

FACULTÉ DE DROIT
Centre de droit privé

Avenue F.-D. Roosevelt 50, CP 137
B-1050 Bruxelles
T +32-(0)2-650 38 72
F +32-(0)2-650 38 69

Jacques Englebert
Professeur
M +32-(0)476-972 864
T +32-(0)81-230 243
jacques.engagebert@ulb.be

Madame Kristien Van Vaerenbergh
Présidente de la Commission de la
Justice
Chambre des Représentants

par e-mail

Namur, le 28 avril 2022

Madame la Présidente,

Faisant suite à votre demande du 29 mars dernier, je vous prie de trouver ci-dessous mon avis écrit sur la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le défaut (*doc. parl., Ch., n° 55 0353/001*).

*

I. Objet de la proposition

1. L'objet de cette proposition est d'ajouter un 3^{ème} alinéa à l'article 805 du Code judiciaire qui, si la proposition était votée, se lirait comme suit :

La prononciation du jugement par défaut ne peut avoir lieu avant la fin de l'audience ou le défaut a été constaté, et pour autant que celui-ci n'ait été auparavant rabattu.

Le défaut sera rabattu et l'instance poursuivie contradictoirement si les parties le sollicitent conjointement au cours de l'audience ou le défaut a été requis.

Le défaut sera également rabattu et l'instance poursuivie contradictoirement si les parties le sollicitent conjointement au cours de la plus prochaine audience où comparaît la partie contre laquelle le défaut a été prononcé.

Le but poursuivi étant, pour l'essentiel, de permettre que le défaut soit rabattu lorsqu'une partie qui a requis un jugement par défaut sollicite par ailleurs la remise de la cause afin « par exemple, de pouvoir finaliser le dossier » et que la partie initialement défaillante comparait à cette audience de remise.

En effet, en l'état actuel du droit, le défaut n'est susceptible d'être rabattu qu'au plus tard avant la fin de l'audience à laquelle il a été requis.

L'objectif est donc de permettre que le défaut puisse être rabattu tant que la cause n'a pas été prise en délibéré.

2. Je dois préciser d'emblée que contrairement à ce qu'exposent les auteurs de la proposition, ma pratique du contentieux civil, depuis plus de 32 années de barreau, ne me permet pas de confirmer qu'il s'agirait d'une situation qui se rencontre « fréquemment ». Il me semble au contraire que ce cas de figure reste assez rare¹.

3. Pour percevoir la portée tant pratique qu'au regard des règles régissant la procédure par défaut, du texte en projet et évaluer sa pertinence éventuelle, il convient de rappeler préalablement comment se déroule cette procédure, spécialement au regard de la possibilité procédurale de « rabattre le défaut ».

II. La procédure par défaut

4. Lorsqu'à l'audience d'introduction, une partie fait défaut (en général le défendeur ou, en appel l'intimé, mais il peut parfois s'agir du demandeur ou de l'appelant), la partie présente à l'audience dispose d'un choix.

Soit elle peut requérir que la cause soit prise par défaut et qu'*in fine* un jugement par défaut soit prononcé².

Soit elle peut renoncer au bénéfice du défaut et dans ce cas, solliciter une remise à date fixe.

Dans cette dernière hypothèse, pour assurer le caractère contradictoire de la remise, le greffe devra envoyer, conformément au prescrit de l'article 803, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, un pli judiciaire à la partie défaillante pour l'avertir de la date de remise de la cause³, afin de lui permettre de comparaître à cette nouvelle audience⁴. Si à cette audience de remise la partie initialement défaillante ne comparait toujours pas, un jugement par défaut pourra être requis contre elle⁵.

Depuis la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, la partie qui comparaît peut également solliciter la fixation par le juge d'un calendrier de mise en état judiciaire contraignante (art. 747, §2, du Code judiciaire).

¹ Notamment parce que, comme cela sera exposé *infra* (n° 8), la partie défaillante ne sera, en principe, informée ni de la remise par défaut, ni de la date de la nouvelle audience.

² C'est ce que prévoit l'article 802 du Code judiciaire : « Si une des parties ne comparaît pas à l'audience d'introduction, il peut y être pris défaut contre elle ».

³ Qu'elle ignore nécessairement dès lors qu'elle faisait défaut à l'audience.

⁴ « La partie défaillante contre laquelle le défaut n'a pas été pris à l'audience d'introduction, est convoquée, sous pli judiciaire, par le greffier, à la demande écrite de la partie adverse, pour l'audience à laquelle la cause a été remise ou ultérieurement fixée. »

⁵ C'est ce que prévoit l'article 804, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

5. Si la partie qui comparaît entend se prévaloir du droit de requérir le prononcé d'un jugement par défaut (art. 802 C. jud.), la cause ne pourra pas être prise en délibéré avant la fin de l'audience à laquelle le défaut a été requis. Il convient en effet « de distinguer le fait pour la partie présente de *prendre ses avantages* en constatant le défaut de son adversaire et en requérant en conséquence une décision par défaut à son encontre, et le *prononcé* effectif du jugement par défaut qui interviendra nécessairement ultérieurement »⁶.

Cette distinction s'impose précisément par le fait qu'en vertu de l'article 805 précité, un défaut requis à l'audience peut être « rabattu » jusqu'à l'issue de celle-ci.

Toutefois,

« Le défaut ne peut être rabattu que si les parties (c'est-à-dire celle qui était présente à l'audience au moment où le défaut a été constaté et celle qui faisait défaut) le sollicitent conjointement. Dans ce cas, un jugement par défaut ne pourra plus être prononcé, l'article 805, alinéa 2, du Code judiciaire précisant que l'instance se poursuivra contradictoirement. Encore faut-il que le défaut soit rabattu au cours de l'audience où le défaut a été requis. [...].

Si le défaut est rabattu, les parties doivent comparaître à nouveau à l'audience, avant que celle-ci ne soit terminée, pour prévenir le juge que le défaut est rabattu, que la partie qui a requis un jugement par défaut y renonce, et qu'en conséquence la procédure doit se poursuivre contradictoirement.

Dès lors que le défaut ne peut être rabattu que si les parties le sollicitent conjointement, la partie qui a requis un jugement par défaut peut, discrétionnairement, accepter ou refuser de rabattre le défaut. Si le défaut n'est pas rabattu, l'instance se poursuivra par défaut et une décision par défaut sera ultérieurement prononcée nonobstant l'apparition tardive à l'audience de la partie initialement absente. »⁷

6. Les inconvénients que présentaient l'opposition, essentiellement le retard dans l'issue du procès, pouvaient justifier que la partie présente en début d'audience renonce au bénéfice du défaut requis lorsqu'elle avait la certitude que le défaut de la partie adverse était involontaire et qu'une opposition serait inévitablement introduite⁸.

Depuis la réforme de l'opposition par la loi *pot-pourri* 1 du 19 octobre 2015, qui a supprimé le droit de faire opposition chaque fois que l'appel est ouvert contre la décision rendue par défaut, et la modification concomitante de l'article 806 du Code judiciaire qui impose dorénavant au juge statuant par défaut de faire « 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 », la partie qui a requis le défaut n'a plus aucune raison objective d'accepter de le rabattre⁹.

⁶ J. Englebert et X. Taton (dir.), *Droit du procès civil* – vol. 2, Anthémis, 2019, p. 625.

⁷ *Ibidem*, p. 626.

⁸ *Ibidem*, p. 626.

⁹ *Ibidem*, p. 626.

III. L'hypothèse de la remise de la cause par défaut

7. Comme l'expose la doctrine, il existe diverses hypothèses où nonobstant le fait que la partie qui comparait requiert un jugement par défaut, la cause ne pourra pas être prise en délibéré à l'issue de l'audience et devra, au contraire, faire l'objet d'une remise :

« dès lors que le défaut sera très fréquemment requis devant la chambre d'introduction, il n'est pas nécessairement acquis, en raison du nombre d'affaires à traiter à l'audience, que la cause dans laquelle le défaut est requis pourra effectivement être retenue à cette audience. Il en sera particulièrement ainsi lorsque le défaut intervient dans une affaire complexe qui nécessite que la partie qui comparaît et qui requiert le défaut fournisse des explications au tribunal¹⁰.

De même, pendant des années, notamment devant la cour d'appel de Bruxelles, l'organisation de la cour et l'encombrement du rôle de sa chambre d'introduction ont fait que les défauts ne pouvaient pas être plaidés devant la chambre d'introduction en appel. Ils étaient systématiquement remis, ou nouvellement fixés, à plus ou moins brèves échéances, devant des chambres de plaidoiries »¹¹.

8. Dès lors que le défaut a été requis, « de telles remises ont lieu sous le bénéfice de l'article 802 du Code judiciaire. Il est à cet effet nécessaire d'acter à la feuille d'audience que le défaut d'une partie a été constaté (art. 805, al. 1^{er}, C. jud.) et que la partie qui a comparu a sollicité un jugement par défaut. À partir de ce moment, le bénéfice du défaut est définitivement acquis à la partie qui l'a requis¹². La remise sera non contradictoire et effectuée sous le bénéfice du défaut. La partie défaillante ne sera pas convoquée à la nouvelle audience et la décision qui sera rendue à la suite d'une telle remise le sera par défaut »¹³.

N'étant en principe pas convoquée à cette audience de remise, dès lors que son défaut a été acté, il est en pratique peu probable que la partie initialement défaillante compareisse « subitement » à l'audience de remise.

¹⁰ Une telle remise sera encore nécessaire lorsque la partie qui comparait ne dispose pas à l'audience de toutes les pièces nécessaires à la justification du bienfondé de ses prétentions et sollicite une remise à brève échéance pour pouvoir apporter ces pièces au tribunal.

¹¹ J. Englebert et X. Taton (dir.), *Droit du procès civil*, op. cit., p. 623.

¹² C'est précisément pour ce motif qu'en pratique, « les magistrats répugnent, à juste titre, à accorder le bénéfice du défaut dès l'entame de l'audience. Admettant qu'une partie peut toujours être en retard, un ultime délai est généralement accordé aux plaideurs tardifs, les défauts n'étant 'pris' qu'après l'appel du rôle et au plus tôt, en général, une demi-heure après le début de l'audience » (*Ibidem*, p. 626).

¹³ J. Englebert et X. Taton (dir.), *Droit du procès civil*, op. cit., p. 623.

9. Cette solution a été brièvement remise en cause en 2004. En effet, comme l'expose la doctrine¹⁴ :

« Par un arrêt du 7 juin 2004, la cour d'appel de Bruxelles¹⁵ a créé la confusion en décidant que, dès lors qu'un arrêt par défaut n'avait pas été prononcé par la chambre d'introduction, à l'issue de l'audience d'introduction à laquelle le défaut avait été requis, la remise de l'affaire devant une chambre de plaidoiries, sous le bénéfice de l'article 802 du Code judiciaire n'était pas valable et qu'au contraire, les articles 803 et 804, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, étaient applicables et imposaient dès lors l'envoi d'un pli judiciaire à la partie qui avait été défaillante à l'audience d'introduction, pour l'aviser de la nouvelle fixation. À cette nouvelle audience, cette partie était autorisée à comparaître et à solliciter le renvoi de la cause au rôle général ou la fixation de délais pour conclure, pour que la procédure puisse se poursuivre contradictoirement. Par l'effet de la remise de la cause en raison de l'impossibilité de la traiter dès l'audience d'introduction, la partie qui avait requis le défaut perdait le bénéfice de ce droit.

Une telle jurisprudence avait pour effet pratique de remettre en cause toute possibilité de différer dans le temps le traitement d'une affaire où le défaut d'une partie avait été constaté et un jugement par défaut requis. Elle reposait sur une erreur d'interprétation de la notion de *prendre le défaut*¹⁶, visée aux articles 802 et 803 du Code judiciaire ».¹⁷

Par un arrêt du 25 février 2005, confirmé par un second arrêt du 29 novembre 2005¹⁸, la cour d'appel de Bruxelles a rectifié le tir, en décidant que :

« Les articles 802 et 803 du Code judiciaire disposent que si une partie ne comparait pas à l'audience d'introduction, il peut être pris défaut contre elle et que la partie défaillante contre laquelle le défaut n'a pas été pris à l'audience d'introduction est ensuite convoquée sous pli judiciaire pour l'audience à laquelle la cause a été remise ou ultérieurement fixée. Ces dispositions n'impliquent pas qu'un jugement doit être prononcé à l'audience d'introduction ni qu'à défaut, la procédure doit se poursuivre par l'envoi d'un pli judiciaire. Au contraire, lorsque la partie appelante ne comparaît pas à l'audience d'introduction et qu'en raison de l'encombrement du rôle, l'affaire ne peut être prise en délibéré et est distribuée à une autre chambre, à la requête de la partie intimée en vertu du règlement de la Cour, la situation est figée à la date de l'introduction. L'affaire peut être prise en délibéré par défaut lors de la seconde fixation même en l'absence de la partie appelante. [...].

¹⁴ *Ibidem*, p. 623.

¹⁵ Bruxelles, 7 juin 2004, *J.T.*, 2004, p. 823.

¹⁶ Si les articles 802 et 803 du Code judiciaire utilisent l'expression « prendre défaut », les articles 804 et 805 utilisent celle, plus correcte, de « requérir défaut ».

¹⁷ Le plus surprenant est sans doute que cette confusion fut partagée par l'annotateur de l'arrêt qui approuvait la décision au motif que, selon lui, l'appelant avait sollicité mais point obtenu le bénéfice du défaut à l'encontre de l'intimée à l'audience d'introduction, ce qui serait, toujours selon l'annotateur, très précisément et très explicitement le cas de figure visé et régi par l'article 803 du Code judiciaire (J.-F. van Drooghenbroeck, « La technique du défaut malmenée », *J.T.*, 2004, pp. 823 et 824).

¹⁸ Bruxelles (9^{ème} ch.), 25 février 2005, R.G. n° 2003/AR/1632, inédit et Bruxelles, 29 novembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 808.

Sous l'empire du Code judiciaire, si une partie fait défaut à l'introduction, l'autre partie présente a le choix, soit de requérir le défaut soit de ne pas le faire. Si elle ne le fait pas, l'affaire est renvoyée au rôle et ne pourra être poursuivie sans nouvelle convocation par pli judiciaire, conformément à l'article 803 du Code judiciaire. En revanche, s'il souhaite prendre l'avantage que la loi lui octroie, il lui suffit de demander au juge de l'acter et la procédure se poursuivra ensuite par défaut jusqu'à la prononciation du jugement définitif.

[...].

C'est donc à tort que les sociétés intimées soutiennent qu'un défaut n'aurait pas été 'pris' contre elles à l'audience d'introduction. Elles confondent le fait de prendre défaut, c'est-à-dire de requérir le défaut, action qui émane d'une partie, et le prononcé du jugement par défaut qui est une décision du juge.

Dès lors que le défaut a bien été pris à l'audience d'introduction, aucun pli judiciaire ne devait être envoyé sur la base de l'article 803 du Code judiciaire.

C'est même à tort que le greffe a adressé aux sociétés intimées un simple avis de remise de la cause sur base de l'article 754 du Code judiciaire. Cet avis ne devait être envoyé qu'aux seules parties qui ont comparu. Il n'a créé aucun droit dans le chef des parties intimées d'obtenir que le défaut soit rabattu et n'a pas pour conséquence de modifier la nature de la procédure, laquelle ne dépend ni de la qualification donnée par le juge ni d'une notification faite par le greffe ».

Cette question n'a depuis lors plus suscité la controverse¹⁹.

10. Il ressort de ces arrêts :

- que le défaut est acquis dès qu'il a été requis ;
- que le fait que la cause soit remise, par défaut, pour son traitement à une audience ultérieure, n'y change rien ;
- qu'en cas de remise intervenant après que le défaut ait été requis, il n'est pas nécessaire pour le greffe d'avertir la partie défaillante de la remise dès lors que la procédure est à ce stade « définitivement » par défaut et que la partie défaillante ne peut plus ni comparaître, ni solliciter que le défaut soit rabattu.

C'est pour remédier à cette dernière conséquence qui empêche que le défaut un fois requis puisse être rabattu au-delà de l'audience au cours de laquelle il a été requis, que la proposition suggère d'ajouter un troisième alinéa à l'article 805 du Code judiciaire.

IV. Analyse de la proposition

A. Le but recherché est mal traduit par la proposition

11. Tant les développements que le texte du nouvel alinéa proposé traduisent mal la volonté des auteurs de la proposition.

¹⁹ J'attire l'attention de la Commission sur le fait que dans l'avis donné par Avocats.Be sur la proposition 0353/001 (https://latribune.avocats.be/sites/latribune/files/55-353_defaut.pdf), il est fait référence, à tort, uniquement à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 4 juin 2004 et à la note précitée de J.-F. van Drooghenbroeck (*supra*, note de bas de page 17), sans tenir compte des deux arrêts ultérieurs de la cour d'appel de Bruxelles qui rendent l'enseignement tiré de l'arrêt de 2004 obsolète.

En évoquant, dans les développements, « la première audience suivant celle où le défaut a été *prononcé* et où la partie contre de laquelle ce défaut a été *prononcé* comparaît bel et bien »²⁰, les auteurs de la proposition créent une confusion entre le moment où le défaut est *requis* et celui où la décision par défaut est *prononcée*. Il n'y aura *de facto* jamais de « prochaine » ou de « nouvelle » audience après le *prononcé* de la décision par défaut, qui sous-tend la prise préalable de la cause en délibéré.

Il en va de même du texte de l'amendement proposé, lorsqu'il énonce que le défaut pourra être rabattu « au cours de la plus prochaine audience où comparaît la partie contre laquelle le défaut a été prononcé ».

12. Pour atteindre l'objectif poursuivi par la proposition, il suffit en réalité de modifier l'actuel alinéa 2 de l'article 805, comme suit :

Le défaut sera rabattu et l'instance poursuivie contradictoirement si les parties le sollicitent conjointement avant que la cause ne soit prise en délibéré.

Dans cette hypothèse, si la partie présente à l'audience requiert le défaut mais que la cause doit être remise à une audience ultérieure, le défaut pourra être rabattu à cette audience ultérieure et la procédure poursuivra un cours contradictoire.

B. L'innovation proposée est déjà admise par la jurisprudence

13. L'attention de la Commission de la Justice est attirée sur l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 8 décembre 2005²¹, dont il se déduit que le rabat du défaut constaté à l'audience d'introduction, régi par l'article 805, alinéa 2, du Code judiciaire, peut résulter d'une lettre conjointe des parties adressée au greffe avant l'audience à laquelle la cause a été remise sous le bénéfice du défaut et donc nécessairement après la fin de l'audience au cours de laquelle il avait été requis.

En sorte qu'il apparaît que l'obligation de rabattre le défaut au plus tard avant la fin de l'audience au cours de laquelle il a été requis, est déjà interprétée avec une large souplesse par la jurisprudence. Le vote de la proposition inscrirait cette souplesse dans la loi.

*

J'espère avoir ainsi répondu à votre demande et reste à votre disposition et à celle de la Commission de la Justice pour fournir toutes précisions complémentaires.

Bien à vous,

Pr. Dr. Jacques Englebert

²⁰ Je souligne.

²¹ J.T., 2006, p. 77.