

Commentaires de l'avant projet de loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire

de : Jacques ENGLEBERT
pour : la Commission de droit et pratique judiciaire – OBFG
le : 14 septembre 2006

1. Remarques préalables quant à la notion d'*arriéré judiciaire*

1.1 Si dans l'exposé des motifs (« *Considérations générales* »), le gouvernement fait bien la distinction entre la période de *mise en état* d'une procédure d'une part, et le délai entre le moment où les arguments ont été échangés et le jour fixé pour l'audience d'autre part, c'est à tort que le gouvernement estime que lutter contre l'arriéré judiciaire implique de réduire ces deux périodes au minimum de temps nécessaire pour assurer une instruction complète du litige et l'obtention d'un jugement.

A priori, le retard mis dans la *mise en état* d'une cause ne contribue pas à l'arriéré judiciaire. Au contraire, et l'expérience menée à cet égard par la 1^{ère} chambre *bis* de la cour d'appel de Bruxelles est éclairante, lorsque les causes sont rapidement mises en état, l'arriéré judiciaire augmente dès lors que le pouvoir judiciaire est dans l'incapacité de traiter, à bref délai, un nombre croissant d'affaires mises en état.

1.2 Il n'y a *arriéré judiciaire* que lorsqu'il y a un délai d'attente *déraisonnable*¹ entre le moment où une demande de fixation pour plaider est introduite et le moment où la cause sera effectivement fixée et plaidée. Il ne s'agit toutefois pas de la seule manifestation de l'arriéré judiciaire. Celui-ci se manifeste également lorsqu'un délai *déraisonnable* s'écoule entre le moment où la cause a été plaidée et prise en délibéré et le moment où le jugement est effectivement prononcé².

Il n'y a par contre pas d'arriéré judiciaire lorsqu'une cause connaît un retard *déraisonnable* pour sa mise en état. Il y a dans ce cas *retard* dans la mise en état de la cause. Ce retard n'est pas nécessairement critiquable ni préjudiciable au justiciable. Le gouvernement oublie que toutes les causes ne sont pas vouées à être mises en état. D'une part, une procédure en justice peut être introduite pour diverses raisons qui n'ont pas toutes pour finalité d'obtenir un jugement, sans que cela soit d'une quelconque façon critiquable. D'autre part, les parties de commun accord peuvent s'accorder tout le temps qu'elles souhaitent pour mettre leur cause en état d'être plaidée.

Exemple : La partie X assigne la partie Y en résolution judiciaire d'un contrat pour une exécution fautive de celui-ci par Y. A la suite de cette

¹ On peut considérer que lorsque ce délai est de plus de trois mois, il devient *déraisonnable*.

² Ce délai fixé légalement à un mois est, devant certaines juridiction, très rarement respecté (par ex. cour d'appel de Bruxelles où le délai de délibéré dépasse fréquemment les 6 mois et parfois même les 12 mois).

signification la partie Y reprend l'exécution du contrat à la satisfaction de la partie X. S'agissant toutefois d'un contrat à durée indéterminée, le problème de l'inexécution fautive pourrait réapparaître ultérieurement. En conséquence, la partie X ne se désiste pas de sa procédure mais laisse celle-ci 'dormir' au rôle général pour pouvoir la réactiver si d'aventure la partie Y devait à nouveau adopter une attitude fautive. Cette procédure ne sera, soit, jamais mise en état, soit, sa mise en état interviendra plusieurs années après son introduction, sans que cela ne soit d'une quelconque façon critiquable et sans que cela ne contribue d'une quelconque façon à l'arriéré judiciaire.

- 1.3** Une affaire introduite et renvoyée au rôle général ne contribue en aucune façon à alourdir le travail du greffe ou des magistrats. Elle ne pose manifestement problème au gouvernement que d'un point de vue statistique (qui pour « calculer » l'ampleur de l'arriéré judiciaire compare le nombre de procédure introduite par rapport au nombre de jugement rendu, ce qui constitue une analyse totalement inappropriée)

N.B. C'est d'ailleurs cet aspect statistique qui avait conduit le gouvernement à introduire dans la loi du 3 août 1992 un article 730, §2, dans le Code judiciaire visant à *nettoyer* le rôle général des affaires qui y *dormaient* depuis plus de 3 ans. Cette procédure totalement inutile d'un point de vue pratique a dû et doit encore très certainement engendrer une perte de temps et d'énergie importante tant à charge des greffes que des magistrats. Il serait intéressant de connaître, près de 15 ans après l'entrée en vigueur de la réforme de 1992, qu'elle a été l'impact de ces mesures sur la résorption réelle de l'arriéré judiciaire (et non pas leur simple effet statistique sur les chiffres des affaires au rôle général). Il me semble qu'une des mesures simples à mettre en œuvre en vue de permettre aux juges et aux greffiers de se concentrer à leur tâches principales, serait de purement et simplement supprimer cette procédure de l'article 730, §2, du Code judiciaire.

- 1.4** Les retards dans la mise en état d'une cause ne posent problème pour le justiciable que lorsqu'ils sont provoqués par une partie alors que l'autre partie souhaite diligenter rapidement et efficacement son procès. Il est apparu, avant la réforme de 1992, que l'arriéré judiciaire, qui existait déjà à cette époque, contribuait – par les conséquences qu'il leur donnait – à rendre les attitudes dilatoires de certains plaideurs insupportables.

Si en 1992, il est apparu qu'il n'était plus supportable que des conclusions puissent être déposées la veille de l'audience, ce qui entraînait inévitablement une demande de remise de la cause, c'est précisément en raison de l'existence d'un important arriéré judiciaire qui faisait que la cause ne pouvait pas être remise à bref délai. Il convient de garder à l'esprit que si il n'y avait pas eu d'arriéré judiciaire *stricto sensu*, c'est-à-dire pas de retard dans la fixation (ou dans les remises) des causes ni dans le prononcé des jugements, la réforme de 1992 (ainsi que la proposition de réforme actuelle) aurait été parfaitement inutile. Si une cause pouvait systématiquement être fixée ou remise à bref délai (quelques semaines), toutes les mesures contraignantes de mise en état apparaîtraient comme totalement inutile. Il convient de ne pas oublier cet aspect des choses lorsque l'on est appelé à apprécier la pertinence des réformes proposées.

- 1.5** Dès lors que le législateur n'a pas pris les mesures nécessaires pour résorber l'*arriéré judiciaire*, il était dans l'obligation en 1992 de prendre des mesures afin de permettre à la partie qui souhaitait diligenter rapidement son procès, c'est-à-dire de le mettre rapidement en état, de disposer des moyens procéduraux nécessaires afin de pouvoir contraindre son adversaire à procéder à cette mise en état rapide. Le but étant de mettre un terme aux manœuvres dilatoires qui permettaient de surfer sur l'*arriéré judiciaire* pour retarder indéfiniment l'issue du procès.

Ce but a été atteint par la loi du 3 août 1992, notamment par l'insertion de l'article 747, §2, et plus généralement par l'introduction de la sanction de l'écartement d'office des débats des conclusions tardives.

- 1.6** La réforme de 1992 a mis de longues années à être intégrée (acceptée) par les cours et tribunaux, d'une part, une partie de la doctrine, d'autre part, et enfin par le Barreau. Elle était certainement perfectible. L'avant projet de loi commenté vise manifestement à améliorer le Code judiciaire tel qu'il a été modifié en 1992 en vue de faciliter la mise en état des causes.

Il s'agit toutefois d'un leurre, qui doit être dénoncé comme tel, que de prétendre que la loi vise à lutter par ce biais contre l'*arriéré judiciaire* (voir encore *infra*, les critiques de l'article 747, §2, al. 2, en projet, en ce qui concerne la date de fixation de l'audience de plaidoiries).

- 1.7** La justification de la réforme par le fait qu'il importe de donner des certitudes au justiciable quant aux délais, dès lors qu'il n'est pas toujours en mesure de déterminer quelle est la cause du retard, doit interpeller le Barreau. En effet, elle sous-tend que l'avocat n'expliquerait pas les raisons exactes du retard que connaît la cause en invoquant l'*arriéré judiciaire* alors qu'il serait lui-même responsable de ce retard (pour n'avoir pas traité avec diligence la procédure de mise en état). Je doute que l'introduction d'une procédure fondée *a priori* sur des délais contraignants puisse être d'une quelconque aide pour ce justiciable mal informé, qui ignore de toute façon tout des lois de procédures.

2. Commentaires des articles

2.1 Insertion des nouveaux articles 18bis, 18ter et modification de l'article 19, al. 2

2.1.1 Remarques de formulation : (i) l'article 18bis prévoit qu'une fin de non recevoir peut être proposée « *en tout état de cause* ». L'article 19, al. 2, utilise l'expression « *à tout stade de la procédure* ». Ne conviendrait-il pas d'user d'une terminologie unique pour décrire la même notion ? (ii) A l'article 18bis, ne serait-il pas souhaitable de remplacer l'expression « *ceux qui* » par « *les parties qui* » ?

2.1.2 Si l'on comprend bien l'idée du gouvernement, on peut s'interroger sur l'utilité du nouvel article 18bis dès lors qu'en pratique, il sera vraisemblablement difficile de prouver qu'une partie s'est fautivement abstenue de soulever « *plus tôt* » une fin de non recevoir. Tant l'éventuelle attitude fautive que la notion de « *plus tôt* » risque de susciter de sérieuses controverses et contestations.

2.1.3 On constate par ailleurs qu'à l'article 18ter, il est fait référence à « *l'irrecevabilité* » sans autre précision. Or si une fin de non recevoir, lorsqu'elle est accueillie, conduit à l'irrecevabilité de la demande, il convient de garder à l'esprit que l'irrecevabilité sanctionne également des exceptions de procédures qui ne sont pas des fins de non recevoir.

Dans l'exposé des motifs, il est clairement indiqué que c'est *la fin de non recevoir* qui est visée par cette disposition et que si en cours d'instance « *la situation qui donnait lieu à la fin de non recevoir* » a été régularisée, cette fin de non recevoir ne doit plus pouvoir être soulevée. Il conviendrait dès lors à l'article 18ter de remplacer le mot « *irrecevabilité* » par le mot « *fin de non recevoir* ».

2.1.4 En ce qui concerne la nouvelle procédure prévue à l'article 19, al. 2, s'il est heureux de prévoir qu'en cours de procédure on peut demander des mesures conservatoires, un doute subsiste quant à l'applicabilité de cette mesure. Le texte prévoit qu'en cours de procédure « *la partie la plus diligente fait ramener la cause devant le juge par simple déclaration écrite déposée ou adressée au greffe* ».

De quel juge s'agit-il ? Le président de la chambre d'introduction ou le président de la chambre à laquelle la cause sera distribuée ? Si c'est le président de la chambre d'introduction, aura-t-il le temps de traiter, outre les affaires introduites, toutes les demandes conservatoires formulées dans le cadre de l'article 19, al. 2, en cours de procédure dans les autres affaires ? Si c'est le président de la chambre à laquelle la cause a été distribuée, il convient de se rappeler que les parties ignorent jusqu'à présent à quel moment la cause est distribuée et ne connaissent la chambre devant laquelle ils plaideront qu'au moment où ils reçoivent l'avis de fixation.

Enfin, supprimer la convocation par pli judiciaire, sauf lorsqu'une partie a fait défaut à l'audience d'introduction et qu'elle n'a pas d'avocat, risque en pratique

de poser problème : quid de la partie qui avait un avocat lors de l'audience d'introduction mais qui n'en a plus au moment de la demande en vue de faire ramener la cause devant le juge ?

2.2 Articles 4^{ter} et 4^{quater}, retard dans le délibéré

2.2.1 Le retard dans le délibéré est un problème fondamental dans le cadre de l'arriéré judiciaire. Il connaît, comme indiqué *supra*, des dérives inquiétantes devant certaines juridictions.

Si l'avant projet insiste sur les procédures à mettre en œuvre pour *contrôler* et *dénoncer* les retards (voir proposition de modification de l'art. 770), je ne suis pas convaincu que les moyens soient réellement mis en œuvre pour permettre au juge d'éviter effectivement ces retards. Si pour certains magistrats le retard dans les délibérés est sans doute la conséquence d'une absence de travail effectif, pour beaucoup de magistrats, c'est uniquement la conséquence d'une surcharge de travail et d'une complexité croissante de nombreux litiges.

2.2.2 Le délai de délibéré d'un mois semble pratiquement illusoire lorsque la cause est prise par un siège collégial, si l'on souhaite que la collégialité sorte réellement ses effets, à savoir qu'un projet de jugement ou d'arrêt fait par un des magistrats soit réellement et effectivement relu, commenté et discuté par les autres magistrats de la même chambre.

A mon estime, il serait plus réaliste de prévoir que le délai de délibéré est d'un mois maximum lorsque l'affaire a été plaidée devant une chambre à juge unique et de deux ou trois mois lorsqu'il s'agit d'une chambre collégiale (il faudrait interroger les magistrats).

Il conviendrait de trouver une sanction efficace au non respect de ces délais, tout en donnant évidemment les moyens réels aux magistrats de les respecter. Le dessaisissement par la Cour de cassation après un délibéré de plus de six mois est évidemment une mesure totalement inefficace puisqu'elle contraint à replaider l'affaire devant un autre magistrat. Elle risque, en définitive, de n'être utilisée que par le plaideur qui a un mauvais sentiment d'audience et qui espère ainsi pouvoir replaider sa cause devant un autre magistrat.

Il est regrettable que l'avant projet n'approfondisse pas cette question.

2.3 Article 7

L'article 7 prévoit une modification de l'article 730, §2b, et permet au juge de prononcer l'omission du rôle général d'une cause « *en cas de demande de remise non sérieusement justifiée* ».

Il est ajouté par ailleurs que « *il s'agit de préciser que le juge peut d'office exercer cette prérogative* ». Cette sanction paraît toutefois tout à fait inadéquate, une affaire omise du rôle général peut y être réinscrite moyennant

un nouveau paiement des droits de rôle. Par ailleurs, l'article 730, § 2b aurait dû être supprimé lors de la réforme de 1992 (voir à cet égard mes commentaires : « Abus du droit de la procédure - L'argument de procédure est-il juridiquement correct ? », in *Dix ans d'application de la loi du 3 août 1992 et ses réformes* », La Charte, 2003, pp. 161 et 162, n°25 à 28.

2.4 Article 8

2.4.1 La définition des affaires pouvant être traitée en débats succincts est un problème qui divise la doctrine depuis des dizaines d'années et auquel aucune solution utile n'a jamais pu être donnée. A mon sens, il convient d'être pragmatique : une affaire peut être traitée en débats succincts lorsqu'elle n'appelle précisément que des débats succincts. Quand une affaire n'appelle-t-elle que des débats succincts ? Lorsque en réalité, il n'y a pas de véritable contestation ou lorsque la contestation est à ce point simple qu'elle n'appelle que de très brefs développements.

exemples : une créance non contestée, un jugement d'accord sur une mesure d'expertise, un jugement d'accord en général,

autre exemple : une demande de créance non contestée mais avec une demande de termes et délais : la demande de termes et délais peut faire l'objet de débats succincts sur la qualité de débiteur malheureux et de bonne foi sans nécessité un échange de conclusions.

2.4.2 Par contre, à mon sens, dès qu'il y a une contestation, la procédure en débats succincts qui, il faut le garder à l'esprit, est dérogatoire au droit commun de la procédure et surtout n'est pas respectueuse du principe du contradictoire, doit être écartée. Le respect des droits de la défense est une règle à mon sens supérieure à la volonté de voir une affaire être diligentée rapidement. L'accélération du traitement d'une affaire ne peut pas se faire au détriment du respect des droits de la défense.

Or, à quoi sert-il d'énumérer des demandes qui devront être traitées en débats succincts tout en précisant que c'est sauf « *opposition justifiée* » d'une des parties ? Quand y aura-t-il opposition justifiée d'une partie ? Précisément lorsqu'elle pourra montrer que la demande est contestée ou que son traitement nécessitera des débats qui ne sont pas succincts.

2.4.3 Si l'on analyse l'énumération des différents cas, on peut formuler les observations suivantes : la procédure en débats succincts doit être admise pour

- le recouvrement des créances incontestées : cela ne pose pas de problème ;
- pour les demandes prévues à l'article 19, al. 2 : c'est nettement plus contestable. Les demandes de mesures conservatoires peuvent susciter des débats forts importants, il ne faut pas oublier que les conséquences que ces mesures peuvent avoir sont généralement extrêmement

importantes et, le cas échéant, préjudiciables pour une partie. Il n'est pas sérieux de vouloir faire traiter ces demandes de façon systématique dans le cadre de débats succincts (il suffit de voir l'importance que certaines affaires peuvent avoir en référé pour comprendre que la procédure en débats succincts est loin d'être praticable) ;

- changement de langue, en général : cette question ne posera pas de problème ;
- le « *jugement des déclinatoires* » : l'expression est malheureuse, en effet, la procédure en débats succincts ne s'applique pas aux jugements des déclinatoires mais bien au débat portant sur le déclinatoire et qui donnera lieu ultérieurement à un jugement. Si le législateur vise ici les déclinatoires de compétence, il faut une fois de plus constater que les questions de compétence, si elles peuvent être d'une grande simplicité, peuvent parfois être au contraire d'une grande complexité et susciter des débats non succincts ;
- les demandes de délai de grâce : cette catégorie ne pose, comme je l'ai déjà indiqué, aucun problème.

2.4.4 Dans l'exposé des motifs, il est indiqué qu'en appel, l'article 1066, alinéa 2 énonce plusieurs hypothèses dans lesquelles le débat succinct est de droit. Cette affirmation est inexacte. L'article 1066, alinéa 2 précise que pour une série de recours la cause sera traitée non pas en débats succincts mais sous le bénéfice de la procédure prévue pour les débats succincts (c'est-à-dire retenue et plaidée lors de l'introduction ou dans les trois mois au plus tard de celle-ci). La doctrine unanime considère que si ces causes bénéfiques de la procédure de débats succincts, il ne s'impose par contre nullement aux parties de les plaider que succinctement (voir « Examen de jurisprudence 1993 – 2005 », *R.C.J.B.*, 2006, p. 237, n° 236). Il suffit pour s'en convaincre de voir la complexité des matières visées à l'article 1066, alinéa 2. Enfin à partir du moment où l'article 747, § 2, dernier alinéa précise qu'il doit être fait application de cette disposition en cas d'indivisibilité du litige, cela revient à dire qu'il sera systématiquement impossible pour un litige indivisible de le traiter en débats succincts si une partie fait défaut à l'audience d'introduction.

2.5 Article 9

L'article 9 n'appelle pas d'observations de ma part. Cette modification me semble justifiée.

2.6 Article 10

L'article 10, qui prévoit l'abrogation de l'article 745, alinéa 2 du Code judiciaire, est la conséquence des modifications apportées à l'article 747, §2. J'y renvoie pour mes observations. Cette suppression est également la conséquence de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 2005. Elle ne fait que confirmer

la crainte que j'avais exprimée dans mon commentaire de cet arrêt (voir « Requiem pour l'article 745, alinéa 2 du Code judiciaire », *J.T.*, 2006, pp. 4 et s.).

2.7 Article 11

2.7.1 Le principe mis en place par cette disposition ne me paraît pas en soi critiquable. J'avais au contraire dès avant la réforme de 1992 prôné la mise en place d'une procédure contraignante d'échange de conclusions à titre de procédure de droit commun (voir « Pour une autre réforme qu Code judiciaire - analyse et critique du projet de loi modifiant le Code judiciaire », *Cah.dr.Jud.*, 1992, pp. 75 et s., notamment n°19 à 30).

2.7.2 Sans fixer de façon contraignante et automatique les délais qui s'imposeraient pour l'échange des conclusions, le législateur souhaite, à juste titre, alléger le formalisme prévu par l'article 747, §2. Pour ce faire, il renonce à transposer purement et simplement le système mis en place par la 1^{ère} chambre *bis* de la cour d'appel de Bruxelles, mais prévoit que les parties devront, dans le mois de l'audience d'introduction au plus tard, soumettre au juge leurs observations écrites sur la mise en état judiciaire de la cause. Le juge devra lui-même au plus tard six semaines après l'audience d'introduction arrêter le calendrier de procédure en tenant compte des éventuelles observations des parties.

NB : La critique émise par le Collège du Bâtonnier en ce qu'il n'est pas toujours possible à l'introduction de prévoir l'importance de l'affaire est exacte, même s'il est souvent possible d'en présumer les développements. Elle n'est toutefois à mon sens pas pertinente dès lors qu'à l'heure actuelle, on peut déjà dès l'audience d'introduction déposer une requête 747, §2, voire même de façon simplifiée demander à l'audience que le juge acte les délais, sans que cette pratique bien admises devant quasi toutes les juridictions, ne posent de réels problèmes. Cette critique est donc contraire à la pratique déjà bien admise depuis de nombreuses années en la matière.

2.7.3. La critique essentielle du système réside ailleurs.

Imposer comme principe la fixation de délais contraignants pour la mise en état a pour conséquence de forcer systématiquement les parties à faire l'effort de mettre « rapidement » la cause en état. C'est bien le but poursuivi par le législateur (voir *Exposé des motifs*, p. 1 et p 2, §1er). On ne peut toutefois imposer une telle exigence aux plaideurs que si le législateur prévoit en *contrepartie*, qu'une fois la cause en état, celle-ci pourra être fixée et plaidée *rapidement*. Or, on sait qu'en l'état actuel des choses, ce n'est matériellement pas possible puisque, comme je l'ai déjà souligné *supra*, plus il y a de causes en état, plus il y a d'affaires qui doivent être fixées, ce qui inévitablement contribue à aggraver l'arriéré judiciaire si les moyens restent constants.

On reproche généralement (à mon sens à tort) au Barreau d'être en partie responsable de l'arriéré judiciaire. J'avais en son temps, notamment à la

demande du Bâtonnier Wagemans, expliqué que le Barreau avait tout à gagner d'une réforme rendant la mise en état systématiquement contraignante. Ce qui aurait permis au Barreau de montrer qu'une fois l'effort fourni au niveau de la mise en état, le législateur ne suivait pas pour fournir l'effort nécessaire en vue de procéder aux fixations des causes et aux jugements des affaires.

Le nouvel article 747, §2, tel que proposé dans l'avant projet contourne la difficulté sans la résoudre. En ce sens il constitue un leurre qu'il convient de dénoncer avec la plus grande fermeté.

En effet, il est d'une part précisé que la date de l'audience de plaidoiries aura lieu au plus tard dans les trois mois de la communication des dernières conclusions. La règle est excellente et garantit que la cause sera fixée très rapidement dès qu'elle est mise en état.

Mais le législateur a dû se rendre compte qu'il serait, en l'état actuel des choses, matériellement impossible de respecter ces délais. En conséquence, il a trouvé le subterfuge qui consiste à préciser que le calendrier d'échange de conclusions sera arrêté « *en fonction de la date de l'audience de plaidoiries* ».

L'exposé des motifs précise très clairement, quoique tout à la fin du commentaire de l'article 747, que « *la fixation des délais pour conclure aura lieu à rebours, le texte précisant expressément que c'est en fonction de la date retenue pour plaider que le calendrier pour conclure est arrêté.* ». Il est encore ajouté que « *en cas de consensus des parties en ce qui concerne les délais pour conclure, le nombre et l'ordre des échanges de conclusions, le juge entérinera normalement un tel accord, et celui-ci sera susceptible d'être adapté eu égard à la date de l'audience de plaidoiries retenue ; en une telle hypothèse, la durée des délais sur laquelle les parties s'accordent pourrait être considérée comme une durée minimale susceptible d'être allongée compte tenu de la date de l'audience retenue.* ».

Cette règle telle qu'elle est précisée par l'exposé des motifs détruit totalement l'intérêt de la réforme. En effet, dans une hypothèse où les parties devraient conclure dans les délais de droit commun, à savoir un mois pour le défendeur à dater de la communication des pièces par le demandeur, un mois pour les conclusions en réponse pour le demandeur, 15 jours pour les éventuelles répliques pour le défendeur et soumettraient ce calendrier au juge à l'audience d'introduction, celui-ci pourra considérablement allonger ces délais, qui ne constitue qu'un minimum, en fonction de la date d'audience. Ainsi si les parties sollicitent de pouvoir plaider pendant deux heures cette affaire et qu'aucune audience n'est libre pour deux heures de plaidoiries avant un délai d'un an et demi, le juge allongera les délais de conclusions de façon telle à ce que le dernier délai se termine dans les trois mois qui précède l'audience de plaidoiries. Il n'y a donc aucun progrès. Cette disposition n'incitera nullement les cours et tribunaux à résorber l'arriéré judiciaire puisqu'ils respecteront toujours le prescrit légal en jouant simplement avec la longueur des délais de conclusions. C'est donc de la poudre aux yeux.

A mon sens, on ne peut pas demander au plaideur de faire un effort pour mettre rapidement la cause en état sans concomitamment prendre les mesures qui s'imposent pour que dès que les causes sont en état, elles puissent être plaidées et jugées. Comment expliquer aux justiciables, alors que les avocats

des deux parties sont d'accord d'échanger leurs conclusions dans un délai court de quelques mois, qu'en définitive elles disposeront de délais extrêmement longs pour pouvoir conclure et ce, afin de respecter la condition de fixation de l'audience dans un délai de trois mois à dater de la communication des dernières conclusions ?

2.7.4 Outre, cette critique générale de principe, l'article 747, § 2 nouvelle version est très décevant.

La pratique a montré depuis 1992 que la mise en état contraignante d'une cause soulevait de nombreuses difficultés. Celles-ci portent essentiellement sur les questions suivantes :

- Une partie qui n'a pas conclu à titre principal peut-elle conclure à titre additionnel ?
- Peut-on introduire dans les conclusions additionnelles voire dans les dernières conclusions des demandes nouvelles voire des moyens nouveaux ?
- Comment prouve-t-on la communication des conclusions ?
- Peut-on plaider quand on n'a pas conclu ?

2.7.5 Sur le premier problème fondamental (application de la théorie des dominos ou bien peut-on conclure à titre additionnel quand on n'a pas conclu à titre principal ?) l'avant projet est muet. Il conviendrait que, conformément à l'enseignement de la doctrine très majoritaire, l'avant projet précise expressément qu'une partie qui n'a pas conclu à titre principal ne peut plus conclure à titre additionnel.

2.7.6 En ce qui concerne la seconde question, le texte prévoit que « *le juge peut écarter des débats des conclusions qui excèdent fautivement les contours d'une réplique* ».

Cette disposition est éminemment critiquable, elle est imprécise et nourrira toutes les controverses. Pour toute explication l'exposé des motifs précise que « *par les conclusions en réplique, le concluant ne peut répondre qu'aux dernières conclusions de l'adversaire. Cette solution peut s'avérer trop rigide aussi une variante a-t-elle été proposée* ». La variante est le texte de l'avant projet. Que faut-il entendre par les contours d'une réplique ? Quand pourra-t-on considérer que des conclusions excèdent fautivement ces contours ?

L'application de la réforme de 1992 a montré à quel point ces questions étaient délicates, il est regrettable que le législateur ne prenne pas ses responsabilités pour les régler de façon claire et précise.

2.7.7 La question de savoir si il convenait de communiquer ou de déposer les conclusions en application de l'article 747, § 2 actuel a également déchirée doctrine et jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu en audience plénière le 9 décembre 2005 a réglé la question en exigeant que les conclusions soient « *remises au*

greffe » et « adressées à la partie adverse, simultanément avant l'expiration du délai. ». Cette jurisprudence expressément contraire au texte de l'article 747, § 2, a été très fortement critiquée par la doctrine. Il est assez surprenant de constater que le législateur adopte sans autre explication la solution retenue par la Cour de cassation tout en citant la doctrine qui a critiqué cet arrêt sans aucunement tenir compte de ces critiques.

En 1992, le législateur avait prévu pour permettre la preuve de la communication des conclusions que celle-ci était réputée accomplie 5 jours après le renvoi. Cette règle était évidemment sans intérêt puisqu'elle déportait le problème sur la preuve de l'envoi.

Aujourd'hui l'article 747 n'exige plus la communication des conclusions mais leur envoi à la partie adverse. C'est dans le commentaire de l'article 18 qui réintroduit l'article 756 dans le Code judiciaire que l'on apprend que la preuve de l'envoi à la partie adverse devra figurer au dossier de pièces de chacune des parties et que cette preuve « *peut être faite de différente manière* » : « *récépissé d'envoi postal, envoi téléfaxé ou de courrier électronique a fortiori, accusé de réception du destinataire* ».

Cela signifie donc que soit il faudra avoir un accusé de réception daté antérieurement à l'expiration du délai, soit la preuve de l'envoi avant l'échéance des délais, à cet égard, seul l'envoi recommandé à la poste permettra de prouver de façon certaine l'envoi. Cette situation est susceptible de porter préjudice au droit de la défense de l'autre partie puisque la date de l'envoi ne correspond évidemment pas avec la date de la réception et qu'on fait supporter à la partie adverse les dysfonctionnements (pourtant connus et fréquemment dénoncés) des services de la poste (retard dans la distribution du pli, voire perte de celui-ci).

Cette règle est évidemment en totale contradiction avec les précédentes réformes du Code judiciaire, notamment en ce qui concerne la date de la notification. Le législateur en est conscient puisqu'il tente une justification maladroite du régime dérogatoire à cette règle dans l'exposé des motifs.

- 2.7.8 Remarque de terminologie : on comprend mal encore comment l'article 747, § 2 alinéa 2 de l'avant projet, il est fait référence à la communication des dernières conclusions pour déterminer le délai de trois mois pour fixer l'audience alors que cette communication n'est plus prévue par le texte qui parle de remise au greffe et d'envoi à l'autre partie.

2.8 Article 12

- 2.8.1 La modification de l'article 748, § 2, ne me paraît pas heureuse. En effet, au lieu de demander l'autorisation au juge de pouvoir conclure sur un fait ou une pièce nouvelle et pertinent, l'article autorise d'office la partie qui le souhaite à produire cette pièce et à conclure sur la réalité et l'incidence sur la cause de cet élément nouveau et pertinent. Il appartient aux autres parties de conclure à leur tour et il est prévu que c'est au jour fixé pour les débats sur le fond que le

juge décidera par une ordonnance (qui sera rendue sur les bancs ?) de « *la réalité de la pièce du fait nouveau et pertinent* ».

- 2.8.2 Dans l'exposé des motifs, il est indiqué que cette modification a pour but de préserver le jour de l'audience initialement fixé, il est également indiqué que à cette audience, le juge « *qui aura fort probablement une connaissance préalable du dossier* » retiendra les nouvelles conclusions ou les écartera d'office suivant qu'il décide qu'il y a ou non un élément nouveau et pertinent. L'exposé des motifs précise qu'il en résultera un « *gain de temps et de formalisme* ». Il est encore précisé que, le cas échéant, « *une mise en débat continuée pourra être envisagée* ».

Il me semble particulièrement léger de miser sur le fait que le juge aura « *fort probablement une connaissance préalable du dossier* ». Rien ne permet de l'affirmer et il est très vraisemblable que certains juges auront cette connaissance et d'autres non. En tout cas, rien ne fait obligation au juge d'étudier le dossier avant l'audience.

Par ailleurs, en pratique il y aura inévitablement un premier débat uniquement sur la question du fait nouveau et pertinent, puisqu'il appartiendra au juge de rendre une ordonnance sur cette question. Ensuite un débat sur le fond, ce qui évidemment va perturber l'audience et posera un problème en ce qui concerne le temps initialement prévu pour les plaidoiries puisque ce temps sera amputé du temps nécessaire pour la discussion sur l'élément nouveau. Si l'on comprend bien le gain de formalisme pour le greffe, la réforme est préjudiciable aux parties et aux plaideurs qui devront d'office conclure d'une part sur le caractère nouveau et pertinent de la pièce ou du fait nouveau mais également sur son incidence directe dans le débat alors que peut-être cette pièce sera écartée.

- 2.8.3 Il me semble que l'article 748, § 2 tel qu'il est rédigé actuellement et tel qu'il est appliqué actuellement ne soulève pas en pratique des difficultés importantes justifiant en tout cas une telle réforme. Je crains au contraire que dans sa nouvelle version le texte soit nettement moins praticable.

Enfin, la mise « *en débat continué* » est un vœu pieu puisqu'il faut encore que la chambre dispose d'audiences de libres après délais pour pouvoir assurer une telle remise. Ce qui en pratique risque d'arriver, c'est que l'on consacre l'audience initialement prévue pour les plaidoiries au fond à la seule question de la pièce nouvelle et que la cause soit ensuite remise à une date ultérieure pour plaider le fond, ce qui sera un résultat en tout point contraire à l'effet recherché.

2.9 L'article 14

C'est une parfaite illustration des limites de l'intérêt de la réforme telle que dénoncée dans mon commentaire de l'article 11 : lorsque l'affaire est mise en état de façon consensuelle et que les parties demandent une fixation, le législateur reconnaît qu'il sera impossible dans ce cas de prévoir que la fixation

interviendra dans les trois mois de la communication des dernières conclusions. Il faudra dans cette hypothèse que les parties attendent un temps manifestement plus long, preuve que le projet n'a nullement pour effet de résorber l'arriéré judiciaire comme il le prétend de façon trompeuse.

2.10 Articles 15 et 16

2.10.1 La suppression des articles 751 et 753 est justifiée par la réforme de l'article 747, § 2.

Toutefois, cette suppression contraint à recourir à la mise en état judiciaire dans l'hypothèse où l'affaire est renvoyée au rôle général de commun accord entre les parties et puis qu'une partie n'assure plus sa défense. Face à une telle situation, dans l'état actuel des choses, le recours à l'article 751 permet d'obtenir une fixation pour prendre un jugement par défaut réputé contradictoire dans un délai relativement bref (quatre mois à dater de la notification de l'avis de fixation). Dans une même situation, après la réforme, il faudra solliciter une fixation contraignante, le juge fixera des délais pour les différentes parties et fixera la date d'audience qui ne devra pas intervenir dans le délai de quatre mois et qui en pratique interviendra dans un délai certainement plus important.

Par ailleurs, l'art. 751 présente l'avantage de donner au plaideur de connaître e jeu de son adversaire (en le forçant à conclure) sans devoir ensuite lui-même conclure dans un délai déterminé. Cela ne sera plus possible avec l'avant projet.

2.10.2 Comme on peut présumer que les demandes de 751 seront encore rédités vu la réforme de l'art. 747, §2, n'est-il pas envisageable de maintenir cette disposition (sa suppression ne sert en définitive que les intérêts des greffes).

2.10.3 Une autre solution serait d'adapter l'art. 751 et de prévoir un système calqué sur la pratique actuelle de la première chambre bis de la cour d'appel de Bruxelles : si l'affaire a été renvoyée au rôle et qu'une partie souhaite la faire fixer pour prendre un jugement par défaut réputé contradictoire, elle peut recourir à l'article 751 ; si, entre temps, la partie adverse qui n'assurait plus sa défense décide de reprendre celle-ci et de conclure, il serait fait obligation aux parties de comparaître à l'audience prévue sur l'article 751 pour acter un calendrier pour les conclusions ultérieures ainsi qu'une date d'audience pour les plaidoiries.

Ce qui permet d'éviter les 751 successifs, ce qui permet d'éviter également un formalisme trop important pour le 747, mais qui, par contre, permet de conserver le bénéfice de demander une fixation pour prendre un jugement par défaut réputé contradictoire contre un adversaire dont on est quasi certain qu'il ne prendra pas de conclusions et qu'il ne se présentera pas à l'audience.

2.11 Article 19

L'avant projet tranche la controverse de savoir si on peut ou non plaider quand on n'a pas conclu, en faveur de la possibilité de pouvoir plaider. A mon sens, il s'agit d'une consécration légale d'une violation manifeste du respect du principe contradictoire.

On ne peut écarter le risque de voir des plaideurs qui sciemment ne prendront pas conclusions écrites pour surprendre leur adversaire à l'audience de plaidoiries en développant pour la première fois leur argumentation.

Le fait que le juge ne doive pas répondre à des arguments développés uniquement en plaidoiries n'enlève rien aux conséquences préjudiciables pour l'autre partie puisque l'argument sera entendu par le juge et qu'il pourra l'influencer et qu'il pourra en tenir compte.

Par ailleurs, le législateur se garde bien de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par plaidoiries alors qu'il s'agit précisément du nœud du problème.

Pour ma part, je ne peut que regretter la solution retenue par l'avant projet pour les motifs que j'ai déjà eu longuement l'occasion de développer dans diverses contributions (voir notamment « La mise en état », CUP, Vol. 03/2004, *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, pp. 137 à 155)

2.12 Article 22

Voir les critiques déjà développées *supra*. Le système mis en place me paraît être d'une lourdeur extrême.

2.13 Articles 28 et 29

Le législateur refuse manifestement d'admettre que la nullité est en droit judiciaire la sanction qui frappe un acte et non pas un délai. C'est l'acte dont les formalités ne sont pas régulièrement accomplies qui est frappé de nullité.

Un acte qui est posé trop tôt ou trop tard n'est en lui-même pas nul puisqu'il peut formellement contenir toutes les énonciations qu'il doit contenir. En ce qui concerne les délais d'attente, il suffirait de ne plus prévoir ceux-ci à peine de nullité mais simplement à peine de surséance à statuer jusqu'à ce que le délai soit échu. Ce qui permettrait de respecter parfaitement les droits de la défense. En ce qui concerne les délais accélérateurs, leur sanction est la déchéance du droit et non la nullité de l'acte posé.

Il est regrettable qu'après tant d'années le législateur n'ait toujours pas pris la responsabilité de régler clairement ces questions.

Ainsi la modification de l'article 867 est absurde puisqu'on parle de l'omission ou l'irrégularité de la forme d'un acte tout en ajoutant tout de suite après « *en*

ce compris le non respect des délais visés par la présente section ». Le non respect des délais n'atteint évidemment pas la forme de l'acte.

Jacques ENGLEBERT

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris

Maître de conférence ULB

av. Louise 149/22

B - 1050 Bruxelles (Belgique)

tel +32 2 534 50 98

fax +32 2 534 54 02

gsm +32 476 972 864

e-mail jacques.engebert@d1m-law.com

website : www.d1m-law.com