

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le sort du justiciable défaillant

van Drooghenbroeck, Jean-François; Dandoy, Nathalie; Gendrin, Nicolas

Published in:
Actualités en droit judiciaire

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
van Drooghenbroeck, J-F, Dandoy, N & Gendrin, N 2018, Le sort du justiciable défaillant: saga et mode d'emploi. dans H Boularbah & J-F van Drooghenbroeck (eds), *Actualités en droit judiciaire: un peu de tout après six pots-pourris*. vol. 183, Formation Permanent CUP, vol. 183, Anthemis, Limal, pp. 183-280.

General rights

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

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

Take down policy

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

3.3

LE SORT DU JUSTICIABLE DÉFAILLANT : SAGA ET MODE D'EMPLOI¹

Jean-François VAN DROOGHENBROECK

professeur à l'UCL
professeur invité aux Universités Paris II (Panthéon-Assas) et Saint-Louis (Bruxelles)
avocat au barreau de Bruxelles

Nathalie DANDROY

professeure à l'UCL

Nicolas GENDRIN

juge au tribunal de la famille de Namur, division de Namur
collaborateur didactique à l'UNamur

Sommaire

Introduction	185
Section 1	
Rappel de la controverse	187
Section 2	
La loi « pot-pourri I » : de l'huile sur le feu	190
Section 3	
La Cour de cassation au secours de la loi : le cas de la prétention manifestement mal fondée	206

¹ La version originale de cette étude a paru sous le titre « Le sort du justiciable défaillant devant les juridictions de la famille » dans l'ouvrage *Le Tribunal de la famille : des réformes aux bonnes pratiques* (J. Sosson et J.-Fr. van Drooghenbroeck, dir.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 259-360. En voici, avec l'aimable autorisation de la Maison Larcier, une version actualisée par la prise en compte des développements législatifs (la loi dite « pot-pourri VI » du 25 mai 2018, notamment), doctrinaux et jurisprudentiels (les arrêts n^{os} 62/2018 et 72/2018 de la Cour constitutionnelle, en particulier) intervenus depuis la fin du mois de mai 2018.

Section 4	
La loi au secours de la loi : du « pot-pourri I » au « pot-pourri V », un traitement univoque et équitable du justiciable défaillant	214
Section 5	
Dignité européenne de l'article 806 du Code judiciaire	232
Section 6	
La Cour constitutionnelle met un terme définitif à toute controverse	239
Section 7	
Les pouvoirs du juge – familial – statuant par défaut : en pratique	241

Introduction

1. Depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire le 1^{er} janvier 1970, l'étendue des pouvoirs du juge statuant par défaut n'a cessé de faire débat. Il s'agit même d'une des plus vives controverses qu'ait suscitées l'œuvre de Charles Van Reepingen².

À l'occasion des grands travaux « pot-pourri » et plus spécialement celui qui fut consacré au Code judiciaire, le législateur ne pouvait manquer de tenter d'éclaircir la question et de mettre fin à la controverse. Les auteurs de la loi dite « pot-pourri I » du 19 octobre 2015 ont le mérite d'avoir reformulé l'article 806 du Code judiciaire en des termes clairs.

Mais la perplexité gagna aussitôt le lecteur de cette disposition lorsqu'il prit connaissance des commentaires interprétatifs dont le ministre de la Justice a cru bon d'accompagner en fin de travaux parlementaires³. Ce ne fut rien moins que de sa négation, de son reniement, dont la loi fut gratifiée par son propre auteur. C'est à croire que le thème de l'office du juge statuant par défaut est affecté d'une malédiction politique, frappant d'indécision les législateurs qui l'abordent.

Il n'en fallait pas tant pour raviver les controverses autour de l'article 806 du Code judiciaire, cette fois dans sa version nouvelle.

Jugeons-en : aucun de ses cinq premiers commentaires doctrinaux⁴ ne proposa d'appliquer littéralement le texte clair de l'article 806 du Code judiciaire, et pas moins de trois interprétations alternatives et inconciliables lui furent données. Pire encore, les premières décisions jurisprudentielles glanées çà et là avaient pris le parti d'écarter l'application de l'article 806 du Code judiciaire au motif de sa contrariété à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵.

² J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Réajustement de la protection du justiciable défaillant », in J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 197 et s.

³ Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice [...], rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/005, pp. 99 et s.

⁴ G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, pp. 797-798, n° 6; D. SCHEERS et P. THEIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 112-113; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », in J. Englebert et X. Taton (dir.), *Le procès civil efficace? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)*, coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'U.L.B., Limal, Anthemis, 2015, pp. 116-129; G. CLOSSET-MARCHAL, « Le procès civil après la loi du 19 octobre 2015 », *R.G.D.C.*, 2016, n° 22; P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-) schorsende werking na Potpourri I », in *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Bruges, die Keure, 2016, n° 4-15.

⁵ Trib. fam. Bruxelles fr. (3^e ch.), 10 décembre 2015, R.G. n° 14/9487/A; Anvers (3^e ch.), 22 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1065, note (judicieusement) critique C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces ».

Le législateur a donc remis l'ouvrage sur le métier et, à l'occasion de l'élaboration de la loi dite «pot-pourri V», du 6 juillet 2017, a confirmé de manière décisive l'interprétation qu'il fallait réserver à cet article : à moins d'y être expressément invité par la loi ou autorisé au nom de l'ordre public, le juge ne peut s'opposer à la demande en cas de défaut.

À la veille de l'été 2018, la Cour constitutionnelle a, aux termes de ses arrêts 62/2018 et 72/2018, définitivement assis la conformité de cette règle aux standards fondamentaux du procès équitable.

2. C'est en particulier dans les contentieux dits de proximité, et tout spécialement devant les juridictions de la famille, que la problématique du justiciable défaillant a suscité un vif émoi.

Pour ce qui concerne la part importante du contentieux que représentent les séparations de couples, le contentieux locatif, les litiges de consommation, ou encore le recouvrement de créances, il n'est pas rare que règnent des incertitudes quant à l'effectivité de la convocation judiciaire. Le changement de domicile n'est pas nécessairement encore opéré et le lieu de résidence lui-même n'est pas forcément stable. Le conjoint qui a quitté la résidence familiale, ou le débiteur en situation précaire, s'est peut-être établi de manière provisoire ci et là. Ces situations d'hiatus temporel entre la résidence effective et le domicile constituent un risque accru de défaut de la part du défendeur.

En outre, les turbulences qui nourrissent généralement les conflits peuvent, tout spécialement en matière familiale, entraîner dans le chef du demandeur une perte ou une altération du sens de la mesure, alors que, depuis la réécriture de l'article 806 du Code judiciaire, plus rien, hormis l'ordre public, ne permet de le ramener à la raison. Les conséquences dommageables d'un défaut pourraient par conséquent s'avérer plus lourdes pour le justiciable en proie à un litige de nature familiale, ou à un créancier peu scrupuleux.

Ce n'est pas pour autant que le juge serait «condamné à condamner» le défendeur défaillant en toute hypothèse. Tant s'en faut, du reste. Différents outils sont, en effet, à sa disposition pour éviter que le demandeur ne puisse spéculer sur le défaut.

L'analyse qui va suivre prend le parti de tenter de défendre le texte comme il est et pour ce qu'il est, de s'en accommoder sans le gauchir, d'en promouvoir une application intense, voire extensive, en vue d'apaiser les craintes, souvent légitimes, mais parfois fantasmées, qu'il déchaîne depuis sa gestation.

Section 1

Rappel de la controverse

3. Rappelons brièvement la controverse, ancienne et vivace, que les auteurs de la loi «pot-pourri I» avaient entrepris de neutraliser, ne fût-ce que pour redécouvrir les braises d'un feu qui, hélas, allait reprendre de plus belle.

Il est d'usage de livrer ce résumé par la confrontation de deux thèses, l'une dite «maximaliste», l'autre dite «minimaliste», présentée comme rebelle et dissidente⁶.

A. Conception maximaliste : le défaut vaut contestation de la demande

4. **Résumé de la conception maximaliste.** Suivant une thèse traditionnelle perpétuant les articles 150 et 434 du Code civil malgré leur abrogation⁷, mais appuyée tant par la jurisprudence de la Cour de cassation⁸ que par celle des juges du fond⁹ et même de la Cour constitutionnelle¹⁰, le défaut du défendeur¹¹ devait être considéré comme une contestation de la compétence,

⁶ Un même rappel est proposé par S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *R.W.*, 2016-2017, pp. 9 et s., n° 24 et s., par D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigelijk recht*, op. cit., pp. 110-112, et par Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité?», op. cit., pp. 116-117, n° 15 et 16. Adde : A. SMETS, *Het recht op tegenspraak in civiele geschillen*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 477 et s.

⁷ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «Réajustement de la protection du justiciable défaillant», op. cit., pp. 197 et s.

⁸ Cass., 30 avril 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 228, note Proc. gén. P. LECLERCQ; Cass., 24 septembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 38, concl. P. MAHAUX; Cass., 22 décembre 1955, *R.C.J.B.*, 1956, p. 158; Cass., 28 juin 1962, *R.C.J.B.*, 1963, pp. 242 et s., note A. FETTWEIS; Cass., 7 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 328; Cass., 16 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 555, note Proc. gén. E. KRINGS (alors Av. gén.); Cass., 21 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1098; Cass., 17 novembre 1989, *R.J.F.*, 1990, p. 150; Cass., 13 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1315; Cass., 14 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2333, n° 559. Voy. encore, tout récemment et contre toute attente (*infra*, n° 24), Cass. (1^{re} ch.), 15 janvier 2016, *R.G.* n° C.14.0566.F, concl. conf. Av. gén. H. HENKES.

⁹ J.P. Fléron, 22 octobre 2013, *J.J.P.*, 2014, p. 189; J.P. Liège, 24 janvier 2011, *J.J.P./J.J. Pol.*, 2012, 635/267; J.P. Grâce-Hollogne, 30 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 90; Anvers (1^{re} ch.), 7 avril 2003, *R.D.J.P.*, 2003, 267; Pol. Nivelles, 20 avril 1998, *J.J.P.*, 1999, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.209, *Dr. cir.*, 1999, p. 13; Pol. Nivelles, 6 avril 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 171; Liège, 29 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 425, qui refuse toutefois de soulever d'office le moyen tiré de la prescription en se fondant sur le texte de l'article 2223 du Code civil; Civ. Arlon, 14 mars 1997, *R.G.D.C.*, 1997, p. 448, *J.T.*, 1998, p. 410; Civ. Malines, 29 janvier 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 308, note; J.P. Gand, 28 juin 1996, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 460; Civ. Arlon, 5 avril 1996, *J.T.*, 1996, p. 843; J.P. Charleroi, 27 septembre 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1501, note; Civ. Arlon, 17 mai 1991, *R.G.D.C.*, 1991, p. 648; Trib. trav. Liège, 18 septembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 149; Civ. Arlon, 29 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 598, note.

¹⁰ C.A., 21 décembre 2004, n° 206/2004, *J.T.*, 2005, p. 309, note de J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «Pouvoirs du juge statuant par défaut : Cour d'arbitrage et Cour de cassation convergent». Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage n'a pas jugé discriminatoire cette extension des pouvoirs du juge statuant par défaut.

¹¹ Certains estimaient que les pouvoirs du juge statuant par défaut différaient en cas de défaut du demandeur ou du défendeur. Sur cette question, voy. G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 427-428.

de la recevabilité et du fondement de la demande. Le défaut ne pouvait être tenu pour un acquiescement, mais s'apparentait, au contraire, à un mode de contestation globale et présumée de la demande. Le juge statuant par défaut devait par conséquent suppléer d'office tous les moyens de forme et de fond, de fait et de droit – même étrangers à l'ordre public – que la partie défaillante aurait pu proposer si elle avait été présente.

Cette thèse reposait sur l'idée que le défendeur qui ne comparait pas est forcément malheureux et ignorant, qu'il n'est pas en mesure de faire valoir ses moyens de défense, et que dès lors ses droits doivent être protégés par le juge¹².

Les pouvoirs du juge statuant par défaut étaient ainsi, à l'aune de cette conception classique, plus étendus que ceux du juge statuant dans le cadre d'une instance contradictoire¹³. Le juge statuant par défaut avait notamment la possibilité de soulever d'office les déclinatoires de compétence¹⁴ et les exceptions de nullité¹⁵, même étrangers à l'ordre public.

¹² H. BOULARBAH, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », *J.T.*, 1999, p. 428.

¹³ Cette jurisprudence rejoint le prescrit de l'article 472, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile français, en vertu duquel le juge statuant par défaut à l'égard du défendeur ne peut faire « droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ». Voy. Cass. fr. (soc.), 9 décembre 1993, *J.C.P.*, éd. G., 1994, IV, p. 17; Cass. fr. (soc.), 19 juin 1991, *Bull. civ.*, V, n° 314; Cass. fr. (soc.), 4 juin 1990, *Bull. civ.*, V, n° 352; Cass. fr. (soc.), 4 mars 1987, *Bull. civ.*, V, p. 65; Cass. fr. (2^e civ.), 5 novembre 1986, *D.*, 1987, p. 457; Cass. fr. (com.), 17 juin 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 124; Cass. fr. (com.), 18 juin 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, p. 72, note M. RICHEVEAUX; Cass. fr. (2^e civ.), 21 octobre 1982, *Bull. civ.*, II, n° 131; Cass. fr. (3^e civ.), 17 décembre 1979, *Bull. civ.*, III, p. 203; Cass. fr. (2^e civ.), 14 janvier 1976, *Bull. civ.*, II, p. 10; Cass. fr. (2^e civ.), 20 janvier 1977, *D.*, 1977, IR, p. 231, obs. JULIEN; Cass. fr. (2^e civ.), 12 avril 1976, *Bull. civ.*, II, p. 92. Comp. X. LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *J.C.P.*, 2001, I, n° 312, pp. 747-748, n° 7-8. Voy. J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 53, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 62.

¹⁴ En matière de compétence territoriale, la Cour de cassation considérait ainsi qu'en cas de défaut, le juge devait soulever d'office son incompétence, même si les règles applicables n'étaient pas d'ordre public (Cass., 13 juin 1985, *J.T.*, 1985, p. 668. Voy. déjà, dans le même sens, Cass., 30 avril 1936, *Pas.*, 1936, I, pp. 228-229, concl. Proc. gén. P. LECLERCQ). Dans ce cas, il y avait lieu d'appliquer l'article 640 du Code judiciaire (renvoi au tribunal d'arrondissement), dès lors que le juge décline d'office sa compétence (voy., en sens critique, J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 245 et s.; S. UHLIG, « Problèmes divers de compétence », in *Le point sur les procédures (2^e partie)*, coll. CUP, vol. 43, Liège, décembre 2000, pp. 13 et s.). Par analogie avec cette jurisprudence, certains auteurs soutenaient que le tribunal de première instance devait décliner d'office son incompétence en cas de défaut du défendeur. Cette opinion était toutefois contestée (J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. pp. 249 et s.; Ch. PANIER, « La vérification de sa compétence par le juge statuant par défaut », *J.L.M.B.*, 1988, p. 1372; J. LAENENS, « De vrederechter in de kou », *J.J.R.*, 1993, p. 178. Comp. G. CLOSSET-MARCHAL, note sous Bruxelles, 5 mars 1991, *R.G.D.C.*, 1991, p. 389, ou encore S. RUTTEN et F. DUPON, « Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (2001-2013) », *T.P.R.*, 2014, pp. 1901 et s., n° 34 et nombreuses réf. citées).

¹⁵ Cass., 30 avril 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 228, concl. Proc. gén. P. LECLERCQ, à rapprocher – en matière de compétence (*supra*) de Cass., 13 juin 1985, *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 121, note A. FERTWIS. Contra: A. SMETS, « Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992 », in P. Taelman et M. Storme (dir.), *Dix ans d'application de la loi du 3 août 1992 et ses réformes*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 57 et s.; P. VAN ORSHOVEN et B. LAMBRECHT, « Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak », in B. Maes et M. Storme (dir.), *Les perversions du droit de la défense*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, 224 p., spéc. pp. 9-13, n° 11-17; H. BOULARBAH, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », *J.T.T.*, 1999, pp. 23-24; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, pp. 176 et s.

B. Conception minimaliste : le défaut vaut absence de contestation de la demande

5. **Résumé de la conception minimaliste.** Inspiré par une analyse de droit comparé¹⁶, mais aussi par les exigences du droit européen¹⁷, un courant doctrinal rompait avec cette conception maximaliste en considérant qu'elle portait l'office du juge au-delà de ce qu'autorisent le principe dispositif et le principe du contradictoire¹⁸, tout comme, ignorant les réalités statistiques actuelles, cette conception malmenait l'exigence d'égalité entre justiciables au détriment paradoxal de ceux qui comparaissent au prétoire.

Suivant cette thèse réformatrice, l'on ne peut exiger du juge qu'il invoque les moyens d'ordre privé utiles à la défense de la partie défaillante. Les potentialités de l'ordre public (voy. *infra*, n°s 23 et s.) – procédural et matériel – suffisent largement à protéger le défendeur défaillant qui serait par hypothèse ignorant de la procédure menée à son encontre¹⁹.

La protection exorbitante accordée à la partie défaillante est par ailleurs injustifiée dès lors que cette dernière dispose d'une voie de recours ordinaire spécifique – l'opposition – contre la décision rendue par défaut. Elle engendre en outre des différences de traitements difficilement justifiables, notamment entre les parties défaillantes, selon qu'il s'agit du demandeur ou du défen-

¹⁶ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, p. 222, n°s 81 et s., approfondissant les exemples grec et – surtout – anglais.

¹⁷ Voy. J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, *op. cit.*, pp. 62 et s.; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. BRIJS, « La pratique judiciaire au défi du titre exécutoire européen », in *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 229 et s. Adde: G. DE LEVAL, « Reconnaissance et exécution de l'acte notarié dans l'espace européen », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 671, note 22.

¹⁸ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 249, n° 248; *id.*, « Les pouvoirs du juge statuant en l'absence du défendeur ou "les contradictions du défaut" », *Ann. dr. Louvain*, 1995, pp. 372 et s.; *id.*, « Décisions rendues par défaut: les plus courtes sont les meilleures », *R.D.C.*, 1996, pp. 934 et s.; *id.*, « Absens indefensus est », *op. cit.*, pp. 176 et s.; H. BOULARBAH, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », *op. cit.*, pp. 23-24; P. VAN ORSHOVEN et B. LAMBRECHT, « Het recht van verdediging bij de inleiding van de zaak », *op. cit.*, pp. 9 et s.; A. SMETS, « Verstek en tegenspraak in de Wet van 3 augustus 1992 », *op. cit.*, pp. 57 et s.; S. MOSSLMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 13, n° 37; M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gand, Story Publishers, 2009, p. 429, n° 634. Cette doctrine trouvait un certain écho en jurisprudence, voy. C. trav. Liège (2^e ch.), 12 janvier 2010, *Ius & Actores*, 2012/1, p. 271: « Le défaut est un mode de contestation de la recevabilité et du fondement du litige. Toutefois, le juge statuant par défaut ne doit pas se préoccuper de manière excessive du sort du défaillant qui a choisi d'être absent. S'agissant du fond de l'affaire, le juge n'a pas à soulever d'office une contestation sur [a] base des faits qui lui sont soumis en dehors d'une règle impérative ou d'ordre public ».

¹⁹ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, n° 23.

deur^{20 21}, ou encore du défaillant qui a précédemment comparu et conclu et du défaillant qui n'a jamais comparu.

Section 2

La loi « pot-pourri I » : de l'huile sur le feu

A. Les péripéties des travaux préparatoires

1. L'option politique de l'avant-projet de loi : consécration résolue de la conception minimaliste

6. **L'option politique claire : consécration de la conception minimaliste.** Dès l'élaboration de son *Plan Justice*, et plus encore dans le commentaire de l'article 40 de son avant-projet de loi, le ministre de la Justice n'a pas fait mystère de son adhésion à la conception dite « minimaliste » des pouvoirs du juge statuant par défaut.

Il s'agissait de « mettre l'accent sur les éléments essentiels en cas de défaut »²², c'est-à-dire cantonner le rôle du juge à un contrôle marginal de la prétention. Selon l'exposé des motifs, « l'opposition offre une protection suffisante à la partie défaillante de bonne foi (*“absens, si bonam causam habuit, vincet”*), a fortiori dans le cas de demandes de paiement d'une somme d'argent (dans le cadre desquelles non seulement l'opposition même, mais également le délai d'opposition, suspendent le caractère exécutoire du jugement par défaut). Il en résulte qu'une vérification marginale (plus exactement limitée) est en fait suffisante. De plus, seule une partie des jugements par défaut fait l'objet d'une opposition, ce qui démontre que la majorité des parties faisant défaut ne sont pas malheureuses ou de bonne foi »²³.

C'est ainsi qu'il était projeté de modifier comme il suit l'article 806 du Code judiciaire : « Dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public ou manifestement non fondés »²⁴.

²⁰ Certains estimaient que les pouvoirs du juge statuant par défaut différaient en cas de défaut du demandeur ou du défendeur. Sur cette question, voy. G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, op. cit., pp. 427-428.

²¹ Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/001, p. 167.

²² Exposé des motifs, précité, n° 54-1219/001, p. 3.

²³ Exposé des motifs, précité, n° 54-1219/001, p. 20.

²⁴ Exposé des motifs, précité, n° 54-1219/001, p. 20.

2. Les observations du Conseil d'État

7. **Des remarques précises portant uniquement sur la procédure.** Donnant acte aux auteurs de l'avant-projet de loi d'avoir clairement choisi la conception dite « minimaliste »²⁵, la section de législation du Conseil d'État les invita à parfaire le texte en projet de deux retouches de nature à mieux servir l'objectif poursuivi.

On reproduit intégralement ces observations pour éviter de prêter ensuite une portée erronée aux travaux préparatoires²⁶ :

« Ce choix étant fait, il convient d'observer que, même pour les tenants de cette thèse, le juge doit d'abord vérifier si le défendeur a effectivement été atteint, en temps utile, par l'acte introductif d'instance et que c'est en conséquence en parfaite connaissance de la procédure qu'il a choisi de ne pas comparaître. Comme le souligne Hakim Boularbah, dans ce cadre, le juge pourra soulever tous les moyens de procédure déduits de règles d'ordre public et impératives : contrôle des nullités absolues, de la régularité du mode de convocation, de son pouvoir de juridiction, de sa compétence matérielle, des compétences territoriales impératives et d'ordre public, fins de non-recevoir, exceptions déduites du non-respect de règles d'organisation judiciaire »²⁷.

Soulignons avec insistance la nature des « moyens » que le Conseil d'État évoque ici en se référant à l'enseignement du professeur Boularbah : il s'agit exclusivement des « moyens de procédure déduits de règles d'ordre public et impératives ».

Cette précision est capitale si l'on veut éviter de se méprendre sur la portée des travaux préparatoires subséquents.

Car le Conseil d'État poursuit :

« Dans la mesure où l'auteur de l'avant-projet semble se situer dans cette logique, il lui appartient d'apprécier s'il est bien cohérent, comme le prévoit le texte, de permettre au juge, lorsqu'il statue par défaut, de faire application d'autres règles que celles dont il vient d'être question, fût-ce au titre de la violation manifeste de celles-ci ».

En d'autres termes, le Conseil d'État invite les auteurs de l'article 40 de l'avant-projet de loi à apprécier s'il entre bien dans les intentions du législateur de permettre au juge de soulever d'office la violation, fût-elle manifeste, d'autres règles de *procédure* que les règles de *procédure* d'ordre public et impératives.

²⁵ Avis du Conseil d'État, précité, n° 54-1219/001, p. 168.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Le Conseil d'État cite ici H. BOULARBAH, « Le défaut et l'opposition devant les juridictions du travail », op. cit., p. 430, n° 24.

Seule une restitution fidèle et précise de ces prémisses permet de ne pas se méprendre sur la suggestion qu'en tire le Conseil d'État :

« Si la préoccupation de l'auteur de l'avant-projet est bien d'éviter que le juge statuant par défaut ne soulève effectivement ces autres règles, il paraît plus cohérent de préciser qu'en cas de défaut le juge statuera sur la demande sans pouvoir soulever d'office d'autres moyens que résultant de règles d'ordre public ou impératives, mais qu'il sera néanmoins tenu de vérifier la régularité de la procédure en ce qui concerne l'introduction de la cause en vue de s'assurer que le défaut n'est pas la conséquence d'une irrégularité à ce stade de la procédure ».

À l'aune de ses prémisses, cette suggestion doit donc se comprendre comme invitant le législateur à mieux exprimer son intention d'empêcher le juge de soulever un moyen étranger à l'ordre public ou au droit impératif en étendant le champ de cette restriction de pouvoirs au relevé de moyens de procédure²⁸.

Quoique de manière plus suggestive, il est également permis de prêter au Conseil d'État d'avoir recommandé aux auteurs du projet d'abandonner la référence à la violation manifeste de règles de droit que révélerait la prétention. À tout le moins cette déduction n'est-elle autorisée que pour ce qui concerne les règles de procédure manifestement violées, mais étrangères à l'ordre public et au droit impératif, sachant – on le répète – que les extraits précités de l'avis du Conseil d'État ne visent que les règles de procédure²⁹.

3. Le projet amendé

8. Intégration et amplification des observations du Conseil d'État.

Les auteurs du projet ont suivi et amplifié les observations du Conseil d'État. L'article 20 du projet soumis à la Chambre proposait en effet que l'article 806 du Code judiciaire soit réécrit comme il suit : « Dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public ».

« Ainsi, le législateur, comme le souligne le Conseil d'État, se rallie à l'opinion "minimaliste" ou "réformatrice". Dès lors, il n'est effectivement pas cohérent, comme le prévoyait l'avant-projet, de permettre au juge, lorsqu'il statue

²⁸ Dans le sens de cette lecture de l'avis du Conseil d'État, voy. égal. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 119, n° 21, se référant aux excellents développements de L. FRANKIGNOUL, « L'instruction et le jugement par défaut », in G. de Leval (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 432-433, qui, sur le terrain de la procédure, cantonne à juste titre le rôle du juge statuant par défaut aux seuls moyens d'ordre public. Comp. G. CLOSSET-MARCHAL, « Le procès civil après la loi du 19 octobre 2015 », *op. cit.*, n° 22.

²⁹ Comp. Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 120, n° 21, qui prête au Conseil d'État, d'une part, une extension de son avis aux règles gouvernant le fond du litige et, d'autre part, une justification à cette extension, en termes de sécurité juridique. L'explication est sans doute pertinente, mais elle n'est pas fournie par le Conseil d'État lui-même. Voy. *infra*, n° 16.

par défaut, de faire application d'office des règles qui ne sont pas d'ordre public, fût-ce au titre de la violation manifeste de celles-ci. Et le Conseil d'État peut également être suivi dans la mesure où il suggère de préciser que le juge doit également veiller au respect de la procédure elle-même³⁰.

L'adhésion à l'avis du Conseil d'État est patente en cela que cette nouvelle rédaction vise désormais les moyens de procédure, jusque-là délaissés, et les soumet au même régime que les moyens de fond (voy. *supra*, n° 7).

Mais ce nouveau projet amplifie les observations du Conseil d'État, d'une part, en reléguant les moyens (de procédure comme de fond) de droit impératif hors de portée du juge statuant par défaut, d'autre part, en supprimant la référence aux demandes ou moyens qui, quoiqu'étrangers à l'ordre public, devraient être rejetés comme étant « manifestement non fondés ».

On ne peut mieux résumer qu'en ces termes l'état du projet à ce stade de son processus de gestation : « il ressort de cette dernière version [...] que, lorsqu'il statue par défaut, le juge exerce une mission de vérification procédurale et une mission juridictionnelle, toutes deux limitées par l'ordre public. En d'autres termes, le juge statuant par défaut peut, d'une part, soulever tous les moyens de procédure ou de fond et, d'autre part, procéder à la requalification juridique des faits qui lui sont soumis par la partie comparante, pour autant qu'il n'invoque pas, d'office, des règles impératives ou supplétives »³¹.

Il s'agira de se souvenir de cette lecture lorsqu'il s'agira de constater, avec ou sans amertume, qu'elle portait sur un texte qui, malgré les critiques qu'il a essuyées à la Chambre des représentants, fut adopté *ne varietur*... (*infra*, n° 13).

4. Les auditions et la discussion à la Chambre des représentants

9. Appréciations contrastées. Il serait inexact de soutenir que l'article 806, alors en projet, fit l'unanimité contre lui lors des auditions tenues à la Chambre des représentants. Nos excellents collègues Dominique Mougenot et Hakim Boularbah, par exemple, l'ont tantôt approuvé, tantôt salué³².

Mais il serait malhonnête de taire les importantes critiques dont il fit l'objet, et qui furent relayées de manière très pugnace par l'opposition (*infra*, n° 10).

C'est ainsi que le président du Collège des cours et tribunaux exprima la crainte de voir le texte engendrer une recrudescence des recours d'opposition et regretta le retrait de la faculté initialement offerte au juge d'éconduire des

³⁰ Exposé des motifs, précité, n° 54-1219/001, p. 20.

³¹ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 120, n° 23.

³² Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/005, resp. pp. 172, 173, 191 et pp. 203-204.

demandes et moyens « manifestement mal fondés », quoiqu'étrangers à l'ordre public (*supra*, n° 6)³³.

Il en alla de même du président de l'Union royale des juges de paix et de police, qui se borna à opposer à l'option prise par les auteurs du projet aux tenants de la conception maximaliste et à rappeler qu'en vertu de l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire, « le juge doit vérifier sa compétence territoriale », et que ce même juge « doit examiner d'office si les droits du consommateur ont été respectés » et « pouvoir diminuer ou débouter d'office la demande d'intérêts (art. 1153, al. 5, C. civ.) et dommages-intérêts (art. 1231, § 1^{er}, C. civ.) »³⁴.

On reste bien en mal de pouvoir contredire ces remarques et les dispositions légales dont elles procèdent, qui restent parfaitement compatibles avec le texte de l'article 806 du Code judiciaire, tel qu'il est ici critiqué, et tel qu'il fut ensuite adopté *ne varietur*. Nous y reviendrons (*infra*, resp. n° 31, n°s 47 et s. et n°s 79-80).

M^{me} Isabelle Schyns, juge au tribunal de la famille de Bruxelles, plaça ensuite l'accent sur l'inadéquation de ce texte, alors en projet, au contentieux familial, et plus précisément aux litiges d'aliments. La restriction des pouvoirs du juge au relevé des seuls moyens (de fond et de procédure) serait impuissante à conjurer le risque de prétentions exagérées, d'autant plus redoutable que dans ces matières, le défendeur peut ne pas avoir pris connaissance de la convocation judiciaire adressée à un domicile qu'il aurait déjà quitté³⁵.

De manière générale, la crainte de l'inaptitude du texte à faire barrage à des prétentions exagérées, mais ne heurtant pas l'ordre public, fut maintes fois brandie au cours des discussions, le bâtonnier Patrick Henry, au nom d'AVOCATS.BE, appelant à mesurer « les dérapages que cette mesure pourrait causer même si », ajouta-t-il aussitôt avec finesse « dans la pratique, l'effet concret de cette mesure variera fortement d'un magistrat à l'autre et dépendra de la créativité des magistrats pour interpréter les dispositions en projet » (voy., du reste, *infra*, n°s 25 et s. et 79 et s.)³⁶.

10. Vives discussions. S'ensuivirent les discussions parlementaires, qui, elles, furent véhémentes envers le texte en projet. Résumons-les³⁷.

³³ *Ibid.*, p. 140. Voy. P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I », *op. cit.*, n° 11.

³⁴ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 151. Voy. P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I », *op. cit.*, n° 11.

³⁵ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 169. Ces critiques furent relayées en cours de discussions parlementaires : *ibid.*, p. 101. Pour un exposé approfondi et une analyse critique de ces reproches, cons. Fr. Lejeune, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, pp. 123 et s., n°s 31 et s., cet auteur ajoutant le risque déduit de l'absence d'effet suspensif de l'opposition formée contre les décisions du tribunal de la famille (art. 1398/1 C. jud.).

³⁶ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 215.

³⁷ *Ibid.*, pp. 97-102.

Par voie d'amendements, il fut d'abord proposé de compléter le texte par l'adjonction des règles impératives au rang des moyens susceptibles d'être relevés d'office par le juge statuant par défaut, de même qu'il fut suggéré de reprendre, parmi les digues offertes à ce même juge, l'hypothèse des demandes et des moyens manifestement mal fondés, que prévoyait le texte initial de l'avant-projet de loi (*supra*, n° 6).

Ces deux amendements furent rejetés³⁸.

Dans la foulée des auditions précitées, le ministre fut aussi et amplement interpellé sur les contours à donner à la notion d'ordre public et, corrélativement, sur les cas – décidément obsédants – de prétentions pécuniaires exagérées.

Nous reproduisons ici les répliques données à ces interpellations, car elles ne manquent pas de pertinence intrinsèque ni de promesses interprétatives apaisantes³⁹ (*infra*, n°s 29 et s.) :

« En principe, le juge peut décider librement de ce qui est d'ordre public, mais la Cour de cassation a le dernier mot ; de plus, il s'agit d'un concept évolutif et il convient donc de laisser toute liberté au juge. La question qui se pose est de savoir si le législateur peut lui-même estimer qu'un élément relève de l'ordre public. Effectivement, en liant la conséquence juridique de l'ordre public à une règle, notamment quand il impose le juge d'intervenir d'office, il soustrait la question à la volonté des parties et il s'agit donc d'une règle qui importe l'intérêt général.

[...] Autrement dit, si le législateur prévoit que cet élément doit être invoqué d'office par le juge, il s'agit alors d'une affaire d'ordre public : c'est par exemple le cas des clauses de pénalité excessives ou des intérêts usuraires, car le Code civil prévoit qu'en la matière, le juge peut intervenir d'office. Il n'empêche que la jurisprudence peut trouver de nouveaux éléments relevant de l'ordre public (jusqu'à une intervention éventuelle du législateur).

[...] Le ministre répond que, lorsqu'il est prévu que le juge doit intervenir d'office, les choses sont simples. En revanche, il subsiste une catégorie ouverte "ordre public". La Cour de cassation considérera peut-être un jour que le cas évoqué⁴⁰ est contraire à l'ordre public – comme ce fut le cas dans les années [19]60 en ce qui concerne les clauses pénales excessives. Cette marge d'appréciation doit être réservée à la jurisprudence ».

En bref, pour faire face aux exagérations et outrances de toutes espèces, le ministre en appelle, d'une part, à l'application de textes directifs auxquels l'article 806 du Code judiciaire n'entend pas déroger, et, pour le surplus, à la

³⁸ *Ibid.*, p. 130.

³⁹ *Ibid.*, pp. 100-102 (extraits).

⁴⁰ Le cas évoqué par le ministre et son interlocuteur était l'hypothèse, déjà décrite par M^{me} Schyns, d'un créancier alimentaire instrumentalisant le défaut de son adversaire pour soumettre au tribunal de la famille une prétention manifestement exagérée (en l'espèce, une pension alimentaire de 1.000 euros mensuels à la charge d'un débiteur alimentaire percevant un revenu mensuel net de 1.100 euros).

créativité de la jurisprudence aux fins d'élargir, si besoin devait être, les contours évolutifs et protéiformes de l'ordre public au point d'en déduire la prohibition de la disproportion⁴¹. La Cour de cassation n'avait-elle pas montré la voie en rattachant à l'ordre public la sanction des clauses pénales excessives?

5. Fatale concession ?

11. Les lapsus du 10 septembre 2015. S'il avait su jusque-là concevoir toutes les parades aux assauts menés contre l'article 806 en projet (*supra*, n° 10), le ministre en vint hélas, sous le feu roulant des critiques, à laisser échapper ces quelques mots annonciateurs de controverses⁴²:

« Selon le ministre, le juge peut, lorsqu'il se prononce par défaut, invoquer les moyens de procédure suivants : le contrôle de la régularité de la convocation ; le contrôle de sa juridiction et de sa compétence matérielle et territoriale ; le contrôle des causes d'irrecevabilité et des exceptions inférées du non-respect des règles de l'organisation judiciaire. En ce qui concerne le fond, il doit invoquer ce qui touche à l'ordre public. Le ministre conclut que ce sont les mêmes moyens que le juge peut invoquer dans un procès contradictoire.

[...] Le ministre fait remarquer qu'il convient d'établir une distinction entre la procédure et le droit matériel. Sur le plan de la procédure, le juge vérifie d'office s'il a été saisi correctement : l'intervenant renvoie à l'énumération que vient de fournir le ministre ».

On ne pouvait plus durement affaiblir le texte en discussion. Alors que celui-ci cantonne sans équivoque le rôle du juge statuant par défaut au relevé d'office, et indistinctement, des moyens de fond et des moyens de procédure (voy. *supra*, n° 6-8), voici que son promoteur, après l'avoir vaillamment défendu, commet le triple impair : 1° de suggérer d'envisager distinctement les moyens de procédure et les moyens de fond ; 2° dans l'inventaire des premiers, d'unir le sort des règles ressortissant à l'ordre public à celles qui y sont étrangères ; 3° dans l'inventaire des seconds, de suggérer une similitude entre les initiatives attendues du juge statuant par défaut et celles qui sont déferées au juge statuant contradictoirement, alors que l'on sait que, depuis une dizaine d'années, la Cour de cassation s'évertue à ne pas cantonner l'office du second au relevé des règles d'ordre public.

⁴¹ S. MOSSELMANS, « Verstekrechterblokke », *R. W.*, 2015-2016, p. 1522 ; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 3. Comp. H. BOULARBAH et M.-Cl. VAN DEN BOSSCHE, « Artikel 806 Ger. W.: much ado about nothing? », in *Smaakamers in het procesrecht. Over buitengerechtelijke recepten, vergeten vorderingen en exotische incidenten*, Anvers, Intersentia, 2016, p. 134. *Contra*, au nom de l'économie de procédure qui réprouverait toute extrapolation de l'ordre public par le juge : P. THIRIAU, « Art. 806 Ger. W., weg ermee », *R. W.*, 2016-2017, p. 762.

⁴² Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, pp. 99-100 (extraits).

Ainsi que d'excellents commentaires l'ont dénoncée, la contradiction entre le texte en discussion et ces dernières explications dont il fut l'objet est totale et flagrante (voy., du reste, *infra*, n° 14 et s.)⁴³.

12. Les clarifications du 28 septembre 2015. Il faudrait toutefois observer⁴⁴ qu'interpellé sur ces contradictions, le ministre a tenté de les lever, au prix de certaines clarifications non négligeables.

On peut lire, en effet, dans le rapport de la deuxième lecture, issu de la discussion tenue le 28 septembre 2015⁴⁵, que :

« Le ministre indique qu'il a essayé d'énumérer autant que faire se peut ce qui peut être d'ordre public quant à la procédure »⁴⁶.

On retrouve en ces termes l'affirmation de l'option politique initiale de limiter le relevé d'office des moyens, à ceux qui sont déduits de règles d'ordre public (*supra*, n° 6-8 et n° 10), indépendamment des erreurs d'identification que le ministre a commises dans l'énumération qu'il a tentée lors de la première lecture (*supra*, n° 11).

« Quant au fond d'une affaire », le ministre poursuit « qu'il a laissé le concept de l'ordre public intact concernant son caractère évolutif »⁴⁷ (*supra*, n° 10).

Se penchant ensuite sur « la compétence territoriale, le ministre précise qu'elle n'est effectivement d'ordre public qu'en cas de saisie, de litiges fiscaux et de faillite. Mais, outre l'article 806 adapté, l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que le défendeur défaillant est présumé décliner la compétence du juge saisi. La Cour de cassation en a déduit que le non-respect de n'importe quelle règle de compétence territoriale doit être sanctionné d'office par le juge. Le gouvernement a donc agi en conséquence ».

Ce faisant, le ministre affirme, d'une part, la compatibilité entre le nouvel article 806 du Code judiciaire et l'article 630, alinéa 2, du même code (présupposant le déclinaire de compétence en présence de la violation d'une règle de compétence territoriale impérative), et, d'autre part, la condamnation de la jurisprudence de la Cour de cassation enjoignant au juge statuant par défaut de relever d'office le déclinaire déduit de la violation de règles supplétives (*supra*, n° 4).

Revenant enfin au paradigme de la prétention alimentaire exagérée (*supra*, n° 9), le ministre exprime l'opinion que « le juge pourrait tout à fait reje-

⁴³ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, pp. 120-121, n° 24 à 26 ; G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 798, n° 6.

⁴⁴ Frédéric Lejeune y veille, mais se limite à y voir une réponse « évasive » (« Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 121, n° 26).

⁴⁵ Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/009, pp. 8 et 9.

⁴⁶ Nous soulignons.

⁴⁷ *Ibid.*

ter cette demande sur la base d'une interprétation raisonnable du concept de l'ordre public. Le ministre est convaincu que cela ferait partie de l'ordre public» (voy. déjà *supra*, n° 10).

Sans doute, ces ultimes recalibrages n'étaient-ils pas suffisants pour désamorcer les controverses à naître des propos malheureux du ministre, et déjà attisées et annoncées en cours de discussions parlementaires. Il reste qu'il est dommage que cette tentative de clarification n'ait pas été (mieux) signalée dans les premiers commentaires de la réforme.

6. Le texte voté, promulgué et publié

13. Adoption du texte en projet, *ne varietur*. Au grand dam de ses pourfendeurs, et en dépit des circonvolutions émaillant sa gestation, l'article 806 du Code judiciaire fut voté, promulgué et publié *ne varietur*, dans l'état où il se trouvait dans le projet de loi soumis à la Chambre après avis du Conseil d'État (*supra*, n° 8).

Aux termes de l'article 20 de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, l'article 806 du Code judiciaire, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2015⁴⁸, dispose désormais que, «dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public».

Le texte est clair. Il l'était depuis l'origine.

L'intensité de la controverse pluridécennale qu'il était censé dissiper, cristallisée par les débats parlementaires, pouvait faire redouter quelques turbulences interprétatives. Compte tenu des péripéties de son adoption, et tout particulièrement du pas de clerc du ministre de la Justice (*supra*, n° 11), cette crainte allait hélas devenir réalité. À une vitesse et dans des proportions spectaculaires. Jugeons-en.

B. Une doctrine divisée, majoritairement hostile à la loi

14. Quatre lectures divergentes de la loi. Se précipitant, et se focalisant, sur les explications concessives fournies par le ministre le 10 septembre 2015 lors de la première discussion des articles à la Chambre (*supra*, n° 10), pas moins de quatre interprétations divergentes du nouvel article 806 du Code judiciaire ont vu le jour dès sa promulgation. Nous les résumons ici⁴⁹.

⁴⁸ Au sujet de l'application dans le temps de cette disposition, voy. la contribution de C. DE BOE, «Le droit transitoire», in J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri: promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 379 et s., n° 68 et s.

⁴⁹ Pour un exposé plus complet de ces lectures, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Réajustement de la protection du justiciable défaillant», *op. cit.*, ici spéc. pp. 212 et s., n° 14 et s., ainsi que T. DE JAEGER, note sous J.P. Genk, 15 décembre 2015, *P. & B.*, 2016, pp. 229-230.

1. Trois lectures *contra legem*, inconciliables

15. Première lecture: perpétuation «tempérée» de la conception maximaliste. Écartant le texte de l'article 806 du Code judiciaire au profit d'une lecture à la fois extensive et sélective des propos précités du ministre de la Justice (*supra*, n° 11), nos très estimés maîtres les professeurs Georges de Leval, Jacques van Compernelle et Frédéric Georges enseignent que, «concernant l'aspect procédural, le juge doit vérifier si le défaut n'est pas la conséquence d'une irrégularité même étrangère à l'ordre public procédural» et «qu'en reconnaissant au juge statuant par défaut les mêmes prérogatives qu'au juge statuant de manière contradictoire on doit admettre que le juge statuant par défaut a le pouvoir de rechercher lui-même, à partir des faits tirés du dossier et donc simplement allégués, la règle de droit appropriée», de sorte que «[...] la portée de l'article 806 pourrait être résumée de la manière suivante: sous la réserve du contrôle de la régularité de sa saisine et de sa compétence territoriale, les pouvoirs du juge statuant par défaut sont ceux du juge statuant de manière contradictoire»⁵⁰.

Cette lecture fut rejointe par Sven Mosselmans qui aboutit à la conclusion que l'article 806 du Code judiciaire s'accommoderait finalement, sinon par sa lettre à tout le moins à l'aune de ses travaux préparatoires, du maintien de la conception maximaliste enjoignant au juge statuant par défaut, d'une part, de relever toute irrégularité quelle qu'en soit la nature, entachant l'acte introductif ainsi que tout déclinatoire de compétence même étranger à l'ordre public, et, d'autre part, de se comporter en juge actif comme s'il statuait contradictoirement, à peine de violer un ordre public répudiant l'idée de voir accueillir des prétentions (manifestement) mal fondées⁵¹.

Alors que leurs premiers commentaires laissaient entrevoir quelque hésitation autorisant leur rattachement à la thèse promue par Frédéric Lejeune (*infra*, n° 16), les professeurs Piet Taelman et Karen Broeckx paraissent s'être finalement ralliés à la thèse du maintien de la conception maximaliste défendue par MM. de Leval, van Compernelle, Georges et Mosselmans, par suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 (*infra*, n° 29)⁵².

Renouant avec la conception maximaliste des pouvoirs du juge (*supra*, n° 4) dont le législateur a souhaité l'abolition (*supra*, n° 6), cette lecture est, de toutes, la plus éloignée du texte de l'article 806 du Code judiciaire, puisqu'elle invite le juge à relever d'office tous moyens de fond ou de procédure (en ce compris les

⁵⁰ G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNELLE et F. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 798, n° 6.

⁵¹ S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, pp. 3 et s., spéc. pp. 17 et s., n° 50 et s.; du même auteur, «Verstekrechterblokje», *op. cit.*, p. 1522.

⁵² S. MOSSELMANS, P. Taelman et K. BROECKX, «Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek», note sous Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *R. W.*, 2016-2017, pp. 1091 et s.

déclinatoires de compétence d'ordre privé), même étrangers à l'ordre public⁵³, là où le texte énonce explicitement le contraire (*supra*, n° 8 et 13).

Cette thèse doit évidemment son émergence aux explications embarrassées du ministre de la Justice lors de la première discussion du projet de loi à la Chambre le 10 septembre 2015 (*supra*, n° 11).

Encore conviendrait-il de tempérer cette filiation revendiquée d'avec la volonté du législateur. On a rappelé en effet, qu'à d'autres moments du processus législatif (*supra*, n° 8 et 10) et tout particulièrement lorsqu'il fut interpellé, le 28 septembre 2015 sur les contradictions de ses propos du 10 septembre 2015 (*supra*, n° 12), le ministre de la Justice a, pour lors sans aucune ambiguïté, précisé que s'agissant des règles de procédure, seuls les moyens et déclinatoires d'ordre public – auxquels s'ajoute l'hypothèse de l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire (*supra*, n° 12) – seraient désormais soulevés par le juge statuant par défaut.

De même a-t-on rappelé que, pour ce qui concerne le fond du litige, le ministre de la Justice a, lors de ces mêmes mises au point (*supra*, n° 8, 10 et 12), souligné avec insistance que seuls, là encore, les moyens d'ordre public sont déferés au juge statuant par défaut, de sorte que le rapprochement furtivement suggéré avec le rôle du juge statuant contradictoirement (*supra*, n° 11) ne peut se comprendre que comme une approximation fondée sur une conception dépassée de l'office du juge.

16. Deuxième lecture : consécration de la conception minimaliste sauf pour les moyens de procédure. Aux termes d'une seconde interprétation remarquablement exposée, Frédéric Lejeune montre d'abord que la lettre de l'article 806 du Code judiciaire interdit sans ambiguïté au juge statuant par défaut de soulever d'office des moyens – de fond ou de procédure indistinctement – étrangers à l'ordre public (*supra*, n° 8)⁵⁴.

Mais constatant et déplorant l'hiatus entre le texte clair et son « esprit » explicité le 10 septembre 2015 par le ministre de la Justice (*supra*, n° 11), l'auteur se résout à faire prévaloir ces extraits d'explications ministérielles sur le texte de la loi.

Cette option l'amène cependant à des conclusions différentes du modèle proposé, au départ du même parti méthodologique, par les professeurs de Leval, van Compernelle et Georges. En effet, Frédéric Lejeune propose de retenir que « [...] d'après l'esprit de ce nouvel article 806, le juge statuant par défaut : vérifie, sur le plan de la procédure, d'office la régularité de la convocation de la partie défaillante ; sa juridiction et sa compétence (matérielle et territoriale) ; la recevabilité de la demande portée devant lui ; et soulève d'office toutes les exceptions inférées du non-respect des règles d'organisation judiciaire » et que « sur le plan

⁵³ Dans le même sens, voy. J.P. Grâce-Hollogne, 17 décembre 2015, R.G. n° 15A547 ; J.P. Grâce-Hollogne, 22 mars 2016, R.G. n° 16A87, inédit ; Trib. fam. Bruxelles (3^e ch.), 10 mars 2016, R.G. n° 16/1346/A.

⁵⁴ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », *op. cit.*, p. 120, n° 23.

du fond, [ce même juge] invoque et soulève d'office les moyens et défense qui touchent à l'ordre public»⁵⁵.

L'auteur suggère ensuite qu'il résulterait des déclarations du ministre indiquant « qu'en matière de vérification de la procédure, le juge statuant par défaut n'était pas limité par l'ordre public », et qu'en dépit des interdictions édictées respectivement par les articles 630, alinéa 2, du Code judiciaire et 2223 du Code civil, le juge statuant par défaut devrait aussi soulever d'office la violation de règles supplétives de compétence territoriale (art. 624 C. jud.) ainsi que la prescription de l'action⁵⁶.

Il n'y a rien à redire de la lecture que l'auteur donne de l'article 806 du Code judiciaire, et de ses travaux préparatoires, quant aux moyens de fond. Cette interprétation l'oppose aux professeurs de Leval, van Compernelle et Georges (*supra*, n° 15).

En revanche, les propositions de ceux-ci quant aux moyens de procédure sont rejointes par Frédéric Lejeune. À ce titre, la thèse de cet auteur appelle les remarques déjà exprimées ci-dessus : le « catalogue » de moyens de procédure à relever d'office, qui ne trouve aucun appui dans l'avis du Conseil d'État (*supra*, n° 7), que le ministre de la Justice a un peu hâtivement suggéré le 10 septembre 2015, et que Frédéric Lejeune valide comme tel, doit pourtant être relu à la lumière d'autres déclarations du ministre. Car, à d'autres moments du processus législatif (*supra*, n° 8 et 10) et tout particulièrement lorsqu'il fut interpellé, le 28 septembre 2015, sur les contradictions de ses propos du 10 septembre 2015 (*supra*, n° 12), le ministre de la Justice a, pour lors sans aucune ambiguïté, précisé que, s'agissant des règles de procédure, seuls les moyens et déclinatoires d'ordre public – auxquels s'ajoute l'hypothèse de l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire (*supra*, n° 12) – seraient désormais soulevés par le juge statuant par défaut.

Certains passages de leurs premières analyses laissaient entrevoir que nos collègues les professeurs Karen Broeckx et Piet Taelman avaient rejoint la thèse de Frédéric Lejeune⁵⁷ avant de rallier celle des professeurs de Leval, van Compernelle et Georges (*supra*, n° 15).

Il est, par ailleurs, certain que le professeur Alain-Charles Van Gysel et M. Jim Sauvage⁵⁸ adhèrent, quant à eux, à la thèse de M. Frédéric Lejeune, et

⁵⁵ *Ibid.*, p. 122, n° 27.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 122-123, n° 29.

⁵⁷ P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I », *op. cit.*, n° 6-13. Mais le commentaire de ces auteurs perd en clarté lorsqu'après avoir posé que seul l'ordre public (souplement circonscrit) l'autoriserait à sortir de sa réserve, il poursuit que les pouvoirs du juge statuant par défaut correspondent finalement à ceux du juge statuant contradictoirement, tels que la Cour de cassation les a définis (*ibid.*, n° 14-15).

⁵⁸ J. SAUVAGE, note sous Trib. fam. Bruxelles (101^e ch.), 22 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 60 ; J. SAUVAGE, « Le droit (non) judiciaire de la filiation », *Act. dr. fam.*, 2017, p. 122, n° 14 ; J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », in *États généraux du droit de la famille II*, Bruxelles-Limal, Bruylant-Anthemis, 2016, p. 9 ; J. SAUVAGE, « Le Tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chro-

proposent donc avec ce dernier de distinguer, dans l'office du juge statuant par défaut, les moyens de fond et les moyens de procédure. S'agissant des premiers, seuls ceux qui sont déduits de règles d'ordre public peuvent être soulevés d'office, tandis que tout déclinatoire de compétence et tout moyen de procédure, même étrangers à l'ordre public, devraient l'être. On ne revient plus sur les remarques qu'appelle cette sollicitation des travaux parlementaires, et spécialement de certaines déclarations du ministre de la Justice (*supra*, n°s 15 et 16).

17. Troisième lecture : conception minimaliste recouvrant le relevé d'office des moyens de droit impératif. Une troisième et dernière lecture de l'article 806 du Code judiciaire a vu le jour sous la plume de Dirk Scheers et Pierre Thiriar. De toutes les interprétations en présence, celle de ces auteurs est la plus fidèle au texte de la loi et à la reconstitution exhaustive des travaux préparatoires, et notamment des déclarations du ministre de la Justice : qu'il s'agisse du fond ou de la procédure, le juge statuant par défaut ne peut désormais plus soulever que les moyens d'ordre public⁵⁹. De la lettre et de l'esprit de la loi, ces auteurs ne s'écartent que dans la mesure où, de manière originale, ils préconisent l'assimilation des moyens de droit impératif aux moyens d'ordre public alors que l'amendement relayant cette proposition fut expressément rejeté⁶⁰ (*supra*, n° 10).

Le prononcé du salutaire arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 (*infra*, n° 29) amena en outre ces auteurs à revoir leur opinion et à finalement critiquer l'article 806 du Code judiciaire, au point semble-t-il de rallier la thèse de la perpétuation de la conception maximaliste⁶¹.

18. Synthèse-Constats. Que retenir de ce florilège d'interprétations ? Trois observations.

Il s'impose d'abord de constater qu'à l'exception de la dernière d'entre elles (*supra*, n° 17), elles ont pris le parti méthodologique original de faire délibérément primer certains travaux préparatoires de la loi (*c'est-à-dire* les déclarations du ministre de la Justice du 10 septembre 2015) sur le texte de celle-ci.

On observe ensuite que ces mêmes thèses ne poursuivent pas toujours jusqu'au bout leur postulat de la prévalence des travaux préparatoires sur le texte de la loi. Une analyse complète des documents préparatoires, et tout particulièrement des déclarations du ministre dont il est fait grand cas, devait mener à relativiser, et parfois même à neutraliser, les quelques mots qu'il a tenus à la

nique de jurisprudence», in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 131 et s.

⁵⁹ D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigheidsrecht*, op. cit., pp. 112-113. Dans le même sens, voy. Civ. Namur, division de Dinant, 21 décembre 2017, J.T., 2018, p. 118, relevant d'office et par défaut le moyen (de droit impératif) tiré du non-respect de l'article 88 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre au motif qu'il en va de la protection des consommateurs.

⁶⁰ Voy. les judiciaires propos, en matière de bail, de C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », note critique sous Anvers (3^e ch.ter), 22 décembre 2015, R.W., 2016-2017, p. 1070.

⁶¹ P. THIRIAR, « Art. 806 Ger. W., weg ermee! », op. cit., p. 762.

Chambre des représentants le 10 septembre 2015 et sur lesquels reposent entièrement les thèses en question (*supra*, n°s 12, 15 et 16).

Le troisième et dernier constat est le fruit des deux premiers : alors qu'elles ont pris le même parti méthodologique de primauté des travaux préparatoires, et qu'elles procèdent de l'analyse des mêmes documents, toutes ces thèses sont divergentes et inconciliables entre elles.

Ces constats nous ont amenés à soutenir une quatrième et dernière lecture de l'article 806 du Code judiciaire, issu de la réforme « pot-pourri I »^{62 63} (*infra*, n° 22). Les arguments fondant notre thèse seront progressivement repris et étoffés dans la présente contribution, à l'aune des nouveaux et capitaux renforts que lui apportent l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 (*infra*, n° 29) et la loi dite « pot-pourri V » du 6 juillet 2017 (*infra*, n° 30).

En guise de prélude à cet exposé, il convient de confronter sans attendre les trois premières lectures évoquées ci-dessus aux exigences méthodologiques des règles et principes gouvernant l'interprétation des lois. De manière sans doute plus constructive, il convient également d'œuvrer à la dissipation de la controverse en tentant la synthèse des préoccupations fondamentalement communes à ces trois premières lectures d'apparence divergentes.

19. La loi prévaut sur ses travaux préparatoires dissonants. À vrai dire, ces trois interprétations divergentes de l'article 806 du Code judiciaire, en cela qu'elles ont en commun de lui préférer quelques propos tenus par le ministre de la Justice devant la Chambre le 10 septembre 2015, ne sont tout simplement pas admissibles au regard d'une des rares règles constantes et unanimes de l'interprétation des lois.

Loin de nous l'idée de promouvoir ici l'insondable théorie de l'acte clair. Il nous suffira au contraire d'observer que même les plus ardents pourfendeurs de cette théorie ont toujours rejoint et approuvé cet enseignement unanime et constant, partagé par la Cour de cassation⁶⁴ et la doctrine, selon lequel les travaux préparatoires d'une disposition légale ne peuvent jamais être invoqués à l'encontre du texte de celle-ci, et encore moins l'emporter sur ce dernier⁶⁵.

⁶² J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Réajustement de la protection du défendeur défaillant », op. cit., spéc. pp. 217 et s., n° 19 et s.

⁶³ Moyennant quelques nuances marginales, cette lecture fut rejointe par C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », note critique sous Anvers (3^e ch.ter), 22 décembre 2015, R.W., 2016-2017, p. 1065, puis par H. BOULARBAH et M.-Cl. VAN DEN BOSSCHE, « Artikel 806 Ger. W.: much ado about nothing? », op. cit., pp. 127-153.

⁶⁴ P. ex. Cass., 30 juin 2006, Pas., 2006, p. 1569; Cass., 22 décembre 1994, Pas., 1994, I, p. 1139; Cass., 15 janvier 1963, Pas., 1963, I, p. 570; Cass., 21 avril 1960, Pas., 1960, I, p. 966; Cass., 20 février 1951, Pas., 1951, I, p. 426.

⁶⁵ Voy., p. ex., P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 85 et s., n° 20 et s., spéc. pp. 174 et 194; M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 19.

Comme le résume un de meilleurs spécialistes de la question, « les travaux préparatoires ne peuvent pas être invoqués lorsqu'ils entrent en contradiction avec la loi. Cela vient de ce que seul le texte est adopté. Quelle que soit leur qualité, les travaux préparatoires, qui ne font l'objet d'aucun vote par le législateur, ne peuvent évidemment pas l'emporter sur le texte même de la loi »⁶⁶.

Ces principes constants disqualifient l'interprétation proposée par nos collègues de Leval, van Compennolle et Georges, Broeckx et Taelman et Mosselmans (*supra*, n° 15), et dans une moindre mesure celle qui est promue par nos collègues Lejeune, Van Gysel et Sauvage (*supra*, n° 16 et 17)⁶⁷.

L'article 806 du Code judiciaire, qui seul a été adopté et voté, dispose que « dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public ».

Il ressort de ce texte que « [...] lorsqu'il statue par défaut, le juge exerce une mission de vérification procédurale et une mission juridictionnelle, toutes deux limitées par l'ordre public. En d'autres termes, le juge statuant par défaut peut, d'une part, soulever tous les moyens de procédure ou de fond et, d'autre part, procéder à la requalification juridique des faits qui lui sont soumis par la partie comparante, pour autant qu'il n'invoque pas, d'office, des règles impératives ou supplétives »⁶⁸.

Au vu des règles constantes régissant l'interprétation des lois, on ne peut donc solliciter quelques propos tenus à son sujet par le ministre de la Justice, pour faire dire à l'article 806 du Code judiciaire qu'il imposerait au juge statuant par défaut de soulever d'office des moyens de procédure ou de fond étrangers à l'ordre public⁶⁹.

20. La loi prévaut sur ses travaux préparatoires disparates. Au surplus, et surabondamment, les travaux préparatoires ne peuvent être mobilisés à l'appui de l'interprétation d'une loi que si, et dans la mesure où, ils ne sont pas entachés de contradiction⁷⁰. En l'espèce, on a montré que les propos tenus par le ministre de la Justice le 10 septembre 2015, qui fondent entièrement les thèses précitées, ont été contredits et corrigés à plusieurs reprises par leur auteur, le ministre ayant rappelé à plusieurs reprises (*supra*, n° 8 et 10), jusqu'au 28 septembre 2015 (*supra*, n° 12) et au vote de la loi, que seuls les moyens

⁶⁶ P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, op. cit., p. 194.

⁶⁷ L'interprétation défendue par MM. Thiriar et Scheers ne heurte ces principes que dans la mesure limitée où elle prône le relevé d'office de moyens de droit impératif, alors que l'amendement tendant à cette fin fut rejeté lors du vote de la loi (*supra*, n° 17).

⁶⁸ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », op. cit., p. 120, n° 23.

⁶⁹ *Contra*: S. MOSSELMANS, P. Taelman et K. BROECKX, « Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek », note sous Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, R.W. 2016-2017, p. 1092.

⁷⁰ Voy. les études précitées de M. VAN DE KERCHOVE et de P. DELNOY. *Adde*: P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des Imprimés de l'État, 1960, pp. 338 et s., ainsi que Fr. RIGAUX, « Le prix de la paix judiciaire », note sous Cass., 5 janvier 1996, R.C.J.B., 1996, pp. 390 et s.

d'ordre public, quelle qu'en soit la nature, pouvaient être soulevés d'office par le juge statuant par défaut.

21. Au-delà des querelles de textes et des divergences, des préoccupations communes et estimables : le regret de l'abolition du contrôle de l'acte introductif et la hantise des prétentions manifestement mal fondées. Avec le recul qu'autorisent désormais deux années de décantation de la loi « pot-pourri I », et lecture faite des analyses plus récentes des commentaires de la première heure, il est finalement assez frappant que ces trois lectures divergentes de l'article 806 du Code judiciaire, tel qu'il est issu de cette loi, sont bon an mal an animées des mêmes préoccupations fondamentales, dont l'incontestable dignité explique sans doute cette exceptionnelle résistance à la loi.

À bien y regarder, en effet, ces trois lectures ont ceci de commun qu'elles s'indignent, d'une part, de l'abolition de tout contrôle de la régularité de l'acte introductif d'instance (par l'effet de la relégation des exceptions de nullité en dehors de la sphère de l'ordre public : *infra*, n° 32 et n° 60 et s.) et partant de l'effectivité de l'atteinte du défendeur, et, d'autre part, de l'impossibilité dans laquelle se trouverait désormais le juge, dans des matières étrangères à l'ordre public, de repousser par défaut des prétentions manifestement déraisonnables par leur disproportion ou leur illégalité.

Il est capital de garder à l'esprit ces deux préoccupations communes à tous les commentateurs de l'article 806 du Code judiciaire. Seule la prise en compte de ces considérations essentielles permet de jauger, et le cas échéant, de relativiser les positions disparates adoptées sur leur fondement. Et seule cette prise en compte est de nature à légitimer toute proposition doctrinale sur la question.

2. Une quatrième lecture : rien que la loi, toute la loi

22. C'est donc en parfaite connaissance de cause des deux préoccupations majeures, et totalement légitimes, des adversaires de l'article 806, nouveau, du Code judiciaire, que l'un des auteurs de la présente contribution a, seul dans un premier temps⁷¹, puis rejoint par d'autres⁷², tenté la démonstration d'une lecture conciliante de cette disposition impopulaire. Face à tant d'interprétations divergentes qui s'en distançaient, il convenait tout de même que le texte de la loi fraîchement promulguée se trouvât quelque avocat, outre quelques juges, enclins à l'appliquer⁷³. Plaidant depuis vingt ans pour son avènement⁷⁴, on ne pouvait se dérober devant ce défi.

⁷¹ J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Réajustement de la protection du défendeur défaillant », op. cit., spéc. pp. 217 et s., n° 19 et s.

⁷² C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », note critique sous Anvers (3^e ch.), 22 décembre 2015, R.W. 2016-2017, p. 1065 ; H. BOULARBAH et M.-Cl. VAN DEN BOSSCHE, « Artikel 806 Ger. W.: much ado about nothing? », op. cit., pp. 127-153.

⁷³ Trib. fam. Bruxelles (10¹ ch.), 22 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2016, p. 60, note J. SAUVAGE ; J.P. Genk, 15 décembre 2015, R & B., 2016, note T. DE JAEGER.

⁷⁴ Voy. not. J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Absens indefensus est », op. cit., pp. 176 et s.

Il ne s'agissait pas seulement de rappeler que le texte de la loi doit prévaloir sur les déclarations qu'on prête au ministre qui l'a portée (*supra*, n° 19). Face à l'ampleur et à la vigueur de la résistance rencontrée, il fallait aussi démontrer que l'article 806 nouveau du Code judiciaire mérite un brevet de dignité européenne le prémunissant des craintes et de l'opprobre qu'il avait suscités (*infra*, n°s 37 et s.).

Ce plaidoyer *pro lege* requerrait aussi, on l'a dit (*supra*, n° 21), de rencontrer les préoccupations majeures des adversaires du texte, et partant de tenter de démontrer que celui-ci s'accommodait en l'état, d'une part, d'un pouvoir de vigilance du juge sur l'effectivité de l'atteinte du justiciable défaillant, et, d'autre part, de la possibilité laissée à ce même juge de rembarquer des prétentions exorbitantes, quoiqu'étrangères à l'ordre public.

C'est dans ce contexte que nous avons soutenu la thèse selon laquelle l'article 806 du Code judiciaire devait être appliqué à la lettre, moyennant d'un côté une exploitation maximale de l'article 803 du même code⁷⁵, et de l'autre la consécration de l'idée que la spéculation sur le défaut de l'adversaire heurte l'ordre public, quelle que soit la nature des normes juridiques en jeu⁷⁶.

Cette démonstration se trouve aujourd'hui accréditée, d'abord par l'arrêt décisif que la Cour de cassation a prononcé le 13 décembre 2016 (*infra*, n° 29), ensuite par la loi dite «pot-pourri V», singulièrement réparatrice et clarificatrice quant aux questions qui nous occupent ici (*infra*, n° 30).

Jugeons-en.

Section 3

La Cour de cassation au secours de la loi : le cas de la prétention manifestement mal fondée

A. L'idée, ses enjeux et ses ressorts

23. L'ordre public, (presque) seul terrain d'action du juge statuant par défaut. On l'a vu (*supra*, n° 22), c'est sans doute sur le terrain du fondement de la prétention que l'article 806 du Code judiciaire, tel qu'il est issu de la loi dite «pot-pourri I» singularise le plus l'office du juge statuant par défaut. Qu'on l'ait ou non voulue, la disposition ne pouvait être lue que comme lui interdisant d'opposer à la prétention qui lui est soumise des défenses au fond étrangères à l'ordre public⁷⁷. Les travaux préparatoires de ladite loi comportent

⁷⁵ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Réajustement de la protection du défendeur défaillant», *op. cit.*, spéc. pp. 234 et s., n° 42.

⁷⁶ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Réajustement de la protection du défendeur défaillant», *op. cit.*, spéc. pp. 245 et s., n° 63.

⁷⁷ Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité?», *op. cit.*, p. 122, n° 27; J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, «Quelque chose de (pot) pourri dans le

de très nombreuses affirmations de la volonté d'opérer cette restriction des pouvoirs du juge (*supra*, n°s 6-12), et ne sont pas entachés de la suggestion d'une volonté contraire. Comporteraient-ils même cette antithèse qu'alors et de toute façon, toute référence à ces extraits des travaux préparatoires serait vaine (*supra*, n°s 20 et 21).

24. Le paradigme redouté : la prétention manifestement infondée. Quoiqu'elle fût destinée à dissiper l'irritante et chronophage controverse qui avait sévi jusque-là (*supra*, n°s 3 et s.), aggravée par le lot d'insécurité et de discriminations qu'elle avait charriées, cette délimitation eut le don d'effrayer et d'attirer les critiques au Parlement.

La vigueur de ces débats a laissé des traces, attisées par un environnement académique qui, sur ce (seul) point précis est resté divisé. Embarrassés par des commentaires doctrinaux inconciliables, les juges que l'on croise depuis le 1^{er} novembre 2015 expriment craintes et regrets qui tiennent en un paradigme : celui de leur répugnance à devoir faire droit à une prétention dont ils constatent – ou dont ils subodorent – qu'elle est grossièrement infondée, soit à raison de l'exagération qui l'entache, soit au vu de l'indigence des preuves apportées à son soutien.

En bref et en écho à certaines auditions tenues à la Chambre des représentants, les juges paraissent essentiellement redouter qu'en ayant retiré l'hypothèse du rejet des «demandes ou moyens manifestement non fondés» (*supra*, n°s 9 et 10) du texte de l'article 806 du Code judiciaire, le législateur les ait privés de toute possibilité de faire barrage à l'inadmissible.

Il s'imposait de concevoir des outils aptes à désamorcer ce paradigme et les craintes qu'il a suscitées.

25. La plasticité de l'ordre public, levier d'une «kompetenz-kompetenz» du juge statuant par défaut. À plusieurs reprises lors des travaux préparatoires de la loi du 19 octobre 2015, le ministre de la Justice a opposé aux craintes suscitées par l'article 806 du Code judiciaire, alors en projet, la réaffirmation du «caractère évolutif» de l'ordre public offert comme repoussoir au juge statuant par défaut (*supra*, n°s 10 et 12).

Pour le dire autrement, rien n'empêcherait les juges – puisqu'après tout, ils sont juges... – d'ajuster les frontières de l'ordre public aux fins de les faire coïncider avec la pulsion leur intimant d'éconduire une prétention injuste, illégale, abusive ou déraisonnable. C'est à la Cour de cassation que reviendrait le fin mot de l'adoubement.

Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création», *op. cit.*, p. 9; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 112-113. *Contra*: G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 798, n° 6. Au sujet de la thèse développée par ces derniers auteurs, voy. *supra*, n° 15.

L'histoire mouvementée et les contours protéiformes de la notion d'ordre public valident pleinement la suggestion. L'ordre public est, par nature et très heureusement, « mystérieux »⁷⁸, « plastique, caoutchouteux »⁷⁹, « évolutif »⁸⁰ et partant « indéfinissable »^{81 82}. Il a, de tout temps, permis au juge d'ajuster de lui-même l'intensité et les limites de ses interventions sous le contrôle pastoral et unificateur de la Cour de cassation⁸³.

Il n'y a jamais eu lieu de s'effrayer de cette parfaite illustration de la figure de la « kompetenz-kompetenz » en vertu de laquelle un juge reçoit compétence de tracer les frontières de sa propre compétence. Rapidement rejoints par d'autres auteurs⁸⁴, nous prédisions, sans crainte ni regret⁸⁵, que la jurisprudence affine, progressivement et pour autant que de besoin, les frontières de l'ordre public afin que celui-ci joue pleinement son rôle de rempart contre les insultes à l'État de droit. Bien vite, nos vœux furent exaucés⁸⁶.

26. Application en droit familial. Et puisqu'au cœur de ce débat, il fut plus particulièrement question des inquiétudes nourries par les tribunaux de la famille (*supra*, nos 2 et 9)⁸⁷, rappelons tout de même que, pour une bonne part,

⁷⁸ J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 303 et s.

⁷⁹ Ch. MARQUET, « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », in H. Boularbah et J.-Fr. van Droogenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. pp. 13 et s.

⁸⁰ Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « L'ordre public et les droits de l'homme », *J.T.*, 1968, pp. 658 et s.

⁸¹ K.D. KERAMEUS, « Rapport général », in *L'ordre public. Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIX, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 860; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1^{er}, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 111, n° 91; X. LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p. 219.

⁸² Adde: J. DE CONINCK, « Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbe-ken », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 302 et s.

⁸³ J.-Fr. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'ordre public. Concept et application*, Travaux du Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1995, pp. 9 et s.

⁸⁴ S. MOSSELMANS, « Verstekrechterblokje », *op. cit.*, p. 1522; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 3 et s., spéc. pp. 14 et s., n° 39 et s.; S. MOSSELMANS, P. TAEMLAN et K. BROECKX, « Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 1091 et s.; C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », *op. cit.*, pp. 1065 et s.

⁸⁵ P. TAEMLAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I », *op. cit.*, n° 13.

⁸⁶ Voy. p. ex., arrivant à l'ordre public au regard de l'article 806 du Code judiciaire, l'obligation d'information de l'assureur se réservant l'exercice d'une action récursoire contre son assuré: Pol. Liège, division de Liège, 3 décembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 534.

⁸⁷ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 169. Ces critiques furent relayées en cours de discussions parlementaires: *ibid.*, p. 101; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, pp. 123 et s., n° 31 et s.; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 3 et s., spéc. pp. 17 et s., n° 50 et s.; du même auteur, « Verstekrechterblokje », *op. cit.*, p. 1522; S. MOSSELMANS, P. TAEMLAN et K. BROECKX, « Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 1091 et s.

le droit de la personne et des familles⁸⁸ et le droit patrimonial de la famille⁸⁹ relèvent encore et toujours de l'ordre public, de sorte que les moyens relevés d'office en ces matières ne passeront jamais pour incongrus⁹⁰.

27. La spéculation sur la défaillance d'autrui heurte l'ordre public : analogie avec la censure de la clause pénale. Le ministre de la Justice ne s'est pas contenté de mettre les juges sur la piste des échappatoires offerte par les contours évolutifs de l'ordre public (*supra*, nos 10 et 12). Il leur a aussi suggéré que cette piste pouvait mener à la rencontre du paradigme tant redouté de la prétention manifestement exagérée (*supra*, n° 10): « [...] il subsiste une catégorie ouverte "ordre public". La Cour de cassation considérera peut-être un jour que le cas évoqué⁹¹ est contraire à l'ordre public – comme ce fut le cas dans les années [19]60 en ce qui concerne les clauses pénales excessives. Cette marge d'appréciation doit être réservée à la jurisprudence »⁹².

Force est à nouveau d'abonder en faveur de ce rapprochement prometteur et précurseur⁹³. Il se trouve en effet que c'est entièrement sur le fondement de l'ordre public et de l'article 6 du Code civil, que la Cour de cassation a, bien avant la loi, doté le juge d'un pouvoir de censurer d'office, sans en être nécessairement requis, les clauses pénales abusives et les intérêts usuraires^{94 95}.

⁸⁸ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Rapport belge (I) », in *L'ordre public. Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIX, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 361 et s.

⁸⁹ Y.-H. LELEU, « Rapport belge (II) », in *L'ordre public. Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIX, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 381 et s.

⁹⁰ Voy. p. ex., en matière alimentaire, Bruxelles (41^e ch. fam.), 27 mars 2017, R.G. n° 2016/FA/687 ainsi que Bruxelles (41^e ch. fam.), 15 avril 2016, R.G. n° 2015/FA/215, se prévalant de Henri De Page (A.-Ch. Van Gysel (dir.), *Traité de droit civil belge*, t. 1^{er}, Les personnes, vol. 1^{er}, *Personnalité juridique et relations familiales*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 777-779, n° 704, pour considérer à juste titre, selon nous, que les principes dégagés par l'article 203 du Code civil et ceux, insécables, de l'article 1321 du Code judiciaire relèvent de l'ordre public au sens de l'article 806 du même code. *Contra*: Trib. fam. Bruxelles (101^e ch.), 22 janvier 2016, *Ad. dr. fam.*, 2016, p. 60, note approb. J. SAUVAGE, considérant que la contribution entre parents à la dette d'aliments au regard de l'article 203bis du Code civil ne ressortit pas à l'ordre public: Ce dernier jugement est approuvé par J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique: le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 11. Adde: J. SAUVAGE, « Le Tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 133.

⁹¹ Le cas évoqué par le ministre et son interlocuteur était l'hypothèse, déjà décrite par M^{me} Schyns, d'un créancier alimentaire instrumentalisant le défaut de son adversaire pour soumettre au tribunal de la famille une prétention manifestement exagérée (en l'espèce, une pension alimentaire de 1.000 euros mensuels à la charge d'un débiteur alimentaire percevant un revenu mensuel net de 1.100 euros).

⁹² Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, pp. 100-102.

⁹³ Nous fûmes rapidement rejoints par d'autres auteurs sur ce terrain: S. MOSSELMANS, « Verstekrechterblokje », *op. cit.*, p. 1522; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 3 et s., spéc. pp. 14 et s., n° 39 et s.; S. MOSSELMANS, P. TAEMLAN et K. BROECKX, « Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek », *op. cit.*, pp. 1091 et s.; C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », *op. cit.*, p. 1065.

⁹⁴ Cass., 24 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 297, R.C.J.B., 1973, note I. MOREAU-MARGRÈVE; Cass., 17 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 545, *Arr. cass.*, 1970, p. 454, concl. Proc. gén. E. KRINGS (alors Av. gén.).

⁹⁵ Au sujet de cette jurisprudence, cons. l'étude de référence de P. WÉRY, « L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'inexécution partielle de l'obligation », note sous Cass., 10 avril 1997, R.C.J.B.,

Comment nier l'atteinte « aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité » ou « à l'ordre économique ou moral de la société »⁹⁶, portée par le créancier qui mise davantage sur la défaillance de son débiteur que sur le respect des obligations de celui-ci ?

Comment, alors, ne pas opérer l'analogie qui, de toute évidence, s'impose : la spéculation de la défaillance judiciaire d'un adversaire est voisine de la spéculation de la défaillance contractuelle d'un cocontractant⁹⁷.

Dans un cas comme dans l'autre, le comportement du créancier heurte « l'ordre économique et moral de la société ». L'ordre public est, au sens et pour l'application de l'article 806 du Code judiciaire, violé par le justiciable qui profite de l'absence de contradiction pour contraindre le tribunal à prononcer une condamnation outrageusement exagérée, autant que par le contrat dont la violation prodigue un gain disproportionné⁹⁸.

Le ministre de la Justice a lui-même suggéré le rapprochement : pourquoi nos juges, forts de leur « *kompetenz-kompetenz* » (*supra*, n° 12), rechigneraient-ils à s'y engouffrer⁹⁹ ?

28. Un germe de texte fondateur et bicentenaire : l'article 1367 du Code civil régissant le serment supplétoire ou estimatoire déferé d'office. Rappelons une fois encore que la principale et légitime frustration exprimée par les magistrats est celle d'avoir à faire droit, la mort dans l'âme, à une prétention dénuée de toute preuve ou contredite par les quelques preuves produites. Il est regretté que les auteurs de l'article 806 du Code judiciaire issu de la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015 aient finalement renoncé à assimiler « les demandes ou moyens manifestement non fondés » aux prétentions contraires à l'ordre public (*supra*, n° 9 et 21)¹⁰⁰, privant ainsi le juge de toute possibilité de faire barrage à une prétention manifestement dénuée de tout fondement¹⁰¹.

Voyons qu'avec un peu d'audace, ces regrets n'ont peut-être pas lieu d'être.

1998, pp. 609 et s. *Addé* : P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, n° 110 et s. ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, commentaire sous J.P. Saint-Nicolas (2^e canton), 29 avril 1998, *Annuaire du crédit*, 1998-1999, pp. 182 et s.

⁹⁶ Définition de l'ordre public proposée par Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.

⁹⁷ Bruxelles (41^e ch. fam.), 27 mars 2017, *R.G.* n° 2016/FA/687.

⁹⁸ Rappr. des travaux fondamentaux d'I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ? », note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 2001, ici p. 301, où l'auteure évoque un principe général d'ordre public condamnant toute possibilité pour un créancier d'obtenir plus que la réparation de son préjudice.

⁹⁹ Du reste, voy. déjà, en ce sens, J.P. Grâce-Hollogne, 17 décembre 2015, *R.G.* n° 15A547 ; J.P. Grâce-Hollogne, 22 mars 2016, *R.G.* n° 16A87, inédit.

¹⁰⁰ D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigheidsrecht*, op. cit., p. 113. *Addé*, au sujet de cet arrêt : P. THIRIAR, « Art. 806 Ger. W., weg ermee ! », op. cit., p. 762.

¹⁰¹ H. BOULARBAH et M.-Cl. VAN DEN BOSSCHE, « Artikel 806 Ger. W.: much ado about nothing ? », op. cit., p. 134.

Ni les auteurs du texte (*supra*, n° 8) ni le Conseil d'État dont l'avis fut suivi sur ce point par les premiers (*supra*, n° 7) ne sont guère expliqués sur le retranchement de l'hypothèse des « demandes ou moyens manifestement non fondés ». Il est en tout cas certain que les travaux préparatoires de la loi ne comportent aucun développement ni aucune allusion qui permettrait d'affirmer que la survivance de cette hypothèse heurterait la lettre ou l'esprit du nouvel article 806 du Code judiciaire. Pour preuve, le ministre de la Justice a lui-même suggéré qu'un ajustement jurisprudentiel de l'ordre public pouvait conduire à doter le juge du pouvoir d'enrayer les prétentions manifestement exagérées (*supra*, n° 12 et 27).

Il y a plus.

Au nombre de ces dispositions spéciales dont le ministre de la Justice a admis la cohabitation avec l'article 806 du Code judiciaire (*supra*, n° 10-11), il est permis d'exhumer les articles 1366 à 1369 du Code civil, régissant le serment – supplétoire ou estimatoire – déferé d'office par le juge au demandeur¹⁰².

Distinguant le serment supplétoire du serment estimatoire (qui n'est qu'une variante du premier), l'article 1366 du Code civil dispose que « le juge peut déferer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation ».

L'article 1367 fixe en ces termes les conditions de recours au serment déferé d'office :

« Le juge ne peut déferer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut,

- 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;
- 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande ».

Qu'importe que l'article 806 du Code judiciaire ne comporte plus la référence à l'hypothèse de la demande manifestement non fondée, car il existe bel et bien, depuis plus de deux siècles, un texte de loi qui autorise – oblige même – le juge, quoiqu'il statue par défaut, à rejeter une prétention grossièrement fantaisiste ou inexacte.

Sans distinguer selon que le défendeur compareisse ou non, l'article 1367, alinéa 2, du Code civil impose en effet au juge de « rejeter purement et simplement la demande » qui lui apparaîtrait comme « totalement dénuée de preuve ». On vise l'hypothèse pathologique où, coupable d'une désinvolture crasse ou spéculant malhonnêtement sur le défaut de son adversaire, le demandeur s'abs-

¹⁰² Sur ce serment déferé d'office, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 390 et s., n° 903 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. 1^{er}, vol. 3, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2564 et s., n° 1822 et s. ; D. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 383 et s., n° 304 et s.

tiendrait de produire la moindre preuve à l'appui de sa demande, ou ne fournirait qu'un commencement de preuve – légale – n'accréditant pas à suffisance la vraisemblance de celle-ci^{103, 104}.

B. La consécration de l'idée par la Cour de cassation : l'arrêt du 13 décembre 2016

29. C'est au prix d'une vitesse inespérée que la Cour de cassation elle-même consacra de manière limpide l'idée d'un ordre public évolutif réprochant la spéculation sur la défaillance de l'adversaire, soufflée par le ministre de la Justice et relayée par une partie de la doctrine.

Le moins que l'on puisse dire est que la Cour fait ici honneur à la mission pastorale, complétive de la loi.

Les faits qui sont à l'origine de son arrêt du 13 décembre 2016 sont d'une simplicité confondante, et illustrent parfaitement le paradigme tant redouté : la victime d'une infraction, constituée partie civile, sollicite la condamnation du prévenu à lui payer des sommes de montants disproportionnés. Le prévenu fait défaut de sorte que le juge pense n'avoir d'autre choix que de faire droit silencieusement à ces prétentions manifestement mal fondées, les règles de la réparation aquilienne ne relevant pas de l'ordre public au sens de l'article 806 du Code judiciaire.

Telle fut également la résignation de l'Avocat général Timperman qui, constatant l'extranéité du litige à l'ordre public, invita la Cour de cassation à rejeter le moyen pris de la violation de l'article 806 du Code judiciaire, sauf à remettre le traitement de la cause dans l'attente du sort à réserver par la Cour de cassation au recours en annulation de la loi «pot-pourri I», formé le 26 avril 2016 entre les mains de la Cour constitutionnelle¹⁰⁵.

C'est donc sur les conclusions contraires de son ministère public que, saisissant la perche tendue à peine quelques mois plus tôt par le ministre de la

¹⁰³ Rapp. J.P. Namur (2^e canton), 5 décembre 2017, R.G. n° 17A921, inédit, dont il résulte que «le libellé de l'article 806 du Code judiciaire n'éteint pas les règles des articles 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil et 870 du Code judiciaire, ne dispensant donc pas celui qui réclame l'exécution d'une obligation du devoir de la prouver».

¹⁰⁴ Là ne s'arrête pas l'utilité de ces textes qui menaçaient de tomber en désuétude. Voyons, en effet, que si le juge devait, en présence d'un commencement de preuve légale, éprouver encore quelque doute sur le principe ou sur le montant de la créance réclamée par le demandeur, il pourrait déférer «d'office» le serment – selon le cas supplétoire ou estimatoire – au demandeur. En pratique, il lui suffira d'évoquer cette possibilité auprès de l'intéressé pour que celui-ci, averti des poursuites pénales qu'il encourt au regard de l'article 226 du Code pénal (M.-A. BEERNAERT, «Chapitre V. Du faux témoignage et du faux serment», in *Les infractions*, vol. 4, Les infractions contre la foi publique, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 356 et s.; J.-M. PIRET, «Faux témoignage, subornation de témoins et faux serment», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 648 et s.), se ravise.

¹⁰⁵ Av. gén. M. TIMPERMAN, concl. contr. préc. Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *Nullum crimen*, 2017, ici spéc. p. 166.

Justice et une partie de la doctrine, la Cour dit solennellement pour droit que s'il «ressort de l'article 806 du Code judiciaire que le juge doit faire droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public», «il découle de l'historique de cette disposition que le législateur a laissé au juge le soin de définir la notion d'ordre public», que «relève de l'ordre public ce qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la communauté, ou ce qui, en droit privé, détermine les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société», de sorte que, «dans le contexte de l'article 806 du Code judiciaire, faire droit à une demande ou défense manifestement non fondée est contraire à l'ordre public»¹⁰⁶.

La portée et l'utilité de cet arrêt n'échapperont pas aux praticiens, spécialement ceux du droit de la famille.

Ne voit-on pas, en effet, que la Cour de cassation fournit ici le remède idéal aux cas pathologiques de prétentions exorbitantes émanant de justiciables peu scrupuleux spéculant sur le défaut de leurs débiteurs alimentaires (*supra*, n° 9). Ces prétentions se heurtent ici au rempart d'un ordre public moral, mobilisable sur mesure et au cas par cas, sans qu'il soit besoin de modifier le texte de l'article 806 du Code judiciaire, ni et encore moins d'en tenir l'application en échec au nom de quelque grand principe ou règle supranationale.

On salue du reste la jurisprudence qui a tôt fait de s'emparer de l'enseignement de l'arrêt du 13 décembre 2016 pour scruter la (dé)raison des actions alimentaires soumises aux juridictions de la famille, indépendamment même de la question de l'appartenance – ou non – du droit des aliments à l'ordre public¹⁰⁷ (*infra*, n° 86), ou encore pour faire barrage à des prétentions fondées sur des conditions générales de vente qui n'ont visiblement pas été portées à la connaissance du débiteur avant la conclusion du contrat¹⁰⁸.

On se joint volontiers au concert des louanges unanimes saluant cet arrêt¹⁰⁹.

On refusera, par contre, de relayer l'appel à l'abrogation de l'article 806 du Code judiciaire, que d'aucuns ont cru voir amorcer par cet arrêt.

Un (seul) auteur a soutenu en effet qu'il fallait voir dans l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 le déclenchement d'un processus d'abrogation de l'article 806 du Code judiciaire issu de la loi «pot-pourri I», que l'avant-projet de loi dite «pot-pourri V» allait parfaire au prix d'un réaligne-

¹⁰⁶ Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *Juristenkrant*, n° 341, 2017, p. 2, refl. M. VERHOEVEN, J.L.M.B., 2017, p. 257, note G. DE LEVAL, *Nullum crimen*, 2017, p. 163, note P. THIERIAUX, R.A.B.G., 2017, p. 447, note E. BREWAEYS, R.W., 2016-2017, p. 1090, note S. MOSSELMANS, P. TAELEMAN et K. BROECKX, R.D.C., 2017, refl. O. VANDEN BERGHE, R.D.J.P./P & B., 2017, p. 22. Au sujet de cet arrêt, *add*: P. THIERIAUX, «Artikel 806 Ger. W., weg ermee!», R.W., 2016-2017, p. 762.

¹⁰⁷ P. ex. Bruxelles (41^e ch. fam.), 27 mars 2017, R.G. n° 2016/FA/687, inédit.

¹⁰⁸ J.P. Namur (2^e canton), 5 décembre 2017, R.G. n° 17A921, inédit.

¹⁰⁹ Voy. tous les commentaires cités ci-dessus en note (106).

ment complet des pouvoirs du juge statuant par défaut sur ceux du juge actif confronté au débat contradictoire¹¹⁰.

C'était là se méprendre, non seulement sur la portée de l'arrêt lui-même (qui parfait la loi sans la contredire¹¹¹), mais aussi et à nouveau sur les desseins du législateur.

Il est vrai que ce dernier n'aura décidément pas manqué, sur notre sujet, d'une certaine facétie.

Ceci nous amène précisément aux clarifications et avancées décisives accomplies par la loi dite «pot-pourri V» du 6 juillet 2017.

Section 4

La loi au secours de la loi : du «pot-pourri I» au «pot-pourri V», un traitement univoque et équitable du justiciable défaillant

30. Au sortir des tribulations gestatives (*supra*, n°s 10 et s.), puis interprétatives (*supra*, n°s 14 et s.), de l'article 806 du Code judiciaire issu de son «pot-pourri I», le législateur se devait à tout le moins de faire définitivement toute clarté sur la portée de cette disposition.

Tel fut l'un des nombreux objets de la loi «pot-pourri V» du 6 juillet 2017 qui non seulement – mais non sans quelque périclète, à nouveau – dissipe définitivement l'incertitude entourant les contours de la mission du juge statuant par défaut circonscrite par l'article 806 du Code judiciaire (*infra*, n° 30), mais aussi – et cet autre progrès est tout aussi fondamental – conforte de manière décisive l'équilibre et l'adéquation de cette mission par le renforcement tant attendu (*supra*, n° 21) du contrôle de l'effectivité de l'atteinte du justiciable défaillant (*infra*, n° 31).

La cohérence et l'équité du dispositif de protection du justiciable défaillant ne peuvent pleinement se mesurer qu'à la lumière d'un troisième et dernier élément de réforme : la quasi-abolition de l'opposition, contrebalancée par l'affectation d'un effet suspensif de principe au recours formé par la partie défaillante (*infra*, n° 35).

¹¹⁰ P. THIRIAR, «Artikel 806 Ger. W., weg ermee!», *op. cit.*, p. 762; du même auteur et dans le même sens, note sous Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *Nullum crimen*, 2017, p. 171, n° 14.

¹¹¹ En ce sens, voy. not. les commentaires de G. DE LEVAL, S. MOSSELMANS, P. TAELEMAN et K. BROECKX, cités *supra* en note 106.

A. Clarification décisive des pouvoirs du juge statuant par défaut (art. 806 C. jud.)¹¹²

31. Tel qu'il avait été modifié par la loi «pot-pourri I», l'article 806 du Code judiciaire disposait que «dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public».

À présent qu'elle fut retouchée par la loi «pot-pourri V» du 6 juillet 2017, cette disposition énonce que, «dans le jugement par défaut, le juge fait droit aux demandes ou moyens de défense de la partie comparante, sauf dans la mesure où la procédure, ces demandes ou moyens sont contraires à l'ordre public, y compris les règles de droit que le juge peut, en vertu de la loi, appliquer d'office».

À s'en tenir à la lettre du nouveau texte, la plus-value que lui confère l'ajout des mots «y compris les règles de droit que le juge peut, en vertu de la loi, appliquer d'office» ne paraît pas magistrale. Souvenons-nous en effet (*supra*, n° 9, et *infra*, n° 47 et n°s 79-80) que déjà sous l'empire de la loi «pot-pourri I», il ne faisait aucun doute que l'article 806 du Code judiciaire, en tant que texte matriciel, ne porte nullement atteinte à l'application de textes spéciaux, tirés du Code judiciaire ou d'ailleurs, conférant au juge le pouvoir ou le devoir de soulever tel ou tel moyen ou défense quelle qu'en soit la nature¹¹³.

C'est une fois encore dans les travaux préparatoires de ce texte «confirmatif» qu'apparaissent les progrès les plus décisifs. Et, une fois encore, le parcours fut épique.

Voici comment l'exposé des motifs proposait de justifier le complètement précité de l'article 806 du Code judiciaire ainsi que la réforme de l'opposition :

«Dans le cadre de la modification de l'article 806, "... en reconnaissant au juge statuant par défaut les mêmes prérogatives qu'au juge statuant de manière contradictoire on doit admettre que le juge statuant par défaut a le pouvoir de rechercher lui-même, à partir des faits tirés du dossier et donc simplement allégués, la règle de droit appropriée (voir *infra* 7.2.). En ce cas, la portée de l'article 806 pourrait être résumée de la manière suivante : sous la réserve du contrôle de la régularité de sa saisine et de sa compétence territoriale, les pouvoirs du juge statuant par défaut sont ceux du juge statuant de manière contradictoire. En ce cas, il serait concevable, *de lege ferenda*, de limiter l'accès à l'opposition aux défaillants n'ayant pas été cités à personne et pour autant que la décision ne soit pas susceptible d'appel" (G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE & F. GEORGES, "La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice", *J.T.*, 2015, 798).

¹¹² J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et J.-S. LENAERTS, «Traits essentiels des réformes de procédure civile "pots-pourris IV et V"», *J.T.*, 2017, pp. 635-636, n° 14.

¹¹³ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Réajustement de la protection du défendeur défaillant», *op. cit.*, ici spéc. pp. 242-243, n°s 59 et 60.

Le résumé de la portée du nouvel article 806 – “sous la réserve du contrôle de la régularité de sa saisine et de sa compétence territoriale, les pouvoirs du juge statuant par défaut sont ceux du juge statuant de manière contradictoire” – peut être approuvé[é].

Néanmoins, le Conseil d'État constate que ce “résumé” suscite assez bien de controverses et estime dès lors qu'il devrait être précisé dans le texte de l'article 806 même. Dans son avis du 17 octobre 2016, le Conseil [s]upérieur de la [j]ustice s'exprime dans le même sens (p. 3).

Il va de soi que ce point est déterminé par la réponse à la question si des dispositions internes ou européennes que le juge peut appliquer d'office – non seulement lorsque c'est prescrit expressément, mais également par exemple les règles de compétence territoriale qui, selon la Cour de cassation, doivent être vérifiées d'office sur la base de l'article 630 du Code judiciaire en cas de défaut (Cass., 13 juin 1985, *R.W.*, 1986-87, 192-193) – touchent ou non *ipso facto* à l'ordre public, comme il a été expliqué lors de l'élaboration de la loi du 19 octobre 2015. En effet, “l'ordre public” est ce qui, dans la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation, est déduit de la nature et de la portée d'une règle, en ce sens que la règle touche non seulement à des intérêts particuliers, mais également à l'intérêt général, à la suite de quoi elle est soustraite à la disposition des parties et doit être appliquée d'office par le juge, donc même si aucune partie ne l'invoque. Cette même conséquence juridique est souvent accordée directement par le législateur même, ce qui implique que la règle dépasse l'intérêt particulier en tout cas aux yeux du législateur et qu'elle touche donc à l'ordre public. La doctrine n'est cependant pas (encore) d'accord sur ce point, ce qui soulève (une nouvelle fois) des controverses superflues qui doivent évidemment être exclues. Il est dès lors recommandé de ne plus laisser planer aucun doute sur la portée de la modification de l'article 806 par la loi du 19 octobre 2015, de sorte que l'article 806 est précisé en ce sens¹¹⁴.

Le législateur allait-il, en ces termes confus, valider et cautionner l'interprétation de l'article 806 du Code judiciaire la plus éloignée du texte et de sa *ratio legis* (*supra*, n° 15)? Tel fut – c'était de bonne guerre – l'espoir que caressèrent, quelques semaines, les contempteurs de l'article 806¹¹⁵.

Mais, du Conseil d'État¹¹⁶ au Conseil supérieur de la justice¹¹⁷, en passant par les experts auditionnés par la commission de la Justice de la Chambre¹¹⁸, c'est à l'unisson que les intervenants invités à commenter le projet ne man-

¹¹⁴ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/001, pp. 117-118.

¹¹⁵ P. THIRIAR, «Artikel 806 Ger. W., weg ermee!», *op. cit.*, p. 762; du même auteur et dans le même sens, note sous Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *Nullum crimen*, 2017, p. 171, n° 14.

¹¹⁶ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/001, pp. 374-375.

¹¹⁷ Avis du 17 octobre 2016, disponible à l'adresse www.csj.be/sites/default/files/press_publications/pp5-fr.pdf, ici spéc. p. 3.

¹¹⁸ Audition du professeur Jean-François van Drooghenbroeck, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, pp. 170-171; audition du professeur Dominique Mougenot, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, pp. 173-174.

quèrent pas de souligner ce saisissant paradoxe et partant d'amener l'auteur du projet à clarifier ses intentions sous peine d'amplifier la controverse dont l'extinction était pourtant recherchée.

Au terme d'un procédé original, c'est par le biais d'un amendement à un autre article du projet, déposé par les députés de la majorité parlementaire, que la clarification réclamée intervint.

Après tout qu'importe la manière, pourvu que l'objectif fût atteint.

Et il le fut.

Voici en effet comment lesdits députés justifiaient l'amendement n° 72, portant sur l'article 157 du projet, modifiant l'article 1397 du Code judiciaire (lui-même relatif à l'effet suspensif de l'opposition et de l'appel formés par le justiciable défaillant : *infra*, n° 35) :

«Lors des auditions du 7 février 2016 les professeurs Mougenot et van Drooghenbroeck ont rendu des commentaires circonstanciés sur les adaptations proposées du défaut et de l'opposition (les articles 145, 149 et 150 du projet). En premier lieu ils se demandent si la référence à une certaine doctrine, dans le commentaire de l'article 145, d'abord pour justifier la limitation proposée de l'opposition, ensuite pour préciser, en suivant l'avis du Conseil d'État, que l'article 806, n'est pas contradictoire avec l'adhésion du législateur à la conception “minimaliste” de la fonction du juge statuant par défaut, exprimé lors de l'élaboration de la loi du 19 octobre 2015 et dans cette loi même, ce qui serait confirmé avec le projet, tandis que la doctrine mentionnée adhère plutôt à la conception “maximaliste”.

Il apparaît que ce souci repose sur un malentendu, parce que la référence en question ne concernait que la phrase citée expressément, notamment “sous la réserve du contrôle de la régularité de sa saisine et de sa compétence territoriale, les pouvoirs du juge statuant par défaut sont ceux du juge statuant de manière contradictoire”. Dans ce qui suit des développements, il devient clair que “l'identité” visée sur l'application d'office de règles de droit, ne concernait que d'une part les règles qui touchent à l'ordre public et d'autre part les règles dont le législateur a imposé au juge de les appliquer d'office. Le projet ne revient donc pas sur la loi du 19 octobre 2015. Au contraire, il confirme, notamment par l'ajout des mots “en vertu de la loi”, que l'article 806 du Code judiciaire, tel qu'il aura été complété par l'article 145 du projet, interdit bien au juge statuant par défaut de soulever un moyen que ni l'ordre public ni un texte exprès ne l'invite[nt] à soulever d'office¹¹⁹.

L'amendement n° 72 et sa justification reproduite ci-dessus furent adoptés à l'unanimité des membres de la commission de la Justice¹²⁰.

¹¹⁹ Amendement n° 72 déposé par R. Terwingen, S. Becq, C. Van Cauter, K. Van Vaerenbergh, G. Uyttersprot et Ph. Goffin, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/003, pp. 117-118.

¹²⁰ Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Ö. Özen, S. Van Hecke et Ch. Brotcorne, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, p. 116.

Voici donc le dénouement, pittoresque mais limpide, univoque et tranchant de la controverse qui, près d'un demi-siècle durant, et spécialement ces deux dernières années, a compliqué la définition des pouvoirs du juge statuant par défaut : « [...] l'article 806 du Code judiciaire [...] interdit bien au juge statuant par défaut de soulever un moyen que ni l'ordre public ni un texte exprès ne l'invite[nt] à soulever d'office »¹²¹.

Soulignons aussitôt que le législateur ne revient pas, ce faisant, sur l'enseignement completif de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 arrimant à l'ordre public la soumission de prétentions manifestement infondées (*supra*, n° 29). Au contraire, plusieurs allusions à cet arrêt en cours de travaux parlementaires témoignent de l'incorporation de son enseignement à l'intention du législateur¹²².

B. Renforcement de la sollicitude procédurale envers le justiciable défaillant (art. 803 C. jud.)¹²³

1. L'idée, en sa portée minimale : du bon usage du pli judiciaire (art. 803, al. 1^{er}, C. jud.)

32. Point de départ : aucune exception de nullité ne peut être soulevée d'office. Si l'acte introductif d'instance est affecté d'un vice de forme expressément sanctionné de nullité par la loi conformément à l'article 860 du Code judiciaire, le juge statuant devra nécessairement se garder de soulever d'office l'exception de nullité.

En abrogeant l'article 862 du Code judiciaire, la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015 a, en effet, relégué toutes ces exceptions de nullité en dehors de la sphère de l'ordre public auquel l'article 806 cantonne l'office du juge statuant par défaut¹²⁴.

Le dégraissage de la théorie des nullités entraîne corrélativement celui du contrôle que le juge statuant par défaut se devait d'exercer sur la régularité formelle de la convocation judiciaire du justiciable défaillant. Le changement est de taille, car jusqu'ores, ce juge devait relever d'office les exceptions de nullité arrimées à l'ordre public par l'article 862 du Code judiciaire¹²⁵, certains allant même jusqu'à soutenir qu'il devait en faire de même des nullités dites « relatives » régies par l'article 861 du même code, étrangères à l'ordre public¹²⁶.

Ce bouleversement pouvait ne pas choquer si on le tempérerait par un usage intensif et extensif de l'article 803 du Code judiciaire qui, avant sa modification par la loi « pot-pourri V », ne comportait qu'un seul alinéa, demeuré inchangé.

33. Notification d'un pli judiciaire, ordonnée d'office. Rien n'a jamais interdit au juge de refuser de prendre l'affaire en délibéré par défaut¹²⁷ ni, corrélativement, d'ordonner d'office la reconvoque du défaillant sous pli judiciaire conformément à l'article 803 du Code judiciaire, lorsqu'il est pris d'un doute sur l'effectivité de la première convocation par requête ou citation, ce doute fût-il nourri par le constat d'une nullité dont le relevé d'office lui est désormais interdit¹²⁸.

Et, si le juge devait constater une irrégularité dans la mise en œuvre de l'article 803 du Code judiciaire, il lui appartiendra, là encore, de la relever d'office.

Il y a là, assurément, une technique de prévention de défaut, d'application discrétionnaire mais parfaitement compatible avec l'article 806 du Code judiciaire.

Il convient du reste de garder à l'esprit les vertus de cette technique lorsqu'on se penche sur l'inquiétude exprimée par certains intervenants en cours de travaux préparatoires de la loi « pot-pourri I », que défaut soit pris contre un défendeur ignorant l'existence d'un acte introductif signifié ou notifié à un domicile qu'il a quitté (*supra*, n° 9).

¹²¹ Comp. B. MAES, P. VANLERSBERGHE, N. CLIJMAN et S. VAN SCHEL, *Gerechtigd privaatrecht... na de hervorming van Potpourri I tot V*, Bruges, die Keure, 2017, p. 283.

¹²² Rapport fait au nom de la commission de la justice par Ö. Özen, S. Van Hecke et Ch. Brotcorne, précité, n° 54-2259/008, p. 151, p. 172. Rapp. D. PIRE, « Questions diverses de droit judiciaire familial », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, coll. CUP, vol. 180, Liège, Anthemis, 2018, p. 199, n° 42.

¹²³ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile "pot-pourris IV et V" », *J.T.*, 2017, pp. 636-637, n° 15.

¹²⁴ Voy. R. KNAEPEN, « La réforme de la théorie des nullités et des déchéances », in J.-Fr. van Droogenbroeck (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 96 et s., n° 30 et s. Adde : M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités : une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste », in J. Englebert et X. Taton (dir.), *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 66 et s., n° 27 et s. ; G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 794, n° 4.

¹²⁵ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. pp. 190 et s., n° 26 et s.

¹²⁶ A. FETTWELS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Éd. Fac. dr. Liège, 1987, pp. 137-138, n° 155 ; G. CLOSSET-MARCHAL, obs. sous Bruxelles, 5 mars 1991, R.G.D.C., 1991, p. 389 ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 67, n° 45 ; G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « La sanction des irrégularités procédurales », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruges, la Charte, 2009, p. 457. Contra : J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. pp. 193 et s., n° 29 bis.

¹²⁷ S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 4, n° 7 et p. 16, n° 47 ; J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 9. Comp. l'avis - interrogatif sur ce point - du 28 avril 2017 du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/005, p. 20.

¹²⁸ L. FRANKIGNOUL, « L'instruction et le jugement par défaut », *op. cit.*, p. 408, n° 3.178 ; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, 1999, p. 200, n° 43. Comp. l'avis - interrogatif sur ce point - du 28 avril 2017 du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/005, p. 20. Comp. également avec Civ. Namur, division de Namur (3^e ch.), 11 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 732, qui, par souci d'économie, plutôt que de faire convoquer le défaillant par exploit d'huissier (art. 803, al. 2, C. jud.) ouvre les débats moyennant notification sous pli judiciaire à la nouvelle adresse du défaillant après avoir constaté le refus du demandeur de requérir la notification visée par l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

C'est le Juge Isabelle Schyns qui, rejointe par d'autres¹²⁹, a très opportunément pointé l'existence de ce risque dans le contentieux familial, où l'époux défendeur a parfois quitté le domicile où l'acte introductif était censé lui parvenir¹³⁰.

Si le juge subodore la survenance de ce risque, il sera bien inspiré d'interroger – droit dans les yeux – la partie demanderesse (souvent présente à l'audience en application de l'article 1253ter/2, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire) ou son avocat à ce sujet.

« Rien ne garantit », certes, que l'intéressé(e) « réponde avec sincérité »¹³¹. Mais il ne faut pas perdre de vue que ce risque de mensonge peut être efficacement conjuré par le juge qui trouvera les mots pour rappeler solennellement à la partie demanderesse les conséquences de cet enseignement sanctionnant la déloyauté du justiciable qui fait procéder à la signification ou à la notification d'un acte de procédure à un domicile dont il sait que son adversaire l'a déserté...¹³². Et dans tous les cas, le magistrat pourra, en cas de doute, ordonner discrétionnairement la notification du pli judiciaire visé par l'article 803 du Code judiciaire^{133 134}.

Et si le juge devait constater une irrégularité dans la mise en œuvre de l'article 803 du Code judiciaire, il lui appartiendra, là encore, de la relever d'office. On songe par exemple au cas du pli judiciaire notifié par le greffe d'une juridiction familiale qui omettrait de reproduire le texte comminatoire de l'article 1253ter/2, du même code. C'est à juste titre, nous paraît-il que la cour d'appel de Bruxelles a relevé d'office cette irrégularité et ordonné d'office que la partie défaillante soit correctement reconvoquée une troisième fois¹³⁵.

Mais sans doute n'était-ce pas encore suffisant pour apaiser définitivement les craintes légitimes suscitées par le réajustement des pouvoirs du juge statuant par défaut par la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015.

¹²⁹ Voy. l'audition de M. Dominique MOUGENOT, in Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 173, ainsi que Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 124, n° 31, et p. 125, n° 33; dans notre sens également, S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 16, n° 47.

¹³⁰ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 169.

¹³¹ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 125, n° 33.

¹³² Cass., 29 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 524; E. LEROY, « Repenser le formalisme », note sous Cass., 19 avril 2002, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 356 et s.; J.P. Ixelles, 25 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1496, avec les obs. P. KNAEPEN, « La loyauté procédurale : un principe en plein essor »; Civ. Bruxelles (7^e ch.), 15 octobre 2013, *J.T.*, 2013, p. 817.

¹³³ S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 4, n° 7 et p. 16, n° 47; J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 9.

¹³⁴ Sur la différence d'hypothèses de (re)convocation sous pli judiciaire respectivement régies par l'article 1253ter/2 et 803 du Code judiciaire, voy. Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 16 novembre 2016, *R.G.* n° 16/1636/A, inédit.

¹³⁵ Bruxelles (41^e ch. fam.), 2 mai 2016, *R.G.* n° 2015/FA/342.

Rappelons en effet que l'abaissement du seuil de la protection procédurale du défendeur défaillant, et plus exactement la réduction des possibilités offertes au juge de l'atteinte effective de l'intéressé par l'acte introductif, constituait le second facteur de résistance à la réception de l'article 806 du Code judiciaire (*supra*, n° 18). Le premier écueil (celui de l'[in]aptitude du juge à repousser des prétentions manifestement infondées) ayant été levé par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 (*supra*, n° 29), il eût été dommage de s'arrêter en si bon chemin vers la paix judiciaire.

2. Prolongation de l'idée, en sa portée maximaliste : la (ré)assignation par huissier du justiciable défaillant (art. 803, al. 2, nouveau, C. jud.)

34. C'est dans cette perspective que fut relayée¹³⁶, en commission de la Justice de la Chambre, une proposition tendant à l'adjonction, dans l'article 803 du Code judiciaire, d'un alinéa qui, inspiré tout à la fois de l'article 1058 du Code judiciaire et de l'article 471 du nouveau Code de procédure civile français, énoncerait que, « lorsqu'il est douteux que l'acte introductif l'ait mis en mesure de se défendre, le défendeur défaillant peut, à l'initiative du demandeur ou sur décision prise d'office par le juge, être à nouveau invité à comparaître par citation »¹³⁷.

Dans un premier temps, cette suggestion fut relayée « à la baisse », un amendement n° 71 déposé par la majorité proposant que cette reconvoque interviene non par citation, mais par pli judiciaire¹³⁸. Cette suggestion revenait à vrai dire à inscrire formellement dans la loi un pouvoir qui n'est guère dénié au juge *de lege lata* (*supra*, n° 32, notes [122] et [123] et n° 33, notes [127] et [128]).

Voici comment sa tiédeur fut accueillie par le Conseil d'État :

« Si un tel pouvoir est reconnu au juge, la question peut se poser de savoir si, dans la première hypothèse envisagée – lorsque le défaut n'est pas pris à l'audience d'introduction –, une convocation par pli judiciaire est suffisante pour garantir les droits de la partie défenderesse défaillante ou s'il ne s'imposerait pas de procéder à une nouvelle signification de l'acte introductif d'instance. En effet, la crainte que la partie défenderesse n'ait pas été touchée par l'acte

¹³⁶ Voy. déjà J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, p. 203.

¹³⁷ Audition du professeur Jean-François van Drooghenbroeck, rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, p. 173.

¹³⁸ Amendement n° 71 déposé par M. Terwingen et crts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/003, p. 116 : « Lorsqu'à l'audience d'introduction il existe un doute raisonnable que l'acte introductif l'ait mis en mesure de se défendre, le défendeur défaillant peut, à l'initiative du demandeur ou sur décision prise d'office par le juge, être à nouveau invité à comparaître par pli judiciaire dans lequel il est informé des conséquences éventuelles de son abstention ». Comp., pourtant, la justification de l'amendement n° 72 déposé par les mêmes députés, approuvant l'idée d'une nouvelle convocation « par citation » (*ibid.*, p. 118 *in fine*).

introdutif d'instance devrait conduire, dans les deux hypothèses, aux mêmes conséquences procédurales, laissées à l'appréciation du juge.

La proposition de modification de l'article 803 faite par l'amendement n° 71, qui, quant à lui, ne vise bien que l'hypothèse où un doute raisonnable existe quant au fait que l'acte introductif d'instance a effectivement atteint la partie défenderesse défaillante, ne rencontre pas de façon satisfaisante ce problème.

S'il n'est pas certain que le défendeur a été touché par une citation signifiée autrement qu'à personne ou par une requête notifiée par pli judiciaire, l'envoi d'un pli judiciaire n'est pas de nature à garantir que le défendeur défaillant sera bien touché par ce pli. Au contraire, il s'impose dans ce cas, comme le prévoit l'article 1058 du Code judiciaire, d'inviter le demandeur à procéder à une signification ou à une nouvelle signification, la procédure étant entre[-] temps suspendue¹³⁹.

Message reçu, avec beaucoup d'élégance, par les auteurs de l'amendement n° 71 qui, relayant la suggestion du Conseil d'État, déposèrent en seconde lecture un amendement n° 119, proposant de remplacer l'article 803 du Code judiciaire par une disposition libellée en ces termes :

«Lorsqu'à l'audience d'introduction il existe un doute raisonnable que l'acte introductif ait mis le défendeur défaillant en mesure de se défendre, le juge peut ordonner que cet acte soit signifié par exploit d'huissier de justice»¹⁴⁰.

On précise, car il va encore mieux en le précisant, que cette assignation ordonnée par le juge interviendra aux frais et à la diligence du demandeur, et que les frais liés à cette formalité seront traités comme des dépens en vertu des articles 1017 et suivants du Code judiciaire. C'est ainsi que le demandeur, quoique victorieux, devra les conserver à sa charge, au titre de sa faute (art. 1017 C. jud.) s'il appert que l'assignation du défendeur fut provoquée par un vice affectant la régularité de l'acte introductif originaire.

Il n'est pas inutile non plus de préciser que le recours à ce procédé de reconvoque par exploit d'huissier laisse évidemment subsister l'effet interruptif de prescription produit par l'acte introductif, celui-ci fût-il nul (art. 2244 C. civ., *a contrario*).

¹³⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/005, p. 20.

¹⁴⁰ Amendement n° 119 déposé par M. Terwingen et crts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/006, p. 4, justifié comme il suit : « Dans son avis, le Conseil d'État fait observer que la modification de l'article 803 proposé à l'amendement n° 71, qui, à juste titre, ne vise que l'hypothèse où un doute raisonnable existe quant au fait que l'acte introductif d'instance a effectivement atteint la partie défenderesse défaillante, ne rencontre pas de façon satisfaisante ce problème. S'il n'est pas certain que le défendeur a été touché par une citation signifiée autrement qu'à personne ou par une requête notifiée par pli judiciaire, l'envoi d'un pli judiciaire n'est pas de nature à garantir que le défendeur défaillant sera bien touché par ce pli. Au contraire, il s'impose dans ce cas, comme le prévoit l'article 1058 du Code judiciaire, d'inviter le demandeur à procéder à une signification ou à une nouvelle signification, la procédure étant entre[-] temps suspendue. La suggestion est suivie en paraphrasant l'article 1058 ».

Sans doute la sollicitude procédurale envers le défendeur défaillant avait-elle ainsi atteint son comble. Mais l'enfer est pavé de bonnes intentions. Les membres de la commission de la Justice réalisèrent, bien à temps heureusement, qu'il serait regrettable d'abandonner le dispositif « minimaliste » du pli judiciaire (*supra*, n° 33) au prétexte que le juge disposerait désormais de l'instrument « maximaliste » de la citation par exploit d'huissier.

Dans de nombreux cas, en effet, le défaut n'est pas pris à l'audience d'introduction pour d'autres raisons que les doutes du juge quant à l'atteinte effective du défendeur. Songeons à l'hypothèse où le juge ne dispose pas du temps requis pour le traitement du dossier sur les bancs, à celle où le demandeur ou son avocat présume que l'absence du défendeur procède d'un contretemps, ou encore à celle où le défendeur, quoiqu'absent, a entamé l'acquiescement de sa dette, etc.

Il fallait que demeure, pour tous ces cas, la possibilité de reconvoquer le défendeur défaillant sans qu'il soit nécessaire de recourir à la citation à cet effet.

Telle fut la raison d'être de l'amendement n° 162 déposé *in extremis*, aux fins de compléter, et non de remplacer, l'article 803 du Code judiciaire par un alinéa 2 rédigé comme il suit : « Lorsqu'à l'audience d'introduction il existe un doute raisonnable que l'acte introductif ait mis le défendeur défaillant en mesure de se défendre, le juge peut ordonner que cet acte soit signifié par exploit d'huissier de justice »¹⁴¹.

3. L'article 803 : mode d'emploi¹⁴²

35. L'article 803 du Code judiciaire, issu de la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, offre donc au juge, en chacun de ses alinéas, non pas un mais deux outils procéduraux aux fins de prévenir, ou le cas échéant conjurer, le défaut du défendeur : le classique pli judiciaire, d'une part, et la citation par exploit d'huissier, d'autre part.

Eu égard à leur présentation alternative, il n'est sans doute pas inutile d'ébaucher les champs d'application respectifs de chacune de ces deux mesures.

Soulignons d'emblée, à l'aune de cette typologie, que le juge dispose ici d'un pouvoir souverain d'appréciation. La loi ne lui impose pas de nourrir le

¹⁴¹ Amendement n° 162 déposé par M^{me} Becq et crts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/010, p. 10, justifié comme il suit : « [...] l'abrogation de l'ancien article ferait disparaître la possibilité pour le greffe de reconvoquer le défendeur défaillant par pli judiciaire lorsque le défaut n'a pas été pris à l'introduction. Or il est assez fréquent que l'affaire soit reportée par défaut (par exemple parce que le défendeur a commencé à rembourser, ou parce que l'avocat du défendeur n'était pas présent à l'audience et n'a pas autorisé son adversaire à le faire représenter). La disparition du texte actuel ferait ainsi disparaître la base légale de cette nouvelle convocation. Il est donc judicieux de rectifier le projet en deuxième lecture en ajoutant la nouvelle disposition au texte existant et non pas en le remplaçant ».

¹⁴² J.-Ft. VAN DROOCHENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile "pot-pourris IV et V" », *J.T.*, 2017, pp. 636-637, n° 15.

doute ni, donc, de manifester telle ou telle sollicitude envers le justiciable défaillant. Ici, la loi propose, et le juge dispose.

Dans une première catégorie de cas, éprouvée de longue date, le juge ne nourrira aucun doute sur l'aptitude du défendeur à prendre part aux débats, et acceptera de n'imposer aucun autre atermoiement au demandeur. Outre celui de l'article 804 du Code judiciaire (défaut subséquent d'une partie qui a comparu à l'audience d'introduction), tel sera le cas où, au regard de l'article 802 du Code judiciaire, le juge constatera que l'affaire a été introduite au moyen d'une citation parfaitement régulière signifiée à la personne du défendeur.

Dans une deuxième catégorie d'hypothèses, il y aura matière à reconvo- cation du défendeur par le truchement du pli judiciaire visé à l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

Tels seront les cas, on l'a dit, où – faute de la moindre irrégularité, en particulier – le juge n'éprouvera aucun doute sur l'aptitude du défendeur à comparaître mais où défaut ne peut être pris dès l'audience d'introduction pour des raisons étrangères à la protection des droits de la défense : fair-play ou réalisme du demandeur, ou encore réflexe déontologique de son avocat, lorsque l'absence du défendeur procède manifestement d'un contretemps ; commencement d'exécution par le défendeur défaillant ; manque de temps pour traiter le dossier par défaut à l'audience d'introduction.

On peut présumer que ces quelques cas continueront à former le *quod plerumque fit* de l'application de l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

Mais on ne peut nullement exclure qu'en dehors de ces cas, le juge recoure à cette précaution médiane par pure sollicitude envers le défendeur défaillant (*supra*, n° 32), qu'il nourrisse ou non un doute, et quelle que soit l'intensité de celui-ci, sur l'aptitude effective de l'intéressé à se présenter au prétoire.

Songeons par exemple à l'hypothèse de l'audience d'introduction fixée au beau milieu d'une période de vacances scolaires. Qui blâmerait ici le juge d'ordonner le report de la cause à huit ou quinze jours au bénéfice de l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire¹⁴³ ?

Songeons encore qu'un usage préventif du pli judiciaire institué par cette disposition viendra à point nommé en présence d'une vétille affectant la régularité de l'acte introductif, telle une absence de signature ou l'erreur bénigne affectant le libellé des nom et prénom(s) du défendeur. En ces cas, eu égard au prescrit de l'article 861 du Code judiciaire, la notification viendra avantageusement désamorcer le moyen de nullité que le défaillant aurait sans cela envisagé

¹⁴³ Comp. également avec Civ. Namur, division de Namur (3^e ch.), 11 octobre 2017, J.T., 2017, p. 732, qui, par souci d'économie, plutôt que de faire convoquer le défaillant par exploit d'huissier (art. 803, al. 2, C. jud.) rouvre les débats moyennant notification sous pli judiciaire à la nouvelle adresse du défaillant après avoir constaté le refus du demandeur de requérir la notification visée par l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. Cf. *infra*, n° 35bis.

d'articuler *in limine litis* (art. 864 C. jud.) à l'appui de son appel ou de son opposition.

Reste la troisième et dernière catégorie d'hypothèses dans lesquelles le juge éprouvera – souverainement – un doute sérieux et authentique sur l'aptitude du défendeur défaillant à se présenter utilement à l'audience d'introduction.

C'est ici qu'il pourra, à la diligence et aux frais du demandeur, ordonner la reconvo- cation du défendeur par exploit d'huissier.

Nos juges sauront raison garder dans la mise en œuvre de ce procédé coûteux et chronophage.

Quoique le texte ne l'empêche pas formellement, on doute par exemple de l'opportunité d'y recourir lorsque la citation originale aura été signifiée à la personne même du défendeur, le cas de la violation du délai de citation excepté.

À l'inverse, les cours et tribunaux devraient ne pas hésiter à faire usage de cette protection lorsque la régularité de l'acte introductif aura été entachée d'un vice compromettant effectivement les droits de la défense de l'intéressé, telles la violation du délai de citation ou de comparution, ou la substitution illégale d'une requête contradictoire à la citation (art. 700 C. jud.)¹⁴⁴, ou encore l'absence de production du certificat de domicile en annexe d'une requête contradictoire introductive d'instance, requise à peine de nullité par l'article 1034ter du Code judiciaire¹⁴⁵.

La pratique peaufinera et enrichira certainement ce mode d'emploi ébauché ici à gros traits.

À ce stade, deux constats s'imposent sans attendre la patine du temps.

Il y a tout d'abord, selon nous, que le dispositif dual de protection procédurale du justiciable défaillant déferé au juge par le nouvel article 803 du même code est de nature à dissiper de manière nette et définitive les dernières réticences suscitées par la conception dite « minimaliste » des pouvoirs du juge statuant par défaut consacrée par l'article 806 du même code, et partant à désamorcer pour l'avenir toute tentative d'interprétation, voire d'application, *contra legem* de cette disposition cardinale (*supra*, n° 21).

Il y a ensuite que ce dispositif dual et alternatif de reconvo- cation, en cela qu'il permet une application souple, discrétionnaire, graduée et au cas par cas, est infiniment plus efficace, en termes de protection et d'économie de procédure, qu'une obligation qui pèserait à tout va sur le juge, sous peine de censure de sa décision, de soulever d'office toutes les irrégularités affectant l'acte introductif, quelles que soient les circonstances.

¹⁴⁴ En ce sens, la très belle étude de P. KNAEPEN, « Le point sur l'introduction irrégulière de demandes principales », J.T., 2017, pp. 725-726.

¹⁴⁵ J.P. Charleroi (3^e canton), 4 octobre 2017, R.G. n° 17A801, inédit.

4. L'alternative de la réouverture des débats

35bis. L'idée. Que ce soit pour s'assurer de l'effectivité de la convocation du défaillant, ou plus généralement pour donner à ce dernier une dernière chance de comparaître et d'ainsi conjurer les éventuelles exagérations du demandeur, le juge pourra parfois préférer l'alternative de la réouverture des débats conformément aux articles 774 et 775 du Code judiciaire. Sans aller jusqu'à la spectaculaire application des articles 1366 et 1367 du Code civil le conduisant, selon le cas, à rejeter purement et simplement la demande (*supra*, n° 28) ou à déferer le serment d'office au demandeur (*supra*, n° 28), ni même jusqu'à réduire d'office la prétention au nom d'une conception extensive de l'ordre public (*supra*, n° 29), le juge pourra dans certains cas préférer rouvrir les débats comme l'article 774 du Code judiciaire lui en confère le pouvoir souverain, même par défaut¹⁴⁶. Ce procédé lui permettra, d'une pierre deux coups, de donner au défendeur défaillant une nouvelle chance de comparaître sous pli judiciaire, et d'inviter le demandeur à clarifier et étoffer son dossier s'il est de bonne foi, ou à l'inciter à faire courbe rentrante s'il a agi avec indécatesse¹⁴⁷.

C. Effet suspensif de principe des recours formés par le justiciable défaillant

36. Un dernier élément manquait sans doute au tableau pour sceller définitivement la paix judiciaire et doctrinale autour du réajustement du traitement du justiciable défaillant opéré par les lois « pots-pourris I et V » des 19 octobre 2015 et 6 juillet 2017 : l'effet suspensif de principe du recours formé par le justiciable défaillant contre la décision définitive prononcée par défaut.

Sous la réserve du cas des décisions du tribunal de la famille – que la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017 a du reste avantageusement recalibré (*infra*, n° 37) –, cette question ne suscita guère de difficulté jusqu'à la promulgation de cette même loi.

Jusque-là et depuis toujours contre vents et marées¹⁴⁸, en ce compris sous l'empire de la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015, l'opposition s'était vu maintenir, non seulement son rang de voie de recours ordinaire massivement

ouverte à l'encontre de la plupart des décisions rendues par défaut, mais aussi son effet suspensif de principe.

Mais voici précisément que la loi « pot-pourri V », promulguée le 6 juillet 2017, procède à la quasi-abolition de l'opposition¹⁴⁹.

Tel que cette loi l'a modifié, l'article 1047, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose en effet que ce ne sont plus que les jugements par défaut rendus en dernier ressort qui peuvent être frappés d'opposition.

Il se déduit naturellement de cette disposition que les jugements par défaut atteignant le seuil du ressort conformément aux articles 617 et suivants du Code judiciaire, ne pourront plus être entrepris que par voie d'appel en vertu de l'article 1050 du même code, et pour autant que la loi n'en ait pas disposé autrement. Auparavant, ces jugements étaient alternativement, voire hélas cumulativement, susceptibles d'opposition ou d'appel (sous réserve des litiges dits indivisibles).

Le lieu n'est pas à l'exposé des tribulations parlementaires de cette petite révolution.

À vrai dire, l'événement n'a rien d'indigne¹⁵⁰.

Considérée isolément, la suppression de l'opposition pour tous les jugements susceptibles d'appel, telle qu'elle est consacrée par l'article 1047, alinéa 1^{er}, nouveau, du Code judiciaire¹⁵¹, ne devrait se heurter à aucune critique fondamentale.

¹⁴⁹ J.-Fr. VAN DROOGENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile "pots-pourris IV et V" », *J.T.*, 2017, pp. 637-638, n° 16.

¹⁵⁰ Les lignes qui suivent reproduisent par extraits les propos que l'un des trois soussignés a tenus lors de son audition le 7 février 2017 en commission de la Justice de la Chambre (Audition du professeur Jean-François van Drooghenbroeck, rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, p. 173).

¹⁵¹ Selon nous, et conformément à l'article 2 du Code judiciaire, cette disposition revêt une portée générale, dont s'accommodent les dispositions particulières, faute de dérogations expresses (J.-Fr. VAN DROOGENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile "pots-pourris IV et V" », *J.T.*, 2017, p. 637, n° 16, et la note [53] évoquant les travaux préparatoires de la loi « pot-pourri V » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/008, pp. 170-174). *Contra*: Comm. Liège, division de Dinant (1^{re} ch.), 14 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 245, selon lequel l'article 1047 nouveau du Code judiciaire aurait dû, en vertu de l'adage « specialia generalibus derogant », céder le pas devant l'article 14, alinéa 2, de la loi sur les faillites en vertu duquel un jugement déclaratif de faillite rendu par défaut aurait toujours été susceptible d'opposition, fût-il appelable. C'est à juste titre que ce jugement voit dans l'article XX.108, § 2, du Code de droit économique, dont la promulgation (11 août 2017) est postérieure à celle de la loi « pot-pourri V » (du 6 juillet 2017), une dérogation expresse et spéciale au nouveau droit commun découlant de l'article 1047 du Code judiciaire. Au reste, les travaux préparatoires de la loi du 11 août 2017 énoncent expressément que « le livre XX déroge à la règle générale et maintient un régime spécifique d'opposition et de tierce opposition concernant notamment le jugement déclaratif de faillite ou fixant la date de cessation de paiement: l'article XX.108, § 2, prévoit que le jugement en ces matières est susceptible d'opposition par les parties défaillantes et de tierce opposition de la part des intéressés qui n'y ont pas été parties ». Mais précisément par ce que cette dérogation ne fut consentie et explicitée qu'en cours d'élaboration de la loi du 11 août 2017, il est plus hasardeux, nous paraît-il, de donner une portée rétroactive ou interprétative à cette disposition entrée en vigueur le 1^{er} mai 2018, validant toutes les oppositions formées contre des jugements appelables prononcés par défaut entre le 3 août 2017 (date

¹⁴⁶ G. DE LEVAL, « Le jugement », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 629, n° 7.8; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 5, n° 10 et réf. citées.

¹⁴⁷ Voy. p. ex., recourant judiciairement à ce procédé, Bruxelles (41^e ch. fam.), 2 mai 2016, R.G. n° 2015/FA/342, inédit, J.P. Tournai (1^{er} canton), 20 décembre 2017, R.G. n° 17A1348, inédit, ainsi que Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 16 novembre 2016, R.G. n° 16/1636/A, inédit. *Adde*: Civ. Namur, division de Namur (3^e ch.), 11 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 732, qui, par souci d'économie, plutôt que de faire convoquer le défaillant par exploit d'huissier (art. 803, al. 2, C. jud.) rouvre les débats moyennant notification sous pli judiciaire à la nouvelle adresse du défaillant après avoir constaté le refus du demandeur de requérir la notification visée par l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

¹⁴⁸ J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Contre mauvaise fortune... », concl. du numéro spécial du *Journal des tribunaux* « Pour une @utre Justice : mieux, plus vite, moins cher », *J.T.*, 2015, pp. 155-157.

Ainsi que le législateur européen en a pris acte depuis longtemps¹⁵², bon nombre d'États ont rayé ou considérablement raréfié ce recours de leur droit positif¹⁵³. Ainsi que le notait l'auteur du projet de loi «pot-pourri V»¹⁵⁴, tel est notamment le cas du nouveau Code de procédure civile français qui en ses articles 473 et 571 instaure un régime plus restrictif encore que celui de l'article 150 en projet, n'ouvrant plus l'opposition qu'aux seuls jugements par défaut de dernier ressort pris sur citation non signifiée à personne¹⁵⁵.

Le droit au recours n'étant pas garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et ne se trouvant pas davantage hissé au rang de principe général du droit par nos cours suprêmes¹⁵⁶, il n'y a *a fortiori* aucune indignité européenne à canaliser le justiciable condamné par défaut en premier ressort vers l'appel, tout en lui ménageant encore l'opposition lorsque sa condamnation est prononcée en dernier ressort.

Lorsqu'il supprime ou restreint, comme en l'espèce, l'accès au recours, et pourvu qu'il poursuive un but légitime, le législateur ne doit veiller qu'à ménager l'essence du droit d'accès au juge et l'égalité des justiciables¹⁵⁷. L'article 1047 du Code judiciaire n'engendre aucune discrimination, pas plus qu'il ne porte atteinte à l'essence du droit d'accès au juge.

L'opposition et son contrôle de pleine juridiction disparaissent certes. Mais ils subsistent pour les jugements rendus par défaut en dernier ressort et l'appel demeure largement ouvert au défendeur défaillant, qui lui aussi entraîne un contrôle de pleine juridiction, entièrement respectueux des droits de la défense¹⁵⁸.

À vrai dire, la protection du justiciable défaillant sort plutôt renforcée, ici encore, de la loi «pot-pourri V» du 6 juillet 2017.

de l'entrée en vigueur de la loi «pot-pourri V» du 6 juillet 2017) et le 1^{er} mai 2018 (date de l'entrée en vigueur de la loi 11 août 2017 portant le livre XX du Code de droit économique).

¹⁵² P. ex., proposition de règlement du Conseil portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées présentée le 18 avril 2002, COM(2002) 159 final – 2002/0090(CNS), J.O.C.E., n° C 203 E du 27 août 2002, pp. 86 et s., ici spéc., exposé des motifs, pt 3.

¹⁵³ P.M.M. VAN DER GRINTEN, «Kroniek Europese Ontwikkelingen», T.C.R., 2005, pp. 79 et s., ici spéc. p. 82.

¹⁵⁴ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/001, p. 118.

¹⁵⁵ Y. DESDEVISES, «Carence des parties: jugements par défaut, jugements réputés contradictoires, opposition», J.-Cl. Proc. Civ., Paris, Litec, 2003.

¹⁵⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361 et s., n° 470 et s. et réf. citées.

¹⁵⁷ Voy., p. ex., Cour eur. D.H., 9 janvier 2014, *Viard c. France*, req. n° 71648/10, consid. 29 et réf. citées; C.C., 16 juin 2016, arrêt n° 93/2016; C.A., 7 novembre 2006, J.L.M.B., 1996, p. 1692, obs. V. THIRY, «La privation d'un double degré de juridiction au regard du principe d'égalité»; C.C., 24 octobre 2007, J.T., 2007, p. 874.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., 24 juin 1993, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, § 52; Cass., 14 janvier 2005, *Arr. cass.*, 2005, p. 77; Cass., 13 septembre 1999, *Arr. cass.*, 1999, p. 1095.

Alors même que ni le respect des garanties fondamentales du procès équitable ni le droit judiciaire européen¹⁵⁹ n'exigent que les recours soient dotés de plein droit d'un effet suspensif, pourvu que le justiciable soit épargné de situations irréversibles provoquées par l'exécution immédiate¹⁶⁰, il se trouve en effet qu'au prix de discussions parlementaires animées et passionnantes, l'article 1397, alinéa 2, du Code judiciaire dispose désormais que, «sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge, d'office ou à la demande d'une des parties, en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée et sans préjudice de l'article 1414, l'opposition ou l'appel formé par la partie défaillante contre les jugements définitifs prononcés par défaut en suspendent l'exécution».

Et même lorsque le juge aura, par décision spécialement motivée, accordé ou ordonné l'exécution provisoire, les outils ne manqueront pas pour conjurer ou atténuer les conséquences dommageables d'une exécution immédiate. On songe au cantonnement (art. 1403 et s. C. jud.) ainsi qu'à la possibilité – radicalement neuve, elle aussi – d'obtenir à très bref délai du juge d'appel la suppression de l'exécution provisoire accordée par le premier juge (voy. art. 1066, al. 2, 6°, C. jud. tel qu'il a été modifié par la loi «pot-pourri V» du 6 juillet 2017).

37. Spécificité des décisions du tribunal de la famille¹⁶¹. Dira-t-on que les justiciables du tribunal de la famille sont à nouveau les oubliés des faveurs du législateur sous l'angle de ces questions? La critique portait assurément sous l'empire de la loi «pot-pourri I», puisqu'en vertu de l'ancien article 1398/1 du Code judiciaire, l'opposition formée contre un jugement définitif du tribunal de la famille n'en suspendait pas la force exécutoire dont il était de plein droit assorti, sans possibilité pour le juge d'y contrevenir¹⁶².

La critique fut entendue par les auteurs des lois dites «pots-pourris V et VI» des 6 juillet 2017 et 25 mai 2018 qui, d'une part, autorisent le juge à déroger d'office, par décision spécialement motivée, à l'effet non suspensif de l'opposition formée contre un jugement définitif prononcé en dernier ressort par le tribunal de la famille (art. 1047, al. 1^{er}, *juncto* art. 1398/1, nouveaux, C. jud.), et qui, d'autre part, et surtout, soumettent l'appel formé contre les jugements définitifs rendus en premier ressort par ce même tribunal au régime de droit commun de l'effet suspensif de principe (art. 1397, al. 2, nouveau, C. jud.)¹⁶³.

¹⁵⁹ Ch. VANHEUKELLEN, «Un titre exécutoire européen. Approche d'un praticien du droit», in G. de Leval et Fr. Georges (dir.), *Le droit judiciaire en mutation. Hommage à Alphonse Kohl*, coll. CUP, vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, spéc. pp. 29 et s. et réf. citées.

¹⁶⁰ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 309-310 et réf. citées.

¹⁶¹ Cons. la très belle étude de C. DE BOR, M. MALLIEN et J.-E. BEERNAERT, «L'exécution provisoire des décisions du tribunal de la famille», in J. Sosson et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Tribunal de la famille: des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 391-440.

¹⁶² J.-L. VAN BOXSTAEL, «L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel», in J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri: promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 302-303; A.-Ch. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, «Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique: le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création», *op. cit.*, p. 23.

¹⁶³ Ainsi que les auteurs mêmes de la loi l'ont confirmé dans une proposition d'amendement au projet de loi dit «pot-pourri VI», c'était par suite d'une erreur matérielle que l'article 1398/1 du Code judiciaire,

Voyons tout de même que ce réalignement du droit judiciaire de la famille sur le droit processuel commun demeure de portée circonscrite.

En effet, la plupart des décisions prononcées par défaut par le tribunal de la famille restent exécutoires de plein droit nonobstant recours ordinaire du défaillant, en vertu d'autres dispositions.

S'agissant des décisions régies par l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, rebaptisées « mesures provisoires » par la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, ainsi que des décisions prises sur le fondement de demandes d'urgence invoquée (art. 1253ter/4, § 1^{er}, C. jud.), ce caractère exécutoire de plein droit procède de l'article 1397, alinéa 3, du Code judiciaire qui, tel qu'il a été modifié par cette même loi, dispose que « l'exécution par provision est de droit pour les jugements avant dire droit, ce qui englobe tous les types de mesures provisoires ».

Pour ce qui concerne les décisions prononcées sur le fondement de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire (procédures d'urgence présumée), ce même caractère leur est procuré par les articles 1397, alinéa 2 (appel), et 1398/1 (opposition), précités, du même code. D'aucuns pourraient soutenir que le caractère exécutoire de plein droit résulte également, voire prioritairement, de l'article 1039 du même code, dès lors que, depuis sa modification par la loi « pot-pourri V », l'article 1253ter/4, § 2, alinéa 2, énonce que les causes traitées sur son fondement sont « introduites et instruites comme en référé »¹⁶⁴.

La question de l'identification de la base légale fondant le caractère exécutoire de plein droit de jugements définitifs pris par le tribunal de la famille en vertu de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, n'est pas purement cosmétique. Postuler que le fondement de ce caractère résulte plutôt de l'article 1039 du Code judiciaire, laisse en effet une question ouverte, qui se pose du reste au sujet de tous les jugements définitifs – qu'ils soient prononcés contradictoirement ou par défaut – visés par l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire : le juge de la famille pourrait-il par décision spécialement motivée, prise d'office ou à la demande d'une partie, accorder un effet suspensif à l'appel ou à l'opposition formé(e) contre son jugement ? La question ne se pose pas si l'on s'en tient aux articles 1397, alinéa 2, et 1398/1 du Code judiciaire, qui prévoient expressément cette possibilité.

tel qu'il résultait de la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, renvoyait à l'alinéa 1^{er} de l'article 1397 du même code, alors que c'est bien l'hypothèse de l'appel formé contre un jugement définitif par défaut qui est visée, et ainsi traitée à l'identique de l'hypothèse de l'opposition formée contre ce même jugement (projet de loi modifiant le Code judiciaire, le Code civil et la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, amendement n° 2 déposé le 12 décembre 2017 par M^{me} Becq et crts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2827/002, pp. 3-4). L'article 55 de la loi « pot-pourri VI » du 25 mai 2018 répare donc cette erreur en remplaçant, dans l'article 1398/1 du Code judiciaire, la référence inappropriée à l'alinéa 1^{er} par une référence à l'alinéa 2 de l'article 1397 du même code : voy. J.-S. LENAERTS, « Synthèse des modifications de procédure civile apportée par la loi du 25 mai 2018, dite "pot-pourri VI" », *J.T.*, 2018, p. 504, n° 18.

¹⁶⁴ Sur l'applicabilité du régime de l'exécution de plein droit aux décisions prononcées comme en référé, cons. J.-L. VAN BOXSTAEL, « L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel », *op. cit.*, p. 294.

À notre estime, cette possibilité ne fait aucun doute, ne fût-ce que pour raison que l'article 1398/1 du Code judiciaire (également en ce qu'il renvoie à l'alinéa 2 de l'article 1397), constitue une *lex specialis* dérogeant au droit commun de l'article 1039 du même code. Au demeurant, l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire trace le *quod plerumque fit* des décisions définitives à prendre par le tribunal de la famille, si bien que le champ d'application de l'article 1398/1 se réduirait à peau de chagrin s'il fallait en exclure les décisions prises sur le fondement de l'article 1253ter/4, § 2. Au registre des arguments de texte, relevons encore que l'article 1253ter/4, § 2, alinéa 2, tel que son libellé a d'ailleurs été resserré par la loi « pot-pourri V », dispose que les causes traitées sur son fondement sont « introduites et instruites » comme en référé, mais non qu'elles seraient « jugées » comme tel. Relevons d'ailleurs que l'insertion de cette précision (« introduite et instruite comme en référé ») procède exclusivement de l'intention de corriger les erreurs terminologiques qu'avaient commises les auteurs de la loi du 31 juillet 2013, malgré les remarques du Conseil d'État¹⁶⁵, dans la distinction entre les décisions prises dans le cadre de l'urgence invoquée et les décisions prises au bénéfice de l'urgence présumée¹⁶⁶. Il ne s'agissait nullement de distinguer, et encore moins de durcir davantage, le régime de la force exécutoire des décisions du tribunal de la famille.

Il y a plus que ces arguments de texte.

Voyons d'abord que les auteurs de la loi « pot-pourri V » ont, à plusieurs reprises, exprimé le vœu de renforcer la protection du justiciable défaillant. Or, sous l'empire de la loi « pot-pourri I », notre question ne souffrait aucune discussion, puisque l'alinéa 2 de l'article 1398/1 du Code judiciaire disposait alors que « le juge siégeant au tribunal de la famille peut, moyennant une décision spécialement motivée, refuser l'exécution provisoire si une des parties le lui demande ».

Mais cette disposition a été abrogée par la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017. Faut-il en déduire que le caractère exécutoire de ces décisions introduites et instruites (mais non « jugées ») « comme en référé » serait aussi irrévocable que les ordonnances de référé, comme le suggère la combinaison des articles 1253ter/4, § 2, alinéa 2, et 1039, précités, du Code judiciaire ?

Indépendamment des solides arguments de texte qui l'étaient (*supra*), telle n'est pas l'intention des auteurs de la loi « pot-pourri V » de précariser de la sorte le sort des justiciables du tribunal de la famille. Aussi nous paraît-il que l'abrogation de l'article 1398/1, alinéa 2, doit plutôt se lire, une fois encore, comme un réalignement du sort de ces justiciables sur le droit commun énoncé par l'article 1397 du Code judiciaire, qui, d'une part, accorde un effet suspensif de principe à l'opposition formée contre un jugement définitif de dernier res-

¹⁶⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3356/004, p. 18.

¹⁶⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/001, p. 79.

sort, et, d'autre part, permet à l'auteur d'une décision définitive d'en retirer, le cas échéant d'office, le caractère exécutoire par provision en cas d'appel.

Au demeurant, les auteurs du projet de loi «pot-pourri V» ont, à l'instigation de la doctrine¹⁶⁷, particulièrement insisté sur leur intention d'accroître l'alignement du régime de la force exécutoire des décisions du tribunal de la famille sur celui des autres juridictions de fond¹⁶⁸, de sorte que l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 1398/1 traduit sans aucun doute la volonté du législateur d'assujettir le régime des décisions du tribunal de la famille aux dispositions du nouvel article 1397 du même code, ce d'autant plus certainement que la loi «pot-pourri I» du 19 octobre 2015 avait inséré cette disposition précisément aux fins d'adoucir la rigueur exécutoire des décisions visées¹⁶⁹. Et ne perdons pas de vue, que les décisions prononcées au terme d'une procédure «introduite et instruite comme en référé», telles les décisions visées par l'article 1253ter/4 du Code judiciaire, constituent incontestablement des décisions définitives au sens des articles 19, alinéa 1^{er}, et 1397, alinéas 1^{er} et 2, du même code¹⁷⁰.

Le toilettage de l'article 1398/1 du Code judiciaire opéré par l'article 55 de loi dite «pot-pourri VI» du 25 mai 2018 vient, s'il le fallait encore, consolider cette lecture des règles nouvelles¹⁷¹.

Section 5

Dignité européenne de l'article 806 du Code judiciaire

38. Il suit des développements qui précèdent que les lois dites «pots-pourris I et V» ont, en synergie avec la Cour de cassation, doté le justiciable défaillant d'une protection justifiant pleinement le réajustement des pouvoirs juridictionnels du juge statuant par défaut opéré par l'article 806 du Code judiciaire ciselé par ces réformes.

Gageons que ce sentiment sera désormais partagé, car tel ne fut pas toujours le cas jusqu'ores.

39. **Le reproche.** Lorsqu'on ne tentait pas de lui substituer certains travaux préparatoires (*supra*, n° 19), l'impopulaire article 806 du Code judiciaire était alors taxé, ni plus ni moins, que d'indignité européenne.

¹⁶⁷ Voy. en particulier l'exposé très convaincant de J.-L. VAN BOXSTAEL, «L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel», *op. cit.*, pp. 302-304.

¹⁶⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/001, pp. 121-122 : «On n'aperçoit pas de raison objective qui justifierait une différence de traitement selon que l'on se trouve devant le tribunal de la famille ou devant une autre juridiction. [...] Il est absolument exact qu'il n'y a pas de raison de régler la question différemment dans les deux cas, les deux dispositions [N.D.L.R. Les articles 1397 et 1398/1 du Code judiciaire] devant de ce fait être harmonisées».

¹⁶⁹ J.-L. VAN BOXSTAEL, «L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel», *op. cit.*, p. 304.

¹⁷⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 53-3356/004, pp. 17-18.

¹⁷¹ J.-S. LENAERTS, «Synthèse des modifications de procédure civile apportée par la loi du 25 mai 2018, dite «pot-pourri VI», *op. cit.*, p. 504, n° 18.

Ce reproche n'émanait pas de la doctrine (*supra*, n°s 15-17). Il fut le fait de quelques décisions jurisprudentielles (*infra*, n° 40).

La critique est aujourd'hui plus que jamais déplacée car l'état actuel du droit processuel européen tolère, et même soutient, la règle énoncée par l'article 806 du Code judiciaire. Telle est la conclusion dictée par un bref état des lieux de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, puis de celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

40. **L'arrêt G. c. Cornelius de Visser.** L'article 3.1 du règlement (CE) n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées dispose que «le présent règlement s'applique aux décisions, transactions judiciaires et actes authentiques portant sur des créances incontestées» et poursuit qu'«une créance est réputée incontestée [...] b) si le débiteur ne s'y est jamais opposé, conformément aux règles de procédure de l'État membre d'origine, au cours de la procédure judiciaire».

Compte tenu de la vivacité de la conception dite «maximaliste» des pouvoirs du juge statuant par défaut (*supra*, n° 4), la question s'est posée avec une particulière acuité de la possibilité, ou non, d'assimiler le défaut à une absence de contestation au sens de l'instrument européen précité.

Rapidement, doctrine¹⁷² et jurisprudence de fond¹⁷³ considérèrent à l'unisson que cette conception maximaliste devait céder le pas, sinon définitivement

¹⁷² I. COUWENBERG, «Erkenning, exequatur en executie van vonnissen», in B. Allemeersch et T. Kruger (éd.), *Handboek Europees burgerlijk procesrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, 170, n° 50. Dans le même sens, voy. déjà précédemment G. DE LEVAL, «Reconnaissance et exécution de l'acte notarié dans l'espace européen», *op. cit.*, p. 671, note 22; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. Brijs, *Un titre exécutoire européen*, *op. cit.*, pp. 61 et s., n°s 54 et s. et réf. citées; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. Brijs, «De afschaffing van het exequatur: de Europese executoriale titel in twintig vragen en antwoorden», in M. Petergás et al., *Beelden en uitvoeren over de grenzen heen*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 151, n° 22; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. Brijs, «La pratique judiciaire au défi du titre exécutoire européen», *op. cit.*, pp. 219 et s., n°s 29 et s.; P. GHELEN, «Guide pratique du titre exécutoire européen», *J.J.P.*, n°s 9-10, 2008, p. 309; Ch. VANHEUKELLEN, «Un titre exécutoire européen. Approche d'un praticien du droit», *op. cit.*, pp. 25-44; S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 15, n° 42.

¹⁷³ Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 1^{er} février 2006, *www.dipr.be*, pp. 53 et s. et R. W., 2007-2008, p. 1259; Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 10 mai 2006, *Limb. Rechtsl.*, 2007, 262; Comm. Louvain (1^{re} ch.), 30 mai 2006, R.G. n° A/06/788, en cause de *N. V. Remy Industries c. G.m.b.H. Schlemmer Mineralbrunnen*, inédit; Civ. Bruxelles (2^e ch.), 13 juillet 2006, R.G. n° 2006/5949/A, en cause de *Novotel Brussels Airport c. J.P.O.*, inédit; J.P. Heist-op-den-Berg, 2 mars 2006, *www.dipr.be*, 2006-1, pp. 58 et s.; J.P. Bruxelles (1^{re} canton), 14 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 842; J.P. Bruxelles (1^{re} canton), 14 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1199; J.P. Braine-l'Alleud, 2 octobre 2007 (deux espèces), R.G. n°s 07A/7854 et 07A/7855, inédits; Comm. Nivelles, 7 août 2008, R.G. n° A0890, inédit; Civ. Bruxelles, 13 juillet 2006, R.G. n° 2006/5949/A; J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 31 janvier 2007, R.G. n° 07A54, inédit; Civ. Louvain, 12 avril 2007, R.G. n° 07/600/A, inédit; J.P. Eupen, 19 juin 2008, R.G. n° 08A166; Comm. Mons (1^{re} ch.), 24 juin 2008, R.G. n° A/08/772, inédit; J.P. Bruxelles (2^e canton), 30 octobre 2008, R.G. n° 08A1603, inédit; Comm. Nivelles (1^{re} ch.), 1^{er} août 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 848, obs. P. GHELEN (implicite); Comm. Nivelles (1^{re} ch.), 7 août 2008, R.G. n° A/08/920, inédit (implicite); Comm. Bruges

disparaître, devant le vœu du législateur européen, manifestement acquis à l'idée d'une assimilation d'une condamnation par défaut à une créance incontestée.

La spectaculaire unanimité de la jurisprudence belge sur ce point laisse d'ailleurs songeur : pourquoi nos juges seraient-ils si réticents à l'idée de considérer que le défaut ne vaut pas (ne vaut plus) contestation de la demande à l'aune du texte pourtant clair du nouvel article 806 du Code judiciaire, alors qu'ils furent si prompts et si nombreux à l'admettre au regard de l'article 3.1.b du règlement (CE) n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire pour les créances incontestées ? Pourquoi la première disposition serait-elle imbuvable (*infra*, n° 41), tandis que la première fut jugée si comestible ?

Quoi qu'il en soit, cette tendance allait trouver sa consécration dans l'arrêt que la Cour de justice de l'Union européenne prononça le 15 mars 2012 dans l'affaire *G. c. Cornelius de Visser*. Il suit en effet de cet arrêt de principe « qu'un jugement par défaut compte parmi les titres exécutoires au sens de l'article 3 dudit règlement, susceptibles d'être certifiés en tant que titre exécutoire européen. Ainsi que le souligne le sixième considérant du règlement n° 805/2004, l'absence d'objections de la part du débiteur telle qu'elle est prévue à l'article 3, paragraphe 1, sous b), de ce règlement peut prendre la forme d'un défaut de comparution à une audience ou d'une suite non donnée à l'invitation faite par la juridiction de notifier par écrit l'intention de défendre l'affaire »¹⁷⁴.

Cette définition de principe résulte certes de l'exercice par la Cour de son pouvoir d'interprétation autonome des concepts du droit européen. Mais ne voit-on pas précisément que cette définition et les travaux législatifs auxquels elle se réfère, s'emploient à tracer la synthèse, le *quod plerumque fit*, ou encore le plus grand dénominateur commun, des droits processuels nationaux de l'Espace judiciaire européen¹⁷⁵ ?

41. Le baroud d'honneur de la Cour de cassation. C'est donc de manière pour le moins inattendue, à contre-pied d'une jurisprudence de fond et d'une doctrine unanimes, que la Cour de cassation de Belgique a, forte du renvoi aux droits nationaux sur ce point, considéré, aux termes d'un arrêt du 15 janvier 2016, que « le défaut d'une partie qui n'a jamais comparu ou ne comparait plus constitue, selon le droit belge applicable au litige, un mode de contestation de la demande », de sorte que le jugement par défaut ne peut être tenu pour un titre exécutoire porteur d'une créance incontestée au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, du règlement (CE) n° 805/2004¹⁷⁶.

(1^{re} ch.), 6 novembre 2008, R.G. n° A/06/01104, inédit (implicite) ; Civ.Bruxelles (1^{re} ch.), 12 mars 2009, R.G. n° 09/1771/A, inédit (implicite) ; J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 28 janvier 2010, *Ius & Actores*, 2010, pp. 191 et s. (implicite) ; J.P. Gand, 23 février 2010, *N.j.W.*, 2011, n° 234, p. 29, note A. VANDERHAEGHEN. C.J.U.E. (1^{re} ch.), 15 mars 2012, *G. c. Cornelius de Visser*, C-292/10, § 62.

¹⁷⁴ Pour une analyse de droit comparé des pouvoirs du juge statuant par défaut, voy. J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « *Absens indefensus est* », *op. cit.*, ici spéc. pp. 222 et s., n°s 81 et s.

¹⁷⁵ Cass. (1^{re} ch.), 15 janvier 2016, R.G. n° C.14.0566.F, concl. conf. Av. gén. A. HENKES, R.D.C., 2017, pp. 87 et s., obs. J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. BRIJS, « En droit judiciaire (européen), le défaut ne vaut pas contestation de la demande ».

Ce baroud d'honneur de la Cour de cassation et la résistance manifestée par les premiers commentateurs de l'article 806 du Code judiciaire, revivifiant la conception « maximaliste » des pouvoirs du juge statuant par défaut (*supra*, n° 15), ne s'inscrivent-ils pas à contre-courant de cette tendance européenne forte ?

La Cour de cassation s'est crue autorisée à s'exprimer de la sorte au motif que cette disposition renvoie au droit national.

42. L'arrêt *Pebros Servizi*. Il n'aura pas fallu six mois pour que la Cour de justice de l'Union européenne lui dénie, à juste titre, cette licence interprétative. Car, ainsi que la Cour de Luxembourg le souligne dans son arrêt *Pebros Servizi* du 16 juin 2016, « le renvoi exprès aux règles de procédure de l'État membre, prévu à l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous b), du règlement n° 805/2004, ne vise pas les conséquences juridiques de l'absence du débiteur à la procédure, celles-ci faisant l'objet d'une qualification autonome en vertu de ce règlement, mais concerne exclusivement les modalités procédurales selon lesquelles le débiteur peut efficacement s'opposer à la créance », de sorte que « les conditions selon lesquelles, en cas de jugement par défaut, une créance est réputée "incontestée", au sens de l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous b), du règlement n° 805/2004, doivent être déterminées de manière autonome, en vertu de ce seul règlement »¹⁷⁷.

On ne pouvait, selon nous, abandonner plus clairement la thèse selon laquelle le défaut vaudrait contestation de la demande, ni adouber plus clairement la conception minimaliste des pouvoirs du juge statuant par défaut, qui manifestement tient la corde en droit judiciaire européen.

B. Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

43. L'article 806 du Code judiciaire, atteinte à l'indépendance du juge ? Aux termes d'une motivation plus¹⁷⁸ ou moins¹⁷⁹ élaborée, certaines décisions n'ont pas hésité, aux premiers jours de son entrée en vigueur, à affirmer¹⁸⁰ ou à suggérer¹⁸¹ l'incompatibilité de l'article 806 du Code judiciaire

¹⁷⁷ C.J.U.E. (3^e ch.), 16 juin 2016, *Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd*, C-511/14, ici §§ 35-45, concl. conf. Av. gén. Y. BOT, R.D.C., 2017, pp. 87-94, obs. J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. BRIJS, « En droit judiciaire (européen), le défaut ne vaut pas contestation de la demande ».

¹⁷⁸ Anvers (3^e ch.), 22 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1065, note (judicieusement) critique de C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces » ; Civ.Flandre occidentale, division de Bruges, 30 novembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 634 ; J.P. Fiéron, 22 mars 2016, *J.J.R.*, 2016, p. 272.

¹⁷⁹ Trib. fam. Bruxelles fr. (3^e ch.), 10 décembre 2015, R.G. n° 14/9487/A ; Trib. fam. Bruxelles fr. (3^e ch.), 10 mars 2016, R.G. n° 16/1346/A.

¹⁸⁰ Voy. les jugements cités aux deux notes précédentes.

¹⁸¹ J.P. Grâce-Hollogne, 17 décembre 2015, R.G. n° 15A547 ; J.P. Grâce-Hollogne, 22 mars 2016, R.G. n° 16A87, inédit.

avec l'indépendance du juge requise par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par l'article 151 de la Constitution.

Cette indignation fait sans doute honneur à la justice que ces juges ont à cœur de rendre dans le respect des garanties du procès équitable.

Mais elle n'a pas lieu d'être.

44. L'article 806 du Code judiciaire n'est pas un cas isolé de restriction des pouvoirs du juge au relevé des moyens d'ordre public. Juger qu'en « limitant [...] l'office du juge aux seuls moyens d'ordre public, l'article 806 du Code judiciaire heurte de plein fouet le prescrit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et les principes régissant les règles du procès équitable »¹⁸² ou « qu'on n'aperçoit pas où gît encore l'indépendance du juge quand il est tenu, sous la réserve évidente de l'ordre public, d'accorder à la partie comparante ce qu'elle lui demande »¹⁸³, revient tout d'abord à jeter le discrédit sur ces multiples procédures équipollentes au nouvel article 806 du Code judiciaire, dans lesquelles le juge, qu'il statue contradictoirement, par défaut ou encore sur requête unilatérale, ne peut examiner la prétention du demandeur qu'à l'aune de l'ordre public et doit s'abstenir de soulever d'office tout moyen qui y est étranger.

À suivre l'humeur des décisions précitées, il faudrait condamner les procédures d'obtention de jugements d'accord (art. 977 et 1043 C. jud.), les procédures d'homologation des accords de médiation (art. 1733 et 1736 C. jud.), la procédure en annulation de sentences arbitrales (art. V.2.b de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et art. 1717, § 3, b, (ii), C. jud.), la procédure en refus de reconnaissance ou d'exécution de ces mêmes sentences (art. 1721, § 1^{er}, b, (ii), C. jud.), etc. : autant de situations cantonnant le rôle du juge au respect du seul ordre public. *Per absurdo*, il faudrait aussi douter de l'indépendance du juge saisi d'une demande en refus de reconnaissance ou d'exécution sur la base des articles 45.1.a) ou 46 du règlement (UE) n° 1215/2012 dit « Bruxelles Ibis », cantonnant son contrôle à la censure de décision « manifestement contraire à l'ordre public ».

45. Une critique déplacée. La définition légale, fût-elle restrictive, des pouvoirs du juge n'a ensuite strictement rien à voir avec l'indépendance exigée du juge par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁴. Au demeurant, et à de multiples reprises, la Cour de Strasbourg a affirmé

¹⁸² Anvers (3^e ch.), 22 décembre 2015, R.W. 2016-2017, p. 1065, note (judicieusement) critique de C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces ».

¹⁸³ Trib. fam. Bruxelles fr. (3^e ch.), 10 décembre 2015, R.G. n° 14/9487/A ; Trib. fam. Bruxelles (3^e ch.), 10 mars 2016, R.G. n° 16/1346/A.

¹⁸⁴ Voy. P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., pp. 469 et s. et réf. citées. *Adde* : les analyses et recensions proposées, p. ex., par B. BLERO et K. MUNUNGU LUNGU, « Le management de la justice : un défi à l'indépendance du juge », *Reu. dr. U.L.B.*, vol. 41, 2014 ; P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr. Louvain*, 2011, p. 201 ; Fr. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et

n'apercevoir aucune atteinte aux garanties du procès équitable dans ces systèmes de *common law* imposant aux juges de suivre la jurisprudence ou les *guidelines* émanant des juridictions supérieures, pas plus que dans le mécanisme imposant au juge de renvoi de se conformer à la décision rendue sur sa question préjudicielle¹⁸⁵. Comment pourrait-il en aller autrement de la définition des pouvoirs du juge, énoncée par l'article 806 du Code judiciaire ?

46. L'article 806 du Code judiciaire à l'aune d'une appréciation globale. À supposer même qu'il faille considérer que la restriction des pouvoirs du juge au relevé des seuls moyens d'ordre public porte atteinte à l'indépendance attendue de lui en vertu de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, encore conviendrait-il aussitôt d'observer que cette faille ne suffirait pas à justifier le refus d'application de l'article 806 du Code judiciaire.

Il suit en effet d'un enseignement constant de la Cour de Strasbourg – qui s'impose au juge belge – que le respect « intégral » de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas exigé à chacun des « étages », à chacune des étapes, du procès : l'appréciation formée et recommandée par la Cour sur le respect de cette disposition est dite « globale », et prend en compte le procès dans son intégralité¹⁸⁶. S'en déduit que le manquement à l'une quelconque des garanties de l'article 6 à l'un quelconque des étages du procès peut ne pas déboucher sur la violation de l'article 6 s'il se trouve suffisamment « corrigé » au regard de la procédure considérée dans son ensemble. Notre Cour de cassation tient ce même discours, aux termes duquel, « lors de l'appréciation du respect des droits de la défense tels qu'ils découlent du droit à un procès équitable visé à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe général des droits de la défense, il convient de rechercher si la cause, prise dans son ensemble, respecte les droits de la défense »¹⁸⁷.

C'est ainsi qu'elle estime, par exemple et à juste titre, que « les droits de la défense, tels qu'ils résultent de l'article 6 de la [Convention européenne des droits de l'homme], n'empêchent pas qu'en cas d'absolue nécessité une procédure soit introduite sur requête unilatérale, à la condition que, d'une part, la loi prévoit une telle procédure et, d'autre part, les personnes intéressées aient la possibilité de former un contredit en garantie de leurs droits »¹⁸⁸.

impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 731.

¹⁸⁵ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, op. cit., pp. 536 et s. et réf. citées.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 24 et réf. citées ; C. DANIELS, « Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces », op. cit., p. 1065.

¹⁸⁷ Cass., 14 janvier 2015 (deux arrêts), R.C.J.B., 2006, p. 491, note J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. VAN DROOCHENBROECK, « Référé et procès équitable », *Rapp. égal. Cass.*, 13 septembre 1999, R.G. n° S.99.0058.N., *Marc Van Looy c. Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening*.

¹⁸⁸ Cass., 14 janvier 2005, précité.

Et, puisque l'indépendance du juge est ici mise en cause, relevons que sa règle de l'appréciation globale amène la Cour européenne des droits de l'homme à considérer qu'«un défaut d'indépendance ou d'impartialité de l'organe décisionnel ou une violation par cet organe d'une garantie procédurale essentielle ne peut emporter violation de l'article 6, § 1, si la décision a été soumise au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire doté de la "plénitude de juridiction" qui a assuré le respect des garanties de l'article 6, § 1, en remédiant au manquement initial»¹⁸⁹.

On ne peut raisonner autrement au sujet de l'article 806, nouveau, du Code judiciaire, et il est exclu d'écarter l'application de cette disposition au motif – au demeurant inexact (*supra*, n° 43) – qu'elle porterait atteinte à l'indépendance du juge. La protection offerte par cette disposition au défendeur défaillant n'a rien à envier, tant s'en faut, à celle dont le tiers absent bénéficie lorsqu'une requête unilatérale se juge à son encontre. Et l'opposition ou, selon le cas, l'appel dévolu(e) au défendeur défaillant, inconditionnels (art. 1047 *juncto* 1050 C. jud.), suspensifs (art. 1397, al. 2, C. jud.), et de pleine juridiction, sont bien plus secourables que la tierce opposition ouverte au tiers condamné sur requête unilatérale (art. 1033 et 1122 et s. C. jud.).

L'appréciation globale préconisée par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation devrait immanquablement mener au décernement d'un *satisfecit* à l'article 806 du Code judiciaire¹⁹⁰.

Force est, en effet, de constater qu'aux termes de l'article 1397, alinéa 2, du Code judiciaire, l'exercice des voies de recours ordinaires (appel ou opposition) conserve, à la différence du régime des décisions contradictoires, un effet suspensif (*supra*, n° 35). À la protection de ces voies de recours ordinaires suspensives, apérétrices d'un contrôle de pleine juridiction, s'ajoutent les potentialités de l'ordre public dévolues au juge statuant par défaut telles que l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 les a sublimées (*supra*, n° 29).

C'est dire si, au prix d'une appréciation globale, le prétendu déstagement du procès équitable et de l'indépendance du juge par l'article 806 du Code judiciaire, passe très largement la rampe des standards du procès équitable dessinés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹¹.

¹⁸⁹ Cour eur. D.H., 26 août 1997, *De Haan c. Pays-Bas*, §§ 52-55.

¹⁹⁰ Dans notre sens égal., C. DANIELS, «Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces», *op. cit.*, p. 1065 et s.; S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 13, n° 38; S. MOSSELMANS, «Verstekrechterblokje», *op. cit.*, p. 1522.

¹⁹¹ Dans notre sens également, S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 15, n° 42. Rapp. D. PIRE, «Questions diverses de droit judiciaire familial», *op. cit.*, p. 199, n° 42.

Section 6

La Cour constitutionnelle met un terme définitif à toute controverse

46bis. Compte tenu des modifications successives de l'article 806 du Code judiciaire par les lois «pot-pourri I» et «pot-pourri V», c'est à la Cour constitutionnelle que reviendrait assez naturellement le dernier mot de la saga qui, pendant plus d'un demi-siècle, émailla la question de l'étendue des pouvoirs du juge statuant par défaut.

La Cour ne manqua pas de saisir les deux occasions qui s'offrirent à elle pour décerner, sans réserve ni ambiguïté, à cette disposition légale chahutée le brevet de constitutionnalité, et plus fondamentalement de dignité, qu'elle méritait selon nous.

46ter. L'arrêt n° 62/2018 du 31 mai 2018. Aux termes de son arrêt n° 62/2018, prononcé le 31 mai 2018, la Cour constitutionnelle rejeta tous les recours en annulation formés contre la loi dite «pot-pourri I» du 19 octobre 2015.

Certains requérants reprochaient à l'article 20 de ladite loi, et partant à la «version pot-pourri I» du nouvel article 806 du Code judiciaire de contenir une réduction des pouvoirs du juge statuant par défaut qui violerait l'obligation de *standstill* «qui serait attachée à l'article 13 de la Constitution, combiné avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou avec les articles 10, 11, 11bis, 15, 16, 19, 22, 22bis, 23, 24, 25, 26 et 27 de la Constitution».

La Cour balaya ce grief, que les mêmes requérants avaient au demeurant articulé à tous leurs autres moyens d'annulation aux motifs que «lorsque sont en cause des dispositions garantissant des droits fondamentaux dont le respect peut être invoqué directement devant un juge, l'invocation d'une obligation de *standstill* n'est pas pertinente», qu'«il n'existe pas d'obligation de *standstill* découlant des dispositions constitutionnelles et conventionnelles invoquées, à l'exception de l'article 23 de la Constitution», et que «les requérantes ne démontrent aucunement en quoi les dispositions attaquées», en ce compris le nouvel article 806 du Code judiciaire issu de l'article 20 de la loi «pot-pourri I» du 19 octobre 2015, «seraient susceptibles d'entraîner un recul significatif dans le niveau de protection des droits économiques, sociaux et culturels garantis par l'article 23 de la Constitution»¹⁹².

46quater. L'arrêt n° 72/2018 du 7 juin 2018. Mais c'est surtout de l'arrêt n° 72/2018, rendu le 7 juin 2018¹⁹³, qu'allait venir la validation la plus

¹⁹² C.C., 31 mai 2018, arrêt n° 62/2018, ici spéc. points B.7 à B.9 et B.56 et B.57.

¹⁹³ C.C., 7 juin 2018, arrêt n° 72/2018.

nette et la plus décisive de l'article 806 du Code judiciaire issu des lois « pots-pourris » I et V.

La Cour fut interrogée par question préjudicielle posée le 1^{er} juin 2017 par la cour d'appel de Liège. La question portait sur la « version pot-pourri I » de l'article 806 du Code judiciaire, mais la Cour prend la liberté et le soin d'appréhender cette disposition à l'aune des ajustements opérés par la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, ainsi qu'en attestent les points B.1.2 et B.1.5 (ajout d'un membre de phrase à l'article 806 du Code judiciaire : *supra*, n° 31) et B.2.3 (quasi-abrogation de l'opposition par modification de l'article 1047 du même code ; *supra*, n° 36).

Plutôt que de s'engouffrer à son tour dans le jeu de l'interprétation de textes clairs (*supra*, n° 14 et s.), la Cour prend au contraire explicitement acte de la volonté du législateur « d'interdire [...] au juge statuant par défaut de soulever un moyen que ni l'ordre public ni un texte exprès ne l'invite à soulever d'office » (point B.1.5 ; *supra*, n° 31).

Rappelant à juste titre (*supra*, n° 43-46) que « le droit d'accès à un juge indépendant n'est [...] pas absolu et peut faire l'objet de limitations en vue de garantir la bonne administration de la justice et la sécurité juridique », en sorte que la réduction de l'office du juge opérée par l'article 806 du Code judiciaire constitue une « mesure pertinente par rapport » à l'objectif du législateur « de mettre fin à une controverse doctrinale et jurisprudentielle relative à l'étendue des pouvoirs du juge statuant par défaut et d'éviter les discriminations entre justiciables » (points B.5.2 et B.6.1).

Déployant enfin son contrôle de proportionnalité, et s'appuyant sur l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2016 (*supra*, n° 29), dont « il résulte [...] que la notion d'ordre public qui figure dans l'article 806 du Code judiciaire permet au juge statuant par défaut de refuser de faire droit aux demandes dont il constate qu'elles sont manifestement non fondées ou manifestement excessives », la Cour constitutionnelle conclut que l'article 806 du Code judiciaire « ne porte dès lors pas d'atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge » (points B.8.1 et B.8.2).

46quinquies. Au nom de la sécurité juridique, on ne peut que se réjouir de cette prompte, fructueuse et constructive collaboration de nos cours suprêmes avec le législateur fédéral, les premières prenant soin de peaufiner habilement, et de manière convergente, l'œuvre du second.

À présent que sa clarté, sa légitimité et sa pérennité sont acquises, il reste à concevoir, de manière systématique et pratique, le mode d'emploi de la protection du justiciable défaillant issue des réformes « pots-pourris ».

Section 7

Les pouvoirs du juge – familial – statuant par défaut : en pratique

47. S'accommoder de la loi et en tirer le meilleur parti. Appliquons donc l'article 806 du Code judiciaire, comme il est et pour ce qu'il est. Tentons dès lors de dresser l'inventaire des moyens de procédure (*infra*, n° 59-78) et de fond (*infra*, n° 79 et s.) qui, parce qu'ils ressortissent à l'ordre public ou parce que d'autres dispositions légales le prévoient expressément (*supra*, n° 9, et *infra*, p. ex., n° 79 et 80), sont les seuls que le juge statuant par défaut est appelé à soulever pour faire échec à la prétention qui lui est soumise.

Cette entreprise, que nous avons déjà menée il y a quelques années¹⁹⁴, est l'occasion de souligner combien, précisément, les ressources de l'ordre public sont inépuisables. Le découvrir et s'en convaincre invite à bien plus de clémence et de sérénité envers le nouveau texte.

A. Vérification de sa compétence par le juge statuant par défaut

1. Déclinatoires de juridiction

48. Déclinatoires de juridiction d'ordre public, à relever d'office. Conformément à l'article 806 du Code judiciaire, le juge statuant par défaut pourra – et devra même – soulever d'office les déclinatoires de juridiction relevant de l'ordre public. C'est ainsi qu'il relèvera d'office que le litige ne relève point des attributions de l'ordre judiciaire, mais de celles d'une juridiction administrative (le Conseil d'État p. ex.) ou d'un corps politique à mission juridictionnelle ou plus généralement de tout autre corps constitué que le pouvoir judiciaire (art. 158 de la Constitution *juncto* art. 556 C. jud.)¹⁹⁵.

C'est ainsi également qu'à l'abri de toute contestation, ce même juge dénoncera d'office toute violation des règles de compétence internationale applicables au litige¹⁹⁶ : tel est le prescrit non équivoque de l'article 28

¹⁹⁴ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « *Absens indefensus est* », *op. cit.*, ici spéc. pp. 189-249.

¹⁹⁵ Sur cette première catégorie de déclinatoires de juridiction, et son appartenance unanimement admise à l'ordre public, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, ici spéc. pp. 11-14 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », in H. Boulaïbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. pp. 62-63 ; S. RUTTEN et F. DUPON, « Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (2001-2013) », *op. cit.*, pp. 1860 et s., n° 2 et s. et nombreuses réf. citées.

¹⁹⁶ S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 10, n° 25 et p. 16, n° 47 ; L. FRANKIGNOUL, « L'instruction et le jugement par défaut », *op. cit.*, p. 428, n° 3.198 et réf. citées. Voy. déjà J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « *Absens indefensus est* », *op. cit.*, ici spéc. pp. 241 et s., n° 117 et s. Anvers, 7 avril 2003, *R. & B.*, 2003, p. 267 ; Civ. Bruxelles, 3 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1387.

du règlement (CE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit «règlement Bruxelles Ibis») ¹⁹⁷, de l'article 17 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (dit «règlement Bruxelles IIbis») ¹⁹⁸, ou encore de l'article 12 du Code de droit international privé ¹⁹⁹.

Il en va de même de l'article 15 du règlement (CE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen ²⁰⁰ et, en matière alimentaire, de l'article 10 du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ²⁰¹, etc.

49. Déclinatoire étranger à l'ordre public, à ne pas relever d'office : la clause (ou le compromis) arbitral(e). Par contre, le juge statuant par défaut devra se garder de soulever d'office le déclinatoire de juridiction pris d'une clause d'arbitrage car il ne fait pas l'ombre d'un doute, au vu des articles 568, 590 et 1682, § 1^{er}, du Code judiciaire, que seule la partie défenderesse est habilitée à se prévaloir de ce déclinatoire, lequel ne ressortit certainement pas à l'ordre public ²⁰².

¹⁹⁷ E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles Ibis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 560 p.; H. BOULARBAH, S. FRANCO, A. NUYTS, J.-L. VAN BOXSTAELE, J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et P. WAUTELET, «De Bruxelles I à Bruxelles Ibis», *J.T.*, 2015, pp. 89-108; A. NUYTS, «Bruxelles Ibis : présentation des nouvelles règles sur la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», in *Actualités en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 77 et s.; G. VAN CALSTER, «L'EEX nouveau (Ofte Brussel Ibis) est arrivé. De hervorming van de moeder van Europees Internationaal Privaatrecht», *R. W.*, 2014-2015, pp. 1443 et s.; *adde*: le numéro spécial de la *Revue de droit commercial*, 2013.

¹⁹⁸ P. ex. C. BARBE et M. DECHAMPS, «La compétence internationale des juridictions belges en cas de divorce», in *Divorce. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. XII. 1.1.-45; S. SAROLÉA, «Compétence internationale en matière de relations matrimoniales», in *International Family Law for the European Union*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 281.

¹⁹⁹ H. BOULARBAH, «Le nouveau droit commun des incidents de compétence internationale», *R.D.J.P./P & B.*, 2004, pp. 189 et s. *Adde*: A. NUYTS, «Le nouveau droit international privé belge - Compétence judiciaire», *J.T.*, 2005, pp. 173 et s.; A. NUYTS, «Les bases de compétence générales dans le Code de droit international privé», *R.D.J.P./P & B.*, 2004, pp. 173 et s.; A. HEYVAERT, *De internationale rechtmacht van de gerechten na het W.I.P.R.*, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 11-37.

²⁰⁰ P. WAUTELET et J. MARY, «Le règlement 650/2012 relatif aux successions internationales - Aperçu et principes généraux», *J.T.*, 2016/23, n° 6651, pp. 377-390.

²⁰¹ M. DECHAMPS, «Le règlement européen 4/2009 relatif aux aliments: Tentative de simplification de la résolution des litiges transfrontières en matière d'obligations alimentaires», *Reu. trim. dr. fam.*, 2011, pp. 801-832; I. BAMBUSTI, «Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires», *J.T.*, 2009, pp. 381-392.

²⁰² G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, *ici spéc.* pp. 11-14; G. CLOSSET-MARCHAL, «Déclinatoires et exceptions assimilées», *op. cit.*, *ici spéc.* p. 63; sous le régime

2. Dessaisissement en raison de l'effet dévolutif de l'appel

50. L'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire consacre le principe de l'effet dévolutif.

Sa portée est élargie ²⁰³ : «[...] l'appel d'un jugement qui ne statue pas sur toutes les questions litigieuses transporte le litige, dans sa totalité, devant le juge d'appel, en ce compris les points non jugés. Cette règle implique qu'en principe, l'appel dessaisit le premier juge de l'ensemble du litige, en ce compris les chefs de demande sur lesquels il n'avait pas encore été statué et en saisit le juge d'appel».

Cette règle est d'ordre public ²⁰⁴.

Dès lors, si au mépris de celle-ci, une partie fait refixer devant le juge d'instance un point non tranché au terme de la décision querellée, ce dernier – fût-ce par défaut – devra se déclarer incompétent pour en connaître par application de l'effet dévolutif qui a transporté tout le litige devant le juge d'appel.

3. Compétence territoriale

51. Déclinatoires de compétence d'ordre public, à relever d'office. S'agissant des déclinatoires à déduire de la violation de règles instauratrices de compétences territoriales internes, ils ne pourront, là encore, être soulevés d'office que si ces règles relèvent de l'ordre public. Tel n'est le cas, en droit judiciaire familial, que des compétences territoriales instituées par les articles 629bis, § 1^{er} ²⁰⁵, et 632bis, 633sexies et 633septies du Code judiciaire.

S'agissant de l'article 629bis du Code judiciaire, seul le paragraphe 1^{er} est d'ordre public, les paragraphes 2 et suivants étant seulement impératifs; cette disposition impose, pour rappel, de porter devant le tribunal de la famille qui a déjà été saisi d'une demande dans les matières visées à l'article 572bis du Code judiciaire toutes les demandes «[...] entre parties qui, soit, sont ou ont été mariées, soit, sont ou ont été des cohabitants légaux, ainsi que les demandes

antérieur à l'article 806 du Code judiciaire, et selon que le juge saisi, statuant par défaut, optait pour la version maximaliste ou pour la version minimaliste de son office (voy. *supra*), il a été jugé que, «[...] si la partie défenderesse ne comparait pas et fait défaut dans une procédure où la partie demanderesse s'est adressée au juge étatique, alors que les parties ont inséré une clause d'arbitrage dans leur convention, il doit être admis que la partie défaillante conteste le pouvoir de juridiction du juge étatique et que ce juge doit mettre "d'office" en cause son pouvoir de juridiction» (Civ. Hasselt, 12 mars 2012, *J.J.P.R.*, 2014, pp. 494 et s.). Une telle solution n'est plus légalement concevable aujourd'hui.

²⁰³ A. DECROËS, «L'effet dévolutif de l'appel et le principe dispositif ou les limites de la saisine du juge d'appel», *J.T.*, 2017, pp. 425-426.

²⁰⁴ D. MOUGENOT, «Principes de droit judiciaire privé», *Rép. not.*, t. XIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 459.

²⁰⁵ D. PIRE, *Actualités du droit des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 18; A.-Ch. VAN GYSEL, *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 5; voy. aussi Trib. fam. Namur, division de Namur (vac.), 14 juillet 2016, *J.T.*, 2016, pp. 596-597; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 18 mai 2006, *J.T.*, 2016, pp. 650-651.

relatives à des enfants communs des parties ou aux biens de ces enfants et les demandes relatives aux relations personnelles visées à l'article 375bis du Code civil ou relatives à un enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un des parents».

Le nouvel article 632bis du Code judiciaire, introduit par la loi du 6 juillet 2017 (dite «pot-pourri V»), indique, quant à lui, que «les procédures de reconnaissance du statut d'apatride sont de la compétence du tribunal de la famille qui est établi au siège de la cour d'appel dans le ressort duquel le demandeur a son domicile ou sa résidence ou, à défaut, le demandeur est présent. Toutefois, lorsque la procédure est en langue allemande, le tribunal de la famille d'Eupen est seul compétent». Il consacre, enfin, un for pour l'apatridie.

Les articles 633sexies et 633septies du Code judiciaire concernent quant à eux les demandes relatives aux mesures transfrontières relatives à la responsabilité parentale et la protection des enfants visées aux articles 1322bis et suivants du même code.

Lorsqu'il est confronté à la violation d'une règle de compétence territoriale d'ordre public, le juge, *en vertu du droit commun de la procédure*, devra soulever le déclinatoire d'office et renvoyer la cause au tribunal d'arrondissement en vertu de l'article 640 du Code judiciaire ; la défaillance d'une des parties à la cause ne change rien à ces principes.

S'agissant cependant, précisément, de la violation de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire (étant l'hypothèse où l'une des parties – voire les deux parties – ont saisi un tribunal de la famille distinct de celui qui a déjà connu de leur affaire), le renvoi au tribunal d'arrondissement n'a plus lieu d'être, même en cas de défaut de l'une des parties. En effet, la Cour constitutionnelle, par arrêt du 25 février 2016 (n° 9/2016) a considéré que «[...] B.8. Dans l'hypothèse [...] où est saisi un tribunal de la famille autre que celui qu'impose l'article 629bis, § 1^{er}, ce tribunal doit se déclarer incompétent, et renvoyer l'affaire au tribunal de la famille compétent en vertu de l'article 629bis, § 1^{er}, sans pouvoir apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant [...]». Il résulte clairement de cet arrêt que le tribunal de la famille incompétent territorialement en raison d'une violation de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire doit donc soulever d'office le déclinatoire et, ensuite, renvoyer l'affaire au tribunal de la famille premier saisi sans détour par le tribunal d'arrondissement. C'est à ce tribunal de la famille premier saisi, tel que désigné à l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire, qu'il appartiendra de décider si l'intérêt de l'enfant commande le renvoi de la cause à un tribunal de la famille (art. 629bis, § 7, C. jud.), fût-il celui saisi erronément par une ou les deux parties. La Cour constitutionnelle a, en effet, estimé que «[...] c'est le juge initialement saisi qui, connaissant l'historique du dossier familial, est le mieux à même d'apprécier, compte tenu de l'ensemble des éléments concernant la famille, où se situe l'intérêt supérieur de l'enfant, et peut se prononcer en conséquence sur la compétence territoriale».

Relevons au passage que si les parties se sont méprises sur le juge compétent, en saisissant un tribunal de la famille autre que celui désigné par l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire, le renvoi que fera ce juge au tribunal de la famille compétent ne liera pas celui-ci, à nouveau par dérogation à la règle de droit commun visée à l'article 660 du Code judiciaire. En d'autres termes, le juge de renvoi n'est pas lié par la décision de renvoi, ainsi que l'a considéré la Cour constitutionnelle au terme du même arrêt²⁰⁶.

Le tribunal d'arrondissement de Liège²⁰⁷ fut saisi par le tribunal de la famille de Liège, division de Liège, d'un déclinatoire de compétence territoriale d'ordre public au motif que le tribunal de la famille d'Eupen s'était déjà prononcé sur la situation lui soumise à deux reprises. Il considère à juste titre que, «[...] dès lors qu'un tribunal a été saisi du contentieux familial, les parties ne peuvent pas faire le choix d'un autre tribunal pour statuer sur ce contentieux conformément à l'article 629bis, paragraphe 8, du Code judiciaire. Seul le juge déjà saisi peut renvoyer le dossier au tribunal d'un autre arrondissement si l'intérêt des enfants le commande (article 629bis, paragraphe 7, du Code judiciaire). Ce juge statue immédiatement sur la question, *sans renvoi devant le tribunal d'arrondissement*, et sa décision n'est susceptible d'aucun recours». Il décide donc de renvoyer l'affaire au tribunal de la famille d'Eupen, sans doute par souci d'économie de procédure car dans la rigueur des principes dégagés par la Cour constitutionnelle, il ne devait même pas être saisi, le renvoi devant se faire par le tribunal de la famille de Liège, division de Liège directement.

Dans une espèce différente, le tribunal d'arrondissement de Namur, dans une décision du 8 mai 2017²⁰⁸, constate que le juge de la famille de Namur, doutant de sa compétence territoriale, lui a renvoyé l'affaire. Il apparaît du jugement de renvoi du 21 mars 2017 du tribunal de la famille de Namur, division de Namur²⁰⁹, que les parties ont divorcé par consentement mutuel en 2014 à Namur et que Madame a cité Monsieur devant le tribunal de la famille du Brabant wallon pour obtenir une modification des modalités d'hébergement des enfants communs. Par décision du 3 janvier 2017, ce tribunal, par application de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire, a renvoyé l'affaire au tribunal de la famille de Namur, division de Namur (dans le respect de la jurisprudence constitutionnelle). Ce tribunal l'a alors renvoyée au tribunal d'arrondissement de Namur, se demandant si l'intérêt des enfants ne commandait pas que le dossier soit traité par le tribunal de la famille du Brabant wallon, considérant que

²⁰⁶ Voy. consid. B.9.2.: «Une disposition générale relative au règlement des conflits sur la compétence ne pourrait prévaloir sur la disposition spécifique de l'article 629bis du Code judiciaire, qui règle la compétence territoriale des tribunaux de la famille. Il serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant que le juge territorialement compétent sur la base de l'article 629bis, § 1^{er}, soit privé de la possibilité d'apprécier cet intérêt, et de décider que cet intérêt exige que l'affaire soit renvoyée à un autre tribunal, pour la seule raison que la cause a, au départ, été erronément introduite devant un juge territorialement incompétent».

²⁰⁷ 24 novembre 2016, J.L.M.B., 2017/6, pp. 281 et s.

²⁰⁸ Inédit, R.G. n° 17/9/E.

²⁰⁹ Trib. fam. Namur, division de Namur (1^{er} ch.), 21 mars 2017, R.G. n° 17/77/A, inédit.

puisqu'il soulève d'office son incompétence par application, de l'article 629bis, § 7, du Code judiciaire, ledit renvoi s'impose par application de l'article 640 du Code judiciaire. Le tribunal d'arrondissement va renvoyer l'affaire au tribunal de la famille de Namur, estimant à juste titre qu'il résulte « [...] de l'article 629bis § 7, du Code judiciaire que l'intérêt supérieur de l'enfant est le critère d'appréciation en vertu duquel le juge de la famille initialement saisi (ici Namur) peut décider, lui-même, du renvoi au tribunal de la famille du domicile ou de la résidence du mineur, ceci par décision motivée et non susceptible de recours [...] ». Toute autre interprétation, notamment fondée sur l'ordonnancement de la disposition précitée au sein du Code judiciaire, apparaît contraire au texte légal, le législateur entendant accélérer la procédure [...]. Il appartient donc au tribunal de la famille de Namur, division de Namur, de statuer sur la base de l'intérêt des enfants. Le tribunal d'arrondissement n'ayant pas été valablement saisi, la cause lui est renvoyée [...]. »

On retiendra donc, sur cette problématique précise, que si le tribunal de la famille – fût-ce par défaut – constate une violation de la règle de compétence territoriale d'ordre public visée à l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire, il doit lui-même renvoyer l'affaire au juge premier saisi, *sans autre appréciation*, l'intervention du tribunal d'arrondissement étant exclue. Et, à notre sens, le juge de renvoi n'est lié d'aucune sorte par la décision de renvoi²¹⁰.

S'agissant des autres compétences territoriales et familiales d'ordre public, nous avons relevé ci-avant l'article 632bis du Code judiciaire relatif à l'apatridie : ici, la question du défaut est *quasiment* théorique dès lors qu'il s'agit d'une procédure unilatérale. Cela étant, le requérant pourrait très bien ne pas comparaître et nous n'apercevons pas ce qui s'opposerait à ce qu'en ce cas de figure, le tribunal de la famille – qui est tenu de contrôler d'office sa compétence territoriale comme dans toute procédure unilatérale²¹¹ – soulève un déclinatoire, lui-même d'ordre public. Le renvoi au tribunal d'arrondissement²¹² s'imposera car son absence de saisine est spécifique au régime de l'article 629bis et ne peut trouver ici à s'appliquer.

Enfin, si les dispositions des articles 633sexies et 633septies du Code judiciaire sont violées, le tribunal de la famille devra d'office décliner sa compétence et, à notre sens, n'aura ici d'autre choix que d'appliquer le droit commun de la procédure et donc de renvoyer l'affaire au tribunal d'arrondissement par

²¹⁰ *Contra* : D. PIRE, note sous C.C., 25 février 2016, arrêt n° 29/2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, pp. 722-725, qui estime, quant à lui, que cette conclusion doit être nuancée : « [...] La lecture faite de l'article 660 par la Cour revient à supprimer la portée de celui-ci en matière familiale. C'est donc bien davantage encore un risque de morcellement ou plus précisément de "ping-pong judiciaire" que la Cour autorise. Plusieurs juges pourront se renvoyer la balle sans limites. La solution que nous préconisons est différente. On doit en effet considérer que l'article 660 lie bien le juge auquel la cause est renvoyée mais en cas d'élément nouveau (c'est-à-dire postérieur à ce renvoi – exemple : nouveau déménagement de l'enfant ou de sa famille) qu'un nouveau renvoi en application de l'article 629bis, § 7, pourrait être envisagé ».

²¹¹ H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 548.

²¹² *Ibid.*, p. 550.

application de l'article 640 du Code judiciaire, pour les mêmes motifs que ceux qui précèdent sur le sujet de l'apatridie.

52. Les règles impératives : le cas de l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire. À ce devoir, s'ajoute celui que le juge endosse en vertu de l'article 630, alinéa 2, dudit code. Au vu de cette disposition, dont les travaux préparatoires de la loi du 19 octobre 2015 confirment qu'elle coexiste avec le nouvel article 806 du Code judiciaire (*supra*, n° 12)²¹³, le défendeur défaillant est présumé décliner sa compétence en cas de violation d'une des règles de compétence impératives reprises aux articles 627 à 629quater du Code judiciaire. Quoiqu'étrangères à l'ordre public, ces règles impératives sont donc, par un texte spécial dérogeant à l'article 806 du Code judiciaire, déferées à la vigilance du juge statuant par défaut²¹⁴.

Cette règle fut rappelée par le tribunal d'arrondissement du Hainaut dans une décision du 20 octobre 2017²¹⁵ : « [...] aussi doit-on admettre qu'aux termes d'un texte spécial – l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire, dérogeant à l'article 806 du Code judiciaire, le juge statuant par défaut est tenu également de vérifier le respect des règles impératives de compétence territoriale et, le cas échéant, de soulever d'office le déclinatoire par application de l'article 640 du Code judiciaire [...] ».

En droit judiciaire familial, on songe tout spécialement aux dispositions de l'article 629bis du Code judiciaire (§§ 2 et s. uniquement) que le juge statuant par défaut ne manquera pas de relever d'office au titre de cette présomption de déclinatoire. Mais n'omettons pas non plus les articles 627 et suivants du Code judiciaire, dont l'application par les tribunaux de la famille est extrêmement fréquente, que l'on songe à l'article 627, 3° (juge du lieu d'ouverture de la succession), l'article 628, 1° (juge du lieu de la dernière résidence conjugale ou du domicile du défendeur en cas de demande en divorce ou en séparation de corps), etc.

Il est dommage²¹⁶, cela dit, que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de cette réforme pour trancher définitivement la petite controverse qui entoure l'application de l'article 630, alinéa 2, précité, du Code judiciaire, quant au règlement du déclinatoire présumé par cette disposition²¹⁷. Rappelons qu'au vœu

²¹³ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, pp. 100-102 (extraits), ainsi que Rapport de la deuxième lecture [...], précité, n° 54-1219/009, pp. 8 et 9.

²¹⁴ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « *Absens indefensus est* », *op. cit.*, ici spéc. p. 243, n°s 123 à 124bis ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. p. 67 ; S. MOSSELMANS, « *Tiik van de rechter bij verstek* », *op. cit.*, p. 10, n° 27 et réf. citées et p. 16, n° 47.

²¹⁵ 20 octobre 2017, *J.T.*, 2018/2, n° 6714, p. 30 ; voy. égal., commentant cette décision, Th. ZUINEN, « La compétence territoriale à l'épreuve de l'article 806 du Code judiciaire », *J.T.*, 2018/2, n° 6714, pp. 31-32.

²¹⁶ Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », *op. cit.*, p. 123, n° 30.

²¹⁷ Voy. l'exposé complet de cette controverse in J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « *Absens indefensus est* », *op. cit.*, ici spéc. pp. 246 et s., n° 129 et nombreuses réf. citées ; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judi-*

d'une première thèse à laquelle nous nous rallions²¹⁸, le juge devrait lui-même trancher ce déclinatoire par application de l'article 639 du Code judiciaire, tandis que d'autres estiment que ce juge devrait déferer le dossier au tribunal d'arrondissement en vertu de l'article 640 du même code²¹⁹. Cette seconde thèse nous paraît peu compatible avec les exigences de célérité et d'économie de procédure promues par la réforme²²⁰.

53. Déclinatoires de compétence étrangers à l'ordre public, à ne pas relever d'office: les règles supplétives. Par contre, il est selon nous^{221 222} désormais certain que le juge statuant par défaut devra s'abstenir de soulever les déclinatoires pris de la violation des règles de compétence territoriale supplétives instituées par les articles 622 à 624 du Code judiciaire. Ces dispositions sont étrangères à l'ordre public et aucune autre n'en prévoit le relevé d'office. L'article 806 du Code judiciaire interdit donc formellement au juge de s'en préoccuper, et de propos délibéré (*supra*, n° 12)²²³, rompt ce faisant avec l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 1985²²⁴. Le cas échéant, le défendeur défaillant pourra bien sûr dénoncer l'incompétence du juge lors

cière privé, *op. cit.*, pp. 45 et s., n° 62; M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Les pouvoirs (ou devoirs) du juge en cas de défaut: le cas du déclinatoire de compétence territoriale», *J.J.P.*, 2014, pp. 548 et s.

²¹⁸ Voy., en ce sens, l'analyse et les réf. citées (*in note* 228) par J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. pp. 246 et s., n° 129.

²¹⁹ Voy., en ce sens, les réf. citées *in* J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. p. 247, n° 129, note 217 et, pour une critique de cette jurisprudence, G. CLOSSET-MARCHAL, «Extraneité, compétence territoriale interne et déclinatoires de compétence», *J.T.*, 2015/21, n° 6607, pp. 457-458.

²²⁰ Dans notre sens, optant opportunément pour la voie plus économique de l'article 639 du Code judiciaire, voy. Civ. Namur (2^e ch.), 17 décembre 2014, *J.T.*, 2015/14, n° 6600, pp. 328 et s.; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 16 mai 2018, R.G. n° 16/2271/A, inédit; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 11 janvier 2017, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017, pp. 869 et s.; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 21 septembre 2016, *J.T.*, 2016, p. 595; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 14 juillet 2016, *J.T.*, 2016, p. 596; Trib. fam. Namur, division de Namur (3^e ch.), 10 octobre 2016, *J.T.*, 2017, pp. 513 et s. (suggérant avec audace que cette même voie pourrait être empruntée en cas de déclinatoire de compétence matérielle d'ordre public soulevé d'office par le juge statuant par défaut); rapp. Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité?», *op. cit.*, p. 123, n° 30, ainsi que J. SAUVAGE, «Le Tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chronique de jurisprudence», *op. cit.*, p. 132.

²²¹ *Contra* – sur la base d'une interprétation selon nous incomplète (*supra*, n° 12 et 15) et de toute manière inopérante (*supra*, n° 20 et 21) des travaux préparatoires de la loi: G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 798, n° 6; Fr. LEJEUNE, «Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité?», *op. cit.*, pp. 122-123, n° 29; P. TAEELMAN et K. BROECKX, «Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I», *op. cit.*, n° 9; S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 10, n° 27 et réf. citées et p. 16, n° 47; S. MOSSELMANS, P. TAEELMAN et K. BROECKX, «Geen blinde inwillingsverplichting voor de rechter bij verstek», note sous Cass. (2^e ch.), 13 décembre 2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 1094.

²²² Voy. déjà, et pour plus de détails à ce sujet, J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. pp. 245 et s., n° 125 et s.

²²³ Rapport de la deuxième lecture [...], précité, n° 54-1219/009, pp. 8 et 9.

²²⁴ Cass., 13 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1315; *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 121, note A. FETTWIS. Voy. égal. S. RUTTEN et F. DUPON, «Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (2001-2013)», *op. cit.*, pp. 1901 et s., n° 34 et nombreuses réf. citées.

de son appel ou de son opposition²²⁵ (laquelle est désormais limitée aux hypothèses où le tribunal de la famille statue en dernier ressort (art. 1047 C. jud.; *supra*, n° 36)).

Le tribunal d'arrondissement du Hainaut, dans la décision précitée²²⁶, le rappelle très précisément: lorsque des règles de compétence territoriale supplétives sont violées, le juge statuant par défaut doit s'abstenir de soulever d'office tout déclinatoire, la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation étant «[...] désormais inapplicable puisque dans l'esprit de l'article 806 nouveau du Code judiciaire, le défaut n'est plus un mode de contestation de la demande. À l'encontre d'un texte légal aussi évident, il ne serait plus cohérent d'admettre la fiction d'une contestation implicite par le défendeur défaillant de la compétence territoriale du tribunal [...]. Un texte clair ne s'interprète pas. En l'espèce, l'intention du législateur est certaine: le défaut n'est plus un mode de contestation et il ne revient pas au juge de considérer qu'en ne comparaisant pas, le défendeur soulevé d'office son incompétence [...]».

4. Compétence matérielle

54. Déclinatoires de compétence d'ordre public, à relever d'office. Dès lors que les règles touchant à la compétence matérielle des cours et tribunaux ressortissent presque toutes à l'ordre public, le juge statuant par défaut devra, dans le respect de l'article 806 du Code judiciaire, en dénoncer d'office la violation par le demandeur et renvoyer l'incident au tribunal d'arrondissement conformément à l'article 640 du Code judiciaire²²⁷.

A fortiori le tribunal de la famille statuant par défaut en tant que juge d'appel (voir à cet égard l'article 577 du Code judiciaire, quant à l'énoncé de ses compétences d'appel) devra-t-il, le cas échéant, décliner sa compétence d'attribution ou sa compétence territoriale, sachant que les règles gouvernant ces compétences relèvent toutes, sans exception, de l'ordre public²²⁸. Conformément à l'article 643 du Code judiciaire, c'est à lui seul qu'il appartiendra alors de régler l'incident.

²²⁵ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 147, note (44); G. CLOSSET-MARCHAL, «Le tribunal d'arrondissement», *J.T.*, 1985, pp. 5-6; Civ. Bruxelles, 30 décembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 979, note J. ENGLEBERT; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. p. 249, n° 132.

²²⁶ Trib. arr. Hainaut, 20 octobre 2017, précité.

²²⁷ S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 10, n° 26 et réf. citées, et p. 16, n° 47; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. p. 249, n° 133 et 134; G. CLOSSET-MARCHAL, «Déclinatoires et exceptions assimilées», *op. cit.*, ici spéc. pp. 64-66. *Contra*: Trib. fam. Namur, division de Namur (3^e ch.), 10 octobre 2016, précité (suggérant avec audace que l'article 639 du Code judiciaire pourrait trouver à s'appliquer en cas de déclinatoire de compétence matérielle d'ordre public soulevé d'office par le juge statuant par défaut).

²²⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, «Déclinatoires et exceptions assimilées», *op. cit.*, ici spéc. p. 68; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 88 et réf. citées.

55. Déclinatoires de compétence étrangers à l'ordre public, à ne pas relever d'office : articles 568 et 592 du Code judiciaire. En définitive, pour ce qui regarde la compétence d'attribution, les mailles de l'ordre public ne laissent échapper que deux hypothèses, dans lesquelles l'article 806 du Code judiciaire imposera le silence au juge statuant par défaut.

Le premier cas est celui de la compétence ordinaire confiée au tribunal de première instance par l'article 568 du Code judiciaire, qui sauf en présence de la violation d'une compétence exclusive dévolue à une juridiction d'exception, n'est tenue en échec que par un déclinatoire soulevé *in limine litis* par le défendeur. Lorsque celui-ci fait défaut, le tribunal de première instance ne peut donc contester sa compétence au profit de celle d'une juridiction d'exception. L'ordre public n'entre en jeu que dans le cas où le tribunal de première instance est saisi au mépris d'une compétence que la Cour de cassation et la doctrine tiennent pour proprement exclusive. Dans ces cas, mais dans ces cas seulement, l'article 806 du Code judiciaire tolérera le relevé d'office du déclinatoire, que le tribunal de première instance devra alors soumettre au tribunal d'arrondissement (art. 640 C. jud.).

La controverse²²⁹ qui planait jadis sur ces solutions majoritairement acquises²³⁰ a pris fin avec l'adoption de ce nouveau texte, précisément destiné à la faire cesser²³¹.

Le tribunal de la famille ne dispose cependant pas de la compétence ordinaire visée à l'article 568 du Code judiciaire²³² (voir toutefois les développements faits à ce sujet dans la première partie de cet ouvrage) : par voie de conséquence, seuls les principes évoqués ci-avant (n° 35) trouvent à s'appliquer. Si le tribunal de la famille est saisi d'une demande qui échappe à sa compétence matérielle, il y aura lieu – même en cas de défaut – à déclinatoire de compétence d'office ou à incident de répartition, selon les cas (c'est-à-dire selon que la demande lui soumise relève de la compétence ordinaire du tribunal de première instance (auquel cas on lui appliquera le régime fixé à l'article 88, § 2, du Code judiciaire (renvoi au président du tribunal de première instance)) ou d'un juge

²²⁹ À son sujet : M. BAETENS-SPECTHINSKY, « Les pouvoirs (ou devoirs) du juge en cas de défaut : le cas du déclinatoire de compétence territoriale », *op. cit.*, pp. 548 et s., ainsi que J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. p. 249, n° 135 et s. et réf. citées, et S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 10, n° 26 et réf. citées, et p. 16, n° 47.

²³⁰ Sur tout ceci et en ce sens, J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. p. 249, n° 135 et s. et réf. citées ; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 10, n° 26 et réf. citées ; J. LAENENS, « De vrederechter in de kou », *op. cit.*, pp. 178 et s. ; Ch. PANIER, « La vérification de sa compétence par le juge statuant par défaut », *op. cit.*, pp. 1372 et s. ; S. UHLIG, « Problèmes divers de compétence », *op. cit.*, pp. 18-20 et réf. citées ; A. DEBRULE, « Inédits en matière de compétence », *J.L.M.B.*, 1994, pp. 476-477 et 488-489 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. pp. 65-66.

²³¹ *Contra legem* : P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Pot-pourri I », *op. cit.*, n° 9.

²³² G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 123.

d'exception (auquel cas on lui appliquera le régime fixé à l'article 640 du Code judiciaire (renvoi au tribunal d'arrondissement)).

Par ailleurs, en ce qui concerne le deuxième cas – étant celui visé à l'article 592 du Code judiciaire (sur ou sous-évaluation manifeste de la demande en vue de la détourner de son juge naturellement compétent) –, le juge ne pourra soulever d'office le déclinatoire tiré d'une évaluation manifestement inexacte de l'enjeu de la prétention par le demandeur²³³.

5. Incidents de répartition

56. Un texte clair : article 88, § 2, du Code judiciaire. L'incident de répartition régi par l'article 88, § 2, du Code judiciaire pourra être soulevé d'office par le juge statuant par défaut, indépendamment de son (in)appartenance à l'ordre public²³⁴. En effet, nous nous trouvons ici, une fois encore, en présence d'un texte spécial dérogeant expressément à la règle déposée dans l'article 806 du Code judiciaire, et que ce dernier ne remet nullement en cause (*supra*, n° 10)²³⁵. Nous pensons utile de rappeler que cette disposition légale concerne les incidents qui sont soulevés au sujet de la répartition des affaires entre les divisions, les sections, les chambres ou les juges d'un même tribunal conformément au règlement particulier ou au règlement de répartition des affaires.

S'agissant des divisions d'un même tribunal, il est permis de se poser la question de savoir si, compte tenu de la jurisprudence constitutionnelle évoquée ci-avant à propos de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire – dont le règlement n'impose pas le renvoi au tribunal d'arrondissement – il doit être fait usage de l'article 88, § 2, du Code judiciaire lorsqu'il est constaté qu'une partie a saisi non un tribunal incompétent, mais une division incompétente du tribunal compétent (prenons l'exemple suivant : le tribunal de la famille de Liège, division de Liège, a connu du dossier des parties. L'une d'entre elles saisit quelques années plus tard non la division de Liège, mais la division de Huy. Le tribunal de la famille de Liège est compétent de manière générale, mais seule la division de Liège est compétente de manière spéciale par application de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire).

²³³ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. p. 251, n° 238 et réf. citées ; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 10, n° 25 et réf. citées ; *Contra* : Trib. arr. Flandre occidentale, 16 décembre 2016, *R. W.*, 2017-2018, p. 994, prononcé avant la promulgation de la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, dont les travaux préparatoires sont porteurs, on le sait, d'une clarification décisive.

²³⁴ S. RUTTEN et F. DUPON, « Overzicht van rechtspraak. De bevoegdheid (2001-2013) », *op. cit.*, pp. 2198 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. p. 70 ; M. BAETENS-SPECTHINSKY, « La compétence des tribunaux... », *op. cit.*, pp. 73 et s., n° 16 et s. ; Fr. GEORGES, « Introduction aux réformes des institutions judiciaires : panorama d'un nouveau monde », in D. Fries (coord.), *Le nouveau paysage judiciaire*, Limal, Anthémis, 2014, p. 35, n° 30.

²³⁵ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, pp. 100-102 (extraits). Dans notre sens également, S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 16, n° 48.

Nous sommes d'avis²³⁶ qu'au sein d'un même arrondissement judiciaire, la division territorialement incompétente pour connaître de la demande pourra, fût-ce par défaut, la renvoyer directement par application de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire à la division territorialement compétente (parce que précédemment saisie) sans passer par le président du tribunal. Considérer le contraire reviendrait à traiter plus lourdement un simple incident de répartition entre deux divisions qu'un déclinatoire de compétence d'ordre public, ce qui ne serait pas conforme à l'enseignement de la Cour constitutionnelle.

Le tribunal de la famille du Namur s'est prononcé en ce sens²³⁷.

6. Litispendance et connexité

57. Litispendance. Il y a litispendance selon l'article 29 du Code judiciaire « toutes les fois que des demandes sont formées sur le même objet et pour la même cause, entre les mêmes parties agissant en même qualité, devant plusieurs tribunaux compétents pour en connaître et appelés à statuer au premier degré de juridiction ». Par identité de motifs avec ceux qui précèdent l'exception de litispendance, quoique ne relevant pas de l'ordre public, trouve dans l'article 565, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, un texte spécial autorisant le juge à la soulever d'office par dérogation à l'article 806, nouveau, du Code judiciaire²³⁸.

L'existence d'une litispendance entraînera donc la jonction des demandes, soit d'office (notamment en cas de défaut), soit à la demande de l'une des parties, selon l'ordre de préférence visé à l'article 565 du Code judiciaire. S'agissant du contentieux familial, le législateur a, par souci évident de cohérence, décidé que « le tribunal de la famille visé à l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire sera toujours préféré ». Cette hypothèse est susceptible de se poser, par exemple s'il est fait application de l'article 628, 1^o, du Code judiciaire qui dispose qu'« est seul compétent pour connaître de la demande, le juge de la dernière résidence conjugale ou du domicile du défendeur, lorsqu'il s'agit d'une demande en divorce ou de séparation de corps pour désunion irrémédiable sans préjudice de l'article 629bis ». Prenons l'exemple suivant : Madame cite en divorce à Namur, Monsieur y étant domicilié. Monsieur cite à Nivelles, lieu de la dernière résidence conjugale. Ils n'ont pas d'enfant en commun. La jonction devra se faire devant le juge premier saisi en vertu des dispositions qui précèdent.

58. Connexité. L'article 30 du Code judiciaire définit les demandes connexes comme étant celles entre lesquelles existe « un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger ensemble pour éviter des solutions incon-

²³⁶ Dans le même sens, S. BRAT, J. SOSSON et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Compétences du tribunal de la famille : théorie et bonnes pratiques », in J. Sossion et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Tribunal de la famille : des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 52-54, n° 37.

²³⁷ Trib. fam. Namur, 29 novembre 2017, J.T., 2018, pp. 75 et s.

²³⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. p. 71 ; J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicti Curia*, *op. cit.*, p. 292, n° 310.

ciliables ». Faute de dérogation particulière et la matière ne relevant point de l'ordre public, le juge statuant par défaut ne pourra pas soulever d'office l'exception de connexité²³⁹, pas plus qu'il ne pourra déjouer la jonction directe de plusieurs causes par le demandeur se prévalant de l'article 701 du Code judiciaire.

La Cour de cassation l'a expressément rappelé dans un arrêt du 24 novembre 2008²⁴⁰, considérant :

« En vertu de l'article 701 du Code judiciaire, diverses demandes entre deux ou plusieurs parties peuvent, si elles sont connexes, être introduites par le même acte.

Cette règle de procédure n'intéresse pas l'ordre public.

Elle ne peut, dès lors, pas être soulevée d'office par le juge, cette circonstance n'affectant pas le pouvoir de celui-ci, pour chacune des demandes introduites par un même acte, de statuer sur sa compétence et de soulever toutes les exceptions d'ordre public ».

La Cour de cassation a ainsi rejeté la thèse, jusque-là majoritaire, qui considérerait que l'article 701 du Code judiciaire touchait à l'organisation judiciaire et que le défaut de connexité entraînait l'irrecevabilité des demandes « cumulées », à l'exception de la première d'entre elles.

Par voie de conséquence :

- la méconnaissance de l'article 701 du Code judiciaire – soit l'absence de connexité entre les demandes qui permet la jonction (directe) de celles-ci dans un seul et même acte introductif d'instance – ne pourra pas être élevée d'office par le juge statuant par défaut (pas plus que contradictoirement d'ailleurs, seul le défendeur étant recevable à le faire et encore, *in limine litis*), ce dernier ne pouvant donc en ordonner d'office la disjonction (p. ex., dans l'hypothèse où le demandeur saisirait le tribunal de la famille d'une première demande de majoration de contributions alimentaires et d'une seconde demande relative à des difficultés d'exécution du précédent titre alimentaire, lesquelles relèvent en principe de la compétence du juge des saisies. Statuant par défaut, le tribunal de la famille doit statuer sur le tout. Statuant contradictoirement également, sauf déclinatoire de compétence élevé *in limine litis* par le défendeur) ;
- mais le juge statuant par défaut devra en revanche se déclarer incompétent pour les demandes qui relèvent de la compétence matérielle exclusive d'un autre juge (à titre exemplatif, la compétence du tribunal de commerce en

²³⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. pp. 72-73.

²⁴⁰ Cass., 24 novembre 2008, J.T., 2009, note H. BOULARBAH ; H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques », in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. pp. 141 et s., n° 73 et réf. citées ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. p. 73 ; A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. p. 96.

matière de faillite, la compétence du tribunal du travail en matière de sécurité sociale, etc.). Ainsi que l'indique la doctrine²⁴¹, « [...] les compétences matérielles spéciales, même d'ordre public, ne tiennent pas en échec les mécanismes de jonction et de renvoi pour cause de connexité. Dans le cas contraire, l'ordre de préférence établi dans les articles 565 et 566 du Code judiciaire n'aurait aucun sens. Par contre, la notion et la nature des compétences matérielles exclusives excluent tant le mécanisme de prorogation de compétence sur demande incidente que celui de jonction des demandes en cas de connexité ». En ce qui concerne les compétences territoriales d'ordre public, la même doctrine²⁴² indique qu'il « [...] est unanimement admis que leur caractère d'ordre public ne fait pas obstacle à la jonction, pour cause de connexité [...] ». L'article 634 du Code judiciaire précise, d'ailleurs, que les règles habituelles régissant les prorogations de compétence et les jonctions de demandes, sont applicables en matière territoriale. Cette disposition est générale et ne fait pas de distinction, selon la nature, d'ordre public ou non, des règles de compétence territoriale. Il n'y a pas là dérogação à l'exclusivité. En effet, les compétences territoriales, même d'ordre public, ne sont pas des compétences exclusives. Celles-ci, étant définies par rapport à l'étendue de la compétence ordinaire du tribunal de première instance, ne peuvent se rencontrer que dans les compétences matérielles des juridictions. Il y a donc une logique à traiter de la même manière, en ce qui concerne les jonctions, les compétences territoriales d'ordre public et les compétences matérielles spéciales ». Nous sommes toutefois d'avis que si un juge est saisi de plusieurs demandes dans un même acte introductif d'instance dont l'une d'entre elles aurait dû être portée devant le tribunal de la famille déjà saisi par application de l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire (qui est une règle de compétence territoriale d'ordre public), il devrait, fût-ce par défaut, disjoindre et renvoyer cette demande audit tribunal. En effet, le régime posé par l'article 629bis, § 1^{er}, du Code judiciaire est tout à fait spécifique, comme cela a été relevé à plusieurs reprises.

Rappelons enfin que seul l'article 856, alinéa 2, du Code judiciaire autorise expressément ce même juge à sortir de sa réserve en opérant « d'office » la jonction de causes connexes pendantes devant sa juridiction²⁴³ : il devra donc agir ainsi également en cas de défaillance de l'une des parties.

²⁴¹ G. CLOSSET-MARCHAL, « Jonction directe de demandes connexes et effet des compétences exclusives sur les mécanismes de jonction », *J. T.*, 2013/40, n° 6542, pp. 798-799.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ G. CLOSSET-MARCHAL, « Déclinaatoires et exceptions assimilées », *op. cit.*, ici spéc. p. 73 ; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 16, n° 48.

B. Contrôle de la procédure par le juge statuant par défaut

59. Rien que l'ordre public, tout l'ordre public. Conformément à la lettre de l'article 806 du Code judiciaire, ainsi qu'à la volonté (fidèlement et complètement restituée : *supra*, n°s 6-12) des auteurs de cette disposition, éclairée par l'avis concordant du Conseil d'État (*supra*, n° 7), le juge statuant par défaut devra s'en tenir au relevé des moyens de procédure d'ordre public²⁴⁴. Cela dit, les richesses de l'ordre public sont, on le répète, souvent insoupçonnées. Leur pleine exploitation, combinée à quelque ingéniosité, vaudrait d'épargner à la disposition nouvelle les critiques et les tentatives d'écartement dont elle fait l'objet.

1. Vices de forme et autres irrégularités formelles

60. Principe : aucune exception de nullité ne peut être soulevée d'office. Si l'acte introductif d'instance est affecté d'un vice de forme expressément sanctionné de nullité par la loi conformément à l'article 860 du Code judiciaire, le juge statuant devra nécessairement se garder de soulever d'office l'exception de nullité.

Il en va de même si, en lieu et place de la citation, le demandeur a introduit sa demande par requête là où cela n'était pas autorisé, dès lors que, ainsi que l'indique la doctrine²⁴⁵, « à la suite de la réforme du 26 avril 2007, et à l'insertion des termes "à peine de nullité" au sein de l'article 700 du Code judiciaire, l'utilisation de la requête contradictoire comme mode introductif d'instance pour un litige touchant à une matière pour laquelle aucune disposition ne prévoit la possibilité d'avoir recours à ce mode introductif d'instance est sanctionnée par la nullité, et est soumise à l'ensemble des règles contenues aux articles 860 et suivants du Code judiciaire ».

En abrogeant l'article 862 du Code judiciaire, la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015 a, en effet, relégué toutes ces exceptions de nullité en dehors

²⁴⁴ Dans notre sens, voy. aussi D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 112-113. Contra – mais sur la base d'une interprétation selon nous incomplète (*supra*, n°s 12, 15-17) et de toute manière inopérante (*supra*, n°s 20-21) des travaux préparatoires de la loi : G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 798, n° 6 ; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », *op. cit.*, pp. 122-123, n° 29 ; P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen en hun (niet-)schorsende werking na Potpourri I », *op. cit.*, n° 9 ; S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 16, n° 47, et p. 23, n° 75 ; J. SAUVAGE, « Le droit (non) judiciaire de la filiation », *op. cit.*, p. 122, n° 14 ; J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 9 ; J. SAUVAGE, « Le Tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chronique de jurisprudence », *op. cit.*, p. 131, n° 22.

²⁴⁵ P. KNAEPEN, « Le point sur l'introduction irrégulière des demandes principales », *op. cit.*, pp. 721-726.

de la sphère de l'ordre public auquel l'article 806 cantonne l'office du juge statuant par défaut²⁴⁶.

Le dégraissage de la théorie des nullités entraîne corrélativement celui du contrôle que le juge statuant par défaut se devait d'exercer sur la régularité formelle de la convocation judiciaire du justiciable défaillant. Le changement est de taille car jusqu'ores, ce juge devait relever d'office les exceptions de nullité arrimées à l'ordre public par l'article 862 du Code judiciaire²⁴⁷, certains allant même jusqu'à soutenir qu'il devait en faire de même des nullités dites « relatives » régies par l'article 861 du même code, étrangères à l'ordre public²⁴⁸.

Ce bouleversement peut ne pas choquer si, d'une part, on le tempère habilement et si, d'autre part, on accepte de redécouvrir les potentialités de l'ordre public procédural.

Et, s'agissant plus particulièrement du contrôle de la régularité de l'acte introductif d'instance, et partant de l'effectivité de la convocation du justiciable défaillant, rappelons avec insistance que la relégation des nullités en dehors de l'ordre public (et partant de l'emprise du juge) trouve un heureux contrepoids – et, selon nous, un substitut avantageux – dans les possibilités de reconvoque qui lui sont déférées par l'article 803 du Code judiciaire (*supra*, nos 32-35bis).

En outre, et indépendamment même de toute mise en œuvre des possibilités offertes par l'article 803 du Code judiciaire, le justiciable défaillant pourra bien entendu obtenir du juge d'appel l'annulation de l'acte introductif irrégulier s'il soulève l'exception avant tout autre moyen dans son acte d'appel (art. 864 C. jud.) et pour autant qu'il établisse de manière crédible que sa défaillance devant le premier juge résultait de cette irrégularité (art. 861 C. jud.)²⁴⁹.

61. En dehors de la théorie des nullités : prégnance de l'ordre public procédural. En outre, tous les vices de forme susceptibles d'affecter la citation ou la requête introductive d'instance ne relèvent pas, tant s'en faut, de la théorie des nullités désormais soustraite à l'emprise du contrôle du juge statuant par défaut.

²⁴⁶ Voy. P. KNAEPEN, « La réforme de la théorie des nullités et des déchéances », in J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 96 et s., n° 30 et s. Adde : M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités : une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste », *op. cit.*, pp. 66 et s., n° 27 et s.; G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 794, n° 4.

²⁴⁷ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. pp. 190 et s., n° 26 et s.

²⁴⁸ A. FEITWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, pp. 137-138, n° 155; G. CLOSSET-MARCHAL, obs. sous Bruxelles, 5 mars 1991, R.G.D.C., 1991, p. 389; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 67, n° 45; G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, « La sanction des irrégularités procédurales », *op. cit.*, p. 457. Contra : J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Absens indefensus est », *op. cit.*, ici spéc. pp. 193 et s., n° 29bis.

²⁴⁹ Voy. p. ex. en ce sens Mons (38^e ch.), 25 juin 2018, R.G. n° 2018/TF/71, inédit.

Il s'en trouve qui, dans le giron de l'ordre public procédural mais en dehors du champ d'application des articles 860 et 861 du Code judiciaire, devront être dénoncés d'office par ce juge.

62. Règles d'organisation judiciaire (ordre public). On songe en particulier aux règles dites « d'organisation judiciaire » déduites de l'incompétence territoriale de l'huissier instrumentant (art. 513 C. jud.), des règles d'incompatibilités assignées à ce dernier (art. 292 et 517 C. jud.), ou encore de l'utilisation de modes introductifs de demandes (le mail ou la télécopie p. ex.²⁵⁰) ou de recours non prévus et non autorisés par la loi²⁵¹ : la violation de ces règles devra être relevée d'office par le juge statuant par défaut²⁵².

Il en ira de même si, en violation de l'article 764 du Code judiciaire, la cause n'a pas été communiquée pour avis au ministère public²⁵³.

63. Nullité sanctionnant la violation des dispositions générales relatives aux significations, et notifications, de fond (désormais étrangère à l'ordre public). Jusqu'il y a peu, au motif que ces hypothèses débordaient du champ d'application des articles 860 et suivants du Code judiciaire faute d'un texte exprès et univoque, les « nullités de fond » sanctionnant « le choix erroné, la mauvaise utilisation, encore le non-respect des conditions d'utilisation d'un mode de signification »²⁵⁴, et par voie d'analogie une convocation sous pli judiciaire pratiquée de manière illégale²⁵⁵, devaient, conformément à l'article 806 du Code judiciaire, être soulevées d'office par le juge statuant par défaut, qu'il s'agisse de la signification de l'acte introductif d'instance ou de celle d'une décision judiciaire²⁵⁶.

Ce régime hybride appartient désormais heureusement au passé.

²⁵⁰ Hypothèse à ne pas confondre avec le mauvais usage de la requête en lieu et place de la citation, qui est pour rappel une cause de nullité.

²⁵¹ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques », *op. cit.*, ici spéc. p. 123, n° 40; Cass., 25 janvier 2008, R.D.J.E/P & B., 2008, p. 216, obs. crit. D. MOUGNOT.

²⁵² H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques », *op. cit.*, ici spéc. p. 106, n° 6 et réf. citées; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, *op. cit.*, p. 120 et réf. citées.

²⁵³ D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtelijk recht*, *op. cit.*, p. 120.

²⁵⁴ P. ex. méconnaissance de l'ordre de prééminence des modes de signification établi par les articles 38 à 40 du Code judiciaire; signification à l'ancien domicile du défendeur (Cass., 18 décembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 2043); signification de l'exploit de citation à l'incapable plutôt qu'à son administrateur provisoire (J.P. Louvain, 25 juillet 2006, R.W., 2008-2009, p. 1663); signification de l'exploit à une personne qui n'est ni parent, ni allié, ni préposé du destinataire de l'exploit (Cass., 29 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2300); utilisation d'un mode de signification rejeté par le règlement (CE) n° 1393/2007 (Cass., 7 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1796).

²⁵⁵ Bruxelles (41^e ch. fam.), 2 mai 2016, R.G. n° 2015/FA/342, à propos d'un pli judiciaire notifié en violation de l'article 46, § 2, du Code judiciaire; Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 16 novembre 2016, *Reu. trim. dr. fam.*, 2017/3, pp. 581-585.

²⁵⁶ H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques », *op. cit.*, ici spéc. pp. 133 et s., n° 59 et s.

Inséré par la loi dite «pot-pourri VI» du 25 mai 2018, l'article 47bis du Code judiciaire dispose en effet que «les dispositions reprises dans ce chapitre» [N.D.L.R. : le chapitre VII de la première partie, comportant les articles 32 à 47 du Code judiciaire] sont prescrites à peine de nullité. Lorsque la signification ou la notification d'une décision est nulle, le délai pour introduire un recours ne commence pas à courir». Il s'ensuit, conformément au droit commun de la théorie des nullités (*supra*, n° 60), que statuant par défaut, le juge ne pourra plus soulever d'office la nullité sanctionnant la violation d'une des règles figurant aux articles 32 à 47 du Code judiciaire²⁵⁷.

64. Autres irrégularités étrangères à l'ordre public. En revanche, quoique ne relevant pas du champ d'application de la théorie des nullités soustraite comme telle à sa vigilance, mais pour la raison que ces défenses ne relèvent pas de l'ordre public auquel l'article 806 du Code judiciaire limite son contrôle, le juge statuant par défaut ne pourra pas soulever d'office l'irrecevabilité de la demande découlant du non-respect de la tentative obligatoire de conciliation prescrite par l'article 1345 du même code²⁵⁸ ou par l'article 59 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire²⁵⁹, pas plus qu'il ne pourra élever d'office une contestation touchant à la régularité d'un désistement d'instance ou d'action menée contre un justiciable défaillant²⁶⁰.

Faute d'un texte exprès ou d'une incidence sur l'ordre public, ce même juge ne pourra davantage relever d'office l'inadéquation entre l'immatriculation à la Banque-carrefour des entreprises et l'activité donnant lieu au litige²⁶¹.

65. Emploi des langues (désormais étranger à l'ordre public). Jusqu'il y a peu, la nullité comminée par l'article 40 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire – qui frappe le choix erroné de la langue usitée pour la rédaction de l'acte introductif, la production d'actes de procédure ou de pièces rédigés dans une autre langue que celle de la procédure, ou encore l'absence de traduction de l'acte de procédure dans la langue de la région linguistique de sa signification ou de sa notification – demeurerait

²⁵⁷ J.-S. LENAERTS, «Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018, dite "pot-pourri VI"», *op. cit.*, p. 501, n° 2.

²⁵⁸ Cass., 20 novembre 1989, *Pat.*, 1990, I, p. 341; J. VAN COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985-1996). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1997, p. 509, n° 502; H. BOULARBAH et X. TATON, «Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques», *op. cit.*, ici spéc. p. 117, n° 26.

²⁵⁹ H. BOULARBAH et X. TATON, «Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques», *op. cit.*, ici spéc. p. 118, n° 28 et réf. citées.

²⁶⁰ Trib. fam. Namur, division de Namur (3^e ch.), 12 décembre 2016, R.G. n° 16/1402/A, inédit citant Civ. Namur, division de Namur, 20 avril 2015, *J.T.*, 2016, p. 13, dont il suit que les règles du désistement ne relèvent pas de l'ordre public.

²⁶¹ H. BOULARBAH et X. TATON, «Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques», *op. cit.*, ici spéc. p. 119, n° 32 et réf. citées.

étrangère à l'article 861 du Code judiciaire, de sorte que, rattachée à l'ordre de public, le juge devait la soulever d'office, même par défaut²⁶².

C'est au prix d'une réforme très spectaculaire sur le plan politique, portée par la quasi-totalité des partis politiques du pays²⁶³, que la loi dite «pot-pourri VI» du 25 mai 2018 détrône salutairement l'emploi des langues en matière judiciaire du piédestal de l'ordre public. L'article 40, précité, de la loi du 15 juin 1935 énonce en effet désormais que c'est «sans préjudice de l'application des articles 794²⁶⁴, 861 et 864 du Code judiciaire», que «les règles qui précèdent sont prescrites à peine de nullité». Il s'ensuit que le juge statuant par défaut ne pourra plus relever d'office la nullité affectant la régularité linguistique de l'acte introductif d'instance signifié ou notifié au justiciable défaillant²⁶⁵.

Les droits de défense de ce dernier ne sont pas galvaudés pour autant, et sa protection procédurale demeurera intacte face à toute irrégularité linguistique substantielle ou tentative d'instrumentalisation spéculative. En effet, ainsi que le relèvent les travaux préparatoires de la loi «pot-pourri VI» du 25 mai 2018²⁶⁶, le moindre doute raisonnable qu'il nourrirait sur l'effectivité de l'atteinte du défaillant le conduira à ordonner une nouvelle convocation de l'intéressé, expurgée de toute irrégularité linguistique, sur le pied de l'article 803, alinéa 1^{er} ou 2, du Code judiciaire (*supra*, n° 35)²⁶⁷.

2. Délais de procédure

66. Délais prescrits à peine de nullité, étrangers à l'ordre public. Compte tenu de sa relégation en dehors de l'ordre public par abrogation de l'article 862 du Code judiciaire²⁶⁸, la nullité sanctionnant le non-respect du

²⁶² H. BOULARBAH et X. TATON, «Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques», *op. cit.*, ici spéc. p. 131, n° 54 et réf. citées; S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 16, n° 48.

²⁶³ Comp. l'indignation isolée, tardive et électorale de H. VUYE et V. WOUTERS, «De Vlaamse partijen doen zichzelf de das om. En dan maar klagen over de verfransing van Halle-Vilvoord», *Knaack*, 11 juin 2018.

²⁶⁴ Le renvoi à l'article 794 du Code judiciaire tend à permettre la rectification de décisions entachées d'irrégularités linguistiques non substantielles, étrangère à notre propos.

²⁶⁵ J.-S. LENAERTS, «Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018, dite "pot-pourri VI"», *op. cit.*, p. 500, n° 1 et la note (7).

²⁶⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2827/001, pp. 27-28.

²⁶⁷ J.-S. LENAERTS, «Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018, dite "pot-pourri VI"», *op. cit.*, p. 500, n° 1 et la note (7).

²⁶⁸ Voy. P. KNAEPEN, «La réforme de la théorie des nullités et des déchéances», *op. cit.*, p. 104, n° 52. Adde: M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités: une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste», *op. cit.*, pp. 66 et s., n° 27 et s.; G. DE LEVAL, J. VAN COMPENOLLE et Fr. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 794, n° 4.

délai de citation (art. 710) ne pourra plus être relevée d'office par le juge statuant par défaut dans les limites de l'article 806 du même code²⁶⁹.

Qu'ils soient d'attente ou d'accélération, il en ira de même, par identité de motifs, des autres délais de procédure prescrits à peine de nullité²⁷⁰.

Cela dit, on le répète (*supra*, n° 42), si le juge devait constater le non-respect du délai de comparution, il sera bien inspiré, non pas de soulever l'exception de nullité puisque celle-ci échappe à son emprise, mais d'ordonner la convocation du défendeur sous pli judiciaire, conformément à l'article 803 du Code judiciaire et à l'application «sur mesure» dont cette disposition peut faire l'objet.

67. Délais prescrits à peine de déchéance (ordre public). Par contre, le juge statuant par défaut devra relever d'office la déchéance frappant le non-respect de tout délai prescrit à peine de cette sanction, qu'il s'agisse (art. 865 C. jud.) ou non d'un délai de recours. Tous ces délais ont, en effet, été soustraits à l'emprise de l'article 861 du Code judiciaire²⁷¹. On citera notamment – car les délais prévus à peine de déchéance sont nombreux – les articles 1048 (opposition), 1051 (appel), 1073 (cassation), 1136 (requête civile), 1142 (prise à partie), mais aussi les articles 1094, 1114, 1331, 1332, 1334, 1557, 1622, 1661, 1707, 1711, etc., du Code judiciaire.

3. Fins de non-recevoir

68. Défaut d'intérêt (ordre public?). Si nous avons pu écrire, récemment, que, «malgré les circonvolutions de la Cour de cassation, il nous paraît que l'exigence de l'intérêt à l'action, de même que les caractéristiques que doit présenter cet intérêt au vœu des articles 17 et 18 du Code judiciaire, ressortissent par nature à l'ordre public²⁷², de sorte que la fin de non-recevoir pourra être soulevée d'office par le juge statuant par défaut, conformément à

²⁶⁹ Comp. auparavant J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «*Absens indefensus est*», *op. cit.*, ici spéc. pp. 190 et s., n° 26 et s.

²⁷⁰ M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités : une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste», *op. cit.*, pp. 66 et s., n° 27 et s.

²⁷¹ Voy. P. KNAEPEN, «La réforme de la théorie des nullités et des déchéances», *op. cit.*, pp. 106 et s., n° 53 et s. *Adde* : M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Notification, signification, représentation des parties et théorie des nullités : une communication plus moderne entre acteurs de la justice et une procédure moins formaliste», *op. cit.*, pp. 66 et s., n° 27 et s.; G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, «La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice», *op. cit.*, p. 794, n° 4.

²⁷² Cass. (1^{re} ch.), 18 octobre 2012, J.T., 2013, p. 62, concl. Av. gén. A. HENKES. Comp. Cass. (1^{re} ch.), 14 février 2014, R.G. n° C.12.0522, conclusions partiellement contraires Av. gén. A. HENKES. Sur les hésitations de la Cour de cassation sur la nature et le traitement de la fin de non-recevoir déduite du défaut d'intérêt, cons. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, «Régime des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt ou de qualité», in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. pp. 160 et s. et réf. citées; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «Le défaut d'intérêt : une fin de non-recevoir hybride», note sous Cass., 22 février 2007, J.T., 2007, pp. 483 et s. Rapp. P. Taelman et K. Broeckx, «Rechtsmiddelen na Pot-

l'article 806 du même code²⁷³, il paraît indispensable de relever que par arrêt du 4 septembre 2017²⁷⁴, la Cour de cassation a considéré que «[...] fondé sur les articles 17 et 18 du code judiciaire, qui ne sont ni d'ordre public, ni impératifs, le moyen, en cette branche, qui n'a pas été soumis au juge du fond, dont celui-ci ne s'est pas saisi de sa propre initiative et dont il n'est pas tenu de ce saisir, est nouveau, partant irrecevable».

69. Défaut de qualité, étranger à l'ordre public? Par contre, ce même juge devrait s'abstenir de relever d'office le défaut de qualité affectant le demandeur à l'action, l'exigence de qualité étant généralement, mais non unanimement, tenue pour étrangère à l'ordre public²⁷⁵.

70. «Exception» de chose jugée, en règle étrangère à l'ordre public. *De lege lata*, tant que l'article 27 du Code judiciaire laissera l'exception de chose jugée aux mains des parties et la tiendra de la sorte en dehors de l'ordre public, le juge statuant par défaut devra se garder de soulever cette exception *motu proprio* en raison de la réserve que lui assigne l'article 806 du même code²⁷⁶.

Il ne devra sortir de ce silence forcé que lorsqu'il s'agira de soulever (1) l'exception dite de «dessaisissement» l'empêchant de revenir sur une question litigieuse déjà tranchée par lui, (2) l'exception de force de chose jugée acquise par une décision qui n'est plus susceptible de recours ordinaire, ou encore (3) lorsque le litige portera sur l'état des personnes, la Cour de cassation, suivie par la doctrine, rattachant ces trois situations à l'ordre public. Il en va de même selon nous d'hypothèses où le litige porte sur l'autorité parentale et l'hébergement d'un enfant.

pourri I», *op. cit.*, n° 10. Comp. S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 11, n° 30 et réf. citées.

²⁷³ J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et perspectives*, *op. cit.*, pp. 2 et s., n° 50 et s.

²⁷⁴ R.G. n° C.16.0422.F/1.

²⁷⁵ Cass., 17 février 1995, *Par.*, 1995, I, p. 237; Cass. (1^{re} ch.), 14 février 2014, R.G. n° C.12.0522, conclusions partiellement contraires Av. gén. A. HENKES; K. BROECKX, «Vertegenwoordiging in recht en naamgeving in het geding», *R.W.*, 1994-1995, p. 248. Comp. et *contra* : Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 16 mai 2018, R.G. n° 16/2271/A, inédit (en matière de filiation); G. DE LEVAL «L'action en justice. La demande et la défense», in G. de Leval (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 78, n° 2.5, ainsi que B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, «Régime des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt ou de qualité», *op. cit.*, ici spéc. pp. 176 et s. et réf. citées.

²⁷⁶ Sur tout ceci, voy., *de lege lata* et *de lege ferenda*, J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, «Le régime de l'exception de chose jugée», in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2010, pp. 182 et s. Rapp. dans le même sens S. MOSSELMANS, «Taak van de rechter bij verstek», *op. cit.*, p. 11, n° 31 et réf. citées.

71. Prescription, en règle étrangère à l'ordre public. *De lege lata* à nouveau^{277 278}, le même raisonnement s'impose à l'aune de l'article 2223 du Code civil, qui interdit au juge de soulever d'office le moyen tiré de la prescription de l'action. Il suit d'un enseignement majoritaire que ce devoir d'abstention pèse sur le juge même lorsqu'il statue par défaut²⁷⁹, et l'adoption de l'article 806 du Code judiciaire a cristallisé cette interdiction²⁸⁰.

Mais l'on admet que ce juge pourra – devra même – sortir de la réserve que lui assigne l'article 2223 du Code civil, lorsque l'ordre public entrera en jeu. Les hypothèses (essentiellement fiscales et pénales, mais aussi pour causes familiales) couvertes par cette dérogation sont toutefois très discutées²⁸¹. Il existe par ailleurs des débats quant à savoir si, au contraire, la prescription ne devrait pas être d'ordre public.

72. Et l'article 807 du Code judiciaire, étranger à l'ordre public? Comment traiter une demande nouvelle en cas de défaillance de l'une des parties?

Le cas de figure, classique, est le suivant : une procédure est introduite et, quelques jours avant l'audience, voire le jour même de l'audience, la partie qui comparait modifie ses demandes originaires. Ce cas de figure est fréquent, notamment lorsque des particuliers introduisent eux-mêmes des demandes parfois imprécises.

L'article 807 du Code judiciaire dispose que « la demande dont le juge est saisi peut être étendue ou modifiée, si les conclusions nouvelles, contradictoirement prises, sont fondées sur un fait ou un acte invoqué dans la citation, même si leur qualification juridique est différente ». Selon une jurisprudence constante

²⁷⁷ *De lege ferenda*, voy., par contre, D. MOUGENOT, « L'office du juge en matière de prescription », in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 501 et s. Du reste, en cours de travaux préparatoires de la loi « pot-pourri I » du 19 octobre 2015, notre excellent collègue a, sans hélas être entendu, renouvelé sa suggestion (d'autoriser le juge à soulever la prescription d'office en toute situation) lors de son audition à la Chambre (Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, p. 191).

²⁷⁸ Suggérant une discrimination et interrogeant la Cour constitutionnelle, voy. J.P. Grâce-Hollogne, 30 octobre 2008, R.G.D.C., 2010, p. 91.

²⁷⁹ Voy. M. DUPONT, « Prescription et forclusion. Aspects procéduraux », in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier et Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2010, ici spéc. pp. 235 et s., n° 19 et 20 et réf. citées. *Adde* : S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », *op. cit.*, p. 11, n° 31 et réf. citées.

²⁸⁰ *Contra* : Fr. LEJEUNE « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité? », *op. cit.*, p. 123, n° 29, ainsi que J. SAUVAGE, « Le droit (non) judiciaire de la filiation », *op. cit.*, p. 122, n° 14 et J.P. Saint-Gilles, 12 novembre 2015, R.G. n° 15A1202, inédit et J.P. Grâce-Hollogne, 22 mars 2016, R.G. n° 16A87, inédit, relevant d'office le moyen tiré de la prescription.

²⁸¹ M. DUPONT, « Prescription et forclusion. Aspects procéduraux », *op. cit.*, resp. p. 237, n° 22, pour la prescription en matière fiscale et pp. 239 et s., n° 25 et s., pour la prescription de l'action civile découlant d'une infraction (art. 26 du titre préliminaire C. proc. pén.).

de la Cour de cassation²⁸², il doit être admis que l'article 807 du Code judiciaire n'est pas d'ordre public : il n'est pas même impératif.

Cela veut-il signifier que la violation de cette règle – soit l'extension ou la modification des demandes originaires dans l'irrespect du principe du contradictoire – ne peut être élevée d'office par le juge statuant par défaut?

Nous ne le pensons pas.

En effet, selon la jurisprudence²⁸³, la disposition de l'article 807 du Code judiciaire « [...] doit être comprise, non pas comme une interdiction de former une demande nouvelle en cas de défaut du défendeur, mais comme une obligation de respecter les règles de la contradiction, pour éviter de prendre le défendeur par surprise ».

Cette interprétation du texte légal a été saluée par la doctrine²⁸⁴, qui a rappelé qu'en « [...] imposant la contradiction comme condition à l'introduction d'une demande nouvelle, il est évident que le législateur a souhaité que soient respectés les droits de la défense. Toutefois, le respect de ceux-ci doit être concilié avec le principe tout aussi fondamental qu'est celui d'économie de procédure. Ce principe justifie la possibilité offerte au demandeur d'introduire une demande nouvelle par laquelle il adapte sa demande initiale en soumettant au juge de nouvelles prétentions inhérentes à l'évolution du litige, et ce, sans qu'il ait pour ce faire à recourir à une nouvelle procédure [...] ».

L'article 807 du Code judiciaire apparaît comme étant l'une des nombreuses illustrations d'un principe plus large, et même général de droit, à savoir celui du respect des droits de la défense (dont le principe du contradictoire n'est qu'une des applications). Ainsi qu'on l'indique²⁸⁵, ce principe « [...] trouve ancrage dans l'article 6, § 1^{er}, de la [Convention européenne des droits de l'homme] », ajoutant que, « cela étant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué d'identifier, au départ de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, un principe spécifique en vertu duquel « le droit à un procès contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre partie, ainsi que d'en discuter » (Affaire *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995) [...] ».

Ainsi, il doit être admis, sauf à violer la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle est directement applicable en droit belge, que chacune des parties au procès doit nécessairement avoir connaissance des demandes formées contre elle (fût-ce au cours du procès), et avoir la possibilité de se défendre à leur sujet : en ce sens, puisqu'il puise sa source dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce principe général doit être considéré comme étant d'ordre public.

²⁸² Cass., 23 mai 1985, R.G. n° F-19850523-3 [7184], www.juridat.be; voy. aussi Cass., 1^{er} octobre 1990, n° F-19901001-5 [7069], www.juridat.be; Cass. (3^e ch.), 17 juin 2002, J.T.T., 2002, p. 417.

²⁸³ Comm. Mons, 17 avril 2012, J.T., 2013, p. 223, note J. VANDERSCHUREN, « Quand le défaut n'est plus un obstacle à l'introduction d'une demande nouvelle ».

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction? », R.C.J.B., 2013, pp. 203-248.

Partant, lorsque la partie qui comparaît a modifié ses demandes et qu'elle ne démontre pas avoir respecté le principe du contradictoire, il paraît opportun soit de remettre d'office la cause de manière à permettre la régularisation de la procédure (par l'envoi par pli recommandé contenant les demandes modifiées, le défendeur défaillant étant reconvoqué pour l'audience de remise), soit de lui en donner acte au terme d'un jugement rendu par défaut lequel ordonnera la réouverture des débats pour permettre au défaillant, à qui le jugement de réouverture sera notifié par application du prescrit légal (art. 775 C. jud.), de prendre connaissance de l'évolution des demandes et d'adapter, ou non, sa position procédurale.

Telle est la solution retenue en jurisprudence, qu'il s'agisse d'une ampliation de la demande originaire²⁸⁶ (en l'hypothèse d'une majoration – par ailleurs, rétroactive – du montant des aliments demandée à la barre, ne figurant pas en l'acte introductif d'instance) ou d'une demande dirigée contre le défendeur (défaillant) originaire, non par le demandeur originaire mais par l'intervenant volontaire agressif²⁸⁷.

Justin Vanderschuren²⁸⁸, à propos de la décision prononcée par le tribunal de commerce de Mons ci-avant citée, indique que, «[...] statuant de la sorte, le tribunal, plutôt que d'imposer au demandeur d'introduire une nouvelle instance afin d'entendre statuer sur sa nouvelle prétention, permet à celui-ci d'introduire sa demande nouvelle par le biais de conclusions à communiquer au défendeur défaillant. Constatons que les deux principes dont question sont ainsi rencontrés : le respect des droits de la défense, d'une part, en ce que la décision permet au défendeur défaillant avisé de la nouvelle prétention de s'en défendre, l'économie procédurale, d'autre part, en ce qu'elle dispense le demandeur des frais d'une nouvelle procédure».

Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens.

4. Mesures de surséance à statuer

73. Exceptions dilatoires, étrangères à l'ordre public. Compte tenu de leur non-appartenance à l'ordre public auquel l'article 806 du Code judiciaire aussi bien que de l'existence des textes réservant leur invocation au seul défendeur, le juge statuant par défaut devra s'interdire de relever d'office l'exception de caution de l'étranger demandeur (*cautio iudicatum solvi*; art. 851, 852 *juncto* art. 868 C. jud.)²⁸⁹, l'exception dilatoire de délai pour faire inventaire et

²⁸⁶ Comm. Mons, 17 avril 2012, précité; Trib. fam. Namur, division de Namur (3^e ch.), 10 octobre 2016, précité.

²⁸⁷ Trib. fam. Namur, division de Namur (2^e ch.), 21 juin 2017, J.T., 2017/30, pp. 609-610.

²⁸⁸ J. VANDERSCHUREN, « Quand le défaut n'est plus un obstacle à l'introduction d'une demande nouvelle », *op. cit.*

²⁸⁹ A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. p. 81 et réf. citées.

délibérer (art. 853 *juncto* art. 868 C. jud.)²⁹⁰, ou encore l'exception dilatoire dérivant d'une clause de médiation figurant dans le contrat en litige (art. 1725 C. jud.)²⁹¹.

74. Questions touchant à la capacité d'agir en justice, étrangères à l'ordre public. De même, la question ne touchant point à l'ordre public, le défaut de capacité constaté dans le chef du demandeur ne pourra être soulevé d'office par le juge statuant par défaut²⁹².

À notre estime, et dans le même registre, le juge statuant par défaut devra s'abstenir de faire barrage à la prétention introduite par le représentant légal de l'incapable, qui n'aurait pas reçu l'habilitation *ad hoc* du juge de paix²⁹³, ou à celle d'une A.S.B.L. en défaut de respecter les formalités relatives à la tenue du registre de ses membres ou aux publications imposées par la loi²⁹⁴.

75. Mesures de surséance relevant de l'ordre public. Par contre, l'ordre public entrant en jeu, le juge devra s'imposer d'office la surséance à statuer résultant de l'adage « le criminel tient le civil en l'état » (non sans avoir néanmoins vérifié au préalable si une contradiction entre l'aspect civil et l'aspect pénal du litige est susceptible ou non d'apparaître, l'application de cette règle n'étant en rien automatique)²⁹⁵, celle qui résulte de l'absence de convocation de toutes les personnes dont la présence est requise par les articles 332bis et suivants du Code civil pour l'instruction des actions relatives à la filiation²⁹⁶ ou par l'article 1231-49 du Code judiciaire pour les actions relatives à la révocation d'une adoption simple ou à la révision d'une adoption et celle qui sanctionne l'absence de la mention marginale requise en cas d'introduction d'une action en annulation ou en révocation de droits constatés par des actes soumis à transcription hypothécaire (art. 3 L. hyp. du 16 décembre 1851)²⁹⁷.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, ici spéc. p. 97 et réf. citées.

²⁹² *Ibid.*, ici spéc. p. 88 et réf. citées; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 31, n° 15A; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985-1996). Droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 520, n° 38.

²⁹³ Cass., 27 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2122; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 90 et réf. citées dans le même sens. Cette opinion ne fait pas l'unanimité : voy. A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. p. 88 et réf. citées.

²⁹⁴ A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. p. 93; P. ROOSE, « De sanctie van artikel 26 van de Wet van 27 juni 1921 bij her aanwenden van een rechtsmiddel », *A.J.T.*, 1997-1998, p. 313.

²⁹⁵ Cass., 3 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 899; Cass., 23 mars 1992, *Bull.*, 1992, n° 389; A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. pp. 81-82 et réf. citées; Trib. fam. Namur, division de Namur (3^e ch.), 23 mai 2016, *J.T.*, 2016/38, n° 6666, pp. 687-688.

²⁹⁶ A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. p. 91 et réf. citées; E. KRINGS, « Office du juge. Évolution, révolution ou tradition », *J.T.*, 1993, p. 18.

²⁹⁷ Cass., 20 avril 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 681; Cass., 13 novembre 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 657; Cass., 13 mars 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 82; A. BERTHE, L. FRANKIGNOUL et V. GRELLA, « Atermoiements du procès. État des lieux », *op. cit.*, ici spéc. p. 92 et réf. citées.

Signalons également qu'en vertu des articles 717 et 1060 du Code judiciaire tels qu'ils ont été modifiés par la loi dite « pot-pourri VI » du 25 mai 2018, les cours et tribunaux devront « d'office » constater que la procédure est « suspendue » en raison de l'absence d'inscription de l'affaire au rôle pour l'audience indiquée dans l'acte introductif²⁹⁸. Précédemment, selon la Cour de cassation, qui extrayait de manière contestable l'hypothèse de la théorie des nullités²⁹⁹, le juge statuant par défaut devait déclarer « non avenu » l'acte introductif qui, en violation des articles 716 et 717 du Code judiciaire, n'avait pas été inscrit au rôle au plus tard la veille de l'audience.

76. Information sur la médiation et autres «MARC» envoyée par le greffe (art. 1253ter/1) : à soulever d'office ? Il s'agit d'une information que le greffe doit envoyer à toutes les parties. Il ne nous paraît pas que l'absence de cet envoi pourrait entacher la régularité de la procédure, la conciliation n'étant pas d'ordre public (*cf. supra*, n° 65). Qui plus est, l'information relative aux modes alternatifs de conflits doit aussi être dispensée par le juge lui-même à l'audience, en vertu de l'article 731, alinéa 4, du Code judiciaire, de telle sorte que même en cas d'oubli par le greffe, les parties ne demeureront pas ignorantes des possibilités qui existent de régler leur litige par la voie amiable. Cela étant, en cas de défaut, même le juge le plus convaincant risque de prêcher dans le vide.

77. Absence d'envoi à l'enfant du formulaire lui permettant de solliciter une audition par le juge. En vertu de l'article 1004/1 du Code judiciaire, « le mineur qui a atteint l'âge de douze ans est informé par le juge de son droit à être entendu conformément à l'article 1004/2. Un formulaire de réponse est joint à cette information ». Le texte ne précise pas le moment auquel cette information doit être communiquée de sorte que si le juge constate, lors de l'audience d'introduction, que le formulaire n'a pas encore été adressé à l'enfant, il peut encore y faire procéder à ce moment-là et remettre la cause à une date ultérieure. Ordre public ou non, défaut ou non, c'est bien au juge lui-même que l'article 1004/2 du Code judiciaire confie le soin d'informer l'enfant de son droit d'être entendu. Il incombe donc au magistrat, avant de prendre sa décision, de veiller à ce que l'enfant ait été en mesure de le faire valoir. La question de savoir si l'article 1004/1 du Code judiciaire relève de l'ordre public demeure cependant. Si tel est le cas, le juge ne pourrait prononcer un jugement par défaut sans avoir vérifié d'office que le formulaire relatif à l'audition avait bien été envoyé à l'enfant. Dans le cas contraire, il pourrait

²⁹⁸ À ce sujet, cons. J.-S. LENAERTS, « Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018, dite "pot-pourri VI" », *op. cit.*, p. 502, n° 9.

²⁹⁹ Cass., 4 mars 1994, *Pas*, 1994, I, p. 228. Cet enseignement était controversé, certains (dont nous étions) préférant classer l'hypothèse dans la théorie des nullités (pour un exposé complet de cette controverse, voy. H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure. Régime procédural et irrégularités spécifiques », *op. cit.*, ici spéc., p. 150, n° 92 et réf. citées).

rendre sa décision que le formulaire ait été envoyé ou non. Cette question n'a pas réellement fait de débat ni de prise de position franche³⁰⁰. Dès lors que cette règle constitue un droit pour l'enfant à être entendu dans une procédure à laquelle il n'est pas partie mais néanmoins intéressé, il nous semblerait cohérent de reconnaître le caractère d'ordre public à l'article 1004/1 du Code judiciaire. Le juge devrait donc à notre avis toujours vérifier que l'enfant a bel et bien été informé de son droit à être entendu.

78. Conditions de la saisine permanente du tribunal de la famille. Le mécanisme de la saisine permanente permet de revenir vers le tribunal de la famille qui avait rendu une décision dans les matières réputées urgentes³⁰¹, lorsque les circonstances dans lesquelles cette décision avait été prise ont changé, et ce, sans devoir opérer de nouvelle saisine. Le juge, dans ces matières, demeure en effet saisi « de manière permanente ». Ce mécanisme constitue une exception au principe du dessaisissement³⁰². Ses conditions d'exercice sont, d'une part, la nature de la décision prononcée – des mesures réputées urgentes – et, d'autre part, la survenance de circonstances nouvelles. Dès lors qu'il s'agit d'un régime dérogatoire à une règle – celle du dessaisissement – qui est d'ordre public³⁰³, le juge doit en vérifier d'office les conditions en cas de défaut du défendeur. Si le demandeur ne parvient pas à démontrer l'existence d'éléments nouveaux au sens de l'article 1253ter/7 du Code judiciaire, le juge devra prononcer l'irrecevabilité de la demande³⁰⁴.

Le droit pour le juge de procéder à la vérification de l'existence des éléments nouveaux invoqués par le demandeur est renforcé par la possibilité que lui donne le second paragraphe de l'article 1253ter/7 du Code judiciaire de condamner le demandeur à une amende civile³⁰⁵. Il s'agit clairement d'une faculté accordée au juge lui-même, qui peut dès lors agir de sa propre initiative. Cette sanction conforte donc l'idée que le juge peut, d'office, vérifier les conditions de sa saisine³⁰⁶.

³⁰⁰ En faveur de la nature de l'ordre public de l'article 1004/1 du Code judiciaire : J. SAUVAGE et A.-Ch. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le Royaume de Belgique : le fonctionnement du Tribunal de la famille deux ans après sa création », *op. cit.*, p. 14.

³⁰¹ Il s'agit des mesures visées à l'article 1253ter/7, § 2, du Code judiciaire.

³⁰² S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *Act. dr. fam.*, 2017/4, p. 78.

³⁰³ D. MOUGENOT, « Principes de droit judiciaire privé », *op. cit.*, p. 235 ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 228, n° 162.

³⁰⁴ Selon Solange Brat et Pascale Monteiro Barreto, l'absence d'éléments nouveaux entacherait la recevabilité de la demande, en raison de l'atteinte à l'autorité de chose jugée attachée à la décision définitive précédemment rendue (S. BRAT et P. MONTEIRO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 88). Les éléments nouveaux constituent en effet la condition de la saisine du tribunal et, partant, touchent à la recevabilité de la demande plutôt qu'à son fondement. L'article 1253ter, § 2, du Code judiciaire renvoie à l'article 780bis du même code.

³⁰⁶ P. SENAËVE, « De blijvende saisine van de familierechtbank », *Handboek familieprocesrecht*, Malines, Kluwer, 2017, p. 285, n° 569.

C. Vérification du fondement de la demande

1. Conciliation de l'article 806 du Code judiciaire avec d'autres textes clairs sur l'office du juge

79. Prévalence des textes spéciaux. L'article 806 du Code judiciaire ne dit pas tout de l'office du juge statuant par défaut. Ainsi que le ministre de la Justice l'a souligné en cours de travaux préparatoires, il convient, à côté de ce texte matriciel, de tenir compte d'autres dispositions spéciales qui investissent explicitement ledit juge du devoir de soulever tel ou tel moyen³⁰⁷.

Ainsi qu'il fut précisé, ces dernières dispositions prennent le pas sur, ou plus exactement le relais de, l'article 806, dictant au juge la mission attendue de lui sans qu'il faille se demander indéfiniment si l'ordre public est ou non en jeu. Plusieurs illustrations de cette cohabitation de textes ont déjà été fournies ci-dessus, lorsqu'il fut question, par exemple, du relevé d'office du déclinatoire de compétence institué par l'article 630, alinéa 2, du Code judiciaire (*supra*, n° 52), de l'exception de litispendance (*supra*, n° 57), de la jonction d'office de deux causes connexes (*supra*, n° 39), de la suspension d'office de la procédure pour défaut d'inscription au rôle (*supra*, n° 75) ou encore de l'incident de répartition de l'article 88, § 2, du Code judiciaire (*supra*, n° 58).

Il en ira de même des textes spéciaux fondateurs de moyens de fond à relever d'office.

80. Exemples. Le ministre de la Justice a du reste suggéré explicitement³⁰⁸ les exemples de la clause pénale excessive (art. 1231 C. civ.) et de l'intérêt moratoire usuraire (art. 1153 C. civ.) qui, selon la lettre même de la loi, doivent être en effet réduits « d'office par le juge »³⁰⁹.

Gageons qu'il existe d'autres textes du même acabit que ceux-là, que les juges sauront débusquer et appliquer.

2. Application de l'article 806 du Code judiciaire en matière familiale : les matières d'ordre public

81. L'ordre public dans le droit de la famille. En droit de la famille, plusieurs procédures particulières prévoient que le juge doit vérifier le fondement de la demande, indépendamment du caractère contradictoire de la procédure. Ces procédures sont généralement relatives à des matières qui relèvent

de l'ordre public – filiation, adoption, mariage, divorce –, de sorte que les règles qui les gouvernent ne font que conforter le pouvoir du juge de vérifier d'office le fondement de la demande en cas de défaut.

Ainsi, en matière de procédure de divorce, l'article 1255, aux paragraphes 2 et 5, stipule que le juge ne prononce le divorce qu'après en avoir vérifié les conditions légales.

En matière d'adoption interne, l'article 1231-13 du Code judiciaire prévoit également que le juge doit vérifier si les conditions prévues par la loi sont remplies.

Enfin, l'article 331octies du Code civil permet au juge saisi d'une demande en matière de filiation d'ordonner d'office toute mesure d'investigation lui permettant de vérifier le lien de filiation biologique.

82. Matières d'ordre public versus dispositions impératives. À côté de ces règles particulières, le droit de la famille reste pétri d'ordre public. Notion fluctuante par essence³¹⁰, il n'a cessé de reculer au cours des dernières décennies, laissant aux individus une marge croissante d'autonomie conventionnelle³¹¹. Il n'interdit plus nécessairement que les titulaires des droits les aménagent à leur convenance. Il délimite la manière dont ils peuvent le faire³¹². L'ordre public demeure néanmoins bien présent dans un certain nombre de matières qui ressortissent à la compétence du tribunal de la famille et pourra par conséquent utilement être invoqué pour contrer une demande qui ne respecterait pas les droits du défendeur défaillant ou ceux de tiers concernés, comme les enfants mineurs. Il s'agit, d'une part, des règles par lesquelles le droit identifie les individus et les « institue » dans le groupe social qu'est la famille³¹³, et, d'autre part, des règles qui visent à protéger des catégories de personnes dans l'exercice de leurs droits, notamment les mineurs et les incapables, ce qui inclut les règles relatives à la capacité, mais aussi à l'autorité parentale³¹⁴.

La nature de certaines normes, parmi lesquelles celles qui fixent le contenu du statut du mariage, est plus malaisée à définir. On considère généralement que

³¹⁰ Voire oubliée ou « mal-aimée » : L. CORNELIS, « Mal aimé, mal armé : l'ordre public en droit privé », note sous Cass., 30 janvier 2015, R. C.J.B., 2017, pp. 190-226.

³¹¹ J.-L. RENÇON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in A. Wijffels (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 269-332.

³¹² P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 325 ; J.-L. RENÇON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 299.

³¹³ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 136 ; A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », in *L'ordre public, concept et applications*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 193.

³¹⁴ J.-L. RENÇON, « Les clauses des conventions entre époux ou cohabitants relatives à l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants », *op. cit.*, p. 301 ; A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », *op. cit.*

³⁰⁷ Rapport de la première lecture [...], précité, n° 54-1219/005, pp. 100-102.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ Voy., p. ex., B. WYLLEMAN, « Nieuwe wetgeving inzake strafbeding en moratoir interest », *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 701 et s. ; P. WÉRY, « La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale est les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes ? », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 222 et s. ; P. WÉRY, « Du neuf en matière de clauses pénales », in *La théorie générale des obligations*, coll. CUP, vol. 27, Liège, 1999, pp. 186 et s.

les règles qui sont relatives aux effets personnels du mariage (art. 212, 213³¹⁵ et 216 C. civ.) relèvent de l'ordre public³¹⁶, tandis que celles qui sont de nature patrimoniale (art. 215, 217, 218, 219, 221³¹⁷ et 222 C. civ.) sont plutôt impératives³¹⁸.

La nature d'ordre public ou impérative des droits et devoirs des époux n'entraîne pas de conséquences juridiques fondamentales³¹⁹, sauf, précisément, sur le pouvoir du juge statuant par défaut. Relèvent-ils de l'ordre public, le juge pourra examiner d'office une demande qui leur serait contraire, ne seraient-ils qu'impératifs, seul le défendeur pourrait se prévaloir de leur illégalité, mais non le juge³²⁰.

Dans les lignes qui suivent, nous tâcherons de recenser les matières du droit de la famille qui relèvent de l'ordre public et dans lesquelles le juge peut donc vérifier le fondement de la demande en cas de défaut, en vertu de l'article 806 du Code judiciaire.

83. État des personnes. Relèvent de l'ordre public toutes les demandes qui touchent à l'état des personnes³²¹, et notamment celles qui sont relatives à la filiation, à l'adoption, au mariage et au divorce³²². Pour ces matières, on a déjà indiqué que le législateur avait généralement pris soin d'intimer au juge de vérifier le fondement de la demande.

³¹⁵ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 6.

³¹⁶ G. CORNU, « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Droit comparé des personnes et de la famille. Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 107; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., op. cit., p. 6; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 35.

³¹⁷ J.-L. RENCHON, « Les effets alimentaires et patrimoniaux », in *Le statut juridique du couple marié et non marié en droit belge et français*, vol. 2, La conventionnalisation des statuts de couple, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 243, n° 344.

³¹⁸ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, op. cit., p. 35; J.-L. RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Droit comparé des personnes et de la famille. Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 552.

³¹⁹ En matière d'autonomie de la volonté, l'ordre public ou le caractère impératif des règles a le même effet et le juge saisi d'une demande d'homologation devra vérifier leur conformité tant à l'ordre public qu'aux dispositions impératives. En ce sens : W. PINTENS, K. VANWINCKELEN, C. DECLERCK et J. DU MONCH, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2010, p. 62; P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 333.

³²⁰ W. PINTENS, K. VANWINCKELEN, C. DECLERCK et J. DU MONCH, *Familiaal vermogensrecht*, op. cit., p. 60. *Contra* : Civ. Namur, division de Dinant, 21 décembre 2017, J.T., 2018, p. 118, relevant d'office et par défaut le moyen (de droit impératif) tiré du non-respect de l'article 88 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre au motif qu'il en va de la protection des consommateurs.

³²¹ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 61, n° 40; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », op. cit., p. 142; A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », op. cit., p. 193.

³²² On pourrait ajouter les demandes relatives au changement de sexe, à la rectification des actes de l'état civil, et les recours contre les décisions du juge de paix en matière d'absence, mais, s'agissant de demandes unilatérales, ou dirigées contre le ministère public, l'article 806 du Code judiciaire n'y trouverait en principe pas d'application.

Bien que cette question soit controversée³²³, la Cour de cassation a considéré que la cohabitation légale n'affectait pas l'état de la personne³²⁴. Cependant, les hypothèses dans lesquelles l'officier de l'état civil pourrait refuser d'acter une déclaration de cohabitation légale, ce qui pourrait entraîner un recours devant le tribunal de la famille, sont limitées par le Code civil à la suspicion de fraude à l'accès au territoire³²⁵ et à celle d'un défaut de libre consentement, ce qui, dans cette dernière hypothèse, laisse supposer l'existence de menaces ou de violences³²⁶. Les raisons qui pourraient conduire l'officier de l'état civil à refuser d'acter une déclaration de cohabitation légale relèvent donc en elles-mêmes de l'ordre public.

84. Droit des couples. Seules certaines règles relèvent de l'ordre public. On l'a déjà écrit, les effets personnels du mariage en font partie. Ainsi, la demande fondée sur l'article 216, § 1^{er}, du Code civil, en vertu de laquelle un époux entend faire interdire à l'autre d'exercer une certaine profession, nécessiterait un examen d'office par le juge en cas de défaut. Il en serait de même à propos d'une demande fondée sur le paragraphe 2 du même article, dont l'objet consisterait à faire défense à l'autre conjoint de continuer à user de son nom dans le cadre de son activité professionnelle.

Au niveau des droits patrimoniaux, sont d'ordre public, le principe d'égalité entre les époux³²⁷, la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux ou au contraire leur caractère irrévocable lorsqu'elles ont été stipulées au sein du contrat de mariage, ainsi que les conditions de forme d'un contrat de mariage³²⁸.

Relèverait par exemple de l'ordre public, la demande d'un époux de révoquer une donation qui aurait été stipulée au sein du contrat de mariage.

La protection du logement familial constitue un droit de nature impérative de sorte qu'une demande d'un époux à se voir autoriser, sur la base de l'article 215, § 1^{er}, alinéa 3, du Code civil, à vendre sans l'accord de l'autre l'immeuble qui lui appartient mais qui sert de logement familial, devrait être accordée par le juge en cas de défaut de l'époux qui refuse de donner son consentement à la vente. De même, le tribunal de la famille devrait pouvoir faire droit à une demande d'un époux fondée sur l'article 224 du Code civil,

³²³ A.-Ch. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : quo vadis ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015/1, p. 32; *id.*, « La cohabitation légale, l'état civil et l'exécution provisoire », note sous Trib. fam. Hainaut, division 8e Mons (24^e ch.), 18 novembre 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2017/1, p. 79.

³²⁴ Cass., 17 janvier 2013, R.G. n° C.11.0363.F *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/1, p. 72 (somm.).

³²⁵ Art. 1476^{quater} renvoyant à l'article 1476^{bis} du Code civil.

³²⁶ Art. 1476^{quater} renvoyant à l'article 1476^{ter} du Code civil.

³²⁷ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Rapport belge (I) », in *L'ordre public. Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIX, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 367; L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux, contrat de mariage et modification du régime matrimonial », *Rép. not.*, t. V, 1. II/2, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 457.

³²⁸ L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, « Les régimes matrimoniaux, contrat de mariage et modification du régime matrimonial », op. cit., p. 534.

visant à faire annuler un acte accompli par l'autre époux, même lorsque ce dernier fait défaut.

Par contre, lorsque le tribunal de la famille est saisi d'une demande relative à une interdiction temporaire de résidence³²⁹, et qu'il est amené, dans ce cadre, à vérifier la légalité d'une ordonnance d'éloignement prise par le ministère public et à en envisager la prolongation³³⁰, l'ordre public est clairement en jeu. S'opposent, en effet, dans ce type de procédure, d'une part, la liberté d'aller et venir dans le chef de l'auteur des violences, et, d'autre part, l'intégrité physique et psychique dans le chef de la victime. Le tribunal pourrait donc examiner d'office le fondement de la demande, qu'il s'agisse d'une demande de prolongation de l'interdiction de résidence en cas de défaut de l'auteur des violences, ou d'une demande de levée de la mesure en cas de défaut de la victime.

85. Demandes relatives à des enfants mineurs. Relèvent de l'ordre public toutes les demandes qui concernent les enfants mineurs d'âge, à savoir celles qui ont trait à l'exercice de l'autorité parentale, en ce compris lorsqu'il s'agit de déclarer cet exercice impossible (art. 389 C. civ.), à un enlèvement international d'enfants (art. 1322*bis* et 1322*decies* C. jud.), à la tutelle³³¹ ou encore à l'obligation alimentaire d'entretien et d'éducation sous réserve des nuances qui seront apportées ci-après. Ainsi, le juge devrait systématiquement vérifier que la formule d'hébergement d'enfants mineurs qui est sollicitée correspond bien à l'intérêt de ceux-ci³³². Outre son pouvoir de vérifier le fondement de la demande, parce qu'elle appartient à l'ordre public, le juge se voit octroyer par l'article 1253*ter*/6 du Code judiciaire des pouvoirs étendus en matière d'investigation, le cas échéant d'office. En effet, de sa propre initiative, le juge « fait procéder à toutes investigations utiles » lorsqu'une demande relative à un mineur lui est soumise.

86. Les obligations alimentaires. Qu'elles concernent des enfants mineurs ou en âge de formation, ou des majeurs, les obligations alimentaires relèvent de l'ordre public³³³. Elles contribuent en effet à assurer la subsistance de nombre de personnes qui, sinon, tomberaient à charge de l'État. Le législateur permet cependant aux personnes concernées de modaliser leurs obligations

³²⁹ S. NEVRY, « L'interdiction temporaire de résidence en cas de violence domestique : contextualisation et commentaire des lois des 15 mai et 15 juin 2012 », *Reu. trim. dr. fam.*, 2013/1, p. 13.

³³⁰ Art. 5 de la loi du 15 mai 2012.

³³¹ Le tribunal de la famille exerce une compétence d'appel en cette matière en vertu de l'article 577, alinéa 2, du Code judiciaire.

³³² Trib. fam. Hainaut, division de Mons (23^e ch.), 30 juin 2016, inédit. Dans cette espèce, Monsieur demande le divorce sur la base de l'article 229, § 3, du Code civil et Madame fait défaut. Le juge ordonne d'office la réouverture des débats afin que Monsieur apporte les preuves de la durée de séparation de fait. Ce n'est qu'après avoir vérifié l'existence des conditions légales qu'il prononce le divorce par défaut. Le père demandait aussi un hébergement égalitaire en soutenant que cette demande était conforme à la réalité mise en place par les parents depuis leur séparation de fait. Le juge y fait droit, estimant que cette demande « semble conforme à l'intérêt des enfants ».

³³³ A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », *op. cit.*, p. 203.

alimentaires³³⁴, qu'il s'agisse de l'obligation à l'égard de leurs enfants mineurs ou en âge de formation, du devoir de secours, de la pension après divorce ou des obligations alimentaires dites « de droit commun »³³⁵. On en déduit que la titularité du droit aux aliments est d'ordre public mais que créancier et débiteur peuvent décider eux-mêmes du montant et des modalités de l'obligation. Sous peine de vider le droit de toute consistance et, partant, de contrevenir à l'ordre public, les parties ne peuvent donc renoncer pour l'avenir à leurs droits. La pension après divorce bénéficie d'un régime un peu particulier, puisqu'il est possible d'y renoncer, mais uniquement à partir de la dissolution du mariage³³⁶. Les parties concernées ne pourraient pas non plus, sauf permission expresse du législateur³³⁷, renoncer à la variabilité du montant, gage de l'équilibre entre les besoins du créancier et les ressources du débiteur³³⁸.

Il résulte de tout ceci que seule l'existence des droits alimentaires relève de l'ordre public. Leur montant et leurs modalités y échappent. Par conséquent, ce n'est que si le débiteur demande la suppression pure et simple de son obligation de payer une pension alimentaire que le juge devrait, au nom de l'ordre public, vérifier le fondement de la demande.

Le juge qui statue par défaut pourrait donc rejeter d'office une demande qui porterait atteinte à l'existence d'un droit mais il ne pourrait par contre pas, au nom de l'ordre public, en examiner le montant demandé, ceci sans préjudice du droit du juge de vérifier que la demande n'est pas manifestement infondée (*infra*, n° 89).

Pour ce qui concerne plus particulièrement l'obligation d'éducation et d'entretien, on enseigne que l'obligation à la dette est d'ordre public tandis que le rapport contributoire entre les parents est laissé à leur disposition. En d'autres mots, pour peu que l'enfant bénéficie du niveau de vie auquel il a droit, et qui est fonction des ressources cumulées de ses parents, ces derniers peuvent se répartir la charge alimentaire comme ils l'entendent, et, notamment, prévoir entre eux une contribution différente de celle que prévoit l'article 203*bis* du Code civil. Cette portée partielle de l'ordre public a pour conséquence que la marge d'appréciation du juge statuant par défaut varie selon que la demande touche à l'obligation à la dette ou seulement au rapport contributoire entre les parents.

Ainsi, lorsqu'un parent réclame trop ou trop peu à l'autre, c'est le rapport contributoire qui est en jeu et l'ordre public en est exclu. Cela signifie que le juge ne pourrait, au nom de l'ordre public, corriger une demande qui ne

³³⁴ Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel (art. 1238, al. 4^e, C. jud.), ou plus largement par la voie d'accords qui peuvent être soumis à l'homologation du juge (art. 1253*ter*, § 3, C. jud.).

³³⁵ Les obligations alimentaires de droit commun sont celles qui existent entre les ascendants et les descendants (art. 205 C. civ.) ou entre beaux-enfants et beaux-parents (art. 206 C. civ.).

³³⁶ Art. 301, § 9, C. civ.

³³⁷ Ce qui est le cas de la pension après divorce (art. 301, § 7, C. civ.).

³³⁸ A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER, « Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes », *op. cit.*, p. 204.

correspondrait pas à une contribution exactement proportionnelle aux facultés de chacun – pour autant que cette exactitude soit possible à vérifier – ni à la hausse³³⁹, ni à la baisse, sous réserve à nouveau de son pouvoir de s'opposer à une demande « manifestement non fondée », hypothèse qui sera examinée ci-après. La circonstance que le défaut de paiement par le débiteur peut entraîner l'intervention du service des créances alimentaires (SECAL), service public d'avances et de recouvrement des pensions et contributions alimentaires³⁴⁰, ne modifie pas la nature du rapport contributoire entre les parents et ne justifie à notre avis pas un contrôle d'office de la demande par le juge. Personne ne s'offusque de l'intervention du SECAL lorsque les contributions alimentaires ont été fixées dans des conventions de divorce par consentement mutuel, alors que dans cette hypothèse, aucun juge n'aura vérifié si les finances publiques ne risquaient pas d'être mises à mal. D'ailleurs, une demande un peu trop gourmande n'aurait pas de conséquences déterminantes sur les finances publiques dès lors que les avances consenties par ce service sont doublement limitées : d'une part, le montant des avances ne peut pas dépasser 175 euros par mois et par enfant³⁴¹, et, d'autre part, seuls les parents dont les revenus n'atteignent pas un certain plafond peuvent en bénéficier³⁴².

87. Successions et donations. Les matières patrimoniales ne relèvent qu'exceptionnellement de l'ordre public. On a déjà évoqué qu'y était soumis le caractère irrévocable des donations stipulées entre les époux dans leur contrat de mariage³⁴³. Serait par exemple aussi contraire à l'ordre public une demande qui viserait à obtenir la condamnation du défendeur défaillant à exécuter un pacte sur succession future³⁴⁴.

La nature de la réserve héréditaire n'est pas certaine³⁴⁵. Selon Paul Delnoy, « contrairement à ce qu'on entend souvent dire, la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public : elle est impérative et même impérative à sens unique »³⁴⁶. L'héritier protégé par la réserve peut en effet parfaitement y renoncer après

³³⁹ Si le parent qui réclame la contribution a sous-estimé les besoins de l'enfant, le juge ne pourra pas lui accorder de montant supérieur à sa demande sans violer le principe dispositif (F. PIERAER, « De taak van de rechter bij het toepassen van normen van openbare orde : minder vanzelfsprekend dan het blijkt », note sous Cass., 17 mars 2016, R.G.D.C., 2017/6, p. 365, n° 10 ; S. MOSSELMANS, P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Geen blinde inwilligingsverplichting voor de rechter bij verstek », note sous Cass., 13 décembre 2016, *op. cit.*, p. 1094).

³⁴⁰ Loi du 21 février 2013 créant un service des créances alimentaires au sein du S.P.F. Finances, M.B., 28 mars 2013.

³⁴¹ Art. 4, § 2, de la loi du 21 février 2013.

³⁴² Art. 4, § 1^{er}, de la loi du 21 février 2013. Le plafond de revenus est fixé à 1.800 euros par mois. Ce montant est majoré en fonction du nombre d'enfants à charge.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Y.-H. LELEU, « Rapport belge (II) », in *L'ordre public. Journées libanaises 1998*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIX, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 385.

³⁴⁵ W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH et K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 741.

³⁴⁶ P. DELNOY, « L'anticipation successorale par la voie testamentaire », in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 169.

l'ouverture de la succession et le juge ne pourrait donc pas réduire d'office des libéralités consenties au mépris des droits réservataires.

3. Application de l'article 806 du Code judiciaire en matière familiale (suite) : la plasticité de l'ordre public

88. Les demandes manifestement non fondées. En vertu de l'article 806 du Code judiciaire, le pouvoir d'appréciation du juge qui statue par défaut est limité aux matières d'ordre public, ce qui implique que pour les autres, il doit faire droit à la demande si personne ne comparait pour la contester.

Dans son arrêt salubre du 13 décembre 2016³⁴⁷, la Cour de cassation a cependant indiqué qu'en cas de défaut, « faire droit à une demande manifestement non fondée est contraire à l'ordre public ».

La Cour permet donc au juge, dans des matières qui ne relèvent pas de l'ordre public, de vérifier si la demande en elle-même n'outrepasse pas les limites de l'ordre public en ce qu'elle serait manifestement non fondée.

En droit de la famille plus précisément, les demandes manifestement non fondées peuvent être de trois ordres. Soit il s'agit d'une erreur de la part du demandeur, lequel réclame une chose impossible ou qui n'existe plus. On songe aux demandes de partage entre des personnes qui ne disposent pas de droits concurrents sur le ou les biens en cause³⁴⁸, ou aux demandes de désignation d'un notaire pour représenter les parties récalcitrantes ou défaillantes, alors que cette possibilité a été supprimée par la loi du 13 août 2011³⁴⁹. Dans ces hypothèses, la demande doit simplement être rejetée.

Soit la demande est peu voire pas étayée, ce qui est le cas lorsque, par exemple, le demandeur se contente de réclamer un montant de contribution ou de pension alimentaire sans le justifier, ni par pièces ni par raisonnement économique.

Soit enfin, la demande est fondée dans son principe, mais manifestement exagérée dans son montant ou ses modalités. C'est également en matière alimentaire que cette hypothèse s'illustre particulièrement.

Ces deux dernières hypothèses sont examinées ci-dessous.

89. Marge d'appréciation du tribunal de la famille statuant par défaut en matière alimentaire. On a vu qu'au nom de l'ordre public dont sont empreintes les obligations alimentaires, le juge qui statue par défaut ne

³⁴⁷ Voy. *supra*, n° 29.

³⁴⁸ M. DEMARET et S. THIELEN, « Aspects de procédure en matière de liquidation judiciaire », in *Questions particulières en matière de partage judiciaire*, Limal, Anthemis, 2016, p. 13 ; C. ROUSSIEAU, « Copropriété volontaire, tontine et accroissement : comment en sortir ? », in J. Sosson (dir.), *La séparation du couple non marié*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 163 et s.

³⁴⁹ M. DEMARET et S. THIELEN, « Aspects de procédure en matière de liquidation judiciaire », *op. cit.*, p. 20.

pourrait apprécier la demande que si elle porte atteinte à l'existence du droit. C'est un autre principe d'ordre public – ne pas faire droit à une demande manifestement non fondée – qui donne au juge le pouvoir de vérifier, du moins dans une certaine mesure, le fondement d'une demande visant à l'obtention ou à la majoration d'une pension alimentaire.

Sont manifestement non fondées les demandes de pensions ou contributions alimentaires qui ne seraient absolument pas étayées, au nom du principe *actori incumbit probatio*, énoncé aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. Le demandeur d'une contribution alimentaire doit-il, pour répondre aux exigences de ces articles, fournir l'ensemble des informations requises par l'article 1321 du Code judiciaire ? Nous ne le pensons pas. Dès lors que les parents sont dispensés de l'appliquer lorsqu'ils fixent la contribution alimentaire dans des conventions³⁵⁰, on ne peut qu'en déduire que cette norme échappe à l'ordre public. Par conséquent, en cas de défaut du débiteur pressenti, le juge ne pourrait rejeter la demande au seul motif que les informations requises par l'article 1321 du Code judiciaire ne seraient pas fournies.

Sont également manifestement non fondées les demandes d'un montant qui paraîtrait de toute évidence exagéré.

On peut s'interroger sur l'étendue de la marge de manœuvre du juge dans cette dernière hypothèse. Dès lors que l'ordre public n'est atteint que lorsque la demande est « manifestement » non fondée, il faudrait en déduire que le juge ne peut exercer en cas de défaut qu'un contrôle marginal. La matière des clauses pénales peut à cet égard servir de source d'inspiration, puisque, là aussi, le juge est autorisé à modifier une demande qui serait manifestement exagérée. L'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, lui permet en effet de réduire une clause pénale « dont la somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention ». Bien entendu, l'analogie est imparfaite puisque dans le cas des clauses pénales, le montant a été fixé en principe par les deux parties, dans une convention qui les lie toutes les deux. Ce n'est rien moins que le principe de convention-loi que le juge est autorisé à tenir en échec. Rien de comparable dans l'hypothèse d'une demande de pension alimentaire, à laquelle le défendeur n'a sans doute jamais consenti. Il n'en demeure pas moins que le juge, dans les deux cas à notre avis, ne peut exercer un pouvoir de contrôle de la demande que lorsque celle-ci dépasse manifestement ce que des personnes raisonnables auraient convenu ou demandé. En matière de clauses pénales, il est généralement admis que cela ne permet au juge de s'opposer à la demande que si elle lui paraît, de toute évidence, exagérée³⁵¹.

³⁵⁰ Amendement n° 2, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-0899/002, p. 14.

³⁵¹ P. WÉRY, « Les clauses pénales », in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 207.

C'est ce même terme « manifestement » qui a été utilisé par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 décembre 2016, ce qui invite à penser qu'en l'hypothèse d'un défaut aussi, le contrôle du juge ne peut être que marginal.

Pour apprécier le caractère raisonnable de la demande, le juge doit bien entendu se pencher sur les éléments qui entrent normalement en compte dans le calcul d'une pension ou contribution alimentaire. On en revient à l'exigence qui pèse sur le demandeur d'étayer suffisamment sa demande. Celui-ci ne pourrait être tenu de fournir l'ensemble des informations dont question à l'article 1321 du Code judiciaire mais le juge n'est lui-même pas tenu non plus de procéder à un examen précis de la situation comme s'il devait en fixer le *quantum*. Le contrôle judiciaire ne devrait être que sommaire à l'instar de celui que le juge exerce lorsqu'il doit homologuer une convention relative à l'obligation d'éducation et d'entretien³⁵².

La jurisprudence semble avoir pris la mesure de la nuance. Plusieurs décisions accordent au parent demandeur la somme réclamée au titre de contribution alimentaire, après avoir estimé qu'elle était raisonnable³⁵³.

S'il apparaît cependant que la demande est « manifestement » exagérée, le juge pourrait la réduire, non pas au montant qu'il aurait accordé si le défendeur s'y était opposé, mais à un montant jugé raisonnable au terme de l'examen marginal dont question ci-dessus³⁵⁴. En effet, ce qui est contraire à l'ordre public, c'est le caractère manifestement exagéré de la demande. Le pouvoir du juge qui statue par défaut nous paraît donc limité à cet excès³⁵⁵. Il faut en déduire que le juge, au nom de l'ordre public, ne pourrait que la ramener dans des proportions

³⁵² Bruxelles, 22 janvier 2016, *Act. dr. fam.*, 2016/3, p. 60, note J. SAUVAGE.

³⁵³ Trib. fam. Hainaut, division de Mons (24^e ch.), 14 juin 2016, inédit : saisi d'une demande visant à fixer les modalités d'hébergement et les parts contributives au profit d'un enfant, le tribunal constate que les demandes « paraissent convenables et conformes à l'intérêt de l'enfant » et qu'il y a lieu en conséquence d'y faire droit « sans autre examen ni discussion ». La mère postulait le maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, l'hébergement principal de l'enfant, le bénéfice des allocations familiales et une contribution alimentaire à charge du père de 100 euros. On peut admettre que, même sans examen, la demande paraît conforme à l'intérêt de l'enfant pour les demandes qui relèvent de l'ordre public et pas manifestement infondée pour ce qui concerne la part contributive. Trib. fam. Hainaut, division de Mons (22^e ch.), 16 juin 2016, inédit : le tribunal fait droit à la demande, qui est « raisonnable et fondée », ce qui suppose un examen sommaire du fondement. Trib. fam. Hainaut, division de Mons (24^e ch.), 13 mai 2016, inédit : le juge apprécie le montant de la demande par rapport à une décision antérieure de 2014, à une époque où le défendeur avait comparu.

³⁵⁴ Dans une espèce où la mère réclamait 200 euros de contribution alimentaire, la cour d'appel de Bruxelles opère un contrôle pour vérifier si la demande n'est pas « manifestement non fondée ». Elle applique la méthode Renard et obtient un résultat de 100 euros par enfant. La cour réduit alors la demande au motif qu'elle est manifestement non fondée et accorde 115 euros par mois et par enfant (Bruxelles [41^e ch.], 27 mars 2017, R.G. n° 2016/FA/687, inédit).

³⁵⁵ Cependant, certains juges n'hésitent pas à rejeter purement et simplement une demande qui leur apparaît « manifestement non fondée ». C'est ainsi que le tribunal de commerce d'Anvers, division de Turnhout, dans une décision inédite du 8 novembre 2017 (R.G. n° A/17/01965), condamne le débiteur défaillant à la somme due en principal mais rejette la demande du créancier de le condamner aussi à la clause pénale de 15 % et aux intérêts moratoires de 12 %, au motif que ces deux demandes sont contraires à la loyauté des pratiques commerciales et, partant, contraires à l'ordre public.

raisonnables. À l'heure où l'on cherche toujours des normes objectives de calcul des contributions et pensions alimentaires, on peut évidemment s'interroger sur ce que signifie une proportion raisonnable.

Au sujet d'une pension alimentaire après divorce fondée sur l'article 301 du Code civil, on peut se demander si constituerait une demande manifestement non fondée celle d'un montant de pension qui excéderait le tiers des revenus du débiteur. La limite du tiers des revenus du débiteur n'est pas une règle d'ordre public³⁵⁶. Le juge ne pourrait donc pas s'opposer d'office à une demande d'un montant de pension alimentaire après divorce supérieur à ce plafond du tiers des revenus en cas de défaut du débiteur. Cependant, dès lors qu'il constate que la demande est manifestement non fondée, et qu'il s'apprête à réduire le montant demandé, devrait-il limiter le montant en vertu de la règle légale prévue à l'article 301, § 3, alinéa 3, du Code civil ? À notre avis, pas nécessairement³⁵⁷. La Cour de cassation a, en effet, jugé que, lorsque le juge est amené à réduire – *in casu* sur la base de l'abus de droit – le montant d'une pension après divorce fixée dans des conventions de divorce par consentement mutuel, il n'est pas tenu d'appliquer la règle selon laquelle la pension après divorce ne peut excéder le tiers des revenus du débiteur, cette règle n'étant pas applicable aux pensions de nature conventionnelle³⁵⁸, et, par conséquent, pas d'ordre public. La réduction du droit « à un usage normal » – sanction de l'abus de droit applicable *in casu* – n'implique donc pas que le montant doive être limité au tiers des revenus du débiteur. Qu'il soit confronté à une demande fondée sur l'abus de droit ou à un défaut de contradiction, l'office du juge se limite à la réduction de la demande à un « usage normal » et non à ce que la loi prévoit à titre supplétif. Si, au contraire, on intimait au juge de ramener la demande dans les limites fixées par la loi, cela reviendrait à donner à la règle une portée d'ordre public qu'elle ne revêt pas. Seules les demandes qui seraient manifestement non fondées peuvent être réduites au nom de l'ordre public, et non toutes celles qui viseraient une pension après divorce dont le montant excède le plafond du tiers des revenus du débiteur. Seul l'excès manifeste peut être gommé par le juge et non toute la portion de la demande qui dépasse le plafond légal. Le raisonnement est identique à celui qui a été développé à propos des contributions alimentaires : sous peine de méconnaître le prescrit de l'article 806 du Code judiciaire, le juge ne doit pas ramener la demande manifestement non fondée à ce qu'il aurait alloué à l'issue d'un débat contradictoire.

Par ailleurs, bien que le législateur ait pu considérer qu'il était raisonnable de ne pas trop alourdir la charge financière que pouvait représenter le paiement d'une pension après divorce, il peut arriver qu'en raison de la limitation au tiers

des revenus du débiteur, le créancier ne se trouve pas en mesure de faire face à ses besoins, ce qui peut être le cas lorsqu'il ne dispose d'aucun revenu personnel ni d'allocation de remplacement. Dans ce genre d'hypothèse, réclamer un montant de pension après divorce qui excède le tiers des revenus du débiteur ne nous paraît pas, en soi, manifestement non fondé.

Dans le respect des mêmes principes, le tribunal devrait pouvoir ajuster d'office, pour éviter de faire droit à une demande manifestement non fondée, la demande par laquelle le débiteur d'une pension après divorce requiert la capitalisation de la rente, comme le lui permet l'article 301, § 8, du Code civil, mais en proposant un montant manifestement trop bas par rapport à la somme qu'il lui restait à payer.

90. Prescription. La question de la prescription a été évoquée ci-dessus (n° 71). On sait donc que l'article 2223 du Code civil stipule que « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ». Ceci ne devrait cependant pas les empêcher de considérer que serait « manifestement non fondée » une demande d'aliments que le demandeur ferait remonter à une date largement antérieure au délai légal de cinq ans fixé par l'article 2277 du Code civil, de manière telle qu'elle atteindrait une somme colossale au regard des facultés du débiteur. Ce genre d'hypothèse s'apparente d'ailleurs à un abus de droit. À nouveau, la réduction d'office d'une telle demande en cas de défaut ne pourrait consister qu'à neutraliser l'excès, sans nécessairement revenir au délai de prescription légal.

4. Application de l'article 806 du Code judiciaire en faveur du consommateur

91. L'idée. Il ne faudra jamais perdre de vue que c'est au nom de l'ordre public, et partant dans le respect des limites qui lui sont assignées par l'article 806 du Code judiciaire, que le juge reçoit des lois relatives à la protection du consommateur³⁵⁹ et au crédit à la consommation³⁶⁰, le devoir de neutraliser les prétentions illégales et d'annuler les clauses abusives portées à l'encontre du consommateur défaillant³⁶¹.

³⁵⁶ Cass. (1^{re} ch.), 25 novembre 2016, R.G. n° C.16.0077.N.

³⁵⁷ *Contra* : S. MOSSELMANS, « Verstek in familiezaken », in P. Senaev (dir.), *Handboek familieprocesrecht*, Anvers, Kluwer, 2017, p. 468.

³⁵⁸ Cass. (1^{re} ch.), 25 novembre 2016, R.G. n° C.16.0077.N.

³⁵⁹ Cass., 26 mai 2005, J.T., 2005, p. 679 ; P. WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection du consommateur du 14 juillet 1991 et 2 août 2002 », J.T., 2003, pp. 807 et s. ; P. WÉRY, « Le pouvoir du juge de soulever d'office la violation de l'article 32, 15°, de la loi du 14 juillet 1991 », J.L.M.B., 1997, pp. 199 et s. ; C. DELFORGE, « Clauses abusives, office du juge et renonciation », obs. sous Liège, 6 février 2006, J.L.M.B., 2008, pp. 93 et s.

³⁶⁰ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, commentaire sous J.P. Saint-Nicolas (2^e canton), 29 avril 1998, *Annuaire du crédit*, 1998-1999, pp. 182 et s. et très nombreuses réf. citées p. 184, n° 6, note (37).

³⁶¹ D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtigheidsrecht*, op. cit., p. 113. Voy. déjà, en ce sens, J.P. Grâce-Hollogne, 17 décembre 2015, R.G. n° 15A547 ; P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na Potpourri I », op. cit., n° 15.

92. Le renfort de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice. Contesterait-on son appartenance à la sphère de l'ordre public que ce devoir serait, de toute façon, dicté par la jurisprudence de la Cour de justice l'Union européenne imposant au juge national de faire application d'office des législations protectrices des consommateurs³⁶², et prenant à ce titre l'ascendant hiérarchique sur l'article 806 du Code judiciaire³⁶³.

³⁶² C.J.U.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08; C.J.U.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecommunicaciones*, C-40/08; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *VB Pénziigyi Lizing*, C-137/08; C.J.U.E., 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, C-240/98. Sur cette jurisprudence, voy. les analyses approfondies de R. STEENNOT, «Tegenwerpbaarheid en rechtmatigheid van algemene voorwaarden en de bewijskracht van de factuur», in *Rechtspraak voor de vrede en politierechters/Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police* 2013, vol. 20, Bruges, de Keure, 2013, pp. 32 et s. et de L. VAN BUNNEN, «L'office du juge stimulé par le droit européen», note sous C.J.U.E., 30 mai 2013, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 133 et s.; B. KRANS, «Europees recht en nationaal burgerlijk procesrecht: een onzichtbaar pijler», *T.P.R.*, 2012, pp. 1139 et s.

³⁶³ C. DANIELS, «Het burgerlijk verstek en het recht op een eerlijk proces», note critique sous Anvers (3^e ch.ter), 22 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1070; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I – Gerechtig recht, op. cit.*, p. 113. Voy. déjà en ce sens J.P. Grâce-Hollogne, 17 décembre 2015, *R.G.* n° 15A547.