

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le principe de proportionnalité en droit judiciaire

Mougenot, Dominique

Published in:

Actualités en droit judiciaire

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2023, Le principe de proportionnalité en droit judiciaire. dans *Actualités en droit judiciaire*. Ub³, numéro 99, Larcier , Bruxelles, pp. 15-55.

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.

Le principe de proportionnalité en droit judiciaire

DOMINIQUE MOUGENOT

Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut
Maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCLouvain

Section 1.	Le principe de proportionnalité est-il reconnu en droit judiciaire ?	20
Section 2.	La recherche du processus proportionné de résolution du conflit	21
Section 3.	La recherche du mécanisme procédural le moins lourd et le moins onéreux	25
Section 4.	La proportionnalité des sanctions	30
Section 5.	La proportionnalité, une méthode générale de résolution de conflits entre principes antagonistes : l'exemple des secrets d'affaires et des preuves irrégulières	46
Conclusion		53

Il en va du principe de proportionnalité comme de certaines toiles de maîtres ou d'œuvres musicales très célèbres. Chacun croit bien les connaître, ne serait-ce que pour en avoir vu une reproduction ou entendu une interprétation, au moins une fois dans sa vie (1).

1. Le principe de proportionnalité en droit communautaire : le paradigme. L'examen de toutes les dimensions du principe de proportionnalité en droit belge et en droit international dépasse – très largement – les limites du présent examen.

Mais, avant de parler de proportionnalité en droit processuel, il faut cependant baliser le terrain et définir de quoi on parle. Or, il n'existe pas une seule mais plusieurs acceptions de la proportionnalité (2). Par exemple, les applications de ce principe par la Cour de justice de l'Union (3) ou la Cour européenne des droits de l'homme (4) ne se superposent pas (5). À défaut de reconnaissance généralisée en droit interne, la proportionnalité se développe de manière un peu sauvage – et souvent cachée – dans chaque branche du droit. Dès lors, il fallait faire des choix. C'est probablement en droit de l'Union européenne que ses contours sont les plus précis. C'est donc la proportionnalité dans le droit communautaire qui servira de mètre étalon à notre examen.

Ce principe est défini par l'article 5.4 du Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992, dans sa version consolidée entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, qui dispose que : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu

(1) D. SZYMCAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 446.

(2) Pour un intéressant tableau, toutes branches du droit confondues, voy. V. VANNES, *Le droit de grève. Concilier le droit de grève et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2014.

(3) Sur ce sujet, voy. notamment : S.-U. COLELLA, « La proportionnalité dans la jurisprudence de la C.J.U.E. », in *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 441 et s. ; P.-E. PIGNARRE, « Le contrôle de la répartition des compétences dans l'Union européenne », in *La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 531 et s. ; O. LE BOT, « L'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans les relations entre le Parlement européen et le Parlement français », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *Le Parlement européen après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 239 et s.

(4) Sur ce sujet, voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Fac. Dr. Saint-Louis, 2001 ; P. MUZY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005 ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(5) Pour quelques exemples, voy. D. SZYMCAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », *op. cit.*, pp. 445 et s.

et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des Traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ». Ce texte a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, initiée par l'arrêt du 17 décembre 1970 (6).

Le principe, tel qu'il ressort de la jurisprudence constante des juridictions européennes, peut être exprimé comme suit : « En vertu de ce principe, la légalité de l'interdiction d'une activité économique est subordonnée à la condition que les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés » (7). On peut déduire de cette formulation trois critères pour apprécier le respect de ce principe (8) :

- la *pertinence* de la mesure, c'est-à-dire sa capacité à atteindre le but poursuivi ;
- la *nécessité de la mesure*, c'est-à-dire l'impossibilité de la remplacer par une autre mesure de même efficacité mais entraînant des désavantages plus limités ;
- la *proportionnalité intrinsèque*, qui consiste à vérifier si la mesure, à supposer qu'elle soit adéquate et nécessaire, ne crée pas une disproportion entre les avantages liés à cette mesure et les inconvénients qu'elle cause à son destinataire.

Ces critères peuvent aussi servir de guide pour l'appréciation du principe de proportionnalité en droit interne. C'est le fil conducteur que j'ai suivi.

(6) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70.

(7) Voy. notamment : C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Fedesa*, aff. C-331/88, pt 13 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Crispoltoni e.a.*, aff. C-133/93, C-300/93 et C-362/93, pt 41 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Jippes*, aff. C-189/01, pt 81 ; T.C.E., 11 septembre 2002, *Pfizer*, aff. T-13/99, pt 411 ; C.J.U.E, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, aff. C-491/01, pt 122 ; C.J.U.E., 4 mai 2016, *République de Pologne c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-358/14, pt 78 ; C.J.U.E., 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-643/15 et C-647/15, pt 206.

(8) V. VANNES, *Le droit de grève. Concilier le droit de grève et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité ?*, op. cit., pp. 119 et s. ; Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Le principe de proportionnalité des sanctions répressives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Liber amicorum Henri-D. Bosly. Loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 387 et s., spéc. pp. 94 et s. Ces critères sont identiques à ceux développés par la doctrine et la jurisprudence en Allemagne (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., n° 26 et s. ; X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 6 et s.).

2. Le principe de proportionnalité en droit interne : généralités.

En droit interne, le principe de proportionnalité est sous-jacent dans de nombreux domaines du droit, mais il n'est pas nécessairement explicite. C'est probablement compréhensible parce que la proportionnalité n'est « ni simple, ni évidente, ni permanente, ni normale » (9). On a également pu écrire que la proportionnalité est un principe « couvert » et « couvercle » : « Couvert, car la proportionnalité se donne difficilement à voir et est rebelle à tout effort de définition. Couvercle, car toute disposition juridique contient par essence une dose de proportionnalité » (10).

Ce caractère caché rend parfois difficile son identification. Tout comme Voldemort dans Harry Potter, c'est bien souvent « celui dont on ne peut pas prononcer le nom ».

Le Conseil d'État admet l'existence d'un principe général de proportionnalité en matière administrative (11). En revanche, la Cour de cassation a toujours refusé le statut de principe général du droit au principe de proportionnalité, aussi bien en matière disciplinaire (12) qu'en matière pénale (13). La question reste ouverte dans d'autres domaines du droit (14).

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur les effets de ce refus. Pour rappel, la partie demanderesse en cassation doit toujours, à peine de nullité de la requête en cassation, indiquer les dispositions légales violées (art. 1080 C. jud.). La Cour admet, depuis 1970, qu'un pourvoi puisse également être fondé sur la violation d'un principe général du droit (15). Le refus explicite de reconnaissance de l'existence d'un principe général de proportionnalité exclut donc qu'un pourvoi en cassation s'appuie uniquement sur une violation de ce principe. Mais cela n'empêche pas la Cour d'en faire usage, lorsqu'elle tranche les affaires qui lui sont soumises (16).

(9) M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit privé – Rapport introductif », *Petites affiches*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 3.

(10) A. GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *R.D. McGill*, 2015, p. 113.

(11) P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, n° 611, p. 1076.

(12) Cass., 19 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 972.

(13) Cass., 14 janvier 2009, *Pas.*, 2009, p. 101 ; *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 930 ; Cass., 1^{er} février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 117 ; Cass., 16 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 297 ; *Pas.*, 1994, I, p. 943 ; *Rev. dr. pén.*, 1995, p. 648.

(14) La tendance à reconnaître le principe de proportionnalité comme principe général de droit est plus marquée en droit de la *common law* (C. PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », *Rev. Dr. Univ. Sherbrooke*, 2009, n° 40, p. 562 ; X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *op. cit.*). Au Canada, le principe apparaît de manière explicite en matière procédurale dans trois provinces (C. PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », *op. cit.*, p. 567).

(15) P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 70 et s. et les références citées.

(16) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité ? », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 569 et s.

Elle est évidemment tenue de le faire lorsqu'une disposition légale⁽¹⁷⁾ ou un traité⁽¹⁸⁾ impose un contrôle de proportionnalité. Elle admet également de manière générale une violation du principe d'égalité en cas d'absence de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁽¹⁹⁾. Il ne faut donc pas exagérer les conséquences de l'absence de reconnaissance du principe de proportionnalité comme principe général du droit. Elle ne signifie pas qu'un tel principe est dénué de toute conséquence dans notre droit. En tout état de cause, la reconnaissance d'un principe général du droit ne permet pas de déroger à la loi⁽²⁰⁾.

On peut effectivement s'interroger sur l'opportunité de reconnaître le principe de proportionnalité comme un principe général de droit en procédure civile. En effet, la proportionnalité, contrairement à d'autres principes directeurs du procès civil, tels que le principe du contradictoire, de la publicité des débats ou de l'égalité des armes, est dépourvue de contenu spécifique. Il s'agit surtout d'une méthode pour résoudre des conflits entre droits ou intérêts : « À dire vrai en effet, la proportionnalité n'apparaît pas comme une norme autonome en ce sens qu'elle serait apte à produire à elle seule, *ex nihilo*, la solution matérielle du litige pour la résolution duquel elle intervient. Son rôle se limite à être l'interface des intérêts conflictuels en présence, et à identifier celui qui, in fine, commandera la solution du litige »⁽²¹⁾. En tant que tel, ce principe n'a donc aucune valeur normative mais peut s'avérer très efficace pour permettre au juge de dépasser des tensions entre impératifs inconciliables.

(17) C'est le cas par exemple de l'article 875bis du Code judiciaire, qui dispose que : « Le juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ».

(18) C'est le cas de l'article 1^{er} du Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la C.E.D.H.

(19) Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 14 septembre 2020, *J.T.T.*, 2021, p. 37 ; Cass., 19 août 2020, *J.T.*, 2020, p. 556, concl. M.P., note ; *J.L.M.B.*, 2020, p. 1253 ; *NjW*, 2021, p. 71, note DE SMEDT et VILAIN ; Cass., 22 juin 2020, *J.T.T.*, 2021, p. 38 ; *R.G.A.R.*, 2020, n° 15730 ; Cass., 2 mars 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1151, note PARMENTIER ; *R.G.C.F.*, 2018, p. 297, note VAN BRUSTEM ; Cass., 12 décembre 2016, *Chron. D.S.*, 2017, p. 273, concl. av. gén. GENICOT ; Cass., 7 juin 2016, *R.G.* n° P.15.0135.N ; Cass., 5 janvier 2016, *R.G.* n° P.14.1754.N.

(20) Cass., 8 avril 2003, *NjW*, 2003, p. 778 ; *Pas.*, 2003, p. 761 ; *R.W.*, 2004-2005, p. 944. Cela ne vaut pas pour les principes généraux à valeur constitutionnelle.

(21) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 60, n° 16. Selon Th. LÉONARD, la proportionnalité est l'outil qui permet d'arbitrer les conflits entre droits subjectifs et intérêts légitimes (Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 579 et s.).

SECTION 1. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ EST-IL RECONNU EN DROIT JUDICIAIRE ?

3. Un principe omniprésent mais souvent masqué. Le principe de proportionnalité apparaît sous des formes variées dans différentes branches du droit. Il n'en va pas autrement en droit processuel. Les lignes qui suivent tentent d'en détecter la présence, parfois très visible, parfois plus cachée, dans les mécanismes de droit judiciaire. L'initiative en revient tantôt au législateur, tantôt au juge. En effet, dans certains cas, c'est la loi qui réalise un contrôle de proportionnalité, recherchant une solution équilibrée parmi différentes options ou imposant au juge de le faire. L'hypothèse la plus évidente est la théorie des nullités mais nous en verrons d'autres. Dans d'autres cas, c'est la jurisprudence, dans sa démarche d'interprétation de la loi, qui a mis en place des mécanismes souples, qui essaient d'éviter d'imposer aux parties des entraves inutiles dans l'exercice de leurs droits procéduraux.

4. La proportionnalité dans les règles Unidroit. Parmi ses nombreux travaux de rapprochement des règles nationales de droit privé, l'institut Unidroit s'est aussi attaqué au chantier de la procédure civile. Ce travail considérable s'est terminé en 2020 par l'adoption de « Règles modèles européennes de procédure civile » (22). On y trouve des articles 5 à 8, relatifs au principe de proportionnalité en procédure civile. Ces dispositions visent essentiellement :

- l'office du juge (art. 5), qui doit veiller à ce que le processus de résolution du conflit soit proportionné à l'affaire en cause ;
- le rôle des parties et de leur avocat (art. 6), qui doivent collaborer à la recherche de ce résultat proportionné ;
- la proportionnalité des sanctions (art. 7) ; et
- la proportionnalité des coûts (art. 8).

Ces dispositions serviront plus ou moins de fil conducteur à mon exposé, si ce n'est que certaines règles se retrouveront dans plusieurs rubriques (l'office du juge peut aussi servir à limiter les coûts du procès).

5. Contrôle « de » proportionnalité et « de la » proportionnalité. X. Philippe fait une distinction entre les cas où le contrôle de

(22) Règles ELI/UNIDROIT, disponibles sur le site web d'Unidroit : www.unidroit.org/fr. La version française des règles comprend le texte intégral des règles et un commentaire des premiers chapitres, le reste du commentaire étant en anglais et en cours de traduction en français à l'heure où ces lignes sont écrites.

proportionnalité est imposé implicitement ou explicitement au juge par une norme (contrôle « de la » proportionnalité) et les cas où le juge procède d'initiative à un test de proportionnalité (contrôle « de » proportionnalité) dans son processus de décision, parce que ce mécanisme lui paraît le plus adapté⁽²³⁾. L'auteur reconnaît toutefois que ces deux formes de contrôle se recouvrent parfois et expliquent plutôt des différences d'intensité de l'appréciation de la proportionnalité par le juge. On retrouve cette différence en droit judiciaire. Comme nous le verrons, certaines normes (art. 875*bis* par exemple) imposent au juge une vérification de la proportionnalité de la mesure qu'il ordonne. Dans d'autres cas, le juge s'empare d'initiative de ce principe pour vérifier la légitimité des décisions qu'il adopte. Cette distinction est intéressante sur le plan typologique mais n'impose pas de règles précises au juge suivant qu'il se trouve dans l'une ou l'autre situation. Je ne l'approfondirai donc pas dans la présente étude.

SECTION 2. LA RECHERCHE DU PROCESSUS PROPORTIONNÉ DE RÉOLUTION DU CONFLIT

6. Une priorité donnée aux MARC. Avant même de trancher les questions contentieuses, le juge peut inviter les parties à envisager un règlement amiable du litige, si celui-ci apparaît plus approprié.

La loi du 18 juin 2018 ouvre à cet égard un changement de perspective. Auparavant, le Code judiciaire offrait, aux côtés de la procédure classique, un certain nombre de mécanismes alternatifs de règlement des conflits. Désormais, l'intention du législateur est clairement de privilégier ces mécanismes alternatifs au point que l'on peut se demander si la procédure classique n'est pas devenue subsidiaire par rapport à ces mécanismes. On en trouve plusieurs indices dans le Code judiciaire :

- de manière générale, l'article 730/1, § 1^{er}, du Code judiciaire impose au juge de favoriser, en tout état de la procédure, un mode de résolution amiable des litiges ; il peut interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable (C. jud., art. 730/1, § 2, al. 1^{er}) ; il peut même remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un

(23) X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *Petites Affiches*, n° 46, 5 mars 2009, pp. 6 et s.

mois sauf accord des parties, afin de leur permettre de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en la matière (C. jud., art. 730/1, § 2, al. 2) ;

- en matière de médiation, l'article 1734, § 1^{er}, du Code judiciaire autorise le juge à ordonner aux parties d'entamer une médiation, à certains moments clés de la procédure ; seule l'opposition de toutes les parties peut y faire obstacle (C. jud., art. 1734, § 1^{er}, al. 2) ; nous y reviendrons au numéro suivant ;
- en outre, la loi du 18 juin 2018 a ajouté une obligation aux avocats ; l'article 444, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que « les avocats informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. S'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser ». Une obligation similaire a été mise à charge des huissiers de justice, à l'article 519, § 4, du même Code, en ces termes : « Les huissiers de justice tentent, dans la mesure du possible, de favoriser une résolution amiable des litiges notamment en informant le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges ».

S'agit-il d'un exercice de proportionnalité du législateur ? Entend-il ainsi privilégier des modes de règlements des conflits moins lourds pour les parties ?

Il est permis d'en douter.

L'intention du législateur apparaît en effet assez clairement dans les travaux préparatoires de la loi (24) : « Le projet de loi qui vous est soumis exécute en premier lieu l'accord de gouvernement qui prévoit que le Gouvernement encouragera dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement des conflits, comme par exemple la médiation, afin de décharger les tribunaux ». Le but poursuivi n'est donc pas la promotion des modes alternatifs pour leurs qualités propres mais pour limiter la charge de travail des magistrats (et donc pouvoir en réduire le nombre). « La résolution extrajudiciaire des litiges est davantage encouragée. Le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amicales) ne sont pas possibles. Le rôle

(24) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, p. 55.

traditionnel des acteurs de la Justice est adapté en ce sens afin de rappeler aux parties l'existence de voies alternatives de règlement des conflits ». La subsidiarité de la procédure judiciaire est clairement rappelée.

Le Conseil d'État estime que ces facultés ouvertes au juge sont préoccupantes, parce qu'elles compromettent l'effectivité du recours du justiciable et permettent au juge de reporter le jugement dans la cause, sans possibilité d'opposition de la part des parties (25). Il est clair que ce pouvoir de report doit être utilisé de manière raisonnable, en fonction des éléments du litige. On ne peut cependant s'empêcher de penser que la promotion des modes alternatifs, quels que soient les mérites de ces mécanismes, procède, dans l'esprit du gouvernement en tout cas, d'une volonté larvée de décharger l'appareil public de la gestion des conflits et donc de privatisation de la justice.

À supposer donc que le législateur ait fait application du principe de proportionnalité en promouvant les modes alternatifs, ce serait tout simplement parce qu'à ses yeux, la justice est trop chère par rapport aux autres services de l'État ou par rapport au budget jugé adéquat pour l'exercice de ses missions. « Il y aura proportionnalité lorsque des ressources raisonnables sont investies dans le système de justice civile par rapport aux autres facilités publiques dont la communauté a besoin » (26). Mais on peut aussi voir poindre l'idéal néo-libéral du « moindre État » (27), limitant les interventions de l'État au minimum nécessaire. Même si, en promouvant les MARC, l'État a permis aux praticiens de faire œuvre de proportionnalité dans le règlement des conflits, il est donc douteux que sa démarche soit vraiment justifiée par ce principe.

7. La médiation contrainte. Plus radicalement, depuis 2018, le Code judiciaire permet au juge d'imposer la médiation à une partie récalcitrante. L'article 1734, § 1^{er} à cet égard que : « Lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible le juge, peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, ordonner une médiation, après avoir entendu les parties, à l'audience d'introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur. Si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation ».

(25) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001, pp. 547 et s.

(26) C. PICHÉ, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », *op. cit.*, p. 560.

(27) A. GARAPON, *La raison du moindre État, le néolibéralisme et la justice*, Paris, Odile Jacob, 2010, qui relève à de nombreuses reprises dans son ouvrage l'importance accordée à la transaction, comme alternative à la justice, dans le système néolibéral.

Certes le juge ne peut aller à l'encontre d'un désaccord unanime pour organiser une médiation. La loi lui octroie toutefois un pouvoir important, permettant de vaincre les réticences d'une des parties. Cependant, il faut se garder de toute naïveté : indépendamment de toute injonction formelle du juge, l'entrée en médiation d'une partie peut être le fruit de contraintes plus subtiles : simple suggestion un peu appuyée du tribunal, proposition de l'avocat, appels du pied pressants de l'entourage voire contrainte imposée par la personne elle-même (je dois « réussir » mon divorce) (28).

Ce pouvoir d'injonction doit évidemment être manié avec précaution par le juge. À ce sujet, on ne peut qu'approuver C. Delforge lorsqu'elle écrit :

« Premièrement, si le droit d'accès à un tribunal n'est pas en soi contrarié par un dispositif de médiation obligatoire, il n'en reste pas moins que les magistrats doivent contribuer à le préserver dans les faits. Ainsi, c'est avec un grand soin qu'ils doivent apprécier les situations dans lesquelles il s'indique ou non de prescrire une médiation, après avoir entendu les parties et s'être convaincus, au-delà de critères objectifs, de la marge d'adhésion possible à une négociation équilibrée, en évaluant notamment l'importance des résistances et les aptitudes à négocier. Nul automatisme ne saurait ici être de mise. Les injonctions d'entrer en médiation doivent, en outre, s'accompagner d'une motivation adéquate et compréhensible par le justiciable afin qu'elles ne soient pas vécues comme un déni de justice ou un parti pris dans l'éventualité où la médiation ne permettrait pas de dégager un accord. Cette œuvre de véritable pédagogie est essentielle et peut d'ailleurs être un des leviers d'une médiation "réussie" malgré la contrainte » (29).

(28) I. DE BAUW, « La médiation, mode volontaire de règlement des conflits ? Le regard du praticien », in N. DANDROY *et al.* (dir.), *Individu, Famille et État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 120 et s.

(29) C. DELFORGE, « Médiation, justice et conflit. Réflexions autour et alentour... », in N. DANDROY *et al.* (coord.), *Individu, Famille et État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, op. cit., p. 140. Voy. aussi : C. DELFORGE, « La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », in M. BECKER *et al.* (dir.), *La médiation autrement*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 23, n° 13 ; A. DEJOLLIER et B. INGHELS, « La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l'avocat ? », in *La médiation autrement*, op. cit., p. 69, n° 35 ; P. VAN LEYNESEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018/39, p. 886, n° 11 ; P. VAN LEYNESEELE, « La "partie récalcitrante" : position et actions du médiateur », *JMA*, 2022/1-2, pp. 28 et s. I. De Bauw analyse le rôle du médiateur dans ces situations de médiation contrainte, en insistant sur la nécessaire restauration d'un espace de liberté dans la médiation, même si elle est imposée (I. DE BAUW, « La médiation, mode volontaire de règlement des conflits ? Le regard du praticien », in *Individu, Famille et État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*, op. cit., pp. 124 et s.). Dans le même sens, M. Gonda indique que : « L'expression "de forcer les résistances" reprise *in fine* dans la citation du gouvernement est malheureuse car la bienveillance qui participe de l'essence du rôle de médiateur ne permet jamais de contraindre quiconque de quoi que ce soit mais de dialoguer pour comprendre, échanger, ouvrir des fenêtres de compréhension et accueillir avec empathie les sentiments » (M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 101, n° 224).

Plus que jamais, le juge qui impose la médiation devra appliquer le principe de proportionnalité. S'il ordonne la médiation, c'est parce qu'il estime que celle-ci est plus susceptible que la procédure judiciaire d'apaiser le conflit et d'aider les parties à trouver une solution durable. Les avantages de la médiation, non seulement en termes de coût et de rapidité mais aussi d'intérêt pour les parties à bâtir elles-mêmes la solution du litige, seront mis en balance avec les caractéristiques propres à la procédure judiciaire. « Comprendre l'importance critique que revêt l'attitude des parties pour le bon déroulement du processus de médiation revient à accepter et admettre que toute situation conflictuelle ne peut pas être gérée via la médiation ou, à tout le moins, que la médiation ne peut être efficace comme stratégie qu'à partir du moment où les parties acceptent véritablement d'entamer une démarche collaborative » (30).

Il ne suffira pas que le juge le pense : il devra le dire dans la motivation de sa décision. Le fait d'expliquer sa décision pourra d'ailleurs être la première démarche en vue de faire fléchir l'intransigeance de la partie récalcitrante à l'égard de cette procédure.

SECTION 3. LA RECHERCHE DU MÉCANISME PROCÉDURAL LE MOINS LOURD ET LE MOINS ONÉREUX

8. Le juge actif et la proportionnalité. Même si les parties ont fait le choix de la procédure contentieuse classique, plutôt que de recourir à d'autres modes de résolution du conflit, le principe de proportionnalité ne disparaît pas pour autant.

Depuis l'adoption du Code judiciaire, on a assisté à une érosion du pouvoir des parties et une immixtion grandissante du juge dans la procédure. On a vu apparaître la figure du « juge actif » (31). Le contenu du principe

(30) S. DEMOULIN et I. HUMIER, « L'ordre négocié imposé : impacts psychologiques sur les médiés », *JMA*, 2022/1-2, p. 54.

(31) G. STEVIGNY, « Themis op de helling », *R.W.*, 1977-1978, pp. 609 et s. ; M. STORME, « De actieve rol van de rechter », in *Liber amicorum Professor Baron Jean Van Houtte*, II, Bruxelles, Elsevier-Sequoia, 1975, pp. 225 et s. ; E. BREWAEYS *et al.*, « Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak », in *Les perversions du droit de la défense*, Anvers-Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, pp. 14 et s. ; G. DE LEVAL, « Brèves observations sur la loyauté et la sécurité dans le procès civil », in *La bonne foi*, Liège, Jeune Barreau, 1990, pp. 447 et s. ; E. KRINGS, « Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding », *R.W.*, 1983-1984, pp. 337 et s. ; J. LAENENS, « Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling », *R.W.*, 2000-2001, pp. 402 et s. ; J. WINDEY, « Le juge actif », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 191 et s. ; G. DELVOIE, « Over vadsige, lijdzame en actieve rechters, three of a kind? », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, *op. cit.*, pp. 217 et s. ; P. ADRIAENSEN, « De actieve rechter in het hof van beroep te

dispositif s'est réduit⁽³²⁾. La voie était ouverte à une distinction entre la détermination de la matière litigieuse et la direction du procès. La première restait une prérogative forte des parties alors que le rôle des parties dans la seconde connaissait un affaiblissement marqué. On a constaté, dans les faits, une responsabilisation de la magistrature, qui a mis en place des pratiques destinées à dynamiser la procédure. Dans l'exercice de son rôle actif, le juge va aiguiller la procédure dans un sens ou un autre, en recherchant les mécanismes les plus efficaces mais aussi les moins lourds. Parfois, le législateur lui-même est intervenu pour garantir la proportionnalité de la procédure.

9. Choix de la mesure d'instruction la moins lourde. La matière des mesures d'instruction est probablement celle où l'obligation du juge d'appliquer le principe de proportionnalité est la plus explicite. Elle découle en effet du texte même de la loi. L'article 875*bis* du Code judiciaire dispose que : « [L]e juge limite le choix de la mesure d'instruction et le contenu de cette mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, à la lumière de la proportionnalité entre les coûts attendus de la mesure et l'enjeu du litige et en privilégiant la mesure la plus simple, la plus rapide et la moins onéreuse ».

Cette règle n'est en réalité pas neuve. Déjà avant sa promulgation par le législateur en 2007, elle était admise par la doctrine et pratiquée par la jurisprudence, essentiellement en matière d'expertise judiciaire, où elle était connue sous le nom de « principe de subsidiarité de l'expertise »⁽³³⁾. En d'autres termes, le juge ne pouvait ordonner une expertise judiciaire – mesure d'instruction coûteuse et chronophage s'il en est – que s'il ne trouvait pas d'alternative plus légère.

Antwerpen », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, op. cit., pp. 265 et s. ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 504, n° 32 et s. L'expression est utilisée dans différents sens et désigne aussi couramment le rôle du juge en matière juridictionnelle : M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 10 et s. ; A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in S. GILSON (éd.), *Au-delà de la loi ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 127 et s. ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 203 et s. ; M. PHILIPPET, « Le juge voulu actif. Réflexions d'un juge du fond », *Rev. fac. Dr. Liège*, 2014, pp. 435 et s.

(32) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – lura dicit curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, n° 326 et s.

(33) Civ. Liège (réf.), 9 février 1995, *J.T.*, 1996, p. 84. Voy. S. DUFRENE, « La réduction des honoraires excessifs des experts », *Cah. dr. jud.*, 1991, pp. 43 et s., n° 27 s. ; A.-L. FETTWEIS, « Comment éviter que le coût d'une expertise judiciaire ne ruine le procès ? », in *Le coût de la justice*, Liège, Jeune Barreau, 1998, pp. 151 et s. ; L.-M. HENRION, « L'expertise revisitée. Quelques suggestions pratiques », *R.D.C.*, 1997, p. 589 ; J. LAENENS, « L'expertise », in *Droit de la preuve*, coll. CUP, vol. XIX, 1997, pp. 198 et s., n° 15 et s. ; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, n° 72 ; P. SOURIS, « Mini-chronique de jurisprudence : de l'opportunité d'une mesure d'expertise », *J.J.P.*, 1994, p. 368 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La désignation, la mission et la fonction de l'expert », in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, pp. 105 et s., n° 8.

Le juge ne pourra ordonner une expertise si celle-ci se heurte à un obstacle de fait (par exemple, l'expert ne pourrait plus faire de constat, vu la modification des lieux) ou de droit (par exemple, la demande est prescrite). Mais l'application effective du principe de proportionnalité se rencontrera plutôt dans les cas où l'expertise est possible mais constituerait une mesure inutilement lourde. La mise en œuvre des critères dégagés en droit européen devrait amener au rejet de l'expertise lorsque :

- la mesure n'apparaît pas pertinente (par exemple, parce que les constats que l'expert pourrait réaliser ne seront guère utiles à la solution du litige(34)) ;
- elle n'est pas nécessaire (par exemple, parce qu'on peut trouver une alternative aussi efficace, telle qu'une descente sur les lieux du juge, assisté par expert, ou une expertise simplifiée conforme à l'article 986 du Code judiciaire(35)) ;
- son impact sur la situation des parties est disproportionné (par exemple, parce que le coût de l'expertise dépasserait l'enjeu du litige(36)).

10. Les débats succincts : la proportionnalité dans le choix entre le circuit court et le circuit long. En introduisant, dans le Code judiciaire, la notion de « débats succincts » en 1992, le législateur a explicitement reconnu que toutes les affaires ne méritaient pas un traitement identique. Certaines nécessitent des échanges multiples de conclusions et demandent qu'un temps important soit consacré à la mise en état. D'autres sont simples et les parties sont rapidement prêtes à plaider. Couler ces deux types d'affaires dans le même moule revient à sacrifier les petites affaires, qui seront traitées comme des dossiers plus complexes, et ne viendront à l'audience qu'après un temps de préparation inutilement long. Partant de ce constat, le législateur a donc créé deux modes de mise en état différents, en fonction de la complexité de l'affaire : le circuit court, dénommé « débats succincts » (art. 735 C. jud.), pour les affaires simples (ou considérées comme telles par la loi), et le circuit long, qui reste le mode de mise en état traditionnel pour les affaires plus complexes.

(34) Civ. Turnhout, 4 février 2008, R.G. n° 07/937/A ; Liège (20^e ch.), 17 mai 2002, R.G. n° 2001/RG/13 ; Gand, 11 février 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 55 ; Gand, 25 octobre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 112 ; Comm. Gand, 4 novembre 1992, *T.G.R.*, 1993, p. 27.

(35) Bruxelles, 15 mai 2012, *Rev. trim.dr. fam.*, 2013, p. 331 ; *T. not.*, 2012, p. 351 ; Pol. Bruges, 16 septembre 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 1310. Voy. D. MOUGENOT, « L'expertise simplifiée : un remède aux maux de l'expertise judiciaire ? », *D.A.O.R.*, 2012, pp. 294 et s.

(36) Gand, 26 novembre 1990, *T.G.R.*, 1991, p. 29.

Le choix entre circuit court et circuit long est fondamental pour la détermination du processus de mise en état, parce que les règles observées varient fortement dans l'un et l'autre cas. Par rapport à la procédure classique, la procédure en débats succincts est quasiment inorganisée. Cela se marque de plusieurs manières :

- les pièces du dossier des parties peuvent être communiquées à la partie adverse jusqu'à la clôture des débats (art. 740 C. jud.), alors que, dans la procédure classique, le demandeur doit communiquer ses pièces dans les huit jours de la citation et le défendeur doit communiquer les siennes en même temps que ses conclusions (art. 736, al. 2) ;
- les parties ne sont pas tenues de déposer des conclusions (art. 735, § 3) ; lorsque des conclusions ont été préparées, elles ne doivent pas être déposées au greffe ; il suffit de les remettre au juge à l'audience ; en outre, les conclusions peuvent être communiquées à l'adversaire jusqu'à la clôture des débats, et donc à la barre, sauf abus du droit de conclure ; alors que, dans la procédure classique, des conclusions doivent être établies et adressées à l'adversaire et au greffe dans les délais fixés (art. 747).

Le choix entre circuit court et circuit long n'est donc pas innocent. D'une part, le circuit court est plus souple et moins formaliste. Il permet une solution plus rapide du litige, avec un investissement moindre pour les avocats et les parties. En revanche, utilisé de manière inadéquate, il peut méconnaître les droits d'une partie, qui serait privée du temps nécessaire pour développer sereinement son argumentation.

Le choix entre ces deux modes de mise en état est soit confié au juge, soit imposé par le législateur.

En cas de désaccord des parties sur l'application d'une forme particulière de mise en état, le juge devra choisir. Il devra vérifier si la procédure en débats succincts suffit à permettre aux parties de faire valoir leur position de manière raisonnable (pertinence de la mesure). Il évitera une procédure longue et formaliste, lorsqu'elle n'est pas nécessaire pour trancher le litige. Il examinera aussi si le recours aux débats succincts ne place pas le défendeur dans l'impossibilité de faire valoir ses droits de manière efficace (proportionnalité intrinsèque). Dans ce débat, le rôle du juge est central. C'est lui qui, après avoir entendu les parties sur l'opportunité ou non de traiter l'affaire en circuit court, décide souverainement

quel mode d'instruction sera utilisé, par une décision non susceptible de recours (art. 735, § 6).

L'article 735 a également été remanié par la loi du 26 avril 2007 pour introduire une nouvelle notion, qu'on peut qualifier de « débats succincts présumés » (art. 735, § 2, al. 2). Dans cinq hypothèses, énumérées par le texte légal, le législateur considère que la procédure en débats succincts sera utilisée d'office, sauf si les parties en décident autrement :

- le recouvrement des créances incontestées ;
- les demandes de mesures d'instruction ou de mesures provisoires destinées à organiser la situation des parties (art. 19, al. 3) ;
- les demandes de changement de langue (essentiellement à Bruxelles) ;
- les contestations relatives à la compétence du tribunal ;
- les demandes de délais de grâce (art. 1333 et s.).

Toutes les questions évoquées dans cette liste ne sont pas nécessairement simples à régler. Le recouvrement de créances incontestées ou la demande de délais de grâce relèvent naturellement de la notion de débats succincts. En revanche, les autres questions peuvent être complexes et nécessiter une instruction approfondie (par exemple, les débats relatifs à la compétence). Il s'agit alors de la transposition de la procédure en débats succincts à des questions qui, par nature, ne relèvent pas obligatoirement du circuit court. Le législateur a procédé de la même manière en degré d'appel (art. 1066 C. jud.).

Dans ces différentes hypothèses, c'est la loi qui a procédé à l'arbitrage entre la procédure simple et rapide et la procédure ordinaire. Comme on l'a vu, les choix réalisés par le législateur ont parfois pour résultat de couler une affaire plus complexe dans les règles de la procédure simplifiée, pour des motifs de célérité. Les parties ont cependant la maîtrise ultime de cette procédure : elles sont toujours autorisées à déroger de commun accord à l'article 735, § 2 et à utiliser le circuit long pour instruire des matières visées dans la liste évoquée ci-dessus.

SECTION 4. LA PROPORTIONNALITÉ DES SANCTIONS

§ 1. La théorie des nullités

11. Le formalisme en matière de vices de forme (nullités). L'évolution du formalisme dans la procédure de droit commun depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire se traduit par une « déformalisation » de plus en plus marquée de la procédure devant le juge du fond.

Le Code judiciaire, lors de son entrée en vigueur (1970), réalisait déjà une avancée importante par rapport au Code de procédure civile (1806), notamment dans la matière des nullités. Le Code de procédure civile présentait deux caractéristiques à ce sujet : la nullité pouvait être prononcée, même si l'omission de la formalité n'avait entraîné aucune conséquence concrète, et la liste des nullités contenue dans le Code n'était pas exhaustive. La jurisprudence pouvait donc mettre à jour de nouvelles nullités (nullités virtuelles) non prévues par la loi.

Le Code judiciaire constitue une réaction par rapport à cette situation. Les nullités ne peuvent plus être prononcées que dans les seuls cas prévus par la loi (art. 860 C. jud., « pas de nullité sans texte ») et lorsque la partie qui invoque l'irrégularité a subi un préjudice (art. 861, « pas de nullité sans grief »). Seuls six cas de nullités plus graves, les nullités absolues (art. 862), entraînaient l'application de la sanction même sans preuve d'un quelconque dommage subi par la partie qui l'invoquait. Mais même dans cette hypothèse, l'acte irrégulier pouvait encore être sauvé si l'objectif poursuivi par le législateur lors de la création de cette formalité avait été rempli (art. 867). Ces dispositions ont fait leurs preuves durant près de cinquante ans et ont évité le prononcé de nombreuses sanctions.

Cette volonté d'adapter la sanction à la gravité du préjudice procédural s'est marquée également dans la possibilité de réparer les actes imparfaits. Celle-ci apparaît dans l'article 863, introduit dans le Code en 2006 mais entré en vigueur en 2013, qui permet de régulariser les omissions de signature d'un acte. La signature manquante peut être apposée à l'audience ou dans le délai fixé par le juge. Cette absence d'exigences quant à la présence d'une signature en matière civile⁽³⁷⁾ a également amené la Cour de cassation à admettre les envois d'actes de procédure

(37) La Cour est beaucoup plus exigeante en matière pénale et considère que, à défaut de signature, l'acte est inexistant et que cette irrégularité ne peut être régularisée par la suite. Voy. : Cass., 25 septembre 2013, R.G. n° P.13.1528.F, *Pas.*, 2013, p. 1778.

par télécopie⁽³⁸⁾. Or, le moyen soulevé par le demandeur en cassation était précisément l'absence de signature en original. La Cour a considéré que l'absence de signature originale ne justifiait pas l'écartement des conclusions.

12. Le formalisme en matière de délais. Certains délais sont également frappés de nullité en cas de non-respect. Ce sont les « délais d'attente », qui ont pour but de ralentir le procès pour préserver les droits de la défense. L'exemple le plus emblématique est le délai de citation, prévu à l'article 707 du Code judiciaire, qui sépare la signification de la citation par huissier de justice de la date de la première audience (audience d'introduction). Il doit être de huitaine, à peine de nullité de la citation. Ce délai a pour but de permettre au défendeur d'organiser sa défense avant sa première comparution devant le tribunal. Après quelques hésitations en jurisprudence, la loi a été modifiée de façon à appliquer à ces délais le même régime que les nullités absolues. La nullité de l'acte ne pouvait donc être appliquée si la finalité du délai avait été respectée (art. 867). Ainsi, en cas de non-respect du délai de citation, la citation n'était pas annulée si le défendeur avait pu mettre à profit le délai, bien qu'il soit trop court, pour consulter un avocat puis demander le report de l'affaire. Même si le délai de l'article 707 n'avait pas été respecté, les droits de la défense étaient saufs puisqu'en définitive, le défendeur avait bénéficié d'un délai suffisant pour assurer sa défense. Le but poursuivi par le législateur, à savoir la préservation des droits de la défense, avait donc été atteint.

Seuls les délais destinés à accélérer la procédure, sanctionnés par la déchéance du droit d'accomplir un acte (introduire un recours par exemple), échappaient à ce régime favorable. La seule manière d'éviter à la déchéance était d'invoquer la force majeure, empêchant la partie d'accomplir l'acte dans le délai prescrit. Certains auteurs estimaient pouvoir appliquer la soupape de l'article 867 (non-application de la sanction si le but poursuivi par le législateur avait été atteint) également aux délais prescrits à peine de déchéance autres que les délais de recours mais cette question était controversée⁽³⁹⁾. En tout cas, il était difficile d'estimer que le but poursuivi par le législateur (accélérer la procédure) avait été atteint si l'acte n'avait pas été accompli dans le délai imposé.

(38) Cass., 12 février 2016, R.G. n° C.14.0414.F, *J.T.*, 2016, p. 166.

(39) H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime général et irrégularités spécifiques », in *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 101 et s., n° 85.

13. Le formalisme en matière de vices de fond. Le régime des nullités décrit ci-dessus sanctionne les vices de forme affectant les actes de procédure. Mais ces actes peuvent être atteints d'autres défauts lorsque les conditions de fond qui entourent leur accomplissement ne sont pas respectées. Le vice n'affecte pas la forme de l'acte, qui peut être parfaite, mais les conditions imposées pour qu'un tel type d'acte soit valablement accompli ne sont pas respectées. On parle alors de violation des règles d'organisation judiciaire. Le vice de fond cité le plus fréquemment dans la littérature résulte du mauvais choix de l'acte introductif d'instance. La citation par huissier de justice reste le mode de droit commun d'introduction de l'instance. Dans les cas expressément prévus par la loi, la procédure peut également être introduite par une requête contradictoire déposée au greffe du tribunal et notifiée par voie postale au défendeur. La sanction de l'utilisation de la requête dans les cas non prévus par la loi a fait l'objet d'une importante controverse. La requête est parfaite sur le plan de la forme (les mentions requises par le Code sont toutes présentes) mais le problème est ailleurs : elle est utilisée dans une hypothèse où son usage n'est pas autorisé par la loi. La doctrine est unanime à considérer que ce type de manquement est grave, encore plus que le non-respect des formes, et doit être impérativement sanctionné. La Cour de cassation va également dans ce sens(40). Mais quelle sanction appliquer ? Là, les avis divergent. Certains auteurs parlent d'une fin de non-recevoir. Il s'agirait toutefois d'une fin de non-recevoir un peu particulière. Elle ne sanctionne pas l'absence des conditions de l'action en justice (le défaut de qualité ou d'intérêt) mais plutôt la violation d'une règle d'organisation judiciaire. Ces règles constituent le cœur même des règles procédurales, que l'on ne pourrait méconnaître sans mettre en cause l'équilibre fondamental du droit processuel. Ces règles sont toutes d'ordre public(41). On parle parfois de « fins de non-recevoir procédurales », pour les distinguer des fins de non-recevoir liées à l'absence des conditions d'ouverture de l'action en justice(42). D'autres auteurs évoquent une sanction de nullité, mais tout à fait indépendante du régime des articles 860 et suivants : le principe

(40) Cass., 27 mai 1994, *R.C.J.B.*, 1995, p. 639.

(41) P. VAN ORSHOVEN, « Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht », *R.D.J.P.*, 2002, pp. 3 et s., n° 28 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 140 ; Cass., 10 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 796 ; Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 339 ; Cass., 9 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1242.

(42) G. CLOSSET-MARCHAL, « La sanction de l'inobservation des règles relevant de l'organisation judiciaire », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 361 et s., n° 7, qui critique toutefois cette notion. Dans le même sens : P. VAN ORSHOVEN, « Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht », *op. cit.*, n° 25.

« pas de nullité sans texte » ne s'appliquerait donc pas, de même que les modes particuliers de couverture de la nullité. Elle pourrait en outre être invoquée à tous les stades de la procédure, même pour la première fois devant la Cour de cassation.

La loi du 26 avril 2007 (qui a modifié l'art. 700) a tranché cette controverse : elle précise que la requête contradictoire est frappée de nullité, lorsqu'elle est utilisée dans les cas où seule la citation est admise⁽⁴³⁾. C'est la première velléité du législateur pour appliquer la théorie des nullités (et les modes de couverture des nullités) en dehors du cadre strict des nullités de forme. La Cour de cassation a décidé que cette nouvelle nullité est soumise au régime des nullités des articles 860 et suivants, ce qui signifie que la personne qui invoque la nullité doit établir le préjudice que lui cause l'irrégularité⁽⁴⁴⁾. La disparition des nullités absolues rend toutefois cette discussion sans objet (voy. *infra*).

La question reste ouverte pour les autres cas de violation des règles d'organisation judiciaire et il n'est pas certain que la nullité instaurée par le nouvel article 700 puisse être étendue à d'autres hypothèses⁽⁴⁵⁾. La difficulté, par rapport au régime classique des nullités, réside dans le fait qu'il n'existe aucun répertoire des règles d'organisation judiciaire : celles-ci sont mises au jour progressivement par la doctrine et la jurisprudence (tout comme les nullités virtuelles avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire). Cela engendre donc une certaine insécurité, alors que les manquements sont plus graves et que les sanctions peuvent être plus radicales que dans le cadre des nullités pour vices de forme. C'est d'autant plus embarrassant que le législateur a voulu, dans le Code judiciaire, assurer une certaine sécurité juridique, en évitant une théorie des nullités obscure ou imprécise.

14. Le formalisme dans l'interprétation et la rectification des jugements. La loi du 24 octobre 2013 a simplifié les procédures d'interprétation et de rectification des jugements. Il est admis que le juge explique une décision obscure ou ambiguë ou rectifie une erreur matérielle. Avant

(43) Pour plus de détails sur ce cas particulier, voy. : X. TATON, « Les irrégularités, nullités et abus de procédure », in *Le procès civil accéléré ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 200 et s. ; G. DE LEVAL, F. 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 effervescence*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2007, pp. 33 et s., n° 8 et s. ; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 12 et s. ; P. Taelman et B. Deconinck, « Qui pro quo omtrent de nietigheden en de sancties? », in *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het gerechtelijk Wetboek met het oog op bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 119 et s.

(44) Cass., 23 mai 2013, R.G. n° C.12.195.F, J.T., 2013, p. 564.

(45) Sur cette question, voy. P. KNAEPEN, « Le point sur l'introduction irrégulière des demandes principales », J.T., 2017, pp. 721 et s., n° 13.

2013, la procédure devait être introduite par citation. Depuis cette modification législative, la procédure peut être introduite par requête contradictoire et le juge peut aussi procéder à l'interprétation ou la rectification d'office. En outre, la loi a également autorisé le juge à compléter des omissions du dispositif du jugement. Le juge qui a omis de statuer sur un chef de demande peut réparer cette omission (art. 794/1). Il doit toutefois veiller à ne pas modifier l'autorité de chose jugée qui s'attache aux autres points de sa décision. Cette disposition nouvelle évite aux parties de devoir former un recours, lorsque le juge a oublié de statuer sur un chef de la demande. L'article 797 (modifié par la loi Pot-pourri VI – voy. numéro 16) a d'ailleurs interdit d'introduire un recours uniquement destiné à interpréter une décision, corriger une erreur matérielle ou statuer un moyen oublié.

15. L'accélération du phénomène de déformalisation : les lois « Pot-pourri » – la loi Pot-pourri I. Ce courant de « déformalisation » s'est encore accéléré ces dernières années. Le ministre de la Justice a voulu modifier la procédure par petites touches, en faisant adopter par le Parlement des lois fourre-tout dénommées « lois Pot-pourri » (46).

La loi Pot-pourri I a supprimé les nullités absolues, même celles qui affectent le non-respect des délais d'attente. Dans tous les cas, la partie qui invoque la nullité est donc tenue de prouver qu'elle a subi un préjudice. L'article 867, qui permettait de couvrir la nullité lorsque l'acte a rempli le but assigné par la loi, a été abrogé dans la foulée, parce qu'il s'appliquait essentiellement aux nullités absolues. Différents auteurs (47) ont toutefois regretté cette abrogation, parce que cet article pouvait également sauver des actes de la sanction en dehors de la stricte matière des nullités. La Cour de cassation avait ainsi appliqué l'article 867 à des significations d'actes « non avenues » (inexistantes), appliquant ainsi ce texte au-delà des limites initialement fixées par le législateur (48). La disparition de l'article 867 ne

(46) Ces lois ont adapté aussi bien la procédure civile que pénale. La procédure civile a été affectée par la loi « Pot-pourri I » (15 octobre 2015), « Pot-pourri III » (4 mai 2016 – la modification est limitée et concerne essentiellement la procédure électronique), « Pot-pourri IV » (25 décembre 2016, modification tout à fait marginale), « Pot-pourri V » (6 juillet 2017) et « Pot-pourri VI » (25 mai 2018).

(47) G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et F. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 794 ; M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités : une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste », in *Le procès civil efficace ?*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 53 et s., n^{os} 32 et s. ; voy. aussi l'audition du prof. Hakim Boularbah en Commission de la Justice de la Chambre : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n^o 54-1219/005, p. 204.

(48) Cass., 9 janvier 2014, R.G. n^o C.12.0370.N, *J.T.*, 2015, p. 408 ; *Pas.*, 2014, p. 43, R.W., 2014-2015, p. 663, note B. VAN DEN BERGH, *R.D.J.P.*, 2014, p. 112, note T. TOREMANS.

permettait plus d'utiliser cet assouplissement en dehors du domaine strictement défini des nullités.

16. La loi Pot-pourri VI. La loi Pot-pourri VI va plus loin. Elle prévoit que, lorsque l'acte irrégulier peut être réparé, le juge peut accorder à l'auteur de l'acte un délai pour le régulariser, avant de prononcer la nullité (art. 861, al. 2). C'est la porte ouverte à la disparition quasi-totale de la nullité en droit judiciaire. La loi Pot-pourri VI permet également de régulariser les erreurs de signature et les irrégularités de forme dans les jugements, qui étaient une cause non négligeable de cassation. Enfin, la même loi prévoit que l'acte introductif d'instance n'est plus nul si la cause n'a pas été inscrite au rôle en temps utile. La procédure est simplement reportée tant que le nécessaire n'a pas été fait (art. 717 et 1060).

Par ailleurs, la loi supprime les cas où la signification d'un acte était « non avenue », c'est-à-dire inexistante, remplaçant cette sanction par une nullité simple, donc soumise aux articles 861 et suivants du Code judiciaire. Cette modification permet de gommer les effets pervers de l'abrogation de l'article 867 (voy. *supra*).

La modification de la loi sur l'emploi des langues sera examinée au point suivant.

17. Les nullités de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire. La loi Pot-pourri VI (25 mai 2018) a étendu le régime des nullités de droit commun (avec l'obligation de prouver un préjudice et les possibilités de réparation) à la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire (art. 40). Jusqu'alors, il était admis que cette loi échappait au régime classique des nullités, ce qui permettait d'annuler un acte de procédure comprenant un passage rédigé dans une autre langue que celle de la procédure, même si la partie adverse était parfaitement à même de le comprendre et n'avait donc subi aucun préjudice (49). La loi de 1935 était l'un des derniers bastions du formalisme procédural en Belgique. La modification de l'article 40 de la loi de 1935 par la loi pot-pourri VI a eu pour effet d'empêcher l'annulation de l'acte irrégulier, si la partie adverse ne prouvait pas que l'utilisation d'une autre langue que celle de la procédure lui causait un préjudice.

Dès l'adoption de ce texte nouveau, des voix se sont élevées pour relever des effets pervers inattendus de cette réforme. En effet, ranger la

(49) P. KNAEPEN, « Violation de la loi relative à l'emploi des langues en matière judiciaire : plaider pour une sanction plus juste », *R.D.J.P.*, 2017, pp. 160 et s. ; K. WAGNER, « De sanctieregeling in de taalwet van 1935: *quousque tandem abutere patientia nostra* ? », *R.D.C.*, 2010, pp. 234 et s.

nullité en matière d'emploi des langues parmi les nullités de droit privé avait pour conséquence de priver le juge du pouvoir de la soulever d'office, que ce soit contradictoirement ou par défaut. On pouvait donc imaginer que le demandeur dépose un acte dans une langue différente de celle de la procédure, sans que le juge puisse sanctionner cette pratique, tant que le défendeur ne soulève pas la nullité (50). Le problème s'est posé devant la cour d'appel d'Anvers : une requête d'appel avait été déposée en français, alors que la langue de la procédure était le néerlandais. La cour a annulé cette requête, à la fois en application de l'article 861 du Code judiciaire (l'intimé avait soulevé la nullité et invoquait un dommage résultant d'une mauvaise compréhension des moyens de l'appellant) ainsi qu'en vue de garantir une bonne administration de la justice (51). Le premier motif se fondait sur une application directe des mécanismes de nullité prévus par le Code judiciaire. À une nuance près : l'article 861 impose au juge de rechercher un mode de réparation avant de prononcer la nullité. Une forme évidente de réparation aurait été le dépôt d'une traduction (52). La cour l'a cependant rejetée au motif qu'il s'agirait du dépôt d'une nouvelle requête et non de la traduction de la requête déjà déposée. Cette justification n'est pas très convaincante et traduit probablement le souhait de la cour d'annuler la requête à tout prix. Par ailleurs, les critères de la « bonne administration de la justice » restent particulièrement flous et l'invocation de ce principe pour entraver l'application d'une disposition claire de la loi est discutable. Sur le principe, on pouvait saluer la volonté de la cour de trouver une parade à une violation de la loi sur l'emploi des langues mais on peut se demander si elle n'a pas ainsi restitué son caractère d'ordre public à une nullité manifestement devenue d'ordre privé (53).

(50) H. BOULARBAH et Ch. HAUWEN, « Assouplissement du formalisme et extension du régime des nullités », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, coll. CUP, vol. 183, Liège, Anthemis, 2018, p. 292, n° 16. Une question parlementaire a été posée au ministre de la Justice à ce sujet. Il y a répondu : « Le scénario d'un plaignant qui cite délibérément quelqu'un dans une langue inappropriée et, ce faisant, compte sur une absence de réaction complice du défendeur qui oblige le juge à prétendre n'avoir rien remarqué, est assez irréaliste. Les parties qui souhaitent gagner leur procès ne se comporteront pas de manière si peu respectueuse à l'égard du tribunal. Elles se rendraient probablement coupables aussi d'un abus punissable d'une amende en vertu de l'article 780bis du Code judiciaire. Bien qu'il s'agisse d'un scénario irréaliste, qui se base sur une interprétation restrictive de l'article 861, je crains malgré tout que l'on puisse s'entêter dans cette interprétation. Je résoudrai cette question par une initiative législative » (Commission de la Justice, 13 juin 2018, question n° 26070, CRIV 54 COM 923, p. 30). La démission du gouvernement et la fin de la législature n'ont pas permis d'introduire de correction à ce sujet. C'est dommage, parce que cela aurait peut-être permis d'éviter l'annulation de la loi.

(51) Anvers (1^{re} ch.), 16 octobre 2018, *R.W.*, 2019-2020, p. 21, *R.A.B.G.*, 2018, p. 1695, note B. MAES.

(52) B. MAES, « De taalwet gerechtszaken is niet (meer) van openbare orde », *R.A.B.G.*, 2018, p. 1701, n° 7.

(53) Dans le même sens : B. MAES, « De taalwet gerechtszaken is niet (meer) van openbare orde », *op. cit.*, p. 1700, n° 6.

Cette réforme audacieuse n'a pas eu la vie longue. Un recours en annulation contre cette modification législative a été introduit devant la Cour constitutionnelle. Par un arrêt du 19 septembre 2019 (54), la Cour a annulé la disposition de la loi Pot-pourri VI modifiant les règles de nullité de la loi sur l'emploi des langues.

La Cour a annulé la modification de l'article 40 de la loi sur l'emploi des langues pour deux motifs. Le premier relève de la répartition des compétences entre les Régions et ne nous intéresse guère, dans le cadre de notre étude. En Région bruxelloise, une modification de la loi de 1935 aurait supposé une majorité parlementaire spéciale, qui n'a pas été réunie lors de l'adoption du texte (55). Le second motif est plus décisif. Il était reproché à la loi de ne plus permettre au juge de soulever la nullité d'office. La Cour répond à ce sujet :

« L'absence de toute possibilité pour le juge d'intervenir d'office dans ces circonstances a pour effet qu'il peut être obligé de connaître d'actes de procédure qui n'ont pas été accomplis dans la langue obligatoire de la procédure devant la juridiction dont il relève et qu'il n'est pas supposé connaître légalement. Il en va non seulement ainsi pour les pièces de la procédure déposées par les parties, mais aussi pour les rapports des experts qui doivent également être rédigés dans la langue de la procédure unilingue, en vertu des prescriptions de la loi du 15 juin 1935 (article 33). Ainsi, il n'est pas garanti que, préalablement à sa décision, le juge puisse prendre adéquatement connaissance des griefs et des arguments des parties et que le droit à un procès équitable soit garanti » (56).

On en est donc revenu au régime antérieur et il est peu probable que, dans une Belgique fort clivée au niveau linguistique, on retrouve encore une majorité parlementaire pour voter une nouvelle modification de l'article 40 de la loi de 1935. On peut le regretter, parce que le régime de l'article 40 reste drastique et disproportionné dans ses effets. On aurait effectivement pu imaginer une alternative. Le problème essentiel, relevé par la doctrine, les praticiens et la Cour constitutionnelle, était l'impossibilité pour le juge de soulever l'irrégularité sans la collaboration de la partie adverse. Ce relevé d'office devenait carrément impossible lorsque cet adversaire faisait défaut. En effet, l'article 806 du Code judiciaire interdit au juge statuant par défaut de soulever des moyens autres que d'ordre public. Or, la modification du régime de sanctions des nullités en matière d'emploi des

(54) C. const., 19 septembre 2019, arrêt n° 120/2019.

(55) Consid. B.15.1 et suivants de l'arrêt.

(56) Pt B.26.4.

langues avait manifestement transformé ce mécanisme en nullité d'ordre privé. La solution aurait pu résider simplement dans un pouvoir du juge, utilisable d'office, d'imposer à la partie récalcitrante le dépôt d'une traduction de l'acte, si son adversaire n'en demandait pas la nullité.

On pouvait alors imaginer trois scénarios :

- l'adversaire invoque la nullité et démontre avoir subi un préjudice (il ne comprend pas la langue de l'acte déposé et ses droits de la défense sont méconnus) – le juge peut alors annuler s'il ne peut réparer l'irrégularité (art. 861 C. jud.) ; cette réparation pourrait intervenir sous la forme de la production d'une traduction⁽⁵⁷⁾ ;
- l'adversaire n'invoque pas la nullité ou ne démontre pas l'existence d'un préjudice (il comprend la langue de l'acte litigieux) – le juge n'annule pas l'acte mais oblige le déposant à en fournir une traduction, pour assurer le respect de la langue de la procédure ;
- l'adversaire ne comparaît pas et le juge éprouve un doute quant à sa correcte information, du fait de la rédaction de l'acte dans une langue autre que celle de la procédure ; le juge peut alors utiliser le mécanisme prévu à l'article 803, alinéa 2 du Code judiciaire ; cet article dispose que : « Lorsqu'à l'audience d'introduction il existe un doute raisonnable que l'acte introductif ait mis le défendeur défaillant en mesure de se défendre, le juge peut ordonner que cet acte soit signifié par exploit d'huissier de justice » ; le juge oblige donc le demandeur à signifier par acte d'huissier une nouvelle convocation, rédigée cette fois dans la langue correcte.

Cette solution apparaîtrait plus conforme au principe de proportionnalité. La production d'une traduction permettrait de poursuivre l'objectif légitime d'unicité de la langue de la procédure et de respect des droits de la défense, tout en appliquant une sanction adaptée à l'ampleur du préjudice subi par les parties. La question qui subsiste – mais qui restera définitivement sans réponse du fait de l'annulation de la loi – est de savoir

⁽⁵⁷⁾ La Cour constitutionnelle a indiqué que la traduction systématique des pièces de la procédure ralentirait très fortement la procédure, ce qui est contraire à l'objectif poursuivi par le législateur de réduction du formalisme et d'économie de la procédure (arrêt n° 120/2019, pt B.26.2). C'est un peu exagéré. D'une part, la partie qui dépose un acte dans une langue autre que celle de la procédure ne peut se plaindre de ce que son comportement irrégulier ralentit la procédure. Si l'acte perturbateur émane du défendeur et manifeste une volonté dilatoire, le juge pourrait en outre sanctionner un abus de procédure. D'autre part, il est très peu réaliste qu'une partie dépose plus qu'un seul acte dans une langue différente. Il n'est donc pas question de traduire l'ensemble des actes de la procédure. D'ailleurs, la traduction de la totalité des pièces justificatives d'une des parties, qui est cependant conforme à la loi de 1935, peut s'avérer bien plus lourde et onéreuse.

si l'application de ce mécanisme supposait une indication claire dans la loi ou aurait pu s'appliquer par le biais de la théorie de l'abus de droit procédural (58).

18. Bilan de l'évolution – application du principe de proportionnalité. On voit donc que cette réglementation est imprégnée d'une conception « finaliste ». La sanction n'est appliquée que si l'intention du législateur lors de la création de la formalité n'a pas été respectée et que la partie qui invoque l'irrégularité a subi un dommage.

Le résultat de cette évolution est la quasi-disparition des nullités, touchant tant les actes affectés par une irrégularité de forme, voire de certaines irrégularités de fond (mauvais choix d'acte introductif d'instance), que les actes posés de manière prématurée, lorsque le délai est prescrit à peine de nullité.

Les déchéances prescrites par la loi en cas de non-respect d'un délai de recours ou toute autre forme de délai accélérateur, ainsi que l'écartement d'office des conclusions non remises au tribunal ou envoyées à l'adversaire dans le délai (art. 747) (59) constituent encore les seules sanctions qui peuvent être appliquées indépendamment de la démonstration de l'existence d'un quelconque dommage concret résultant de l'irrégularité.

En ce qui concerne la question qui nous occupe, cette évolution traduit une imprégnation croissante de la matière des nullités par le principe de proportionnalité. Reprenons notre fil conducteur des trois critères admis en droit européen.

La pertinence de la sanction à proprement parler n'est pas remise en cause par les changements législatifs évoqués ci-dessus. La nullité, en elle-même, n'est pas écartée parce que cette sanction serait inapte à remplir le rôle disciplinaire qui lui est assigné par le législateur.

En revanche, le juge, confronté à une irrégularité de forme et, dans certains cas, de fond, est invité à chercher des alternatives à la sanction. Au départ, cette possibilité de réparation était limitée aux irrégularités affectant la signature d'un acte (art. 863). Elle est désormais étendue à tous les cas de nullité (art. 861). En outre, cette faculté de réparation est également prévue pour les jugements incomplets : le juge pourra compléter le dispositif de sa décision (art. 794/1).

(58) En ce sens, H. BOULARBAH et Ch. HAUWEN, « Assouplissement du formalisme et extension du régime des nullités », *op. cit.* Sur l'abus de droit, voy. *infra*, n° 21 et s.

(59) Voy. *infra*, n° 19.

Enfin, le juge est invité à examiner l'impact concret de cette irrégularité sur la situation de la partie qui l'invoque. Il ne pourra pas prononcer la nullité si cette sanction apparaît disproportionnée, du fait de l'absence de dommage subi par la partie. Seule la matière de l'emploi des langues résiste encore à cette évolution, du fait de l'arrêt d'annulation rendu par la Cour constitutionnelle.

§ 2. L'écartement des conclusions tardives

19. Modalisation de l'écartement des conclusions par le juge. En procédure civile, la mise en état prend fréquemment la forme de « calendriers », fixant les délais pour déposer des conclusions au tribunal et les transmettre à l'adversaire(60). Ces calendriers sont soit établis par les parties et entérinés par le juge (art. 747, § 1 C. jud.), soit fixés par le juge, à défaut d'accord des parties (art. 747, § 2). Le non-respect des délais impartis dans le calendrier est sanctionné par l'écartement des conclusions tardives. La partie qui sollicite l'écartement des débats des conclusions de son adversaire pour dépôt tardif n'est pas tenue de démontrer qu'elle a subi un préjudice du fait de cette omission(61). Sur ce point, la Cour de cassation a fait primer le formalisme sur la proportionnalité.

Dans la procédure devant la Cour de cassation, la loi du 10 avril 2014 a pratiquement supprimé l'obligation de signification des mémoires (sauf le mémoire en réponse qui oppose une fin de non-recevoir au pourvoi). La signification est remplacée par un simple envoi à la partie adverse ou son avocat(62). Cette loi introduit en outre une sanction inédite dans la procédure de cassation : l'écartement d'office des mémoires envoyés tardivement, sanction bien connue dans la procédure devant le juge du fond. Toutefois, pour ce qui est de la procédure de cassation, le texte légal (art. 1092, al. 3 et 1094, al. 4) prévoit explicitement que cette sanction ne peut être appliquée que si le retard a porté atteinte aux droits de la défense de la partie qui l'invoque. Sur ce point, la procédure en cassation est moins formaliste que celle devant le juge du fond.

(60) Voy. D. MOUGENOT, « L'office du juge dans la mise en état en droit belge », in *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 169 et s.

(61) Cass., 18 mai 2000, *Bull.*, 2000, p. 925 ; Cass., 20 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 737 ; Cass., 12 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 434 ; Cass., 14 novembre 2017, R.G. n° P.16.0973.N, NC, 2018, p. 122, R.A.B.G., 2018, p. 474, note VAN DE HEYNING, T. *Strafr.*, 2018, p. 43, note MEGANCK.

(62) Sur cette réforme, voy. : P. GÉRARD, « La réforme de la procédure de cassation en matière civile par la loi du 10 avril 2014 », *J.T.*, 2014, pp. 689 et s.

Il est habituel de prévoir au moins deux délais successifs pour chaque partie, qui peut ainsi déposer des « conclusions principales » puis des « conclusions de synthèse ». Les tribunaux ont été toutefois confrontés à un problème inattendu : le défendeur qui ne dépose pas de conclusions principales et qui met à profit le dernier délai qui lui est imparti pour déposer de « fausses » conclusions de synthèse, qui sont en réalité ses conclusions principales. Cette pratique met le demandeur en difficulté : lors du premier délai qui lui est imparti, il ne dispose pas des conclusions de son adversaire et ignore ses moyens de défense. Lorsque le défendeur conclut enfin, soit le demandeur ne dispose plus de la possibilité de lui répondre (le calendrier est épuisé), soit les occasions de répondre sont limitées (il ne dispose plus que d'un seul délai).

La doctrine a proposé de sanctionner cette pratique en écartant les « fausses conclusions de synthèse ». Cette sanction serait le résultat de ce qui a été appelé « la théorie des dominos »⁽⁶³⁾. Par analogie avec les montages de dominos, dont la chute du premier entraîne celle de tous les dominos placés derrière lui, les auteurs suggéraient que l'absence de conclusions principales prive définitivement la partie de toute possibilité de conclure ultérieurement. Après quelques atermoiements, la Cour de cassation a emboîté le pas à la doctrine mais est ensuite revenue en arrière : dans plusieurs arrêts, elle a considéré que l'absence de conclusions principales ne prive pas définitivement la partie du droit de conclure additionnellement⁽⁶⁴⁾. Tout est question de cas d'espèce et il n'y a pas lieu d'énoncer un principe rigide : le juge doit vérifier si la partie qui pratique ainsi manque au respect de la loyauté procédurale. Ainsi, le juge du fond peut légitimement considérer qu'il n'y a pas de déloyauté lorsque la partie adverse dispose encore d'un ou plusieurs délais pour répondre aux conclusions déposées en dehors du délai pour déposer des conclusions principales⁽⁶⁵⁾.

Dans cette hypothèse, l'initiative ne vient pas du législateur. Si on applique littéralement la loi, une partie peut toujours conclure tant qu'elle dispose d'un délai pour ce faire. Le cas dans lequel une partie a laissé passer un des délais et concentre son argumentation dans des conclusions

(63) H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... perdues ? », *J.T.*, 2000, pp. 813 et s.

(64) Cass., 8 avril 2016, R.G. n° C.15.0382.F, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1559 ; Cass., 11 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 694 ; Cass., 28 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1188 ; Cass., 4 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2828 ; Cass., 27 novembre 2003, *J.T.*, 2005, p. 418 ; Cass., 14 mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 138.

(65) Cass., 8 avril 2016, cité à la note précédente.

déposées plus tard dans la procédure n'est pas envisagé par le Code judiciaire. La théorie évoquée ci-dessus est donc purement prétorienne.

Clairement, la Cour de cassation a fait primer l'usage proportionné de l'écartement des conclusions sur l'application rigide de la sanction. Le juge est invité à mettre en balance la loyauté procédurale et le respect des droits de la défense.

20. Droit de plaider. Si une partie n'a pas conclu dans les temps, est-elle privée du droit de plaider ? La question était fort controversée jusqu'en 2007. Elle a été explicitement résolue dans la loi du 26 avril 2007. L'article 756*bis* dispose désormais qu'une partie qui n'a pas conclu peut encore plaider. Cette plaidoirie ne vaut pas conclusions. Cela signifie qu'elle ne peut servir à introduire des demandes nouvelles et que le juge n'est pas tenu d'y répondre dans la motivation du jugement. En outre, pour éviter de mettre l'autre partie en difficulté, celle-ci pourra être autorisée à répondre par écrit à cette plaidoirie, dans un délai de quinze jours suivant l'audience. En effet, la partie qui a fait l'effort de rédiger des conclusions peut être prise par surprise par cette plaidoirie inattendue, dont, par hypothèse, elle ne pouvait deviner le contenu à l'avance. Cette faculté de réplique écrite rétablit donc l'égalité entre parties.

Encore une fois le législateur a essayé de trouver un équilibre entre les droits de la défense des deux parties et tenté de trouver une solution qui ménage l'égalité des armes. Dans ce cas-ci, c'est la loi qui a fait usage du principe de proportionnalité. La reconnaissance du droit de plaider de la partie qui n'a pas conclu lui permet de faire valoir ses moyens. Toutefois, le fait de ne pas assimiler cette plaidoirie à des conclusions et la faculté d'y répondre par écrit reconnue à la partie adverse évitent une atteinte disproportionnée aux droits de celle-ci.

§ 3. L'abus de droit procédural

21. L'abus de droit en droit belge. En droit privé, la doctrine considère que le principe de proportionnalité est à la base du mécanisme de l'abus de droit (66). Le professeur Van Gerven a ainsi relevé la présence des

(66) P.-A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s., n^{os} 8 et 21 ; P. MARTENS, « L'ascension irrésistible du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 52 ; Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 129.

trois critères d'appréciation de la proportionnalité en droit communautaire dans la théorie belge de l'abus de droit (67). Le critère de pertinence empêche le titulaire d'un droit de l'exercer sans aucune utilité pour lui, dans le seul but de nuire à autrui. Le critère de nécessité interdit au titulaire du droit d'exercer celui-ci de manière désavantageuse pour autrui, alors qu'il dispose d'autres modalités d'exercice de son droit moins préjudiciables. Enfin le critère de proportionnalité exclut que le titulaire du droit puisse exercer celui-ci d'une manière qui lui procure un bénéfice disproportionné par rapport au préjudice nettement plus important qu'il inflige au droit ou à l'intérêt légitime d'autrui.

La définition de l'abus de droit par la Cour de cassation remonte à un arrêt de principe du 10 septembre 1971 (68). La Cour y précise que l'abus de droit peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. La sanction habituelle est la réduction du droit à son usage normal (69). Cette sanction peut aller toutefois jusqu'à la privation complète de la faculté d'invoquer son droit (70).

Comme il est possible d'abuser de tout droit, même résultant de l'application d'une règle impérative ou d'ordre public (71), il était logique que cette théorie trouve à s'appliquer en tout domaine, et donc également en matière procédurale.

22. L'abus de droit procédural. En 1962 déjà, la Cour de cassation avait indiqué que le fait de résister judiciairement à la demande dégénérât

(67) W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, pp. 305 et s. Voy. aussi : F. GLANSDORFF, « Abus de droit et intérêt général », *J.T.*, 2022/5, pp. 77-78 ; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Des arbres, des voisins, de l'intérêt collectif et de l'abus », note sous Cass., 22 octobre 2021, *Rev. not. b.*, 2022, pp. 49 et s. ; Cass., 4 mars 2021, *R.G.D.C.*, 2021, p. 477 ; *J.L.M.B.*, 2022, p. 104 ; Cass., 22 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 106. Pour une critique de la conception « universaliste » de la proportionnalité en matière d'abus de droit, voy. : Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 773 et s.

(68) Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28. Voy. aussi : Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996 ; Cass., 21 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 766. Ces arrêts ont été rendus en matière extracontractuelle. La théorie est également appliquée dans de nombreux arrêts rendus en matière contractuelle : Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1386 ; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2050 ; Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2173 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689 ; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 402 ; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; Cass., 17 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 200. Cette définition, ainsi que la sanction, apparaissent également à l'article 1.10 du Code civil.

(69) Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 ; Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898 ; Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244.

(70) Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; Cass., 2 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 462.

(71) Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999 ; Cass., 2 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 908.

en acte illicite lorsqu'il était accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi (72). Elle va toutefois adopter la définition moderne de l'abus de droit dans un arrêt de principe du 31 octobre 2003. Elle relève qu'une procédure peut revêtir un caractère vexatoire non seulement lorsque la partie est animée de l'intention de nuire mais aussi lorsqu'elle exerce son droit d'agir en justice d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente (73). L'abus de droit apparaît ainsi lorsque « sans aucun intérêt raisonnable, une partie fait usage des règles de procédure dans une autre finalité que celle à laquelle elles étaient destinées ou que, dans les circonstances de l'espèce, elle les utilise d'une manière contraire à l'économie processuelle » (74).

Si l'abus de la procédure est sanctionné, en revanche, le fait de formuler des moyens dépourvus de fondement n'a, jusqu'à présent, pas fait l'objet de condamnation (75). Il faut en effet garder à l'esprit que le fait de s'opposer à une jurisprudence dominante n'est pas en soi abusif, sans quoi aucun revirement de jurisprudence n'aurait jamais lieu (76). Tout dépend en fait de la pertinence des moyens soulevés. Un moyen complètement absurde ou déraisonnable pourrait être le signe d'un abus.

La sanction classique de l'abus de droit, en matière procédurale, est l'octroi de dommages-intérêts à la partie préjudiciée mais aussi par l'imposition par le juge d'une amende civile à la partie en faute (art. 780bis C. jud.) (77). En effet, les abus de procédure dérèglent le déroulement de la procédure et perturbent le fonctionnement du service public de la justice, en mobilisant à tort des ressources qui pourraient être utilisées ailleurs (78). Nous verrons au point suivant que des alternatives existent toutefois. Le juge peut notamment allouer à la partie gagnante une indemnité de procédure majorée, lorsque la situation est « manifestement déraisonnable » (art. 1022 C. jud.) (79).

(72) Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 406.

(73) Cass., 31 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1747, *J.T.*, 2004, p. 135, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK. Voy. aussi, Cass., 2 mars 2015, *Pas.*, 2015, p. 524 ; Cass., 23 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 36.

(74) J. ENGLEBERT, X. TATON *et al.*, *Droit du procès civil*, vol. 1, Limal, Anthémis, 2018, p. 159, n° 250.

(75) Si ce n'est qu'il peut aboutir à un partage des frais de justice : Cass., 23 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1316. Voy. : H. BOULARBAH, « Les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure », in H. BOULARBAH et F. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 353, n° 7.

(76) J. ENGLEBERT, X. TATON *et al.*, *Droit du procès civil*, *op. cit.*, p. 162, n° 253.

(77) Cass., 28 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1513. Voy. aussi : M. STASSIN, « L'amende civile », *J.T.*, 2017, pp. 173 et s.

(78) Bruxelles, 8 juin 2018, *R.D.J.P.*, 2019, p. 68, note T. TOREMANS ; Bruxelles, 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 204.

(79) F. HUMBLET, « Différents types de sanctions en cas d'abus procédural », *J.J.P.*, 2019, pp. 184-185.

23. Abus de droit et proportionnalité. Le juge appelé à déterminer l'existence d'un abus de droit devra donc appliquer les trois critères dégagés en droit communautaire : il devra apprécier l'utilité ou la pertinence de l'acte procédural accompli, son caractère indispensable et apprécier la proportionnalité de cet acte au sens strict.

Ainsi, est dépourvu d'utilité, la procédure ou l'appel qui n'a aucune chance de succès(80). L'utilisation du droit d'agir est abusive lorsque celui-ci est exercé avec une légèreté coupable, à la suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente sur ses chances de succès qu'elle devait être aperçue et évitée par tout homme normalement prudent et réfléchi. Il en est de même de l'appel(81). Commet également un abus, la partie qui pratique une saisie sur la base d'un titre qui n'est plus exécutoire(82).

Le critère de proportionnalité (au sens strict) est fréquemment utilisé. Sont ainsi sanctionnés la procédure ou l'acte de procédure qui infligent à l'adversaire un préjudice supérieur à l'avantage qu'ils procurent à leur auteur(83). La partie qui forme une tierce opposition alors qu'elle était informée de l'existence de la procédure et aurait pu y intervenir en temps utile occasionne un préjudice disproportionné à son adversaire(84). De même, doit être sanctionnée la partie qui oblige son adversaire à exposer des frais disproportionnés à l'enjeu de l'instance(85). Il en va également ainsi du retrait intempestif d'une élection de domicile, fait dans le but d'embarrasser l'adversaire et le dissuader d'introduire un recours(86). Il s'agissait d'une procédure où les parties étaient très nombreuses (des milliers !) et où l'élection de domicile permettait de simplifier la signification des actes de procédure.

Le juge est invité à utiliser le critère de proportionnalité aussi bien dans l'appréciation de l'existence d'un abus procédural que dans la recherche de la sanction adaptée(87). Ainsi, dans le cas du retrait intempestif d'élection

(80) Civ. Anvers (div. Anvers), 15 avril 2015, *L.R.B.*, 2015 (somm.), p. 57 ; Civ. Bruxelles (fr.), 22 mai 2018, R.G. n° 2016/4758/A, disponible sur www.fisconet.be.

(81) Civ. Bruxelles (fr.), 5 février 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 855, note.

(82) Civ. Bruxelles (sais.) (fr.), 25 janvier 2016, *J.T.*, 2016, p. 632, note.

(83) Cass., 26 octobre 2017, *R.A.B.G.*, 2018, p. 359.

(84) J.P. Bruges (1^{er} canton), 13 novembre 2018, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2018, p. 346, note. On note ici également une manifestation du principe de concentration.

(85) Civ. Anvers (div. Anvers), 10 avril 2018, *Entr. et dr.*, 2018, p. 342. Voy. aussi : J.P. Meise, 17 décembre 2015, *J.J.P.*, 2016, p. 320 (demande portant sur un montant de 1,19 euro, manifestement introduite en guise de représailles contre l'adversaire).

(86) Cass., 19 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 510, concl. proc. gén. LECLERCQ.

(87) M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 107 et s.

de domicile, la sanction adéquate a consisté à admettre la signification à l'ancien domicile élu. C'est donc la validation d'un acte apparemment irrégulier qui est apparue comme la manière la plus adaptée de réparer l'abus(88). À l'inverse, lorsque la partie fait volontairement signifier un jugement à une adresse qu'elle sait inutilisée, cette signification peut être invalidée par le juge, pour cause de déloyauté et d'abus procédural(89). Dans ce cas, l'acte apparemment régulier est privé de ses effets.

Cette recherche de la sanction proportionnée, qui réduit le droit utilisé de manière abusive à son usage normal, peut aussi amener le juge à écarter des conclusions(90) ou des pièces(91). Le tribunal peut encore neutraliser l'effet suspensif d'une demande en récusation introduite de manière abusive(92).

SECTION 5. LA PROPORTIONNALITÉ, UNE MÉTHODE GÉNÉRALE DE RÉOLUTION DE CONFLITS ENTRE PRINCIPES ANTAGONISTES : L'EXEMPLE DES SECRETS D'AFFAIRES ET DES PREUVES IRRÉGULIÈRES

24. Une méthode efficace de règlement des conflits entre principes fondamentaux. Indépendamment de la proportionnalité de la procédure, le principe de proportionnalité est aussi une méthode permettant au juge d'arbitrer des conflits entre principes fondamentaux. Ainsi, dans la matière des secrets d'affaires, le juge va devoir ménager les secrets d'affaires d'une part, le principe du contradictoire et de la publicité des audiences d'autre part. Dans l'appréciation des preuves irrégulières, il devra combiner protection des secrets et de la vie privée et droit à la preuve. Le traitement au cas par cas de ces conflits permet de trouver des solutions adaptées aux nécessités du cas d'espèce, même si c'est au détriment de la sécurité juridique.

25. Protection des secrets d'affaires. La loi du 30 juillet 2018 a introduit un article 871*bis* dans le Code judiciaire, qui définit les mesures que

(88) J. VAN COMPERNOLLE et A. FETTWIS, « Principes directeurs du procès civil », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2021, vol. 1, p. 83, n° 1.61.

(89) Civ. Bruxelles (fr.), 31 mai 2016, *J.T.*, 2017, p. 337, *J.L.M.B.*, 2018, p. 419, note F.G.

(90) Cass., 28 novembre 2018, R.G. n° P.18.0104.F ; Bruxelles, 14 juillet 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 222, note J. SAUVAGE ; H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'abus du droit de conclure : vivacité d'une théorie », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 461 et s.

(91) Cass., 26 octobre 2017, *R.A.B.G.*, 2018, p. 359 ; Cass., 12 mars 2019, R.G. n° P.18.0298.N.

(92) Cass., 18 mai 2016, R.G. n° P.16.0572.F, <https://juportal.be>, concl. D. VANDERMEERSCH.

peut prendre le juge pour protéger les secrets d'affaires. Cette disposition est issue de la transposition en droit belge de la directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires⁽⁹³⁾. Le § 2 de cet article autorise le juge à limiter l'accès au dossier et aux audiences et à diffuser une copie des jugements ou arrêts expurgée de toute information sensible.

Le § 3 prévoit que, lorsqu'il se prononce sur l'opportunité de ces mesures, le juge « évalue leur caractère proportionné. À cet effet, le juge prend en considération la nécessité de garantir le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait causer à l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, à des tiers ».

En outre, l'article 1369^{quater} du Code judiciaire, introduit par la même loi, invite le président du tribunal de l'entreprise à apprécier le caractère proportionné des mesures provisoires qu'il prend, en cas d'obtention, utilisation ou divulgation illicite de secrets d'affaires. En particulier, il doit prendre en considération :

- la valeur ou d'autres caractéristiques spécifiques du secret d'affaires ;
- les mesures prises pour protéger le secret d'affaires ;
- le comportement du défendeur lors de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret d'affaires ;
- l'incidence de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires ;
- les intérêts légitimes des parties et l'incidence que l'octroi ou le refus de ces mesures pourrait avoir sur les parties ;

(93) Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JO, L 157, du 15 juin 2016, pp. 1-18. Sur cette directive, voy. : V. CASSIERS, « La directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires », *J.T.*, 2017, pp. 385 et s. ; M. BUYDENS, « La proposition de directive du 28 novembre 2013 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : un premier commentaire », *C.J.*, 2014, pp. 33 et s. ; R. DUPONT, « La Directive relative à la protection des secrets d'affaires : quelques perspectives au regard du droit belge », *I.R.D.I.*, 2016, pp. 150 et s. ; R. DE VREY, « De totstandkoming van de Richtlijn Bedrijfsgeheimen », *I.R.D.I.*, 2016, pp. 144 et s. ; V. CASSIERS et A. STROWEL, « La proposition de directive sur la protection des secrets d'affaires et ses interactions avec les droits intellectuels », in B. DOCKOIR (coord.), *Actualités en droits intellectuels. L'intérêt de la comparaison*, coll. UB³, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 11 et s. ; V. CASSIERS, « La transposition de la Directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires en droit belge », in *Droit de la propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 253 et s.

- les intérêts légitimes des tiers ;
- l'intérêt public ;
- la sauvegarde des droits fondamentaux.

Cette application du principe de proportionnalité découle d'une option marquée de la directive sur ce point(94).

Il a ainsi été jugé que les secrets d'affaires ne dispensaient pas le demandeur de démontrer la réalité d'une atteinte aux marques dont il est titulaire(95).

26. Proportionnalité et preuves irrégulières. La jurisprudence relative à l'utilisation des preuves irrégulières, dénommée « jurisprudence Antigone », est née en droit pénal. Dans cette matière, les tribunaux ont longtemps écarté systématiquement les preuves irrégulières, depuis l'arrêt *Rucloux* en 1923 (96). Un revirement important s'est toutefois produit dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière pénale(97). Le premier de ces arrêts, rendu dans le cadre d'une opération policière dénommée « Antigoon », a donné un nom à ce courant jurisprudentiel(98).

Dans cet arrêt, la Cour inverse totalement la perspective. D'une irrégularité de principe, on passe à une admissibilité de principe, sous la réserve de trois cas cités par la Cour :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

En outre, à côté des trois critères principaux, la Cour a fourni un ensemble de critères secondaires destinés à aider le juge dans son appréciation.

(94) Voy. art. 7, 11, 13, 15 et 16 de la Directive.

(95) Prés. Comm. Bruxelles (nl.), 16 juillet 2019, *ICIP*, 2019, p. 408.

(96) Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66.

(97) En réalité, ce revirement avait été précédé, dans les années nonante, d'un certain assouplissement de la jurisprudence classique. Je n'aborderai pas cette question, qui intéresse davantage les pénalistes, et renvoie, sur ce point, aux articles de Fr. KUTY (« La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, coll. CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s.) et M.-A. BEERNAERT (« La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1094 et s.).

(98) Cass., 14 octobre 2003, *NjW*, 2003, p. 1367, *Pas.*, 2003, p. 1607, concl. DE SWAEF, *R.A.B.G.*, 2004, p. 333, note SCHERMANS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note KUTY, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. DE SWAEF, *R.W.*, 2003-2004, p. 814, concl. DE SWAEF, *T. Strafr.*, 2004, p. 129, note TRAEST.

Ce nouveau principe a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de cassation en matière pénale.

La dernière étape du processus a été l'incorporation dans la loi des critères d'appréciation dégagés par la jurisprudence. La loi du 24 octobre 2013 a introduit un article 32 dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui reprend fidèlement les trois critères d'exclusion de l'arrêt *Antigone*. Les pièces qui ne passent pas le test sont considérées comme nulles.

La première étape de la transposition de cette jurisprudence en matière civile a été réalisée par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 (99). Dans cette décision, la Cour s'est prononcée sur l'utilisation illégale par l'Office national de l'Emploi d'un procès-verbal tiré d'un dossier répressif. On se situait donc dans le contexte de la répression du travail non déclaré. La Cour y a repris, au mot près, l'enseignement des arrêts pénaux.

Cette démarche pouvait se justifier dès lors que la répression du travail au noir s'apparente très fort au droit pénal : il s'agit aussi d'une législation d'ordre public, destinée à poursuivre et sanctionner des infractions. Mais l'enseignement de la Cour pouvait-il être transposé à des matières relevant du droit privé ? Dans l'affirmative, les critères proposés devaient-ils être adaptés ? La plupart des commentateurs ont estimé que l'enseignement de la Cour dans cette décision était général et valait comme décision de principe pour toute la matière civile (100). Dans un premier temps, la plupart des juridictions civiles ont appliqué sans trop d'états d'âme les critères de l'arrêt de 2008 dans des matières de droit privé (101). Mais le doute s'est

(99) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK ; *Ors.*, 2008, p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER.

(100) F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n° 9 ; F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité* judiciaire, coll. CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191 et s., n° 24 ; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in B. DOQUIR et A. PUTTEMANS (dir.), *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n° 32 ; I. VERHELST et N. THOELEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, op. cit., pp. 7 et s., n° 10.

(101) Pour un exposé plus détaillé sur l'évolution de la jurisprudence civile, voy. : D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile », *J.T.*, 2017, pp. 69 et s. ; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 127 et s. ; S. DECLERQ et M. SCHOUTHEDEN, « Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria », *Limb. rechtsl.*, 2019, pp. 287 et s. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit du travail, voy. : S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Ors.*, 2020, pp. 31 et s.

installé à la lecture de plusieurs arrêts de cours du travail (102). Celles-ci ont remis en cause l'application généralisée de la jurisprudence Antigone dans les matières d'ordre privé ou ont limité cette jurisprudence aux seules preuves recueillies illégalement (par opposition aux preuves illégales par nature). Par ailleurs, on constate également que les juges du fond ont fait le ménage parmi les critères retenus par la Cour de cassation en 2008 et n'ont appliqué qu'une partie d'entre eux (103).

En 2021, la Cour, consciente de ce que les critères de l'arrêt de 2008 s'appliquaient mal au droit civil, a revu sa copie proposa une nouvelle mouture des « critères Antigone » (104). Le principe général est inchangé : les preuves recueillies irrégulièrement sont généralement admissibles, sauf si la loi en décide autrement ou dans les cas visés par la Cour.

Désormais, l'exclusion des preuves illégales ne peut plus se produire que dans deux cas : lorsque l'irrégularité affecte la fiabilité des preuves et en cas de violation du droit au procès équitable. *Exit* donc le critère du non-respect des formes prescrites à peine de nullité, qui collait mal au droit civil.

La liste des critères secondaires est aussi revue : « [I]l y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment de la manière dont la preuve a été obtenue, des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, de la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse, du besoin de preuve de la partie qui a commis l'illégalité et de l'attitude de la partie adverse ».

Plus que jamais, les critères secondaires apparaissent déterminants dans l'examen du sort à réserver à la preuve irrégulière. Le juge devra examiner de manière plus précise la manière dont la preuve a été recueillie et l'impact de l'irrégularité sur les droits de la partie adverse. Cette articulation entre critères principaux et critères secondaires évite que l'examen des conséquences de l'irrégularité ne soit sommaire ou purement formel. Il ne suffit donc pas que la preuve soit fiable et ait pu faire l'objet d'un examen contradictoire. Ce sont toutes les facettes de la réception de cette preuve qui doivent être scrutées. Cela dit, la proportionnalité apparaît déjà au stade des critères principaux. Si la preuve n'est pas fiable, elle n'est

(102) C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Ors.*, 2013 p. 131, *Chron. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT ; C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, *Chron. D.S.*, 2016, p. 37 ; C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364 ; C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390 ; C. trav. Liège (3^e ch.), 8 novembre 2017, R.G. n° 2016/AL/772, www.juportal.be.

(103) Voy. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence Antigone en matière civile », *op. cit.*, n° 16.

(104) Cass., 14 juin 2021, *J.T.*, 2021, p. 551, note D. MOUGENOT ; *R.D.J.P.*, 2021, p. 175 ; *J.L.M.B.*, 2021 (sommaire), p. 1470, note ; *R.A.B.G.*, 2021, p. 1509, note F. MOURLON BEERNAERT ; *R.W.*, 2021-2022 (sommaire), p. 1108, note J. VAN DONINCK ; *R.D.C.*, 2021, p. 2031 note M. SCHELKENS ; *C.R.A.*, 2022, p. 7, note L. BREWAEYS.

pas pertinente. En effet, elle ne permet pas d'atteindre le but poursuivi, qui est de rapporter la preuve d'un fait et de convaincre le juge.

La proportionnalité apparaît pleinement dans l'un des critères secondaires : « de la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse ». Le juge est ici invité à appliquer la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire réaliser une comparaison entre la faute commise dans le cadre de l'administration de la preuve et son impact sur la situation de la partie adverse⁽¹⁰⁵⁾. Mais, en fait, on peut scruter tous les critères secondaires sous l'angle de la proportionnalité. Ainsi la nécessité de la mesure apparaît dans la manière dont la preuve est obtenue et les circonstances dans lesquelles l'illégalité est commise. Le juge vérifiera si la preuve ne pouvait pas être obtenue de manière légale ou, à tout le moins, de manière moins dommageable pour l'adversaire. Le besoin de preuve est aussi une manière de dire que la partie qui utilise la preuve illégale était dans l'incapacité de se procurer des preuves de manière licite. La proportionnalité intrinsèque est également présente dans la gravité de l'illégalité, la manière dont elle a porté atteinte aux droits de l'adversaire et l'attitude de la partie adverse. Le juge vérifie à ce stade l'ampleur de l'atteinte aux droits de l'adversaire, comparée à l'importance de l'illégalité commise dans l'administration de la preuve.

27. Un double test de proportionnalité ? On sait que la jurisprudence *Antigone* suppose deux examens successifs : le premier doit permettre de déterminer l'existence d'une illégalité (ou d'une déloyauté), le second, qui n'est effectué que si le premier est positif, vise à déterminer si cette illégalité (ou déloyauté) doit entraîner l'écartement de la preuve litigieuse. On vient de voir au point précédent que, pour vérifier s'il peut accepter ou non la preuve irrégulière, le juge doit réaliser un test de proportionnalité. Mais celui-ci peut aussi se présenter au premier stade du raisonnement. Beaucoup de problèmes posés par des preuves irrégulières découlent d'une atteinte au droit à la vie privée d'une des parties.

Il est admis que le respect de la vie privée n'est pas absolu⁽¹⁰⁶⁾. Ce principe entre en conflit avec d'autres principes aussi respectables, ce qui pose des problèmes d'arbitrage souvent délicats. Des atteintes à la vie

(105) M. SCHOUTHEDEN, « Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk », *R.G.D.C.*, 2022, pp. 251 et s., n° 41 ; J. VAN DONINCK, « Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken », *R.W.*, 2021-2022, pp. 1090 et s., n° 11.

(106) B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 189 ; J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2005, p. 36, n° 9 ; S. GILSON et K. ROSIER, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, pp. 244 et s., nos 8 et s.

privée sont donc permises dans certaines circonstances, décrites à l'article 8, alinéa 2 de la C.E.D.H. La doctrine résume ces exigences en trois mots : légalité, légitimité, proportionnalité.

Le critère de légalité suffira à faire déclarer certaines preuves irrégulières, lorsque la loi ou une convention collective de travail encadrent et traduisent de manière particulière le principe général du droit au respect de la vie privée. La question de la légitimité est plus délicate. Pour être acceptables, les ingérences dans la vie privée doivent répondre à un « besoin social impérieux » (107).

Lorsque les deux conditions précédentes sont remplies, c'est alors le principe de la proportionnalité qui permettra de déterminer si la preuve est conforme ou non à l'article 8. L'ingérence dans la vie privée est autorisée, pour autant qu'elle soit strictement limitée à ce qui est nécessaire pour atteindre le but poursuivi. Il n'est donc pas question, par exemple, de faire surveiller les moindres faits et gestes d'un individu 24 heures sur 24 si ce n'est pas utile pour établir un manquement dans la relation de travail.

Cela veut donc dire que, dans le cadre de l'application de l'article 8 de la C.E.D.H., le juge devra apprécier si les ingérences dans la vie privée de l'intéressé sont proportionnelles à l'objectif poursuivi par la personne qui réalise cette ingérence. Si le juge aboutit à la conclusion que cette proportionnalité n'existe pas, il devra déclarer les modes de preuve irréguliers parce que contraires à l'article 8. Il ne peut toutefois pas en déduire automatiquement l'écartement des preuves. Il doit préalablement faire application de la jurisprudence *Antigone*. Dans ce cadre et compte tenu des critères complémentaires proposés par la Cour de cassation, le juge va devoir, à nouveau, réaliser un contrôle de proportionnalité. Si le juge admet les preuves dans un tel contexte, cela signifie qu'il aura :

(1) considéré que l'atteinte à la vie privée de la personne concernée était trop importante par rapport au but poursuivi par la personne qui produit les preuves, ce qui amène le juge à déclarer la preuve irrégulière ;

(2) considéré que cette atteinte à la vie privée, bien qu'excessive, poursuit un objectif qui mérite une protection plus importante que le respect de la vie privée de la personne concernée, ce qui amène le juge à déclarer la preuve recevable, bien qu'irrégulière.

(107) Voy. notamment (l'expression revient fréquemment dans la jurisprudence de la Cour) : Cour eur. D.H., 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; 19 février 1998, *Dalia c/ France* ; 2 août 2001, *Boultif c/ Suisse* ; 9 octobre 2003, *Slivenko c/ Lettonie* ; 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*.

La similarité du raisonnement, aux deux étapes, est telle que le juge devra faire de l'équilibrisme pour éviter d'aboutir à une contradiction flagrante.

CONCLUSION

28. Un principe au service d'un juge (hyper)actif. On le voit donc, le principe de proportionnalité est partout en droit judiciaire. Tantôt apparent, tantôt masqué, tantôt imposé par le législateur, tantôt découvert par le juge. Même là où la règle apparaît claire, l'abus de droit introduit la comparaison entre les droits et les intérêts des parties. Le principe de proportionnalité sert à tout : rechercher la procédure la plus adaptée au moindre coût, limiter l'impact des sanctions lorsque la sévérité n'est pas nécessaire, concilier les droits des parties en litige...

Mais son application systématique a un effet assez évident : l'affaiblissement de la sécurité juridique et l'accroissement du rôle du juge dans la solution du litige. Là où l'application de la règle devient dépendante des circonstances du cas d'espèce, la visibilité de la solution est moindre pour les parties. L'exemple de l'écartement des conclusions tardives est éclairant. Si une partie sait que le juge écartera d'office les conclusions tardives de son adversaire, elle peut adapter son comportement à cette sanction prévisible. Si, au contraire, elle doit démontrer que le retard de son adversaire lui a causé un préjudice, elle ne peut plus tabler sur l'application automatique de la sanction. Il est probable que, par prudence, cette partie répondra quand même aux conclusions de son adversaire, même si elle n'a pas bénéficié de l'intégralité du délai qui lui était reconnu pour ce faire. L'utilité de la sanction se dilue et son rôle disciplinaire s'amoindrit. En revanche, on pourrait soutenir que la qualité de la décision en sort (probablement) grandie : le juge tranchera le litige en disposant de l'argumentaire intégral des deux parties. En effet, l'écartement des conclusions d'une partie risque d'engendrer une décision plus lacunaire et de provoquer un recours de la part de la partie qui a l'impression, à tort ou à raison, de ne pas avoir pu s'exprimer de manière complète.

La proportionnalité est donc synonyme de pouvoir accru d'appréciation du juge : « En quelque sorte, en érigeant la proportionnalité en principe, le législateur "refile la patate chaude" au juge – qui s'en accommode d'ailleurs fort bien [...]. De fait, il [le juge] peut réaliser, au grand jour, le

vieux rêve d'équité qui, jusqu'alors, n'avait pu survivre que dans la clandestinité d'un droit dur et formel en se dissimulant sous les oripeaux trop ajustés du syllogisme judiciaire »(108).

Cet article n'est pas le lieu pour faire une théorie générale de la proportionnalité et rencontrer toutes les critiques qui lui sont adressées. On peut cependant formuler quelques réflexions.

Tout d'abord, l'augmentation du pouvoir d'appréciation du juge résulte en fait d'une lame de fond du droit moderne : « À la faveur de l'émergence d'un nouveau mode de production du droit – illustrée par le paradigme du réseau –, les conflits de valeurs sont tranchés par les juges, non pas de manière catégorique ou dogmatique, mais par une pondération des intérêts en présence et une répartition des droits en jeu. Plongés au cœur d'un droit "flou", "mou" et "doux", confronté à un corpus normatif véhiculant des concepts à contenu variable, les juges sont soumis à l'obligation de réaliser des ajustements subtils et des conciliations raffinées »(109).

Quant à l'insécurité juridique, elle est inhérente à l'acte même de juger, dans un contexte de normes imprécises : « Et il est vrai qu'un juge qui s'adonne à la "surconsommation de standards", insusceptibles de définition a priori, donne à la justice un degré d'incertitude qui rompt avec la prévisibilité indispensable à la sécurité juridique. Pourtant, n'est-il pas fatal que la règle de droit répugne à tout pronostic quand on la trouve exprimée plus clairement dans le contrôle a posteriori du juge que dans sa formulation législative ? La raréfaction des compétences liées entraîne un transfert du pouvoir créateur du droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique et finalement à l'autorité qui contrôle. La prééminence du droit, de nos jours, repose davantage sur les recours que sur les textes : le droit au droit est un "droit au juge" »(110).

Il convient d'ailleurs de relativiser cette insécurité juridique liée au principe de proportionnalité. Celui-ci n'est pas synonyme d'arbitraire du juge. Tout d'abord, la décision judiciaire ne vient pas de nulle part. La légitimité du juge découle du débat contradictoire qui se noue devant

(108) A. GUILMAIN, « Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique », *Rev. Dr. McGill*, 2015, p. 129.

(109) M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle dans l'espace politique : tiers pouvoir et contre-pouvoir », in M. CADELLI et J. ENGLEBERT (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, p. 98.

(110) P. MARTENS, « L'ascension irrésistible du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 60-61.

lui(111) et de la motivation de ses décisions(112). Le juge ne peut dire et faire n'importe quoi, même sous le visa du principe de proportionnalité. Il appartiendra aux parties de soumettre au juge les éléments de la balance qu'il devra réaliser. Et il appartiendra au juge d'expliquer aux parties pourquoi il a privilégié la position de l'une d'elles. En outre, on constate que dans de nombreux domaines, la jurisprudence, au fil d'un temps – parfois malheureusement trop long il est vrai –, a développé les critères qui doivent guider le juge dans son contrôle. On peut en voir des exemples en droit processuel : la « théorie des dominos », l'appréciation des preuves irrégulières, la subsidiarité des expertises judiciaires... Le principe de proportionnalité n'est donc pas nécessairement un concept vide, devant lequel le juge est abandonné à son sort(113). Une fois les critères définis, le reste n'est que de l'application de la règle au fait, mais n'est-ce pas ce que le juge réalise dans toute décision qu'il rend ?

(111) D. ROUSSEAU, « De la justice pouvoir d'État à la justice pouvoir de la démocratie ? », in *Le Conseil supérieur de la Justice : stop ou encore ?*, Limal, Anthemis, 2016, p. 49 ; G. TARZIA, « Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *R.D.I.C.*, 1981, p. 796 ; J. LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 172 ; P. MARTENS, « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Waterloo, Kluwer, 1997, p. 301 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 506.

(112) Il ne faut pas non plus dévoyer l'importance de la motivation : selon certains, la proportionnalité n'est qu'un instrument de légitimation *a posteriori* de la décision du juge et non un outil permettant de trancher un conflit entre principes. Or, la motivation n'est pas qu'une manière de fournir une apparence de rationalité, masquant une décision purement discrétionnaire. P. DUCOULOMBIER (*Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 576) écrit : « C'est la nature de la balance elle-même qui impose que le juge déploie un argumentaire justificatif puisqu'il ne peut résoudre le litige par l'application syllogistique d'une règle de droit claire ». En revanche, sans une motivation rigoureuse, le jugement devient effectivement l'expression de l'arbitraire du juge.

(113) « *The objection is repeatedly made to the idea of balancing that it does not represent a method subject to rational control. [...] These objections are correct to the extent that they mean that balancing is not a procedure leading in every case to precise and unavoidable outcome. They are incorrect if this is taken to mean that balancing is a non-rational or irrational procedure* » (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 100).