée inopérante en première instance.

Toutefois, **le tribunal de commerce intervient également comme juge d'appel du juge de paix en matière commerciale**. En effet, les affaires commerciales dont le montant est inférieur à 1.860 euros sont de la compétence du juge de paix. Il en va de même des baux commerciaux, quel que soit le montant du litige. Lorsqu'une décision du juge de paix est frappée d'ap-

¹⁸ En revanche, il est fréquent que les parties demandent l'interdiction du cantonnement, par une sorte de clause de style non motivée. Une telle demande est évidemment insuffisante: le tribunal ne peut prononcer l'interdiction du cantonnement que si le demandeur justifie sérieusement sa position.

pel dans ces matières, l'affaire est transmise à un tribunal de commerce¹⁹. Celui-ci n'intervient alors plus comme juge du premier degré mais comme juge d'appel. Cela signifie qu'un nouvel appel ne sera plus possible: on ne peut faire appel qu'une seule fois d'une même décision. La responsabilité du tribunal est donc d'autant plus grande que sa décision ne pourra plus être revue par une autre juridiction.

Lorsque le tribunal de commerce intervient en degré d'appel, ce qui n'est pas très fréquent, sa décision est encore susceptible d'un recours tout à fait particulier: le **pourvoi en cassation**. Mais le recours en cassation n'est pas une sorte d'appel supplémentaire. La Cour de cassation ne peut pas rejuger la totalité de l'affaire, comme peut le faire un juge d'appel. Elle n'examine plus les faits et se borne à vérifier si le juge a rempli ses obligations légales: il a respecté les formalités, il a répondu à tous les moyens des parties et il a correctement appliqué la loi. Si le juge a bien rempli ces différentes tâches, la décision sera inattaquable en cassation même si elle est reposée sur une mauvaise analyse des faits. Si, par contre, la Cour de cassation considère que le juge est en défaut sur l'un de ces points, elle **casse la décision et renvoie l'affaire à un autre juge d'appel** (donc un autre tribunal de commerce dans notre cas). Celui-ci pourra rejuger la totalité de l'affaire, mais dans les limites parfois imposées par la Cour de cassation (il se peut que la cassation ne soit que partielle et ne porte que sur certains points du jugement).

Le pourvoi en cassation est une procédure sortant de l'ordinaire. Pour introduire un tel recours en matière commerciale, la partie qui a perdu en appel est obligée de consulter un avocat spécialisé appelé «avocat de cassation». Ceux-ci sont au nombre de 20 et sont nommés par le Roi. En outre, contrairement à l'appel et l'opposition, le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution du jugement. Il n'est donc pas nécessaire que le juge d'appel accorde l'exécution provisoire pour que l'exécution forcée de sa décision soit entamée malgré un pourvoi en cassation. **Toute décision d'appel est toujours exécutoire.**

¹⁹ Le tribunal de commerce ne peut connaître de l'appel d'une affaire en matière de bail commercial que si toutes les parties sont commerçantes.

Chapitre IV

Les mesures d'instruction

SECTION 1 NOTION

42. Il est fréquent, dans les dossiers commerciaux, que tous les éléments permettant de prendre une décision ne se trouvent pas dans le dossier soumis au tribunal.

Il peut être difficile de reconstituer le déroulement des faits à l'origine du litige. Il est utile, dans ce cas, de creuser davantage, de tenter d'étoffer les éléments du dossier pour permettre au tribunal de statuer en pleine connaissance de cause.

C'est le but des «**mesures d'instruction**». Il s'agit de procédures mises en œuvre par le tribunal, soit à la demande des parties soit de sa propre initiative, pour éclaircir ou compléter les faits du litige et, le cas échéant, obtenir un avis éclairé sur les éléments techniques du dossier.

Ces mesures d'instruction sont énumérées dans le Code judiciaire. Elles sont au nombre de cinq:

- l'audition de témoins,
- la comparution des parties,
- la production de documents,
- la vue des lieux,
- l'expertise.

Ces mesures d'instruction doivent toujours être exécutées de manière **contradictoire**. Il est interdit au juge de procéder à des investigations à l'insu des parties. Celles-ci doivent pouvoir y participer et réagir aux données qui seront collectées à cette occasion.

SECTION 2 L'AUDITION DE TÉMOINS

43. Cette procédure est appelée «**enquête**» dans le Code judiciaire mais elle n'a rien à voir avec l'enquête pénale. Il s'agit simplement de l'interrogatoire de témoins par le tribunal. Ceux-ci expliqueront ce qu'ils savent des faits du dossier.

Les témoins sont des personnes extérieures au procès. Les parties elles-mêmes ne peuvent être entendues comme témoins.

En Belgique, les témoins prêtent **serment** avant d'être interrogés. Celui qui fait une fausse déclaration sous serment est passible de poursuites pénales pour faux témoignage. Il est possible d'entendre comme témoin des travailleurs ou des parents d'une des parties mais leur déclaration devra être prise avec la prudence qu'imposent les liens étroits existant avec l'une des parties au procès.

L'audition peut avoir lieu soit par la chambre dans son ensemble soit par un juge délégué par la chambre qui ordonne l'audition des témoins. Cette dernière solution est plus fréquente parce qu'elle permet d'entendre les témoins en dehors de l'audience ordinaire, qui peut être fort chargée. La comparution des témoins est obligatoire. Le juge peut leur infliger une amende s'ils s'abstiennent de comparaître sans motif valable.

Les témoins sont entendus sur des **faits précis**, fixés dans le jugement qui autorise l'enquête. Il n'est pas question d'interroger les témoins sur n'importe quoi. C'est le juge qui pose les questions. Les parties peuvent toutefois lui demander de poser d'autres questions au témoin mais elles ne peuvent l'interroger elles-mêmes, comme c'est admis en droit anglais ou américain («*cross examination*»). Les déclarations des témoins sont transcrites par le greffier, sous la dictée du juge. Ce procédé est lourd et archaïque mais, dans l'état actuel de la procédure, c'est le seul admissible. Des voix se sont élevées pour demander la modernisation du mécanisme, notamment en autorisant l'enregistrement audio ou vidéo des témoins. Ces suggestions n'ont pas été suivies par le législateur pour l'instant.

Le tribunal n'est jamais tenu par les déclarations des témoins. Il peut toujours écarter leurs déclarations si elles ne lui paraissent pas crédibles, même si aucune plainte pour faux témoignage n'a été déposée. L'audition de témoins est un mode de preuve assez aléatoire. Il est lié à la qualité de la mémoire ou à la bonne volonté des témoins. Dans certains dossiers, cette mesure d'instruction peut apporter un éclairage décisif sur la solution du litige.

SECTION 3

LA COMPARUTION PERSONNELLE DES PARTIES

44. Si le juge ne peut interroger les parties sous serment, il ne lui est pas interdit de les entendre à l'audience. C'est la procédure «d'interrogatoire des parties» plus communément appelée **comparution personnelle**. Comme les parties sont entendues sans prêter serment, elles ne peuvent être poursuivies pour faux témoignage si elles mentent.

Lorsque les parties sont des personnes morales, cette procédure permet d'entendre non seulement des organes (administrateur, gérant) mais aussi des préposés (directeur, employé ...).

La comparution des parties permet souvent d'y voir plus clair dans la manière dont leurs relations se sont nouées ou déroulées. Souvent, les parties font des déclarations plus spontanées que celles de leurs avocats. Il arrive que certaines déclarations des parties puissent être retenues par le tribunal comme aveu, c'est-à-dire reconnaissance d'un fait qui leur est défavorable et qui est utile pour la solution du litige.

Parfois, la présence des parties permet au juge de les concilier.

SECTION 4 LA PRODUCTION DE DOCUMENTS

45. Il arrive qu'une des parties détienne un document important pour trancher le litige mais refuse de le produire. Parfois c'est un tiers qui peut détenir des éléments décisifs.

La procédure de production de document permet au juge d'ordonner à toute personne, partie ou tiers, qui détient des documents pertinents pour la solution du litige, de les déposer au dossier de la procédure. Le destinataire de l'injonction ne peut refuser d'obéir que pour des motifs légitimes (documents couverts par le secret professionnel par exemple). Un moyen très efficace de contraindre l'intéressé à obtempérer est d'ordonner la production de pièces sous peine **d'astreinte**. Si les documents ne sont pas déposés dans le délai fixé, leur détenteur sera alors condamné à payer une somme d'argent (astreinte) fixée par le juge, qui peut être fort élevée.

La production de documents doit toujours être ciblée sur des documents **précis**. Il n'est pas question «d'aller à la pêche» en demandant à son adversaire de produire toutes les pièces qu'il détient concernant le litige. Il faut à chaque fois préciser la ou les pièces dont on demande la production. Sur ce point également, notre droit se distingue du droit anglo-saxon, qui permet des investigations beaucoup plus approfondies dans le dossier de la partie adverse («*disclosure*» ou «*discovery*»).

SECTION 5 LA VUE DES LIEUX

46. Cette procédure permet à la chambre du tribunal dans son ensemble ou à un de ses membres qu'elle désigne de se rendre sur les lieux du litige. Elle est appelée «**descente sur les lieux**» dans le Code judiciaire.

Le juge est accompagné du greffier, qui prendra note des constats importants, qui lui sont dictés par le magistrat. Le juge peut entendre les parties à cette occasion et peut en profiter pour tenter de les concilier.

Le juge peut se faire accompagner d'un expert, lorsque des éléments techniques doivent être constatés. L'expert donne alors son avis, qui est consigné dans le procès-verbal dressé par le greffier.

La vue des lieux a l'avantage de permettre la visualisation par le juge des éléments contestés. Lorsque le juge est accompagné d'un expert, ce peut être une alternative rapide et peu coûteuse à l'expertise judiciaire.

Lorsque le tribunal désigne un juge consulaire pour participer à la vue des lieux, ce peut être l'occasion de valoriser ses compétences techniques, lorsque celles-ci sont utiles pour la solution du litige.

SECTION 6 L'EXPERTISE

47. L'expertise occupe une place particulière parmi les mesures d'instruction. Elle permet non seulement au juge de compléter sa connaissance des faits du litige mais aussi d'obtenir **l'avis d'un spécialiste sur les éléments techniques du dossier**. L'expert peut être un architecte dans les litiges de construction, un ingénieur pour les problèmes de production industrielle, un expert-comptable ou un réviseur d'entreprise pour les problèmes comptables, etc. L'expertise est souvent incontournable lorsque le juge ne dispose pas des connaissances techniques suffisantes pour trancher. Elle est cependant vue avec méfiance parce qu'elle coûte cher et retarde l'issue du procès, parfois de plusieurs années. Le Code judiciaire impose au juge de toujours examiner l'opportunité de mesures plus légères, avant de recourir à l'expertise.

Il n'existe pour l'instant **pas de statut légal** de l'expert judiciaire. Il ne doit donc répondre à aucune condition particulière, si ce n'est de posséder les connaissances techniques nécessaires pour éclairer le tribunal.

S'il est légalement possible de désigner un juge consulaire, c'est déconseillé parce que cela pourrait faire naître un doute sur l'impartialité du tribunal. Les juges qui doivent statuer sur le rapport seront-ils vraiment capables de prendre leurs distances par rapport à l'avis de leur collègue, si cela s'avère nécessaire?

L'expert doit également être totalement **indépendant des parties**, car son avis sera souvent décisif sur l'issue du procès.

Les tribunaux fonctionnent souvent avec les mêmes experts, qu'ils connaissent et auxquels ils font confiance. Pour certains problèmes spécifiques, il peut être difficile de trouver l'oiseau rare, qui combinera connaissance technique, neutralité par rapport aux parties et maîtrise de la procédure.

Le jugement ordonnant l'expertise est adressé par le greffe à l'expert. Si celui-ci accepte sa mission, il devra réunir les parties, entendre leurs explications, prendre connaissance de leur dossier puis procéder à toutes les investigations nécessaires pour remplir sa mission. Il doit tenter de **concilier** les parties.

À l'issue de son travail, il doit rendre un premier avis (**avis provisoire**) qui est communiqué aux parties. Celles-ci doivent pouvoir faire part à l'expert de leurs commentaires, dans le délai qu'il fixe. Ensuite, l'expert rédige un **rapport définitif** qu'il dépose au tribunal.

L'expert est rémunéré par la partie désignée par le tribunal. Celle-ci doit consigner au greffe une avance (**provision**) sur les frais de l'expertise, qui sera libérée au profit de l'expert au fur et à mesure de l'avancement de ses travaux. Des provisions complémentaires peuvent être consignées si nécessaire. L'expert dépose un **état final de frais et honoraires** en même temps que le rapport. Sauf contestations des parties, cet état est «taxé» (entériné) par le juge. S'il y a des contestations, celles-ci sont tranchées par le juge. Il n'existe pas de barème officiel d'honoraires d'expert judiciaire en matière civile. C'est donc le juge qui apprécie le caractère raisonnable des honoraires de l'expert.

Toute expertise se déroule sous le **contrôle** du tribunal. Celui-ci peut intervenir à tout moment, en cas d'incident, sur simple demande écrite de l'expert ou des parties. Le juge est seul compétent pour prolonger le délai prévu pour l'expertise. Si des problèmes apparaissent, il adoptera toutes les mesures utiles pour permettre l'exécution de la mission. Cela peut aller, dans les cas les plus graves où l'expert ne remplit pas correctement sa mission, jusqu'au remplacement de l'expert ou à la réduction de ses honoraires.

Comme toutes les mesures d'instruction, l'expertise est **contradictoire**. L'expert doit donc convoquer les parties à toutes ses vacations. Par ailleurs, toutes les parties doivent avoir connaissance des documents soumis à l'expert.

Le tribunal n'est jamais tenu de suivre l'avis de l'expert s'il n'est pas convaincu par les conclusions du rapport. Il peut décider d'entendre l'expert à l'audience, si le rapport ne lui paraît pas suffisamment éclairant. Dans certains cas, il est possible d'ordonner une nouvelle expertise, si celle qui a été réalisée apparaît insuffisante. On évite dans la mesure du possible de recourir à cette mesure, compte tenu de son coût et du temps qu'elle prend.

Compte tenu de la lourdeur de l'expertise, la loi autorise le tribunal à recourir à des alternatives plus rapides et moins coûteuses. Le juge peut demander à l'expert de procéder à certaines constatations puis de faire rapport verbalement à l'audience, sans rédiger de rapport. Lorsque les problèmes techniques sont peu complexes, ce mécanisme permet d'obtenir un avis à délai rapproché et en évitant le formalisme de l'expertise classique.