

AUDIENCE INTERACTIVE ET DROITS DE LA DÉFENSE

Jean-François VAN DROOGHENBROECK

Avocat au barreau de Bruxelles

Professeur ordinaire à l'UCLouvain

Professeur invité aux Universités Paris-Panthéon-Assas et Saint-Louis – Bruxelles

I. JUGE ACTIF, AUDIENCE INTERACTIVE ET CONTRADICTION EFFECTIVE

1. Juge actif et débat interactif. L'audience de plaidoiries fournit au juge une occasion unique de soumettre aux parties les questions que la consultation préalable du dossier lui aurait inspirées. Et, lorsque ses interpellations traduisent son intention de soulever d'office tel ou tel moyen de droit ou de fait ainsi que la Cour de cassation lui en donne le pouvoir ou — le plus souvent — lui en assigne le devoir, cette même audience lui permet de s'acquitter à moindres coûts et meilleure échéance de la dette de contradiction qu'il contracte alors envers les parties.

Il n'est aucune raison de revenir ici sur les acquis de cette jurisprudence aux termes de laquelle la Cour de cassation s'évertue avec bonheur, depuis une quinzaine d'années, à ciseler les contours de l'office du juge actif sur qui pèse la tâche d'appliquer aux faits les solutions commandées par la loi¹. Il en va heureusement désormais d'un véritable « principe directeur du procès civil »², auquel d'ailleurs la Cour attache depuis quelques années le statut pérenne de principe général du droit³.

Il ne s'agit pas non plus de revenir par le détail sur le régime du débat interactif inscrit depuis le 26 avril 2007 à l'article 756^{ter} du Code judiciaire qui autorise

¹ Voy. not. J. VAN COMPERNOLLE et A. L. FETTWEIS, « Principe dispositif », in *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 41 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Rapport belge », in V. BOLARD et M. PIERRAT (dir.), *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky. Journées multilatérales de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 2019 ; 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 G. DE LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », *Rev. dr. ULB*, 2006/34, p. 24.

³ Cass., 14 juin 2021, R.G. n° C.20.0438.N ; Cass., 14 septembre 2017, R.G. n° C.16.0526.N ; Cass., 4 mars 2013, R.W., 2013-2014, p. 1579 ; Cass., 10 février 2014, P&B., 2014, p. 64.

le juge à soumettre des questions aux plaideurs, en lieu et place ou en sus de leurs plaidoiries ou — en cas de désaccord — à l'issue de celles-ci⁴.

2. Croire (ou pas) aux vertus du débat interactif. C'est à la croisée de ces deux thèmes que se profile l'objet précis de notre contribution. Et encore faut-il élaguer encore un peu ce carrefour des deux figures. Car leur croisement n'est pas neuf non plus. Bien avant la promulgation de l'article 756ter du Code judiciaire, il ne souffrait aucune contestation que le juge pouvait sortir de sa réserve en questionnant et confrontant les parties, pas plus qu'il n'était douteux que ce magistrat consciencieux puisse, au prix d'une étude préalable du dossier, les interpellier à la barre sur un moyen inédit et leur épargner ainsi de rouvrir les débats en cours de délibéré⁵.

Au nombre des questions susceptibles d'être déferées à la sagacité et à la discussion des parties, le juge a toujours été bien inspiré⁶ d'évoquer dès l'audience de plaidoiries les moyens en tous genres qu'il pourrait être amené à soulever *motu*

⁴ Sur cette disposition, voy. G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, *op. cit.*, p. 631, n° 4.197; S. CRIEL, « Of "heeft het pleidooi nog nut in burgerlijke zaken?" », in *Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, Gand, Larcier, 2009, pp. 189 et s.; H. BOULARBAH, B. BIÉMAR, et M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 122, Liège, Anthemis, 2010, p. 115, n°s 107 et s.; G. DE LEVAL et V. CHANTRY, « L'audience de plaidoiries ou comment "révolutionner l'audience" », in *Le droit judiciaire en mutation...*, *loc. cit.*, p. 194; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2000 68; J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries », in *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 159, n° 146; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 252 et s. et pp. 306 et s.; B. ALLEMEERSCH, « De wetswijzingen van 2007 inzake terechtzitting, beraad en vonnis herbekeken », in *Les lois de procédure 2007... revisited*, Bruges, la Charte, 2009, pp. 75 et s.; P. Taelman et S. VOET, « Terecht, beraad en vonnis », in *De Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Bruges, la Charte, 2007, p. 94; G. DAVID, « La plaidoirie interactive et ses dangers », in *Bulletin de prévention de l'O.B.F.G.*, septembre 2010, n° 17, p. 1; S. GUINCHARD, « Rapport de synthèse », in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 161; P. Taelman, « Algemeen kader », in *Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, *op. cit.*, p. 184 et réf. citées; F. LAUNE, « L'instruction de la cause et les incidents — Débats interactifs », in *Actualités de droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, Liège, Anthemis, 2013, p. 238, n° 57; J. VAN COMPERNOLLE 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. 401; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction? », *R.C.J.B.*, 2013, p. 244; B. ALLEMEERSCH, « Commentaire de l'art. 756ter », in *Gerechtelijk recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (f. mob.), Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2009, II.B; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR et al., *Handboek gerechtelijk recht*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2020, p. 473, n° 975; P. Taelman et S. VOET, « Terechtzitting, beraad en vonnis », in *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, *op. cit.*, p. 94, n° 7; A. BOUCHÉ, « La mise en état et l'audience des plaidoiries », *J.T.*, 2007, ici, spéc. p. 509; A. L. FETTWEIS, « Le juge gardien de la contradiction, de la célérité du procès et de la loyauté procédurale, un subtil équilibre », in *Le Code judiciaire a 50 ans. Et après? Hommage à Ernest Krings et M. Storme*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 455 et s.

⁵ Cass., 6 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13; Cass., 22 décembre 1986, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 542. Sur ce rôle actif du magistrat à l'audience de plaidoiries avant la promulgation de l'article 756ter du Code judiciaire par la loi du 26 avril 2007, *cons.* X. MALENGREAU, « À propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », *J.T.*, 2000, pp. 673-676. *Rappr. Cass. fr.* (3^e ch. civ.), 10 juillet 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 354. *Adde* : A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, P.U. Liège, 1987, pp. 76-78, n°s 35-37; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar*, *op. cit.*, 2002, n° 10 in fine.

⁶ S. GUINCHARD, « Rapport de synthèse », in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, *op. cit.*, p. 161.

proprio. Il n'a plus, ce faisant, à rouvrir ensuite les débats, puisque, par hypothèse, ceux-ci se seront clos par une discussion du moyen subreptice⁷. Cette pratique zélée⁸ n'avait pas attendu son inscription en droit positif pour rallier des adeptes et révéler ses bienfaits. D'aucuns considèrent même qu'il n'y avait guère de sens à l'inscrire dans le droit positif⁹.

Indépendamment même des effets prophylactiques que peut revêtir dans l'esprit de tous la légalisation de la bonne pratique de certains¹⁰, il ne faut tout de même pas perdre de vue que l'article 756ter du Code judiciaire ne se borne pas à homologuer cette bonne pratique. D'une part, il lui assigne les balises requises par l'équilibre des prérogatives respectives du juge et des parties ; d'autre part, il en esquisse les modalités concrètes. Nous y reviendrons d'ailleurs, mais seulement dans les limites et pour les besoins dictés par l'objet précis de notre propos.

Car il n'entre pas non plus dans nos intentions de faire l'apologie du débat interactif, dont on sait du reste¹¹ qu'il n'est pas près de se substituer totalement aux plaidoiries dites classiques auxquelles le barreau est si viscéralement attaché au nom du postulat selon lequel le débat est d'abord la chose des parties. Le « tout interactif » est peut-être de nature à frustrer les avocats, qui répugnent à abandonner totalement la maîtrise du déroulement de l'audience¹².

Il n'est même pas question de louer ici les vertus économiques de ce débat interactif, que Georges de Leval nomme joliment la « plaidoirie dialoguée »¹³. Comme notre maître et avec d'autres, nous nous sommes déjà livrés à ce plai-

⁷ G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, op. cit., p. 886, n° 8.8 in fine et réf. citées.

⁸ Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 10 février 2006, J.T., 2006, p. 310.

⁹ J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, vol. II, Limal, Anthemis, 2019, p. 376 ; J. LAENENS et al., *Handboek gerechtelijk recht*, 4^e éd., Anvers-Cambridge, Intersentia, p. 457 ; B. ALLEMEERSCH, « Commentaire de l'art. 756ter », op. cit., I.B. ; J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience des plaidoiries », in *Le procès civil accéléré ?*, op. cit., p. 159, n° 146 et s. ; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR et al., *Handboek gerechtelijk recht*, op. cit., p. 473, n° 975 ; P. TAELEMAN et S. VOET, « Terechtzitting, beraad en vonnis », in *De wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, op. cit., p. 94, n° 7. Les travaux préparatoires de la loi du 26 avril 2017 révèlent la conscience qu'avait ici le législateur de faire œuvre d'entérinement plus que d'innovation : *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2811/005, p. 60.

¹⁰ E. DE LOPHEM, « L'audience de plaidoiries, pour quoi faire ? », in H. BOULARBAH, Fr. GEORGES et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Questions qui dérangent en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 209, Liège, Anthemis, 2021, p. 112, n° 53.

¹¹ *Ibid.*

¹² Voy. X. MALENGREAU, « À propos des usages dans les tribunaux — Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », op. cit., p. 674 : « Pour l'avocat qui a préparé une plaidoirie structurée et exposant la cause, en fait et en droit, dans l'intérêt de son client, il est souvent désagréable, contrariant, voire contraire à l'intérêt de sa partie, de devoir subir des interruptions par le juge ou un examen de l'affaire dans un autre ordre en fait ou en droit, ce qui peut être aussi pénible que ce que ressent un étudiant ayant bien appris une matière par cœur et qui s'entend interroger dans un ordre ou sous des angles différents ».

¹³ G. DE LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité », op. cit., p. 72.

doyer¹⁴. Comme commentateur des évolutions du droit processuel tout comme en tant qu'avocat, nous sommes conscients que jamais **l'unanimité ne scellera sur un texte** ou sur une pratique de procédure civile. Ici comme en tout, on ne prêchera qu'à des convaincus disposant encore du temps et de l'énergie de l'être. Car nous n'ignorons rien du prix à payer par le juge en amont de l'audience interactive lui fournissant l'occasion de soumettre ses initiatives aux plaideurs : cette utilisation de l'audience de plaidoiries à des fins d'économies procédurales suppose que le juge ait, en fait et en droit, examiné le dossier avant l'audience de plaidoiries^{15 16}. Un pari à tenter, car rien ne l'y oblige. Mais tout l'y encourage désormais — pourvu que les moyens suivent... — puisque l'article 756 du Code judiciaire prévoit (sans sanction) que « les pièces sont déposées au greffe quinze jours au moins avant l'audience fixée pour les plaidoiries ».

3. Objet précis de la contribution : débat interactif et garantie effective du contradictoire. Notre propos s'adresse donc aux praticiens qui peuvent et veulent encore croire qu'il est possible, ne fût-ce qu'occasionnellement et dans certaines affaires, de consacrer une partie de l'audience de plaidoiries à un dialogue entre juge et avocats, dans le cadre duquel le premier recueillera les observations des seconds sur les questions et moyens révélés par le dossier, les uns et les autres épargnant ainsi au justiciable le rallongement et le renchérissement du procès qu'entraînerait la réouverture des débats.

Si ce dialogue œuvre sans aucun doute à la qualité du jugement attendu dans un délai raisonnable, encore faut-il qu'il demeure pleinement compatible avec les exigences d'une autre garantie du procès équitable : celles de la contradiction.

Et c'est ici que gît l'objet précis de cette petite étude.

4. Concrètement. Celle-ci s'assigne l'ambition modeste et très circonscrite de fournir les éléments de réponse théoriques et pratiques à la question suivante : à quelles conditions ce débat interactif ménagerait-il de manière suffisamment effective et satisfaisante les droits de la défense du justiciable interpellé par une initiative de son juge actif?

5. Un protocole en projet. L'intérêt de cette question s'est du reste récemment trouvé vivifié par l'élaboration d'un projet de protocole d'accord

¹⁴ A. L. FETTWEIS, « Le juge gardien de la contradiction, de la célérité du procès et de la loyauté procédurale, un subtil équilibre », *op. cit.*, pp. 455 et s.; E. DE LOPHEM, « L'audience de plaidoiries, pour quoi faire? », *op. cit.*, p. 112, n° 53; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire économie de la contradiction? », note sous Cass., 29 septembre 2011, R.C.J.B., 2013, n° 2, pp. 203-248; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire économie de la contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, coll. CUP, vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 9-62, ici, spéc. p. 56, n° 39.

¹⁵ Voy. les réflexions et les suggestions très stimulantes de M. le Conseiller H. MACKELBERT, « Les plaidoiries (sens, forme, contenu) », in *L'oralité et les écritures dans le procès civil*, colloque fermé organisé à Bruxelles, le 22 novembre 2012 par le Centre interuniversitaire de droit judiciaire, pp. 6 et 7 du document remis aux participants. *Adde* : celles de G. DE LEVAL, « Introduction générale et état des lieux », in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, *op. cit.*, p. 18, et de E. DE LOPHEM, « L'audience de plaidoiries, pour quoi faire? », *op. cit.*, p. 112, n° 53.

¹⁶ F. LAUNE, « L'instruction de la cause et les incidents — Débats interactifs », in *Actualités de droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, *op. cit.*, p. 232, n° 46 et s.

« Débats interactifs » destiné à accorder la magistrature et le barreau « quant à l'application de l'article 756^{ter} du Code judiciaire » sur la proposition d'Avocats. be. Avec la permission de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, cet excellent projet protocole est publié en annexe à la présente contribution.

II. LES ENSEIGNEMENTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

6. Protection concrète et effective. À tout Seigneur, tout honneur. C'est forcément vers la Cour européenne des droits de l'homme qu'on se tourne d'abord pour mesurer la compatibilité des interpellations à la barre avec les standards du procès équitable dictés par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, Convention). De manière générale, la Cour ne se lasse jamais d'insister sur ce que la protection du contradictoire doit s'avérer « concrète et effective »¹⁷ et se déployer « dans des conditions satisfaisantes »¹⁸.

Ainsi que cela résulte, par exemple, de son arrêt *Krcmar*, le justiciable doit ainsi « avoir l'occasion de se familiariser avec les preuves et de faire des observations sur leur existence, leur contenu et leur authenticité sous une forme et dans un délai convenables, par écrit et par avance si besoin est »¹⁹. Ces dernières précisions, touchant aux modalités concrètes (quand et sous quelle forme ?) du débat contradictoire interactif, s'avéreront essentielles pour notre propos. Nous y reviendrons donc.

7. Le juge ne peut prendre les parties au dépourvu (jurisprudence *Clinique des Acacias*). Pour l'heure, voyons que la Cour de Strasbourg ne relâche rien de sa vigilance lorsque le juge actif se trouve en situation de soulever un moyen d'office. Il suit en effet de sa jurisprudence augurée par son arrêt *Clinique des Acacias*²⁰ que les initiatives du juge ne peuvent « prendre les parties au dépourvu ». Les formules de la Cour aident à la compréhension de ses exigences : « l'élément déterminant est la question de savoir si la requérante a

¹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004 », vol. 1, coll. Dossier n° 57 du *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 152, n° 240.

¹⁸ Voy. les arrêts cités par M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2019, p. 134, n° 378 ; Cour eur. D.H., arrêt *Yvon c. France*, 24 avril 2003, §§ 39-40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaid c. France*, 31 mars 1998, § 106.

¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Krcmar (e.a.) c. République tchèque*, 3 mars 2000, § 42, cité par M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 134, n° 378.

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias c. France*, 13 octobre 2005, J.T., 2005, p. 678, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La substitution de motifs astreinte à la contradiction ». Au sujet de cette jurisprudence, réaffirmée par de nombreux arrêts depuis lors et partagée par la Cour de justice de l'Union européenne, cons. P. GILLAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 606-608 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in G. DE LEVAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, Éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2007, pp. 408 et s.

été prise au dépourvu par le fait que le tribunal a fondé sa décision sur un motif relevé d'office [...]. Le principe du contradictoire commande que les tribunaux ne fondent pas leurs décisions sur des éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été discutés durant la procédure et qui donnent au litige une tournure que même une partie diligente n'aurait pas été en mesure d'anticiper»²¹.

8. Approche casuistique. On le voit et on s'y attendait : tout sera affaire d'espèce et de mesure. Tout moyen de fait ou de droit relevé par le juge n'est pas de nature à prendre les parties au dépourvu. Tout dépendra, non seulement du moyen lui-même (de sa portée, de sa prévisibilité, de son incidence), mais aussi des aptitudes concrètes et respectives des parties à s'en expliquer (selon notamment qu'elles seront ou non assistées d'un avocat), ou encore de la nature même de la procédure dans laquelle s'inscrit l'audience de plaidoiries interactive.

9. Procédures d'urgence (jurisprudence Micalleff). C'est ainsi, tout particulièrement à l'aune de ce dernier critère, qu'on peut, selon nous, admettre que le juge des référés — et, par extension, le juge des saisies et le tribunal de la famille statuant eux aussi dans les formes et à la cadence du référé²² — s'acquittera valablement de sa dette de contradiction²³ par l'interpellation à la barre des plaideurs au sujet du moyen soulevé d'office²⁴, l'urgence justifiant l'économie d'une remise et *a fortiori* d'une réouverture des débats. Telle est, de toute évidence, l'assouplissement des exigences du contradictoire lorsqu'il est confronté aux impératifs de l'urgence de la situation, ainsi que cela résulte de l'arrêt de principe *Micalleff c. Malte*²⁵. Urgence tolère et même oblige : les plaideurs en référé et « comme en référé » devront s'accommoder d'un débat

²¹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Cepék c. République tchèque*, 5 septembre 2013, § 48 ; Cour eur. D.H., arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, 17 mai 2016, § 59 ; Cour eur. D.H., arrêt *Pereira Cruz (e.a.)*, 26 juin 2018, § 199, cités par M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 136, n° 185, et par P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., pp. 606-608.

²² Pour le tribunal de la famille, à tout le moins lorsqu'il est saisi sur pied des articles 1253ter/4 et 1253ter/5 du Code judiciaire.

²³ Dont le principe demeure indiscutable : J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », op. cit., in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien...*, loc. cit., ici, spéc. pp. 145 et s. (au départ de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile) ; A. LACABARATS, « Le référé », in *Le Nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 par la Cour de cassation de France, Paris, La Documentation française, 1998, ici, spéc., pp. 220 et s. ; P. MARCHAL, « Les référés », *Rép. not.*, t. XV, liv. XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 83, n° 57 ; L. DU CASTILLON, « Variations autour du principe dispositif et du principe du contradictoire dans l'instance en référé », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien...*, op. cit., ici, spéc. p. 105, n° 21 ; G. DE LEVAL, note sous Liège, 31 août 1995, J.L.M.B., 1995, p. 1524, citant S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présences du droit public et des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, t. III, pp. 1757 et s., spéc. pp. 1789-1790.

²⁴ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge des référés, hors la loi ? », in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire « Fortisgate »*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 85-126, ici, spéc. n° 30.

²⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Micalleff c. Malte*, 15 décembre 2009, J.L.M.B., 2010, pp. 828 et s., obs. J. VAN COMPERNOLLE, « L'application des garanties du procès équitable aux procédures tendant à l'obtention de mesures provisoires : une clarification de la jurisprudence européenne ». Voy. déjà, en ce sens, Cass., 14 janvier 2005 (deux arrêts), R.C.J.B., 2008, ici, spéc. pp. 520 et s., note J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, « Référé et procès équitable ».

contradictoire « en direct », le juge pouvant à notre estime se contenter, dans ce contexte, de soumettre sur-le-champ à la discussion le moyen relevé d'office.

10. Procédures au fond? Mais qu'en est-il lorsque le juge actif siège au fond? Doit-il toujours s'ouvrir de son initiative ou de ses trouvailles avant l'audience de plaidoiries, ou peut-il attendre celle-ci pour se dévoiler sans pour autant prendre les parties au dépourvu? Et s'il s'estime être dans l'obligation, et en mesure, d'anticiper l'audience, quels seront alors les « délais et les formes convenables » qui, « d'une manière satisfaisante », garantiront une protection concrète et effective du contradictoire? Une interpellation quelques jours avant l'audience suffira-t-elle à éviter une remise de la cause? Ou celle-ci doit-elle, par prudence, être concédée? Et, s'agissant des formes, du dialogue, le juge peut-il se contenter de donner la parole aux parties ou doit-il en sus, par avance ou *a posteriori*, veiller à recueillir leurs observations par écrit?

11. « Par écrit et par avance, si besoin est » (jurisprudence *Krcmar*). Tout sera question d'espèce, en sorte qu'une chose est d'ores et déjà certaine : notre question récuse toute réponse dogmatique renfermant de manière générale et abstraite la recette du bon débat interactif.

La Cour européenne des droits de l'homme elle-même subordonnant ce brevet de conformité à un dialogue noué « par écrit et par avance si besoin est »²⁶, s'imposerait-il de considérer que, dans certaines espèces, l'effectivité du contradictoire serait malmenée si le juge du fond se contentait d'interpeller les plaideurs à la barre, en les invitant à discuter au débotté des mérites d'un moyen subtil auquel, par hypothèse, ils n'ont jamais songé jusque-là²⁷?

Doit-on admettre que, dans certains cas, l'importance du moyen relevé d'office, son incidence, mais aussi son imprévisibilité, justifieront, à l'aune également des termes du débat déjà noué et du degré de compétence et de réactivité attendues des parties, obligeront le juge — sauf à se résoudre à ajourner la cause à une date ultérieure — soit à s'y prendre largement avant l'audience, soit à permettre aux parties, selon le cas d'anticiper par écrit leurs répliques orales ou de compléter et synthétiser ces répliques dans un écrit postérieur à l'audience?

En certains cas exceptionnels, adviendrait-il que le juge doive même cumuler ces modalités? Car en ces situations de grande complexité et/ou de flagrante imprévisibilité du moyen relevé d'office, il est peu probable que la Cour européenne des droits de l'homme cautionne un simulacre de contradictoire consistant pour le juge à improviser une discussion débutant et finissant à l'audience.

La jurisprudence qu'elle a élaborée dans l'hypothèse, très voisine, de la réplique aux conclusions du ministère public (ou de l'avis rapporteur public (ex-com-

²⁶ Jurisprudence *Krcmar*, préc. (*supra*, n° 6).

²⁷ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'office juridictionnel du juge belge », *op. cit.*, p. 67, n° 24.

missaire du gouvernement) devant le Conseil d'État de France) est très emblématique de sa double propension à s'accommoder de plusieurs combinaisons (interpellation des parties avant l'audience ou à l'audience ; répliques des parties à l'audience ou à une audience ultérieure ; anticipation ou prolongation des répliques orales par des notes écrites) et à calibrer son seuil d'exigence en fonction des circonstances concrètes de la cause (complexité et prévisibilité du moyen ; assistance d'un conseil spécialisé, etc.)^{28 29}.

12. Modalités équipollentes et alternatives (jurisprudence *Wynen*).

Mais il serait parfaitement inexact, et économiquement désastreux, de faire dire à la Cour que ces précautions sont de rigueur en toute situation, alors qu'elle se contenterait assurément dans certains cas d'une interpellation à la barre, ou (mais non pas et) d'observations écrites³⁰.

Son arrêt *Wynen c. Belgique* est d'ailleurs emblématique de la souplesse de la Cour sur ce point, qu'elle traduit par la présentation alternative et interchangeable des modalités aptes à procurer le respect effectif et satisfaisant du contradictoire en cas d'injection au débat d'éléments inédits. On y lit que, « [q]uant à la possibilité pour les parties à l'instance de répliquer aux conclusions du ministère public, en vertu du principe du contradictoire, les requérants auraient pu, s'ils avaient été présents à l'audience, soit exposer leurs observations lors de celle-ci [...] soit demander un report d'audience ou encore l'autorisation de déposer une note en délibéré dans un certain délai »³¹.

Soit la réplique sur-le-champ, *soit* la réplique moyennant un report d'audience, *soit* encore le dépôt d'une note en délibéré : une des trois formalités peut sou-

²⁸ Cons. cette abondante jurisprudence de la Cour commentée par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2021, pp. 1186 et s., n^{os} 648 et s. ; P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, pp. 608 et s., par M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 138 et s.

²⁹ Cour eur. D.H., décision G.L. et S.L. *c. France*, 6 mars 2003, req. n^o 58811/00 ; Cour eur. D.H., arrêt APBP *c. France*, 21 mars 2002, § 27 ; Cour eur. D.H., arrêt *Immeubles Groupe Kossier c. France*, 21 mars 2002, § 26. Aux termes de ces arrêts, la Cour, après avoir constaté qu'« au cas où le commissaire du Gouvernement invoquerait oralement lors de l'audience un moyen non soulevé par les parties, le président de la formation de jugement ajournerait l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre (arrêt *Kress* précité, § 76) », souligne qu'il « reste que, de l'avis de la Cour, le dépôt d'une note en délibéré contribue au respect du principe du contradictoire à certaines conditions. En particulier, les justiciables doivent pouvoir déposer une telle note indépendamment de la décision éventuelle du président d'ajourner l'affaire, tout en disposant d'un délai suffisant pour la rédiger. Par ailleurs, afin d'éviter tout litige quant à sa prise en compte par la haute juridiction administrative, la Cour estime que l'arrêt devrait expressément viser l'existence d'une note en délibéré, comme c'est déjà le cas s'agissant de la mention, dans les arrêts du Conseil d'État, de la requête ou du recours enregistré auprès de son secrétariat, des autres pièces du dossier et des interventions en audience publique (rapporteur, conseils des parties et commissaire du Gouvernement) ». *Adde* : S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004 », *op. cit.*, p. 153, n^o 241.

³⁰ M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 136, n^o 386.

³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Wynen c. Belgique*, 5 novembre 2002, J.C.P., I, 109, n^o 10, obs. Fr. SUDRE, *ici*, spéc. §§ 31 et 38 de l'arrêt. *Adde* : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 1188, n^o 648.

vent suffire ; la Cour — qui se dit « sensible à la nécessité [...] de ne pas allonger inutilement les procédures » — se garde bien de hiérarchiser ces formalités, le choix de l'une d'elles résultant d'une appréciation des circonstances concrètes de l'espèce à l'aune des exigences d'effectivité et d'économie des procédures.

13. Garder la trace des modalités observées. En marge de la diversité des pratiques qu'elles tolèrent au gré des différences concrètes des situations particulières, nos juridictions supranationales arrêtent une exigence constante, que souligne judicieusement Pascal Gillaux : « dans la perspective d'un éventuel recours, il importe que le tribunal conserve une trace du débat contradictoire qu'il a organisé sur le moyen relevé d'office. Cette trace peut résulter soit d'une communication écrite invitant les parties à présenter leurs observations sur ce moyen, soit d'une mention au procès-verbal d'audience qui est le seul document attestant du déroulement de celle-ci »³².

III. LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT PROCESSUEL COMPARÉ

Les directives strasbourgeoises cautionnant la diversité et la modulation, il peut être instructif de jeter un œil sur la manière dont nos voisins s'en accommodent. Ce petit détour de droit comparé ne peut que contribuer et, selon le cas, à inspirer, consolider, enrichir les pratiques observées ou à **encourager** en droit belge à l'aune de l'article 756ter de notre Code judiciaire.

14. Droit allemand. La procédure civile allemande est, sur ce point, très instructive. Au nom du droit à être entendu par le tribunal (« *Anspruch auf rechtliches Gehör* ») garanti par l'article 103, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale (« *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* », GG), il est interdit au juge allemand de prononcer des « décisions-surprises » (« *Verbot der Überraschungsentscheidungen* »), « c'est-à-dire des décisions que le juge rend sans avoir au préalable évoqué avec les parties certains aspects de la controverse qu'il a retenus au soutien de son jugement »³³. Cette interdiction des décisions-surprises fait l'objet de balises très précises qu'énonce l'article 139 du ZPO (*Zivilprozessordnung* — Code de procédure civile)³⁴.

³² P. GILLAUD, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., p. 608, citant T.P.U.E., arrêt du 14 décembre 2011, *Carbajosa e.a. c. Commission*, T-6/11 P, point 29.

³³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1200, n° 653 (par Fr. Ferrand).

³⁴ Au sujet de cette disposition, cons. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., pp. 1205 et s., n° 653 (par Fr. Ferrand), ainsi que l'étude très approfondie de B. LAUKEMANN, « L'obligation du juge d'informer les parties dans la procédure civile allemande », in C. CHAINAIS, B. HESS, A. SALETI et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'office du juge. Études de droit comparé*, op. cit., pp. 99 et s., ici, spéc. pp. 103 et s.

Cette disposition, qui organise un véritable dialogue judiciaire entre juge et parties³⁵, peut être traduite³⁶ comme suit :

- « 1. Le tribunal aborde avec les parties, si cela est nécessaire, le litige en fait et en droit, et pose des questions. Il fait en sorte que les parties s'expriment en temps utile et de façon exhaustive sur tous les faits pertinents, et notamment complètent des énonciations insuffisantes à propos des faits qu'elles ont invoqués, désignent les moyens de preuve et formulent toutes demandes utiles.
2. Le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'une partie a manifestement omis ou tenu pour sans importance (sauf si une simple créance accessoire est concernée) qu'après avoir informé les parties et les avoir mises en mesure de s'exprimer. Il en va de même d'un moyen que le tribunal apprécie différemment des parties.
3. Le tribunal attire l'attention des parties sur les moyens qu'il est susceptible de relever d'office.
4. Les informations au sens de ces dispositions sont délivrées le plus tôt possible et sont mentionnées au dossier. Leur délivrance ne peut être établie que par le contenu du dossier. Le contenu du dossier ne peut être contesté que par la preuve d'un faux en écriture.
5. Si une partie n'est pas en mesure de s'exprimer immédiatement sur les indications délivrées par le juge, celui-ci, sur demande de la partie, fixe un délai dans lequel elle pourra faire parvenir ses conclusions sur ce point. »

Ce sont surtout les alinéas 3 à 5 de cette disposition qui retiendront notre attention. Il résulte du système formé par ces textes, et qui s'applique indifféremment selon que les parties sont ou non assistées d'avocats³⁷, que c'est le plus tôt possible (art. 139, al. 4, ZPO) et, le cas échéant, même au cours de la phase d'instruction écrite, que le juge allemand doit soumettre aux parties les moyens qu'il envisage de relever d'office (art. 139, al. 3, ZPO), mais que cette interpellation peut toutefois encore intervenir lors de l'audience de plaidoiries³⁸.

On y apprend aussi que, fidèlement aux directives des juges suprêmes européens (*supra*, n° 13), l'interpellation du juge et les suites qu'y réservent les parties

³⁵ A. ARNDT, « Das rechtliche Gehör », *NjW*, 1959, pp. 6 et s.

³⁶ Traduction libre proposée par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., pp. 1205-1206, n° 653 (par Fr. Ferrand). Traduction améliorée par Dominique Mougenot, dans sa contribution au présent ouvrage.

³⁷ F. FERRAND, « La restriction du champ de l'appel : les précieux enseignements du droit allemand », in *Justices et droit du procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 259 ; B. LAUKEMANN, « L'obligation du juge d'informer les parties dans la procédure civile allemande », op. cit., p. 102.

³⁸ Aux dernières nouvelles, il semble que cette hypothèse constitue le *quodplurumque fit* : HOMMERICH, PRÜTTING, LANG et TRAUT, *Rechtsatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis*, 2006, ici, spéc. pp. 97 et s. ; B. LAUKEMANN, « L'obligation du juge d'informer les parties dans la procédure civile allemande », op. cit., p. 111.

doivent impérativement trouver trace dans le dossier de la procédure ou, selon le cas, au procès-verbal de l'audience (art. 139, al. 4, ZPO)³⁹.

On comprend en outre que les parties doivent en règle donner suite sur-le-champ à l'interpellation du juge, mais que, si elles ne sont pas en mesure de s'exprimer immédiatement, que ce soit par écrit si l'initiative du juge est prise au cours de l'instruction écrite ou, oralement, si l'interpellation a lieu à la barre, un délai leur est assigné par le juge, à la demande de l'une d'elles, pour établir des conclusions écrites (art. 139, al. 5, *juncto* art. 296a ZPO). Cette dernière soupape fait l'objet d'une vigilance particulière. Sensible à l'exigence de protection concrète et effective formulée par la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 6), la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*) insiste à son tour sur ce que « les parties doivent disposer d'un délai suffisant pour pouvoir répondre aux questions du tribunal à propos des faits litigieux ou de l'appréciation juridique de ces faits »⁴⁰.

15. Droit français. Le droit et la pratique de la procédure civile française comportent également de précieux développements, qui viennent faire écho aux exigences précitées de la Cour européenne des droits de l'homme et qui, à ce titre, sont de nature à éclairer la compatibilité des dispositions et des applications de l'article 756ter du Code judiciaire belge à ces mêmes exigences.

L'article 442 du Code de procédure civile français énonce que « le président et les juges peuvent inviter les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'ils estiment nécessaires ou à préciser ce qui paraît obscur ». Cette disposition, qui participe de l'audience interactive et dialoguée promue par le rapport Magendie⁴¹, fait directement écho aux articles 8 et 13 du même Code, dont il résulte respectivement que « [l]e juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige » et que « [l]e juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». À l'instar de celles de l'article 139, alinéas 3 à 5, du ZPO allemand (*supra*, n° 14), ces dispositions trouvent à s'appliquer indifféremment selon que les parties sont assistées d'un avocat ou se défendent en personne⁴².

³⁹ Cette exigence probatoire plus récente (2001) fait, à juste titre, l'objet d'une insistance particulière : K.-J. NEUHAUS, « Richterliche Hinweis- und Aufklärungspflicht der alten und neuen ZPO: überblick und Praxishilfen », *M.D.R.*, 2002, p. 438 ; T. SCHAEFER, « Was ist denn neu an der neuen Hinweispflicht? », *NjW*, 2002, p. 849.

⁴⁰ Cour féd. justice, 15 mai 2018, VI ZR 287/17, *FamRZ*, 18, p. 1255, cité par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1199, n° 653, note (5) (par Fr. Ferrand).

⁴¹ Rapport MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps du procès », déposé au Garde des Sceaux le 15 juin 2004, ici, spéc. p. 55 ; L. CADIET, « Construire ensemble des débats utiles... », in *Mélanges Jean Buffet*, LPA, 2005, ici, spéc. p. XXX, n° 9 ; F. GENTIN, « La place du juge dans la plaidoirie », *Procédures*, 2017, dossier n° 11.

⁴² Cass. fr. (3^e ch. civ.), 7 décembre 1976, *Bull.*, III, n° 448 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 1149, n° 431.95.

Conformément à la jurisprudence *Clinique des Acacias* de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 7) uniformément respectée par les droits allemand (*supra*, n° 14) et belge (*supra*, n° 1), et qui trouve ancrage dans l'article 16 du Code de procédure civile, la faculté d'interroger les parties que l'article 442 du même Code abandonne en règle à la discrétion du juge⁴³ se mue en obligation lorsque le juge soulève d'office un moyen, que celui-ci soit de droit, de fait ou mêlé de fait et de droit⁴⁴.

Quant aux modalités concrètes de cette interpellation obligatoire des parties par le juge — qui sont au cœur de nos préoccupations —, la pratique de l'article 442 du Code de procédure civile révèle une diversité qui n'a rien à envier — et pour cause — à celle dont s'accommode la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 12).

De manière assez déconcertante, ni cette Cour ni la doctrine autorisée⁴⁵ ne paraissent avoir jamais remis en cause ou cherché à nuancer l'enseignement de l'arrêt prononcé le 10 juillet 1991 par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation qui, présenté comme un arrêt de principe sur ce point, dit pour droit qu'un « débat oral à l'audience, sur le moyen relevé d'office, suffisait pour qu'il y ait respect du contradictoire »⁴⁶.

Cela dit, il ne fait aucun doute non plus que les parties peuvent alternativement⁴⁷ (*supra*, n° 12) ou cumulativement être invitées à s'expliquer par écrit après la clôture des débats sur le moyen relevé d'office par le juge.

Lorsqu'en vertu de l'article 442 du Code de procédure civile, le juge « invite les parties à fournir les explications de droit ou de fait qu'il estime nécessaires ou à préciser ce qui lui paraît obscur [...], ces explications qui peuvent être fournies à l'audience, sur-le-champ [...], pourront donc l'être après la clôture des débats, sous la forme de notes en délibéré »⁴⁸. Il est alors fait application de l'article 445 du Code de procédure civile : « Après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444 ».

⁴³ Cass. fr. (com.), 30 janvier 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 51 ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 1149, n° 431.95

⁴⁴ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 1150, n° 431.95, citant p. ex. Cass. fr. (2^e ch. civ.), 4 février 1976, *Bull. civ.*, II, n° 38 et Cass. fr. (2^e ch. civ.), 11 mars 1976, *Bull. civ.*, V, n° 156 ; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Paris, Dalloz, 2022, p. 720, n° 950.

⁴⁵ Voy. p. ex. C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 671, n° 893.

⁴⁶ Cass. fr. (3^e ch. civ.), 10 juillet 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 354.

⁴⁷ C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 714, n° 943, et p. 723, n° 952.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 723, n° 952.

En tant qu'il renvoie à l'article 442, précité, l'article 445 du **Code de procédure civile** invite donc le juge qui aurait pris les parties au dépourvu lors de l'audience à les autoriser, après et malgré la clôture des débats, à établir et déposer « une note en délibéré » se tenant strictement⁴⁹ à l'exposé de leurs observations sur le moyen relevé *in extremis* à l'audience⁵⁰.

On retrouve ici un dispositif très proche de celui de l'article 139, alinéa 5, du ZPO allemand (*supra*, n° 14). Mais le droit français va plus loin, car la combinaison des articles 442 et 445 du **Code de procédure civile** trouvera même et pareillement à s'appliquer lorsque c'est au cours même du délibéré que le juge s'ouvrirait aux parties d'un moyen qu'il envisage de soulever d'office⁵¹.

Dans l'une et l'autre hypothèses, cette pratique des notes en délibéré épargne aux parties et au juge le déclenchement de la procédure plus fastidieuse de la réouverture des débats gouvernée par les articles 444 et — ici encore — 445 du Code de procédure civile. La réouverture des débats n'a lieu, en guise de pis-aller, que si la technique de l'échange de notes en délibéré n'a pas permis aux parties de s'expliquer dans le respect du contradictoire sur le moyen pris d'office⁵².

De la même manière que l'article 139, alinéa 4, du ZPO allemand requiert que trace soit gardée au dossier ou au procès-verbal du déroulement concret de ce dialogue entre juge et parties (*supra*, n° 14), la Cour de cassation de France exige que l'interpellation du juge à l'audience soit mentionnée dans la décision du juge ou au dossier de la procédure. Et si elle n'impose pas au juge de mentionner expressément dans sa décision les notes en **délibérés** soumises par les parties à son invitation⁵³, elle l'oblige en revanche à s'assurer que les parties se soient réciproquement et effectivement communiqué leurs notes en délibéré avant de les lui soumettre⁵⁴.

⁴⁹ Cass. fr. (2^e ch. civ.), 12 juillet 1984, *Bull. civ.*, II, n° 134; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 10 mai 1995, *Bull. civ.*, I, n° 196; Cass. fr. (2^e ch. civ.), 25 juin 1997, *Bull. civ.*, II, n° 203; Cass. fr. (ch. soc.), 20 mai 2007, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 638, n° 3, obs. R. PERROT; D., 2007, p. 2427, obs. N. FRICÉRO.

⁵⁰ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 1152, n° 431.102; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 720, n° 950.

⁵¹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 1152, n° 431.102.

⁵² *Ibid.*, p. 1153, n° 431.103, et nombreux arrêts cités en note. Voy. p. ex. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 27 février 2001, D., 2001, p. 1025, obs. A. LIENHARD et Cass. fr. (ch. com.), 1^{er} février 2000, D., 2000, p. 331, obs. A. HONORAT; D., 2000, p. 396, obs. S. PIEDELIEVRE; J.C.P., 2000, n° 14, note RÉMERY; *Gaz. Pal.*, 2001, somm., p. 594, note E. DU RUSQUEC; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 720, n° 950 et p. 723, n° 952.

⁵³ Cass. fr. (2^e ch. civ.), 6 juin 2013, *Bull. civ.*, II, n° 113; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 27 février 2007, D., 2007, p. 2771, obs. C. BIGOT; *R.T.D. civ.*, 2007, p. 309, note J. HAUSER; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 723, n° 952.

⁵⁴ Cass. fr. (ch. soc.), 8 juin 2016, pourvoi n° 15-14.208, inédit cité par S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 1152, n° 431.102; C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., p. 721, n° 950 et p. 723, n° 952.

IV. DIX BALISES POUR UNE CONTRADICTION EFFECTIVE EN DÉBAT INTERACTIF

16. Méthode. Quelles leçons tirer de cet examen croisé de la jurisprudence européenne et du droit comparé ?

Il saute aux yeux qu'abstraction faite de certaines spécificités — assez secondaires, du reste —, plusieurs lignes de force peuvent être tracées. Résumons-les en les confrontant systématiquement au texte et aux extrapolations potentielles de l'article 756*ter* du Code judiciaire.

Dix balises peuvent être tenues pour acquises, au crible desquelles on passera le droit belge.

17. 1^{re} balise : l'étendue et les modalités concrètes de la dette de contradiction du juge actif ne varient pas par principe selon que les parties sont ou non assistées d'avocats. Lu en combinaison avec l'article 728 du Code judiciaire, l'article 756*ter* du même Code s'applique indistinctement selon que les parties engagées dans un débat interactif comparaissent en personne ou par avocat. Notre Code judiciaire ne diffère donc point du standard (*supra*, n^{os} 14 et 15).

Cela dit, soucieux de la mise en œuvre d'une protection concrète adaptée aux circonstances précises de l'espèce, le juge, aux prises avec des justiciables se défendant en personne, inclinera peut-être à ordonner la remise de la cause à une date ultérieure et l'application combinée de l'article 758 du Code judiciaire⁵⁵. Il se peut en effet que les moyens ou questions relevés d'office par le juge soient d'une incidence et d'une technicité juridique telles que le juge estime que l'inexpérience de ces parties justifie qu'elles recourent aux services d'avocats aptes à répondre aux interpellations du juge.

18. 2^e balise : c'est le plus tôt possible que le juge doit soumettre aux parties ses trouvailles et ses questions. Au vu de cette exigence cristallisée par le droit allemand (*supra*, n^o 14), le dispositif établi par l'article 756*ter* du Code judiciaire gagnerait à être cristallisé. Cette disposition énonce que c'est « lors de l'audience de plaidoirie, ou préalablement à celle-ci » que « le juge peut proposer de remplacer les plaidoiries par un débat interactif ». Dans toute la mesure du possible, ce qui est présenté comme une alternative devrait s'imposer comme une directive. Le juge devrait idéalement soumettre ses questions ou

⁵⁵ Au sujet de cette disposition, de ses modalités d'application et de sa récente revitalisation, cons. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, J. VANDERSCHUREN, A. GILLET et Fr. BALOT, « Examen de jurisprudence (2007 à 2020). L'instruction de la cause — Partie I. La mise en état contradictoire », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 448 et s., n^{os} 130 et s.

ses trouvailles aux parties «préalablement» à l'audience, ainsi que le préconise d'ailleurs une doctrine unanime⁵⁶.

19. 3^e balise : conformément à la jurisprudence *Wynen* de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 12), confortée et bien éprouvée par les exemples des droits allemand (*supra*, n° 14) et français (*supra*, n° 15), le respect effectif du contradictoire peut se satisfaire alternativement, soit de la possibilité offerte aux parties d'exposer oralement leurs observations dès l'audience de plaidoiries, soit de cette même possibilité différée à une audience ultérieure, soit encore de la faculté qui leur serait offerte de soumettre par écrit leurs réponses au juge, avant ou après les plaidoiries. Le droit belge est parfaitement en ligne avec cette configuration alternative. L'article 756*ter* du Code judiciaire n'exclut ni ne privilégie aucune des trois branches de celle-ci, pas même — nous le verrons (*infra*, n° 25) — celle de l'échange d'observations strictement écrites entre la fin de l'audience de plaidoiries et la clôture des débats retardée de quelque temps. L'examen de conformité peut donc se poursuivre.

20. 4^e balise : le cumul de deux de ces — et *a fortiori* des — trois formalités précitées n'est jamais exigé. Ici non plus, il n'est rien à signaler. Ni le Code judiciaire en général ni son article 756*ter* en particulier n'imposent au juge telle modalité plutôt que telle autre pour ménager les droits de défense des parties qu'il interpelle ou interroge. Il faut toutefois réserver le cas très spécifique du moyen relevé d'office entraînant l'introduction d'une demande incidente. En ce cas, nous y reviendrons plus amplement (*infra*, n° 25), un échange de conclusions s'impose non pas tant pour rencontrer les exigences du contradictoire que pour une raison de technique procédurale (art. 809 C.jud.)

21. 5^e balise : aucune de ces trois formalités ne se voit, par principe, reconnaître une priorité sur les deux autres et il est légitime d'indexer le choix de l'une d'elles à la poursuite d'un objectif d'économie des procédures. Le thème n'est pas neuf. Il a même pris l'ampleur d'un leitmo-

⁵⁶ J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, vol. 2, Limal, Anthemis, 2019, pp. 388-389, n° 598; H. BOULARBAH, B. BIÉMAR, et M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 122, *op. cit.*, p. 116, n° 108; J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries », in *Le procès civil accéléré?*, *op. cit.*, p. 161; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, p. 307; F. LAUNE, « L'instruction de la cause et les incidents — Débats interactifs », in *Actualités de droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, *op. cit.*, p. 238, n° 57; J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries », in *Le procès civil accéléré?*, *op. cit.*, p. 160, n° 148; J. VAN COMPERNOLLE 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*, *op. cit.*, p. 401; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction? », *R.C.J.B.*, 2013, p. 244; B. ALLEMEERSCH, « Commentaire de l'art. 756*ter* », *op. cit.*, II.B. En ce sens, voy. l'intervention de M. WATHELET dans le Rapport fait au nom de la Commission de la justice par W. MULS, *Doc. parl.*, Ch., 2006-2007, n° 51-2811/005, pp. 60-61.

tiv avec la caution de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 12)⁵⁷ : les exigences du principe du contradictoire doivent à tout prix être combinées avec celles de la célérité et de l'économie des procédures⁵⁸. Sous la réserve de l'hypothèse très spécifique du moyen relevé d'office suscitant l'introduction d'une demande incidente (*supra*, n° 20 et *infra*, n° 25), le juge pourra, devrait même, privilégier celle des trois modalités qui, au regard des circonstances de l'espèce, s'avérera la moins fastidieuse.

22. 6^e balise : c'est ainsi que l'on peut présumer que les parties ne sont pas prises au dépourvu lorsque leur interpellation à la barre est précédée d'une interpellation écrite. À l'aune des développements qui précèdent, il ne fait pour nous aucun doute que, pour autant qu'elle intervienne le plus tôt possible (idéalement : *supra*, n° 14) et en tout cas avant la veille de l'audience de plaidoiries, l'interpellation — les questions — que le juge adresserait par lettre ou par courriel (art. 32*ter*, al. 1^{er}, C. jud.) aux avocats (art. 46/1 C. jud.) ou au justiciable se défendant en personne, le dispensera dans tous les cas de remettre la cause à une audience ultérieure (art. 754 C. jud.) et *a fortiori* de rouvrir les débats dont il prononcerait la clôture lors de l'audience initialement fixée (art. 774 et 775 C. jud.).

On s'est interrogé sur les formes que devait prendre cette interpellation⁵⁹. Pourquoi chercher la complication là où elle n'est pas ? L'article 756*ter* du Code judiciaire n'exige aucune autre forme que l'interpellation des parties « préalablement » à l'audience de plaidoiries. Il n'y a donc aucun problème à ce que le juge s'adresse par courrier (électronique) aux avocats pour leur soumettre les questions et interpellations au sujet desquelles il souhaite les entendre lors de l'audience⁶⁰. Tout au plus, mais c'est l'évidence même, doit-il alors veiller à respecter là aussi le contradictoire, c'est-à-dire à adresser son courrier concomitamment à toutes les parties (*supra*, n°s 14 et 15)⁶¹.

23. 7^e balise : mais il n'est pas exclu que le juge puisse se contenter d'interpeller les parties à l'audience de plaidoiries, lorsqu'il lui aura été impossible d'y veiller plus tôt. Au contraire, ce dialogue sur le champ devrait même souvent suffire pour que soient respectés de manière suffisam-

⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Verdu Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, J.T., 2007, p. 545, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire » ; M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, « La Cour européenne des droits de l'homme à la recherche d'une conception pragmatique du contradictoire », in *Les droits de l'homme et l'efficacité de la Justice*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 197-254.

⁵⁸ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire économie de la contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, op. cit., pp. 9-62 ; J. VAN COMPERNOLLE et A. L. FETTWEIS, « Principes directeurs du procès civil », op. cit., pp. 52-55, n°s 1.32 et s.

⁵⁹ J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR et al., *Handboek gerechtelijk recht*, op. cit., p. 473, n° 975 ; D. SCHEERS, « Is er leven na de rol ? Instaatstelling na de Wet van 26 april 2007 », R.W., 2007-2008, p. 400 ; B. ALLEMEERSCH, op. cit., in *De wetswijzigingen...*, loc. cit., 2009, p. 75.

⁶⁰ Voy, sur la parfaite légalité de cette pratique, B. MAES, S. KELLER et M. BAETENS-SPETCHINSKY, « L'oralité et les écritures dans le procès civil », J.T., 2013, ici spéc. p. 559, n° 34.

⁶¹ *Ibid.*

ment effective (*cf. supra*, n° 6) les droits de défense des parties soumises aux questions que le juge n'aurait pas eu le temps ou la présence d'esprit de leur notifier «préalablement» (*supra*, n° 18).

Voyons d'ailleurs que l'enseignement de l'arrêt de principe du 10 juillet 1991 de la Cour de cassation de France, selon lequel «un débat oral à l'audience, sur le moyen relevé d'office, suffisait pour qu'il y ait respect du contradictoire»⁶² (*supra*, n° 15), n'a jamais été remis en cause, ni à Paris ni à Strasbourg...

C'est ainsi, on le répète (*supra*, n° 9), que, fort de la jurisprudence *Micalleff* de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge des référés — et, par extension, le juge des saisies et le juge de la famille statuant eux aussi dans les formes et à la cadence du référé — s'acquittera toujours et valablement de sa dette de contradiction par l'interpellation à la barre des plaideurs au sujet du moyen soulevé d'office⁶³, l'urgence justifiant l'économie d'une remise et *a fortiori* d'une réouverture des débats.

Et, s'agissant du juge du fond, rappelons cette jurisprudence bien établie selon laquelle «ne viole pas le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, le juge qui fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient attendre, vu le déroulement des débats, qu'il les inclurait dans son jugement et qu'elles ont pu contredire»⁶⁴. Or, dans une grande majorité de situations, les questions et interpellations jaillissant dans l'esprit du juge ne s'écarteront guère des éléments du débat tissé par les écrits de procédure, en sorte que les parties doivent raisonnablement s'attendre à leur rejaillissement. On dira donc que, le plus souvent, les questions du juge gisaient déjà «dans le débat»⁶⁵. En mettant ces questions en débat interactif comme le lui permet l'article 756*ter* du Code judiciaire, le juge ménage de manière plus que satisfaisante les droits de la défense des parties.

Oserait-on ajouter une considération très prosaïque ? Quand il est question du respect des droits de la défense, on ne peut en effet s'empêcher d'encourager les juges de premier ressort à plus de hardiesse que leurs collègues *siégeant appel*. L'idée que la violation du contradictoire puisse constituer le seul grief articulé

⁶² Cass. fr. (3^e ch. civ.), 10 juillet 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 354.

⁶³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge des référés, hors la loi?», in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'affaire «Fortisgate»*, *op. cit.*, pp. 85-126, ici, spéc. n° 30.

⁶⁴ Cass. (3^e ch.), 25 janvier 2021, *R.W.*, 2021-2022, p. 785; Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2020, *R.G.* n° C.19.0109.N, concl. prem. av. gén. R. MORTIER, *R.D.C.*, 2022, p. 116, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK; Cass. (1^{re} ch.), 28 juin 2018, *R.W.*, 2018-2019, p. 1260, concl. av. gén. C. VANDEWAL; Cass., 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction?»; Cass., 24 février 2017, *R.G.* n° C.16.0327.N; Cass., 25 mars 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 1028; Cass., 5 décembre 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 397; Cass. (3^e ch.), 2 mars 2015, *R.W.*, 2015-2016, p. 1500; Cass. (2^e ch.), 5 décembre 2018, *J.T.*, 2019.

⁶⁵ Sur cette théorie du moyen dans la cause, cons. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction», in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, *op. cit.*, ici, spéc. pp. 25 et s., n° 13 et s.

à l'appui d'une requête d'appel relève du pur fantasme, tandis qu'elle forme souvent une redoutable ouverture à cassation.

24. 8^e balise : ce n'est qu'à la demande d'au moins une des parties, et à la condition que celle-ci soit légitime à prétendre (et démontrer) avoir été prise au dépourvu, que l'interpellation à la barre non précédée d'une interpellation écrite doit être doublée d'une des deux autres modalités. L'article 139, alinéa 5, du ZPO allemand (*supra*, n° 14) montre selon nous l'exemple à suivre. Les parties et leurs avocats sont les mieux placés pour apprécier et « ressentir » si le débat interactif noué au débotté sur les questions du juge ménage suffisamment leurs droits de défense. Au reste, ces mêmes droits sont susceptibles de renonciation de leur part.

Il nous paraît donc que le juge n'aura ni à remettre la cause ni à solliciter les observations écrites des parties si celles-ci ne lui en font pas la demande. Ceci dit, rien ne l'en empêche non plus. On songe que le juge pourrait mettre spontanément en œuvre une des, voire les, deux modalités en présence de justiciables comparissant en personne (art. 758 C.jud. : *supra*, n° 17), ou lorsqu'il ne se satisferait pas des réponses données sur-le-champ par les plaideurs.

25. 9^e balise : dans ce dernier cas toujours, l'exigence de l'économie de procédures amène le plus souvent à préférer la formule des observations écrites à celle du report de la cause à une audience ultérieure. Tout reste, une fois encore, une question d'espèce. Aussi, si la disponibilité du rôle le permet, rien n'empêchera évidemment le juge saisi d'une demande convaincante formée en ce sens par un plaideur légitimement pris au dépourvu par ses questions, de remettre la cause à bref délai aux fins de permettre à toutes les parties d'y exposer leurs réponses à tête reposée, mais sans retarder le jugement de la cause.

Mais, souvent, la mise en œuvre de cette modalité se heurtera hélas à la congestion du rôle. Dans ces cas-là, il serait heureux que, d'une part, les parties puissent exercer leurs droits de défense exclusivement par écrit, sans avoir à poireauter des mois dans l'attente d'une nouvelle audience, et, d'autre part, d'éviter au juge de se contraindre à clore hypocritement les débats pour les rouvrir aussitôt au seul effet de déclencher la procédure écrite expressément prévue par l'article 775 du Code judiciaire.

En d'autres termes, on cherche une procédure permettant au juge belge, à l'instar de son homologue français sur pied des articles 442 et 445 du Code de procédure civile (*supra*, n° 15), de recueillir après l'audience de plaidoiries, mais avant la clôture des débats, et sous forme exclusivement écrite, les observations des parties aux interpellations qui leur ont été adressées à l'audience. Le cantonnement du contradictoire à un débat écrit ne souffre aucune critique. Pas plus que le législateur français dont elle cautionne d'ailleurs le choix (*supra*, n° 15), la Cour européenne des droits l'homme n'y voit aucun inconvénient

(*supra*, n° 12). Et le juriste belge serait malvenu de s'en plaindre dès lors que, dans l'hypothèse voisine qui vient d'être évoquée (celle d'une réouverture des débats justifiée par une initiative du juge), la règle fixée par l'article 775 du Code judiciaire est celle de l'écrit, l'oralité se trouvant reléguée au rang d'exception⁶⁶.

Même si elle n'a pas été conçue et formalisée comme telle par le législateur belge, il nous paraît que *possibilité existe de lege lata*.

Sa légalité nous paraît résulter de la combinaison du deuxième alinéa de l'article 769 du Code judiciaire (selon lequel « [l]e juge peut autoriser les parties ou leurs avocats à déposer leurs dossiers au greffe, contre récépissé daté, après les débats et dans le délai qu'il fixe. Dans ce cas, la clôture des débats a lieu de plein droit au terme du délai susvisé ») avec l'article 771 du même Code (énonçant que, « [s]ans préjudice de l'application des articles 767 et 772, il ne peut être déposé, après la clôture des débats, aucune pièce ou note, ni aucunes conclusions. Celles-ci seront, le cas échéant, rejetées du délibéré »).

Sans martyriser ces textes, on peut raisonnablement soutenir qu'ils autorisent, ou à tout le moins qu'ils n'interdisent point, l'échange et le dépôt de notes, voire de conclusions, entre la fin des plaidoiries et la date à laquelle le juge aura reporté la clôture des débats aux fins précisément de recueillir ces écritures.

Le regretté professeur Jean Laenens a défendu la légalité de cette solution⁶⁷.

La Cour de cassation lui a peut-être apporté son soutien aux termes d'un arrêt du 27 février 1997⁶⁸. Conformément à l'article 769, alinéa 2, précité, du Code judiciaire, un juge postpose de quatre semaines la clôture des débats aux fins de permettre aux parties de déposer leurs dossiers. L'une d'elles profite de l'occasion pour communiquer des conclusions la veille de l'expiration de ce délai, dont l'échéance marque la clôture automatique des débats. Son adversaire sollicite la réouverture des débats, que le juge lui refuse au motif que cette demande « n'est fondée sur aucun fait nouveau et capital qui n'aurait pu être porté à la connaissance des parties au moment de la clôture des débats ».

⁶⁶ Sur l'article 775 du Code judiciaire et ses vertus économiques, cons. J. VAN COMPERNOLLE et A. L. FETTWEIS, « Principes directeurs du procès civil », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, *op. cit.*, p. 53, n° 1.33 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire économie de la contradiction », in P. MARTENS (dir.), *Les droits de la défense*, *op. cit.*, ici, spéc. pp. 59-60, n° 40. Sur cette disposition, voy. encore H. BOULARBAH, B. BIÉMAR et M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 122, *op. cit.*, p. 123, n° 112 et s. ; G. DE LEVAL et V. GRELLA, « Le jugement », in *Le droit judiciaire en mutation...*, *loc. cit.*, p. 199 ; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 75 ; J. ENGLEBERT, « La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries », in *Le procès civil accéléré ?...*, *op. cit.*, p. 163 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, *pet* pp. 308 et s. ; B. ALLEMEERSCH, « De wetswijzingen van 2007 inzake terechtzitting, beraad en vonnis herbekeken », in *Les lois de procédure 2007... revisited*, *op. cit.*, pp. 83 et s.

⁶⁷ J. LAENENS, « Knelpunten in het vernieuwd procedurerecht », *A.J.T.-Dossier*, 1995-1996, p. 74.

⁶⁸ Cass., 27 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 296.

Il est très significatif que cette décision ne soit cassée que sur le fondement de la troisième branche du moyen de cassation, au motif « qu'en ayant égard aux conclusions de la défenderesse communiquées à la demanderesse la veille de la clôture des débats sans ordonner la réouverture de ces débats pour permettre à cette dernière d'y répondre, le juge de paix a violé le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ». Il est clair que la Cour ne condamne pas la possibilité d'un échange de conclusions de la prolongation des débats décidée en vertu de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire. La cassation n'intervient qu'en raison de l'incompatibilité des modalités concrètes de cet échange avec les exigences du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

Imagine-t-on contester la légalité de cette pratique lorsque c'est le juge lui-même (et non plus un plaideur cavalier) qui, précisément dans le respect du contradictoire et de l'égalité des armes, la mettrait en œuvre ? Assurément, non. Mais ce même juge devra veiller à scrupuleusement baliser cette prolongation écrite du débat. Il pourra, à cet effet, s'inspirer *mutatis mutandis* des précautions et bonnes pratiques entourant couramment l'application de cette petite prolongation écrite du débat contradictoire que constitue la réouverture des débats régie par l'article 775 du Code judiciaire⁶⁹. C'est ainsi, en particulier, qu'il veillera à recueillir ces observations sous la forme de véritables conclusions, le cas échéant — mais pas forcément (art. 748*bis* C. jud.) — de synthèse⁷⁰. Au reste, selon les circonstances, le juge pourra préférer assigner aux parties un délai commun et unique, c'est-à-dire celui de la clôture automatique des débats prolongés (art. 769, al. 2, C. jud.), ou plutôt leur impartir à chacune des délais successifs, pour que la dialectique se perpétue jusqu'au bout. Il va de soi que, dans tous les cas, le ou les délais assignés par le juge vaudront à peine d'écartement des conclusions tardives⁷¹. En toute situation également, le juge sera attentif à ce que les parties ne profitent pas de cet ultime épisode du débat pour y injecter des éléments de fait ou de droit étrangers à ses questions d'audience (*supra*, n^{os} 14 et 15). Par analogie, une fois encore, avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la réouverture des débats, ces moyens ou demandes hors sujet devront être écartés des débats⁷².

Au reste, c'est précisément cette dernière jurisprudence qui, dans certains cas, devrait inciter les plaideurs surpris par leur interpellation à la barre à obtenir du juge (et celui-ci à leur concéder) la possibilité d'un échange de conclusions.

⁶⁹ G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, *op. cit.*, pp. 886-887, n^{os} 8.9 et 8.10 et réf. citées.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 887, n^o 8.9, note (3699).

⁷¹ Par analogie avec, de nouveau, l'article 775, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire (G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, *op. cit.*, pp. 886-887, n^{os} 8.9 et 8.10 et réf. citées), mais ou avec la réouverture de l'instruction en vertu de l'article 748, § 2, du Code judiciaire (J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, J. VANDERSCHUREN, A. GILLET et Fr. BALOT, « Examen de jurisprudence (2007 à 2020). L'instruction de la cause — Partie I. La mise en état contradictoire », *op. cit.*, p. 435, n^o 110).

⁷² G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2 « Procédure civile », vol. 1, *op. cit.*, pp. 887-888, n^o 8.10 et réf. citées.

Pour le comprendre, rappelons une évidence : conformément aux articles 807 et 809 du Code judiciaire, une demande incidente (nouvelle ou reconventionnelle, en particulier) ne peut être formée que par voie de conclusions⁷³.

Il suit en effet de cette jurisprudence qu'une demande incidente (telle la demande nouvelle ou la demande reconventionnelle) introduite en suite d'une réouverture des débats — et par extension la demande incidente formée au cours de la prolongation du débat visée par l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire — demeure parfaitement recevable lorsqu'elle n'est pas étrangère à l'objet de l'interpellation du juge⁷⁴. Connectée à la définition du juge actif par la même Cour (*supra*, n° 1), cette jurisprudence laisse entrevoir une véritable politique de la main (ou de la perche) tendue par le juge à la partie mal engagée⁷⁵. Songeons en effet que, dans le plus parfait respect de ces deux jurisprudences combinées, la partie « favorisée » par le moyen relevé d'office par le juge aura tôt fait, dans ses conclusions, de s'approprier ce moyen⁷⁶ et, le cas échéant, de recalibrer sa prétention au départ de l'éclairage nouveau soufflé par le juge.

L'attention des praticiens est tout spécialement attirée sur cette figure de la « perche tendue » : qu'il soit interpellé par le juge préalablement à l'audience (*supra*, n°s 20 et 21) ou à la barre, le plaideur insistera pour que lui soit accordée la faculté de rédiger des conclusions si l'interpellation du juge est de nature à susciter l'introduction d'une demande nouvelle ou reconventionnelle. Car, faute de conclusions, on le répète, il n'est point de demande incidente recevable. Pour cette même raison, le juge devra, dans la même situation, concéder cette faculté aux parties.

26. 10^e balise : en toute hypothèse, le juge doit veiller à laisser dans sa décision ou au dossier de la procédure une trace écrite des modalités du débat contradictoire suscité par ses interpellations ; il s'agit, d'une part, d'assurer les parties que leurs observations auront été prises en

⁷³ *Ibid.*, p. 335, n° 3.42 et p. 345, n° 3.45.

⁷⁴ Cass., 20 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2309 ; R.A.B.G., 2011, p. 416, note R. VERBEKE, « De afbakening van het debat na de heropening ervan » ; Cass., 8 février 2010, *J.T.*, p. 349, note Fr. BALOT, « Réouverture des débats et demande nouvelle » ; Cass., 29 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1520, note Fr. GEORGES, « Les contours de la réouverture des débats » ; Civ. Bruxelles, 30 avril 2009, *J.T.*, 2009, p. 394 ; *contra*, en matière répressive : Cass., 28 octobre 2003, *Pas.*, I, 2003, p. 1729. Si une modification du siège est survenue en suite de la décision ouvrant les débats, toute demande incidente (même étrangère à l'objet de la réouverture) est recevable (Cass., 13 mai 2013, R.G. n° S.12.0045.N ; Cass., 8 février 2010, *préc.* ; Cass., 12 décembre 2008, R.A.B.G., 2009, pp. 755-756 ; Cass., 19 novembre 2009, R.A.B.G., 2010, pp. 301-303, note S. BERNEMAN. *Adde* : B. BLÉMAR, H. BOULARBAH, F. LAUNE et Ch. MARQUET, « L'instruction de la cause et les incidents », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, coll. CUP, vol. 145, *op. cit.*, pp. 263 et s., n°s 99 et s. et réf. citées.

⁷⁵ Voy. déjà, à propos de cette figure de la perche tendue, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le juge et le contrat*, Bruges, la Charte, 2014, ici, pp. 1-73, spéc. n° 33.

⁷⁶ Si ce recalibrage s'en tient à l'appropriation de la qualification juridique soufflée par le juge, sa recevabilité posera d'autant moins problème qu'il est unanimement admis (au vu de la lettre de l'article 807 du Code judiciaire) qu'un changement de qualification juridique ne constitue pas, à soi seul, une demande nouvelle (D. MOUGENOT, *Principes...*, *op. cit.*, 121 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, pp. 73 et s., n°s 55 et s.).

compte, et, d'autre part, de désamorcer toute contestation ultérieure.

Cette recommandation se retrouve de manière constante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, n° 13) ainsi que dans les enseignements du droit comparé (*supra*, n°s 14 et 15).

Sans doute faut-il l'appuyer plus vigoureusement encore... Car force est de constater en Belgique, avec M. le Président de section émérite Albert Fettweis que « trop souvent il ne ressort pas clairement des pièces de la procédure sur quelles questions les parties ont été invitées à s'exprimer ni quelles ont été leurs réactions. Les parties ont-elles marqué leur accord de répondre immédiatement à l'audience ou ont-elles demandé une remise à bref délai pour répondre après réflexion verbalement et par écrit ? À cet égard l'on constate fréquemment que les procès-verbaux d'audience sont indigents. La Cour de cassation ne peut dès lors contrôler si la contradiction a bien été respectée et si les parties ont pu l'exercer de manière effective »⁷⁷.

⁷⁷ A. L. FETTWEIS, « Le juge gardien de la contradiction, de la célérité du procès et de la loyauté procédurale, un subtil équilibre », in *Le Code judiciaire à 50 ans. Et après ? Hommage à Ernest Krings et M. Storme*, op. cit., ici, spéc. p. 457.

ANNEXE

PROPOSITION DE PROTOCOLE REPRODUITE AVEC L'AIMABLE AUTORISATION D'AVOCATS.BE

DÉBATS INTERACTIFS

Débats interactifs – Proposition de protocole d'accord magistrature- barreau quant à l'application de l'article 756ter du Code judiciaire

Actuellement, rares sont les magistrats qui proposent des débats interactifs et rares sont les avocats qui le suggèrent.

Or ces débats interactifs peuvent se révéler extrêmement utiles dans certains dossiers et peuvent permettre d'optimiser l'audience.

Il apparaît donc souhaitable de clarifier pour le magistrat la possibilité de prendre contact avec les avocats *avant l'audience* pour indiquer les points sur lesquels il souhaiterait des éclaircissements, dans les conditions ci-dessous.

Pour rappel, le débat interactif est évoqué à l'article 756ter du Code judiciaire :

« Art. 756ter. Lors de l'audience de plaidoirie, ou préalablement à celle-ci, le juge peut proposer de remplacer les plaidoiries par un *débat interactif*. En cas *d'accord des parties*, le juge dirige le débat au cours duquel il a la possibilité d'orienter les parties sur des questions qu'il estime être pertinentes et de nature à l'éclairer. Les parties peuvent poser dans ce débat des questions non soulevées par le juge pour autant qu'elles soient soit invoquées dans leurs écrits, soit liées à l'application de l'article 735, soit en rapport avec une irrégularité affectant la procédure de mise en état. Si une partie s'oppose à ce qu'un débat interactif remplace les plaidoiries, le débat peut néanmoins avoir lieu après les plaidoiries. »

Cet article ne règle pas précisément ce qui peut se passer *avant l'audience* et on constate que les magistrats hésitent dès lors à prendre contact avec les avocats avant l'audience.

Comment favoriser la mise en place du débat interactif ?

1. Respect du contradictoire

Le magistrat peut prendre contact (contradictoirement) avec tous les avocats :

- pour poser des questions ;
- pour préciser les questions sur lesquelles il souhaite que les avocats centrent leur plaidoirie ;
- pour proposer un mode d'organisation de l'audience.

Ce contact préalable peut notamment permettre d'éviter une réouverture des débats dans l'hypothèse où le magistrat découvre un élément nouveau ou insuffisamment éclairé par les parties ; il pourrait utilement évoquer cette question avant l'audience.

2. Prévisibilité – Prévoir des délais

L'article 756*ter* prévoit un avertissement préalable.

Pour que le système fonctionne, il convient qu'un délai suffisant soit laissé aux magistrats pour prendre connaissance des dossiers, et aux avocats pour leur permettre de préparer l'audience en fonction des questions qui seront posées et éclaircissements qui seront sollicités.

Ces délais peuvent varier en fonction de l'importance des dossiers ; il convient simplement de veiller à les prévoir en temps utile.

3. Accord des parties

L'accord des parties est également prévu dans le Code judiciaire. Il convient de le matérialiser par une confirmation écrite des avocats des parties.

Moyennant ces trois conditions, il nous paraît que la pratique des débats interactifs devrait être favorisée par la magistrature et rencontrer un accueil tout aussi favorable des avocats.