

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse

Mougenot, Dominique

Published in:
Le conflit

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2020, Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse. dans *Le conflit: quelles approches ?*. Anthemis, Limal, pp. 105-122.

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.

Prévention et gestion du conflit dans la phase judiciaire contentieuse

Dominique MOUGENOT

Juge au Tribunal de l'entreprise du Hainaut

Maître de conférences invité à l'Université de Namur et l'Université catholique de Louvain

Introduction

1. Cadre de l'exposé. Le sujet traité aurait pu faire l'objet d'une belle contribution de sociologie, voire de philosophie juridique. Je n'ai toutefois pas de connaissance particulière en ces matières et je n'imagine pas rivaliser avec les auteurs spécialisés dans ces questions.

Les lignes qui suivent constituent donc simplement le fruit de la réflexion d'un praticien, qui a tenté de prendre un peu de recul par rapport à sa pratique d'une vingtaine d'années de magistrature.

J'ajoute que je suis civiliste et pas pénaliste (plus exactement, commercialiste). Cela signifie que la présente contribution ne porte que sur la Justice civile (au sens large du terme, englobant également le droit économique et le droit social) et que je suis incapable, par manque d'expérience, de réfléchir sur la manière dont la Justice pénale règle les conflits.

Cette réflexion ne se veut évidemment pas exhaustive. Il s'agit d'observations ponctuelles sur le fonctionnement de la Justice. J'ai envisagé successivement la prévention (I) et la gestion (II) des conflits. En ce qui concerne cette seconde section, mon examen a porté sur les caractéristiques de la procédure (A) et celles, plus spécifiques, de la décision judiciaire (B).

I. Prévention

2. Justice transactionnelle et Justice décisionnelle. La Justice peut jouer un rôle de prévention, ou à tout le moins de mode de solution rapide des litiges, par sa fonction d'apaisement des conflits. Cette fonction se matérialise essentiellement, directement, par la conciliation (c'est le juge qui concilie les parties) ou, indirectement, par la promotion d'autres modes alternatifs de résolution des conflits (médiation, droit collaboratif... dans lesquels les parties trouvent leur

accord avec l'aide d'un ou plusieurs tiers). Cet aspect du rôle de la Justice fait l'objet d'autres contributions dans le présent ouvrage.

3. Importance de la connaissance de la jurisprudence dans la prévention des conflits. Je m'attacherai donc plus spécifiquement à l'examen du rôle classique de la Justice contentieuse. Dans ce cadre, le système judiciaire n'a pas pour but de prévenir les conflits mais de les trancher. Toutefois, il peut indirectement aider à prévenir les conflits. On peut imaginer que toute personne rationnelle, bien informée sur l'état du droit, va adapter son comportement pour éviter les litiges ou les dissoudre à un stade précoce. L'information sur le droit peut se réaliser directement par le justiciable – si c'est possible (c'est le rêve de la Justice prédictive) – ou par l'intermédiaire de conseillers (avocats, juristes d'entreprise...). Cette information, pour être complète et réaliste, devrait porter non seulement sur l'état de la loi mais aussi sur son interprétation et son application par la jurisprudence. C'est là qu'interviennent les tribunaux : les juges, par leur rôle de création du droit¹, contribuent à constituer le matériau sur lequel l'information du justiciable peut porter.

Mais l'*homo juridicus* n'est pas nécessairement plus rationnel que l'*homo economicus* ou l'*homo politicus*. On sait que les conflits sont gouvernés par des émotions, autant, si pas plus, que par des calculs raisonnés. Dès lors, il est tout à fait possible que la personne en conflit ne tienne pas compte des enseignements de la loi et de la jurisprudence pour adapter son comportement. Mais on ne peut pas pour autant balayer complètement ce rôle préventif joué par les tribunaux. Les ajustements peuvent avoir lieu avant la naissance du conflit, c'est-à-dire à un moment où le justiciable est probablement plus capable de raisonner de manière rationnelle.

4. Conditions de la prévention des conflits par la jurisprudence. Encore faut-il, pour que la jurisprudence joue un véritable rôle de prévention des conflits, qu'elle soit accessible et prévisible. La Cour européenne des droits de l'homme dit, en parlant de la loi : « Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi, beaucoup de lois se

¹ Sur le rôle créateur de droit de la jurisprudence, voy. Fr. KUTY, « La contribution des cours et tribunaux à l'élaboration du droit pénal », *R.C.J.B.*, 2019, pp. 29 et s. ; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence – Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 51 et s.

servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique. »² La Cour raisonne au sujet de la loi mais cet enseignement vaut aussi pour l'interprétation de la loi par les tribunaux si l'on veut apprécier le rôle de guide des comportements joué par la jurisprudence³.

Cela pose donc la question du caractère accessible et prévisible de la jurisprudence. Ces questions sont importantes et dépassent largement le cadre de la présente réflexion.

5. Accessibilité de la jurisprudence. L'accessibilité est fortement limitée en Belgique par le fait que les décisions ne sont publiées que de manière parcimonieuse et, dans bien des cas, moyennant abonnement auprès d'éditeurs juridiques⁴. L'article 782bis du Code judiciaire a été modifié par la loi du 5 mai 2019 (*M.B.*, 16 mai 2019), de façon à permettre l'enregistrement de toutes les décisions judiciaires belges dans une base de données accessible au public. Les modalités de fonctionnement et d'accessibilité de cette base de données restent à définir par le Roi. L'application de cette disposition devrait, à terme, augmenter sensiblement l'accès à la jurisprudence⁵. Toutefois, il faut bien reconnaître que beaucoup de décisions n'ont pas grand intérêt pour le lecteur étranger à l'affaire. Une exploitation efficiente de cette masse importante de données supposera l'existence de logiciels performants, permettant d'extraire des enseignements utilisables de l'ensemble des décisions publiées.

6. Prévisibilité de la jurisprudence. Il ne suffit pas que la jurisprudence soit connue pour qu'elle permette au justiciable d'orienter son comportement. Il faut encore qu'elle soit prévisible. Cela suppose que la jurisprudence soit cohérente et que les décisions ne partent pas dans tous les sens. Cela suppose également une certaine stabilité de la jurisprudence. Ces principes valent en particulier pour les Cours suprêmes, qui doivent servir de guides pour les juridictions inférieures. Les revirements de jurisprudence non motivés de la Cour de cassation sont préoccupants à ce sujet⁶. Il en va de même des divergences profondes et persistantes dans la jurisprudence des Cours suprêmes : « Le rôle de la formation plénière d'une juridiction suprême, telle le Conseil d'État, consiste de surcroît à régler les divergences de jurisprudence entre les différentes sections de celle-ci et à fixer définitivement l'interprétation d'une disposition législative, supprimant ainsi l'incertitude juridique qui pouvait exister en la matière. »⁷

² Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, § 49.

³ Dans le même arrêt, la Cour relève d'ailleurs que la « loi » peut être écrite ou non écrite, rappelant que le droit de la *common law* est largement construit sur des règles jurisprudentielles.

⁴ J.-P. BUYLE et A. VAN DEN BRANDEN, « La robotisation de la justice », in *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 266 et s.

⁵ Voy., sur cette question, J.-B. HUBIN, « La publicité de la jurisprudence en version 2.0 », *R.D.T.L.*, 2019/1, pp. 55 et s.

⁶ I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence – Étude de droit anglais et de droit belge*, op. cit., pp. 520 et s.

⁷ Cour eur. D.H., 23 mai 2019, *Sine Tsagarakis A.E.E. c. Grèce*, § 49.

7. Lisibilité de la jurisprudence. Enfin, pour jouer un rôle notable, la jurisprudence se doit d'être lisible. On n'insistera jamais assez sur la qualité de l'écriture des jugements, pour une correcte appréhension de l'enseignement du tribunal par le lecteur⁸. Cela vaut évidemment à l'égard du justiciable, qui est le premier destinataire du jugement, mais aussi pour les juristes. Même s'ils sont entraînés à décrypter des textes difficiles, ils savoureront néanmoins un texte didactique. En outre, la clarté est importante pour faire passer un message de manière non ambiguë à l'égard de tous les lecteurs, quel que soit leur bagage juridique.

II. Gestion

A. Les caractéristiques de la gestion du litige par les tribunaux

1. Le temps

8. Le temps du procès civil. «Le temps est inséparable du procès. Tout procès s'inscrit dans la durée en tant qu'il est procédure de jugement.»⁹ En 2007, la Ministre de la Justice, Laurette Onkelinx, avait défendu une conception «citoyenne» de l'arriéré judiciaire¹⁰. Elle entendait par là que l'arriéré devait se calculer, non pas à compter de la fin de la mise en état (ce qui est la conception classique de l'arriéré judiciaire¹¹), mais dès l'introduction de la procédure. Même si cette conception n'a pas convaincu certains auteurs¹², elle est conforme à la définition du délai raisonnable, tel que le conçoit la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour envisage le délai de la procédure toutes instances confondues¹³. En d'autres termes, c'est l'ensemble de la procédure, de la première instance à la cassation, et même à la juridiction de renvoi, qui devra être examiné pour vérifier si le délai raisonnable a été respecté.

9. Le temps du justiciable. Contrairement à la médiation, qui peut – parfois – se dénouer très rapidement, le débat judiciaire n'est pas réputé pour sa rapidité. Dans l'état actuel de la pratique judiciaire, il est habituel que les calendriers judiciaires prévoient la possibilité d'échanger trois jeux de conclusions. Il est fréquent que les avocats demandent un délai de deux mois pour conclure, à tout le moins pour les conclusions principales. Une mise en état demande donc au minimum six à huit mois et cela peut être plus long si le dossier est complexe ou comporte plus de deux parties ayant des intérêts opposés. Même si la juridiction est en mesure de fixer rapidement une audience à l'issue de la mise en état et sachant

⁸ Voy. à ce sujet: J.-Fr. FUNCK (coord.), *Dire le droit et être compris*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2017.

⁹ L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p. 798.

¹⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2811/005, pp. 35-36.

¹¹ J. ENGLEBERT, «La mise en état de la cause et l'audience des plaidoiries», in *Le procès civil accéléré?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 73 et s., n° 5.

¹² *Ibid.*, n° 9-10.

¹³ Cour eur. D.H., 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, § 98.

que la durée usuelle d'un prononcé est d'un mois, cela signifie que le justiciable devra souvent attendre au moins huit mois pour connaître la position du tribunal concernant son dossier. À l'heure où certaines chambres de la cour d'appel de Bruxelles fixent des audiences à des délais bien supérieurs à cinq ans, un délai de huit mois peut apparaître très performant. Il n'en reste pas moins que ce délai est long pour le justiciable, pour qui les enjeux humains ou financiers du dossier peuvent être déterminants. Imaginez devoir attendre huit mois les résultats d'un examen médical, lorsque les conséquences du pronostic peuvent être sérieuses. «De ce point de vue, à un "droit à l'impatience" du justiciable correspond désormais un droit à la célérité.»¹⁴

10. Le temps du juriste. À cela s'oppose la conception des juristes, qui estiment nécessaire qu'une maturation puisse s'opérer pour dégager la solution la plus adéquate. Lorsque le ministre a envisagé, dans les premiers moments de la gestation de la loi pot-pourri IV, de réduire le nombre de tours de conclusions à un seul, sauf pour les affaires complexes, il s'est heurté à une levée de boucliers du barreau. Celui-ci défendait l'idée qu'une mise en état de qualité supposait que les plaideurs puissent affiner leur argumentation au travers de conclusions multiples.

Il est révélateur à cet égard que certains auteurs aient déploré l'instauration d'une véritable autorité de chose jugée de l'arrêt de cassation à l'égard de la juridiction de renvoi. Ceci ne permettait plus, selon eux, le «dialogue des juges», par lequel le juge de renvoi pouvait refuser d'appliquer la solution dégagée par la Cour de cassation et inviter la Cour elle-même à revoir sa position¹⁵. Un auteur a également regretté que le mécanisme des audiences plénières soit utilisé devant la Cour de cassation pour trancher rapidement une controverse relative à une loi nouvelle, sans laisser à la jurisprudence le temps d'explorer toutes les dimensions de la question¹⁶. Cependant, la suppression de la possibilité d'un double pourvoi en cassation sur le même point de droit a été saluée par d'autres comme une victoire de l'économie de procédure¹⁷.

Si la décantation est certainement favorable à l'élaboration de solutions équilibrées et sagement réfléchies, la Justice peut-elle déceimment imposer au justiciable d'attendre l'issue d'un tel processus? Les juges du fond sont plus proches du justiciable et probablement plus sensibles à l'urgence de statuer. Que vaut-il mieux: une décision immédiate et imparfaite ou une décision peut-être meilleure mais retardée? *Justice delayed, justice denied...* «Ignorant ou feignant d'igno-

¹⁴ J. VAN COMPENOLLE et G. DE LEVAL, «Le temps dans le procès civil: réflexions sur la procrastination judiciaire», in *Le temps et le droit. Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 396.

¹⁵ J. DE COTÉ, «La Cour de cassation peut-elle s'autogérer sans déroger?», in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 654; Chr. STORCK, «Quand l'ὄρθος dicte une réforme de la Cour de cassation», in *Actualités en droit commercial et bancaire. Liber Amicorum Martine Delierneux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 635 et s.

¹⁶ Chr. STORCK, «Remarques sur l'autorité des arrêts de la Cour de cassation», *Rev. not. belge*, 2008, p. 254.

¹⁷ A. FETTWEIS, «Sur l'autorité contraignante des arrêts de la Cour de cassation», in *Liber Amicorum Patrick Henry. Luttons*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 125 et s., n° 21 et s.

rer le facteur temps, le juge civil ne rend plus que des décisions qui, s'étant trop fait attendre, ne font plus peur ou ne sont plus crédibles.»¹⁸ Le justiciable est-il sensible aux subtiles nuances du droit lorsqu'il attend sa décision ? Certains juges, conscients de la nécessité de trancher sans attendre, font parfois l'économie d'une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ou à la Cour de justice de l'Union. Celle-ci aurait pu apporter des éléments de solution importants mais aurait retardé d'un an au moins l'issue du litige.

2. Le contradictoire

11. Le rôle démocratique de la contradiction. On ne dira jamais assez l'importance de la contradiction dans le débat judiciaire, sur un plan à la fois théorique et pratique. Le principe du contradictoire assure non seulement la défense des droits des parties mais il dépasse les intérêts antagonistes et relève de l'État de droit, constituant ainsi le signe d'une société démocratique¹⁹. « La contradiction, associée au débat judiciaire, soutenue par l'égalité des armes et articulée avec les droits de la défense, est l'expression de l'État de droit puisqu'elle oblige le juge à prendre en considération les arguments de tous. »²⁰

Le constitutionnaliste français Dominique Rousseau est le créateur du concept de démocratie continue²¹. Selon lui, la démocratie ne s'arrête pas aux élections mais se poursuit durant toute la législature. Le processus électif n'est donc pas la seule source de légitimité d'un pouvoir. Au sujet du pouvoir judiciaire, il écrit que « la rationalité d'une décision judiciaire repose en effet sur la capacité qu'a cette décision d'envisager l'hypothèse qu'elle aurait pu être autre, sinon elle n'est pas rationnelle, elle est "folle" »²².

L'idée que la décision judiciaire est le fruit d'un débat et aurait pu être tout autre se retrouve chez d'autres auteurs. Le processualiste italien Giuseppe Tarzia écrit : « [U]ne décision rationnelle est une décision qui intègre la possibilité qu'elle aurait pu être autre et par conséquent il faut montrer à la société qu'à côté de la décision qui a été prise, il y a une autre argumentation, aussi valable sur le plan juridique, qui a été écoutée, entendue mais qui n'a pas emporté la conviction des magistrats. Mais l'autre argumentation existe, la société sait qu'elle existe, la société a vu qu'il y a eu un débat, que la décision n'est pas descendue du ciel, qu'une décision de justice est une décision délibérée, discutée et qui, par conséquent, peut, un jour, devenir autre. »²³

¹⁸ P. DRAI, « L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 512.

¹⁹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 641.

²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, v° « Contradiction », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

²¹ D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 1995.

²² 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.

²³ G. TARZIA, « Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne », *Rev. int. dr. comp.*, 1981, p. 796 (disponible à l'adresse : www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_3_3170).

12. Le contradictoire, source de légitimité pour le juge. La contradiction devient la légitimité principale de la décision judiciaire. Le juge, à lui seul, ne peut se retrancher derrière sa propre autorité pour tenter d'asseoir sa décision. Ce qui détermine la valeur d'un énoncé n'est pas son contenu : il sera reconnu comme vrai « dans la mesure où au cours d'une procédure d'argumentation valide, sa prétention à la validité est justifiée et n'a pu être démentie par aucun argument »²⁴.

Comme l'écrit Paul Martens, « [c]e qui peut faire admettre le contrôle du juge, ce n'est ni sa légitimité – celle du Parlement est plus grande – ni sa spécialisation – celle de l'administration est plus éprouvée. Mais l'un et l'autre sont plongés dans l'action, administrative ou politique ; le parti pris peut les tromper sur les mesures à prendre, la passion peut leur faire perdre toute raison et commettre ainsi une erreur manifeste. Ce que le juge peut apporter, c'est la sérénité du débat, la maturation du délibéré, la retombée des passions : en un mot, c'est le recul »²⁵. L'auteur écrit au sujet du principe de proportionnalité et s'interroge sur l'opportunité de permettre au juge de contrôler tant l'administration que le législateur. Mais le propos peut être généralisé, en ce qu'il attribue la légitimité du juge au débat contradictoire. Il ajoute par ailleurs : « Le rôle du juge est alors, non plus d'être la bouche d'une loi qui n'a plus d'âme, mais d'être l'oreille d'une justice qui écoute, qui doute et qui ne tranche que dans le résidu d'intransigeance auquel les parties n'ont pu renoncer. Puisque c'est au juge qu'est confiée la mission de pondérer les intérêts en conflit, puisque c'est du débat que va se dégager la solution qui les mutile le moins possible, le droit au juge se confond avec le droit au droit. [...] La culture démocratique se caractérise par l'organisation d'un échange dialectique des points de vue : elle s'accommode de plus en plus mal de l'idée qu'il puisse y avoir des paroles qui ne souffrent aucune contradiction. »²⁶

13. Contradiction et office du juge. Si la contradiction justifie que le juge adopte un rôle actif, elle est aussi un tempérament à cette activité. Lorsque le tribunal, faisant usage des pouvoirs qui lui sont reconnus par la Cour de cassation, introduit des éléments nouveaux dans le débat, il doit les soumettre aux parties. Toute modification de la « géométrie de l'instance »²⁷ (pour reprendre la belle expression de Michèle Grégoire) doit se faire dans le respect du contradictoire.

²⁴ J. LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 172.

²⁵ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 62, citant Pierre Delvolvé.

²⁶ P. MARTENS, « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Waterloo, Kluwer, 1997, p. 301.

²⁷ M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 10 et s.

3. Équilibre des pouvoirs

14. Émergence du juge actif. Un bref historique des règles de mise en état montre de manière assez claire l'apparition d'un rôle actif du juge. Les parties se voient de plus en plus confisquer leur pouvoir de gérer la mise en état de leur propre cause. Le fait que la mise en état par renvoi au rôle général soit reléguée au rang de procédé subsidiaire d'instruction de l'affaire est révélateur. Désormais, la règle, lorsque les parties n'ont pas fait choix d'un autre mode, est la mise en état judiciaire, organisée par le juge. Toutefois, l'analyse des règles de la mise en état révèle néanmoins un pouvoir important des parties, qui prime celui du juge, chaque fois qu'elles se mettent d'accord sur l'organisation de la procédure. Les règles de la procédure civile n'étant pas d'ordre public, l'accord procédural est possible sur tous les points. Il est parfois expressément prévu par le législateur. Si l'on devait établir une balance entre le caractère accusatoire ou inquisitoire de la procédure civile, le mode accusatoire resterait le plus marqué, dans la mesure où les parties disposent en tous points de la maîtrise ultime de l'introduction de la procédure, de sa terminaison mais aussi de son déroulement.

Il serait cependant trompeur de réduire la mise en état à une sorte de confrontation dans laquelle juges et parties tentent d'imposer leur pouvoir à l'autre. Les processus de mise en état élaborés par le législateur ont davantage mis en place une forme de collaboration entre juges et parties, pour organiser le bon déroulement de l'instance. Le pouvoir reconnu au juge ou aux parties n'est donc pas avant tout une manière de faire barrage à la position de l'autre, mais plutôt la base d'une sorte de dialogue dans lequel l'impulsion donnée par chacun sert de base aux initiatives de l'autre²⁸. Déjà lors de l'adoption du Code judiciaire, le Commissaire royal à la réforme notait : « [S]ous la réserve des nécessités et des égards que la défense comporte, la partie diligente doit trouver dans les textes du Code, à l'application desquels le juge donnera un concours vigilant, la possibilité de vaincre la passivité du plaideur qui tempore. »²⁹ Ce « concours vigilant » s'est progressivement mué en pouvoir d'initiative, mais toujours dans le respect de la volonté des parties. Ce n'est qu'en cas de grippage de ce dialogue que le juge obtient le dernier mot.

4. Oral hearing – L'écoute par le juge

15. L'importance de l'audience. Le juge entend les parties. À moins de circonstances exceptionnelles justifiant de se dispenser d'une audience³⁰, le droit de

²⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 501, n° 27 ; G. DELVOIE, « Over vadsige, lijdzame en actieve rechters, three of a kind? », in *L'arrière judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 219, qui parle de symbiose entre l'office du juge et le principe dispositif.

²⁹ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1963-1964, n° 60, p. 19.

³⁰ Voy. le rappel de la jurisprudence dans : Cour eur. D.H. (Gde Ch.), 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, § 190.

chacun à ce que sa cause soit entendue publiquement, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, implique le droit à une audience devant au moins une instance³¹.

Indépendamment de ces considérations de principe sur le droit au procès équitable, l'audience est le lieu de rencontre entre le juge et les parties. Pour le juge, c'est le moment de poser des questions, de s'assurer qu'il a bien compris la position des parties. Pour les parties, c'est le moment de faire valoir leur position. Compte tenu de l'importance de la contradiction dans le processus d'élaboration de la décision, le justiciable, même s'il ne connaît pas bien les règles du débat judiciaire, pressent intuitivement l'importance de pouvoir prendre la parole. Il est essentiel alors que la décision de Justice soit le reflet de cette parole, que le justiciable, même si on lui donne tort, comprenne que le juge a entendu son message mais n'a pas pu y faire droit. À cet égard, une mauvaise plaidoirie n'est pas synonyme d'un procès perdu. C'est juste une occasion perdue de faire passer de manière décisive son message auprès du juge.

Pour les parties, l'audience est aussi un moment symbolique important, même si elles ont eu l'occasion de faire valoir leur position par écrit³². Lorsqu'elles se présentent à l'audience, c'est le moment où elles vont être confrontées à « leur » juge, en chair et en os. Toutefois, l'audience ne peut se réduire au simple souci de satisfaire le principe du contradictoire. Les parties veulent que le juge écoute réellement leur histoire. Et le juge devrait montrer qu'il a bien entendu et compris le message³³.

5. Violence

16. La violence de la Justice civile. La Justice permet d'éviter le recours à la violence mais elle ne la supprime pas. Elle la canalise. C'est évidemment plus flagrant au pénal. L'État remplace la vengeance privée par l'action publique, détenant ainsi le monopole de la violence légitime³⁴. Cela ne signifie pas que le procès civil est exempt de violence. Le langage utilisé dans les conclusions n'est pas cantonné aux simples affirmations de fait ou aux démonstrations juridiques. Il est souvent stigmatisant : la partie adverse est malhonnête, incompétente, de mauvaise foi... L'organisation du procès peut amener les parties à développer des trésors de stratégie pour mieux terrasser leur adversaire. C'est ainsi que Paul Martens en arrive à considérer que la justice peut créer des dégâts psychologiques, qu'il appelle « maladies thémistogénétiques »³⁵. Il est vrai qu'on ne sort pas nécessairement indemne d'une procédure judiciaire.

³¹ Cour eur. D.H., 29 mai 2001, *Fischer c. Autriche*, § 44 ; 12 novembre 2002, *Salomonsson c. Suède*, § 36.

³² H.A.M. GROOTELAAR, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, Utrecht, 2018, p. 11, disponible à l'adresse <https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/Grootelaar>.

³³ *Ibid.*, p. 12. Voy. aussi les considérations de Jean-Marie Degryse dans le présent ouvrage. Elles concernent le rôle conciliateur du juge mais les remarques sur l'écoute du juge ont valeur générale.

³⁴ P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 37.

³⁵ P. MARTENS, *ibid.*, p. 130.

17. La violence du vocabulaire judiciaire. Il y a quelques années, certains ont milité pour l'abandon du terme « condamner » dans le dispositif des décisions civiles. Ce terme, jugé trop stigmatisant, devait être réservé aux décisions pénales³⁶. Il pouvait être remplacé par d'autres expressions moins fortes, telles que « enjoindre de payer » ou d'autres formulations équivalentes. Cette position a provoqué une levée de boucliers des huissiers de justice, qui soutenaient – à tort – que l'utilisation de synonymes de « condamner » rendait les décisions inexécutables. L'agitation autour de cette question a faibli. La seconde édition de l'ouvrage « Dire le droit et être compris » relève néanmoins que « condamner présente un caractère culpabilisant, qui est souvent inutile dans les procédures civiles »³⁷. Cette discussion est symptomatique de la charge émotionnelle qui peut s'attacher à certains termes du vocabulaire judiciaire.

18. L'inutilité de la violence judiciaire. La violence n'est pas absente non plus dans les MARC, même dans les procédures qui visent l'émergence d'un accord (conciliation, médiation, droit collaboratif...). L'échange débute souvent par un étalement de toutes les frustrations et les rancœurs des parties. Mais cette violence verbale doit être canalisée et dépassée si l'on veut aboutir à l'accord. Parfois, le simple fait d'avoir pu « vider son sac » suffit à faire baisser la pression. Ces blessures relevées par les parties peuvent constituer le terreau sur lequel cet accord va se construire. En revanche, dans le débat judiciaire, cette agressivité verbale ne débouche sur rien. Comme la finalité de la procédure n'est pas l'obtention d'un accord, aucun mécanisme ne va la limiter. Vu que l'injure n'est pas admise dans les débats judiciaires, elle va prendre une forme plus subtile, mais tout autant stigmatisante. Elle n'est pas transformée et ne servira pas au juge. Celui-ci, en matière civile, fondera sa décision sur les faits et le droit et non sur les accusations formulées par les parties. Il sera même probablement exaspéré par une agressivité inutile. La violence, dans le procès civil, est donc une sorte de processus parallèle qui accompagne la procédure, mais qui ne s'y intègre pas.

19. Violence et rituel judiciaire. Antoine Garapon a consacré un ouvrage au rituel judiciaire³⁸. Il en relève l'importance, surtout dans la Justice pénale : « L'homme a besoin de spectacle pour accéder à la vérité. »³⁹ N'étant pas pénaliste, je suis mal placé pour apprécier la pertinence de sa réflexion. Sur le plan civil, je suis moins convaincu par l'importance du rituel. Il y a quelques années, certaines audiences de mon tribunal ont dû s'organiser dans la bibliothèque, par manque de locaux. Magistrats et parties s'asseyaient de part et d'autre d'une longue table. Seule une colonne de câbles électriques séparait encore symboli-

³⁶ « Christian Wettinck, le juge qui ne condamne pas », *Alter Échos*, n° 294, 10 mai 2010 : « Pourquoi condamner les gens à payer une pension ou un loyer, au lieu de dire qu'ils sont tout simplement obligés. C'est démesuré ! Les gens ne sont pas coupables d'être pauvres. »

³⁷ J.-Fr. FUNCK (coord.), *Dire le droit et être compris*, op. cit., p. 34, qui relève que les problèmes d'exécution de la décision peuvent être écartés si le texte indique clairement qui doit combien à qui.

³⁸ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.

³⁹ *Ibid.*, p. 288.

quement demandeur et défendeur. Un avocat rencontré récemment m'a rappelé l'ambiance sereine qui se dégageait de ces audiences. Il est vrai que le changement de lieu n'était pas innocent. Il a fait perdre au débat judiciaire sa théâtralité et l'a transformé en une sorte de banale réunion de travail. Les médiateurs savent l'importance de l'agencement du mobilier. On peut dès lors se demander si la disposition des salles d'audience n'encourage pas une certaine agressivité dans le discours des avocats, qui s'apaise lorsque tout le monde se retrouve autour d'une table. Si toutes les manières de rendre le débat judiciaire plus serein sont à encourager, il ne faut cependant pas que le respect de la publicité des audiences se perde en chemin. Il s'agit d'un principe fondamental qui relève du droit au procès équitable. On ne pourrait donc troquer les audiences classiques contre des audiences de cabinet auxquelles le public ne pourrait pas avoir accès.

B. La décision de Justice

1. Imposition de la décision

20. Rôle correcteur du juge. Si l'on critique souvent la Justice contentieuse parce que la solution du litige est imposée de l'extérieur, la décision judiciaire est précisément la manière de remédier aux imperfections des modes alternatifs. En cas d'injustice flagrante ou de déséquilibre grave entre parties, la persistance en médiation de rapports de force déséquilibrés, de dominations ou de manipulations restreint le libre arbitre et limite les possibilités d'atteindre un accord durable⁴⁰.

Lorsque l'issue négociée ou médiée n'existe pas, la décision judiciaire devient la seule manière de dire la Justice. Du fait de ses limites, elle ne mettra peut-être pas fin au conflit. Mais elle peut rétablir l'égalité et imposer une solution supposée plus juste.

Le débat judiciaire doit respecter le principe de l'égalité des armes. Dans ce cadre, le juge peut intervenir activement pour veiller aux intérêts de la partie faible. Il peut soulever des moyens auxquels son avocat n'a pas songé. *A fortiori*, il peut aider la partie elle-même, lorsqu'elle se défend seule. Même si la décision doit être fondée sur le droit et pas sur l'équité⁴¹, cette dernière intervient dans certains mécanismes juridiques, tels que la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit. En outre, l'équité doit être présente à tous les stades de la procédure.

21. Importance de la motivation de la décision. Puisque, dans le cadre du processus judiciaire, la décision vient d'un tiers et non des parties, il est important que les parties comprennent les motifs de cette décision. La motivation joue

⁴⁰ A. STIMEC et S. ADJÈS, *La médiation en entreprise*, 4^e éd., Paris, Dunod, 2015, p. 189.

⁴¹ Au contraire de certains arbitrages, dans lesquels l'arbitre peut intervenir comme « amiable compositeur » et peut alors corriger les excès d'une décision purement fondée sur le droit en tenant compte de l'équité.

à ce stade un rôle primordial. Motiver ce n'est pas affirmer mais justifier, c'est-à-dire fournir les arguments convaincants sur lesquels se fonde la décision⁴². C'est dans la motivation que les parties verront que le juge a pesé le pour et le contre, a pris leur position en considération mais l'a rejetée. La perte du procès entraîne un processus de deuil. Celui-ci sera d'autant plus difficile à enclencher si la rationalité de la décision est incompréhensible. À l'inverse, il est important que la partie perdante comprenne les motifs du juge, même s'ils sont contraires à son opinion. D'où l'importance d'aller, si possible, au cœur du litige et ne pas se limiter à des motifs procéduraux (déclinatoire – exception – fin de non-recevoir). Le justiciable qui réalise que sa demande est rejetée pour des motifs purement procéduraux risque de subir une frustration plus importante que si le juge lui explique pourquoi il a tort⁴³. Et pourtant, la procédure est un garde-fou contre les excès et est parfois incontournable. Mais la tentation du juge de se limiter à l'examen de l'exception peut être forte lorsque cette décision est plus simple à motiver qu'une décision au fond (mais ce n'est pas toujours le cas : il se peut que le fond soit aisément tranché et que l'on passe au-dessus d'une exception ou d'une fin de non-recevoir).

À nouveau, le langage clair est déterminant si l'on veut que le justiciable comprenne pourquoi il perd. Une décision obscure s'apparente au décès ou à la maladie : elle est incompréhensible et relève de la fatalité. C'est un fait qui échappe à la maîtrise des hommes. S'il comprend le langage du juge, le justiciable n'y adhérerait peut-être que difficilement – c'est là que le processus de deuil doit s'installer – mais il peut à tout le moins saisir que cette décision n'est pas absurde et s'inscrit dans une rationalité autre que la sienne.

22. Limite des pouvoirs du juge. Ce pouvoir du juge d'aller au fond des choses et de rechercher le point le plus central du litige pour le trancher a des limites. Le juge ne peut modifier l'objet et la cause de la demande. Il ne peut accorder aux parties ce qu'elles ne demandent pas, même si cet objet n'est pas adéquat. Il ne peut non plus s'intéresser à des faits qui ne lui sont pas soumis par les parties, même s'il considère que ces éléments de fait nouveaux pourraient avoir une incidence sur la solution du litige. Mais, dans ces limites, il peut trier les faits du dossier et se fonder sur les plus pertinents et rechercher la règle de droit la plus adaptée, bien au-delà de ce que les parties elles-mêmes ont invoqué⁴⁴.

⁴² Ch. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 162, n° 87.

⁴³ Les études empiriques tendent toutefois à nuancer la perception par le justiciable de la réception de son argumentation par le juge : « Uit het onderzoek blijkt dat de rechtspraak in civiele procedures verliezers zelden overtuigt van hun ongelijk; zij menen dat hun argumenten niet zozeer weerlegd zijn, als wel genegeerd » (B.C.J. VAN VELTHOVEN, « Over het relatieve belang van een eerlijke procedure; procedurele en distributieve rechtvaardigheid in Nederland », *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2011, n° 172, p. 14, citant R.J.J. Eshuis).

⁴⁴ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'office juridictionnel du juge belge », in *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 43 et s.

2. Vérité judiciaire et vérité des faits

23. Limites de la vérité judiciaire. *Res iudicata pro veritate habetur*. La vérité judiciaire supplante la vérité des faits. C'est une des particularités de la décision judiciaire : elle se fonde sur une vérité reconstituée par le juge.

La vérité judiciaire est partielle et tronquée. Elle passe par le double filtre de ce que le client dit à l'avocat et de ce que l'avocat dit au juge.

Il s'agit d'une vérité reconstituée au terme du débat judiciaire, parfois très loin de la vérité réelle⁴⁵. Dans le système de la *common law*, la procédure de *discovery* permet aux parties et au juge d'aller très loin dans la reconstitution des faits⁴⁶. On interroge toutes les personnes concernées de près ou de loin par le litige. On épiluche toutes les pièces qui ont – ou n'ont pas vraiment – de rapport avec le différend. Cette phase de la procédure permet souvent d'approcher d'assez près la réalité du conflit. Les praticiens de la *common law* conviennent toutefois eux-mêmes des effets pervers de la *discovery*⁴⁷. Elle engendre la production de masses de documents, dont le lien avec le litige est parfois assez ténu. Le traitement d'une telle quantité de pièces s'avère lourd et fastidieux⁴⁸. Cela peut donner lieu à des stratégies pour affaiblir la partie adverse, soit en lui demandant des pièces tellement nombreuses qu'elle va devoir consacrer une énergie considérable à les rassembler, soit en la noyant sous des documents souvent peu utiles, en quantité telle que ses avocats auront peine à les parcourir pour en extraire les informations intéressantes. La *discovery* a aussi un coût : les parties devront rémunérer leur avocat pour les nombreuses heures passées à interroger des témoins ou examiner les pièces de l'adversaire. Au Royaume-Uni (au contraire des États-Unis), des mesures ont été prises pour limiter l'ampleur de cette procédure, rebaptisée d'ailleurs *disclosure*, pour bien prendre ses distances avec la *discovery* classique⁴⁹. Même limitée, la procédure de *discovery* dans les États de *common law* reste bien plus extensive que notre procédure de production de documents⁵⁰.

Notre système judiciaire, au contraire de l'arbitrage, ne peut se permettre de consacrer autant de temps et d'énergie à chaque dossier. Il en résulte un système moins coûteux et plus rapide, mais dans lequel de nombreuses zones d'obscurité

⁴⁵ Gwendoline Lardeux a démontré que l'exigence de quasi-certitude des faits imposée dans le système du Code Napoléon augmente le risque que la décision soit erronée : G. LARDEUX, « Preuve civile et vérité », in *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 871.

⁴⁶ P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, « Pour un modèle belge de la procédure de *discovery*? », *J.T.*, 1997, pp. 225 et s.

⁴⁷ R.L. MARKUS, « Extremism in the pursuit of truth is our "virtue": the American infatuation with broad *discovery* », in *Truth and Efficiency in Civil Litigation*, Cambridge-Anvers, Intersentia, 2012, pp. 165 et s.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁴⁹ R. JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, Norwich, TSO, 2010, p. 368, 3.2. Cet article relève par ailleurs la réticence des praticiens du droit processuel britannique à abandonner les anciennes pratiques de *discovery*.

⁵⁰ J.A. JOLOWICZ, « Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 535 et s. spéc. pp. 538 et 547.

subsistent à l'issue des débats. Le juge doit s'en accommoder mais ne peut en tirer argument pour refuser de trancher: ce serait un déni de Justice, interdit par l'article 5 du Code judiciaire⁵¹. Ce sont les règles relatives à la charge de la preuve qui lui permettent alors de désigner le perdant. La détermination de ces règles est parfois extrêmement délicate⁵². Le juge va se fonder sur un dossier parfois lacunaire et appliquer alors des règles très mécaniques pour déterminer le gagnant et le perdant. Cette circonstance peut ajouter au malaise des parties qui, elles, savent comment les faits se sont déroulés. Ce décalage entre vérité judiciaire et vérité des faits résulte donc d'un double phénomène: d'une part, les parties se dessaisissent du règlement du conflit et le confient à un tiers, qui ne connaît pas le dossier, et, d'autre part, ce tiers ne dispose pas des moyens de mener une recherche systématique de la vérité.

24. La recherche de la vérité par le juge. Le système peut néanmoins paraître acceptable si le juge essaye honnêtement de reconstituer les faits. Mais le juge est-il vraiment préoccupé par la recherche de la vérité?

Pour certains, la recherche de la vérité n'est qu'une vue idéale, un discours doctrinaire de l'institution judiciaire à la recherche d'une légitimité. Dans la mesure où le juge n'a pas le pouvoir d'imposer ses décisions par la force, il doit faire en sorte que celles-ci soient jugées acceptables, principalement par ceux que ces décisions désavantagent⁵³. Ainsi, lorsque la vérité n'est plus un objectif à portée, les règles de la preuve interviennent pour imposer leur légitimité. Elles libèrent le juge de la prétention d'atteindre la vérité en même temps qu'elles lui donnent les moyens de neutraliser les contestations que sa décision pourrait engendrer⁵⁴. En d'autres termes, la partie perdante ne peut se plaindre, puisque son échec s'explique par sa propre carence en matière probatoire.

Ce serait faire un mauvais procès aux juges que de dire qu'ils ne sont pas intéressés par la recherche de la vérité et que leur seule préoccupation est de juger au plus vite et à moindres frais, tout en évitant la remise en cause de leurs décisions. Le juge souhaite trouver la vérité mais ne fera pas tout pour y arriver. Lorsque les éléments de preuve fournis par les parties sont insuffisants pour se faire une idée claire du dossier, le juge devra alors déterminer s'il va ordonner des mesures d'instruction (audition de témoins, production de documents...). Il ne peut prendre cette décision à la légère et est pris en tenaille entre plusieurs principes directeurs. D'une part, le droit à la preuve oblige le juge à assister les parties dans la recherche des preuves, lorsque celles-ci ne détiennent pas les éléments de preuve décisifs. Il

⁵¹ « Il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. »

⁵² Pour des exemples, voy.: D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement inexécutée ou partiellement exécutée au secours du praticien », in *Le juge et le contrat*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 409 et s., ou encore *id.*, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, pp. 113 et s.

⁵³ X. LAGARDE, « Vérité et légitimité », *Droits*, 1996, n° 23, p. 34.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 36. Voy. aussi: X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, nos 6 et s.

est donc tenu de mettre en place les mesures d'instruction utiles et de motiver ses décisions de refus de poursuivre l'instruction du dossier⁵⁵. D'autre part, le principe d'économie de procédure, matérialisé dans l'article 875bis du Code judiciaire, oblige le juge à faire preuve de parcimonie dans l'organisation de mesures d'instruction. Le temps de la Justice est compté et ne doit pas être gaspillé en mesures inutilement coûteuses ou chronophages. Le juge doit donc jongler avec ces principes, en les modalisant en fonction des enjeux du litige. Dans tel dossier, dont l'enjeu est réduit, il privilégiera une décision rapide, même si elle est fondée sur un dossier incomplet. Dans tel autre dossier, dont l'enjeu est important, il ira plus loin dans la recherche des preuves.

3. Subjectivité

25. Subjectivité de toute décision judiciaire. La décision judiciaire est, par définition, subjective, tant que la Justice ne sera pas rendue par des ordinateurs. Et encore, la robotisation de la Justice ne fera que déplacer la subjectivité: au lieu d'apparaître dans le délibéré du juge, elle trouvera place dans la conception même des algorithmes, qui restent écrits par des êtres humains, ou dans les décisions judiciaires analysées et utilisées par ces algorithmes⁵⁶.

Cette subjectivité se présente à plusieurs niveaux.

26. Subjectivité dans la recherche des faits. Dès l'entrée en vigueur du Code judiciaire, le juge s'est vu reconnaître un rôle actif dans l'administration de la preuve. En effet, il est admis que le juge peut ordonner toutes les mesures d'instruction d'office. Il n'est donc pas tenu par les offres de preuve formulées par les parties. On n'insistera jamais assez sur l'important pouvoir du juge à ce niveau. Comme, par principe, dans cette hypothèse, les parties n'ont pas formulé de demande de mesures d'instruction, c'est donc le juge qui apprécie discrétionnairement l'opportunité d'en ordonner. Cette appréciation sera guidée par l'enjeu du litige, le comportement des parties, la jurisprudence habituelle du tribunal, la sensibilité personnelle du juge et probablement d'autres facteurs difficiles à détecter et répertorier⁵⁷... De même, si le juge décide de s'engager dans des

⁵⁵ D. MOUGENOT, « L'office du juge en matière de preuve en droit belge », in *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 262 et s.

⁵⁶ L. GÉRARD et D. MOUGENOT, « Justice robotisée et droits fondamentaux », in *Le juge et l'algorithme. Juges augmentés ou justice diminuée ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 11 et s., n° 24.

⁵⁷ Vu de l'extérieur, on peut être interpellé par les différences d'approche d'un juge à l'autre, ou, pour le même juge, d'une affaire à l'autre. Il est parfois difficile de trouver une logique dans les initiatives du juge. Même si les propos qui suivent ont trait à la procédure américaine, l'appréciation de l'auteur sur les limites du pouvoir d'investigation du juge ne peut qu'évoquer des questions familières pour les juges civils continentaux: « The fact is that our system does not allow much room for effective or just intervention by the trial judge in the adversary fight about the facts. The judge views the case from a peak of Olympian ignorance. His intrusions will in too many cases result from partial or skewed insights. He may expose the secrets one side chooses to keep while never becoming aware of the other's. He runs a good chance of pursuing inspirations that better informed counsel have considered, explored, and abandoned

mesures d'instruction, de sa propre initiative ou sur demande des parties, c'est lui qui apprécie leur caractère satisfaisant ou non et l'opportunité d'aller plus avant dans la recherche des preuves. Suivant les cas, on risque d'être confronté à un juge très volontariste en matière d'administration de la preuve ou, au contraire, très passif. Les parties sont donc exposées à la subjectivité du juge à ce sujet, avec pour conséquence que les preuves récoltées seront, suivant les cas, très étoffées ou très maigres. Il n'y pas de parallélisme obligatoire entre l'activisme du juge et la pertinence des preuves récoltées par les mesures d'instruction qu'il ordonne. Dans certains dossiers, d'importantes mesures d'instruction peuvent très bien accoucher d'une souris et ne rien apporter de très décisif. Mais elles peuvent faire basculer complètement un procès. Dans ce cas, le contraste est saisissant, voire inquiétant, entre la décision prise par un juge mieux informé et celle qu'il aurait dû prendre, sur la seule base des règles relatives à la charge de la preuve, s'il n'avait pas ordonné de mesure d'instruction. Le sort des parties ne tient qu'à un fil...

27. Subjectivité dans l'application du droit au fait. Sauf dans des cas très simples, plusieurs règles de droit entrent souvent en concurrence pour le règlement des questions litigieuses. Il appartient au juge de rechercher la plus adéquate. La Cour de cassation l'y oblige même, en ce qui concerne les faits « spécialement invoqués par les parties ». Dans ce choix de la règle de droit interviennent différents facteurs, dont les conceptions personnelles du juge. Le pouvoir du juge sera d'autant plus étendu qu'il est amené à manipuler des concepts imprécis, tels ceux de bonne foi, d'individu normalement prudent et diligent...

28. Disparition de la collégialité – remède à la subjectivité. L'un des remèdes contre la subjectivité du juge était la collégialité des chambres de jugement. Le délibéré collégial permet à chacun de recevoir « de ceux qui le contredisent l'occasion de mettre à nu ses préjugés, de les voir dans leur indigence et de les abandonner sans regret »⁵⁸. La collégialité en matière civile a toutefois pratiquement disparu à la suite de l'entrée en vigueur de la loi pot-pourri I (loi du 19 octobre 2015)⁵⁹.

after fuller study. He risks at a minimum the supplying of more confusion than guidance by his sporadic intrusions.» Et l'auteur conclut par cette formule restée célèbre : « Without an investigative file, the American trial judge is a blind and blundering intruder, acting in spasms as sudden flashes of seeming light may lead or mislead him at odd times. » (M. FRANKEL, « The search for truth: an umpireal view », *University of Pennsylvania Law Review*, 1975, vol. 123, p. 1042)

⁵⁸ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 652-653. On notera l'optimisme de l'auteur.

⁵⁹ P. MARTENS, « Requiem pour la collégialité », in *Le procès civil efficace ?*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 151 et s.; D. MOUGENOT et M. MARCHANDISE, « La généralisation du juge unique », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 11 et s.; S. RUTTEN et B. VANLERBERGHE, « De alleenzetelende rechter en de beperking van het optreden van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken », in *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Bruges, die Keure, 2016, pp. 19 et s. Le fait que certaines causes soient jugées en appel devant des chambres à conseiller unique ne constitue pas une discrimination injustifiée par rapport aux causes portées devant des chambres à trois conseillers : C. arb., 8 novembre 2000, arrêt n° 112/2000.

Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler cette vérité première : un juge seul est en mauvaise compagnie. Dans toutes les professions, les praticiens réfléchissent ensemble pour résoudre les problèmes qu'ils rencontrent. Le juge, du fait des garanties du secret du délibéré, est condamné à la solitude. La collégialité était un remède à cette situation. Si on la supprime, il faudra en trouver d'autres. Le moment est venu de réfléchir à la notion de secret partagé entre magistrats siégeant seuls. Ce mécanisme serait de nature à favoriser l'unification de la jurisprudence et aider le magistrat à trancher des problèmes difficiles. Mais cette question – éminemment délicate – dépasse le cadre du présent exposé⁶⁰.

29. Subjectivité et motivation de la décision. Si le juge est appelé à rester seul, le dernier rempart contre sa subjectivité est la motivation du jugement. C'est particulièrement le cas lorsque la loi ne fournit pas de balises précises au raisonnement du juge. Sans motivation clairement articulée, un pouvoir d'appréciation large risque de dégénérer dans l'arbitraire du juge⁶¹. La Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît elle-même : « La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire. »⁶² Faire l'effort d'élaborer un raisonnement cohérent protège le juge contre les décisions à l'emporte-pièce et peut l'aider à prendre ses distances par rapport à certaines idées reçues.

Conclusion

30. Quelle image du conflit nous donne la Justice ? Il est difficile de répondre à cette question de manière précise, tant la pratique varie de juridiction à juridiction, de contentieux à contentieux et même de juge à juge. En tant que juge, il faut se garder de plaquer ses propres idées reçues sur le justiciable. Les études empiriques démontrent d'ailleurs l'écart qui peut exister entre les attentes réelles du justiciable et les attentes du justiciable telles que les envisage le juge⁶³. Reconstituer les intentions des parties lorsqu'elles s'adressent au juge est donc une entreprise un peu hasardeuse. On peut à tout le moins imaginer qu'en recourant au juge, les parties entendent se dessaisir de la solution du litige et la confier à un tiers qu'elles considèrent comme impartial, correctement informé des règles de droit et disposé à étudier minutieusement les éléments du dossier⁶⁴.

⁶⁰ Voy., à ce sujet : P. MARTENS, « Solitude du juge et cohérence du droit », *J.T.*, 2013, pp. 805 et s.; B. INGHELS et Fr. STÉVENART-MEEÛS, « Le colloque singulier entre magistrats de l'Ordre judiciaire sur un dossier en cours : une violation du secret du délibéré ou un secret prudemment partagé ? », in *L'entreprise et le secret*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311 et s.; Paul Martens propose également l'organisation de chambres réunissant tous les juges pratiquant une même spécialité au sein d'une juridiction, pour discuter des cas similaires en vue d'aboutir, dans la mesure du possible, à une jurisprudence commune (P. MARTENS, « Requiem pour la collégialité ? », *op. cit.*, pp. 151 et s., n° 41).

⁶¹ J. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid*, La Haye, Boom Juridische Uitgevers, 2001, pp. 48 et s., spéc. p. 50.

⁶² Cour eur. D.H., 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique*, § 43.

⁶³ H.A.M. GROOTELAAR, *Interacting with Procedural Justice in Courts*, *op. cit.*, pp. 110 et s.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 115.

Il est en revanche plus facile de déterminer la manière dont le juge va appréhender le différend. Il en aura une image instantanée, statique⁶⁵, parfois obsolète (elle remonte à l'époque de la rédaction des conclusions), souvent décalée de la réalité, généralement lacunaire et coulée dans des concepts juridiques sans lesquels il n'aura aucune prise sur le conflit. À cet égard, bon nombre des éléments de fait apportés par les parties ne lui sont d'aucune utilité, à défaut de rentrer dans une catégorie juridique qu'il peut manipuler. Il en va souvent ainsi des explications des avocats, données pour « planter le décor ».

31. La procédure judiciaire, instrument efficace de résolution des conflits ?

La pratique prolongée de la procédure judiciaire invite à la modestie à ce sujet. Si la procédure peut effectivement dénouer certaines questions en imposant la solution à des parties incapables de la trouver par elles-mêmes, il est des cas où elle ne résout rien du tout. Le procès peut n'être qu'une bataille au cœur d'une interminable guerre. Le perdant, dont l'agressivité est exacerbée par son échec, ressassera son amertume en attendant l'occasion de damer le pion à son adversaire lors d'un nouveau procès. Certains conflits se traduisent par une multitude de procédures, parallèles ou successives, et une décision isolée se montre impuissante à mettre un terme au différend profond qui oppose les parties. Les MARC présentent à cet égard une aptitude à fermer tous les dossiers en une fois et à apaiser le conflit à sa source. Sauf si la partie perdante entre dans ce processus de deuil dont j'ai parlé plus haut et accepte la décision qui lui est imposée, la procédure judiciaire ne sera jamais qu'un traitement symptomatique du mal : le juge a le pouvoir de faire baisser la fièvre mais pas de chasser le virus.

32. La décision judiciaire, source d'un accord entre parties. Justice décisionnelle et Justice transactionnelle peuvent se rejoindre. Il n'est pas rare que la décision judiciaire ne constitue qu'une étape d'un processus plus large. Le jugement est une manière de débroussailler le terrain. Les parties prennent conscience des forces et des faiblesses de leur position, du caractère obscur de certains faits. Le jugement introduit un principe de réalité, il ramène les parties sur terre et tord le cou à certains fantasmes de Justice, qui peuvent être des obstacles à un accord. Sur cette base, elles peuvent recommencer à négocier et chercher un accord qui se nourrira de la décision. La discussion ne se noue plus dans un infini de possibilités. Chacune des parties sait, durant cette nouvelle négociation, que si ces contacts échouent, la décision rendue constituera le support d'un nouveau débat devant la juridiction de recours.

N'est-ce pas la plus belle fonction de la décision judiciaire que de renouer les liens entre parties et de leur permettre de se réapproprier leur conflit pour chercher leur solution ?

⁶⁵ Sauf dans les procédures où la saisine permanente est organisée, auquel cas le juge pourra suivre un dossier durant une période assez longue.