

L'ABUS DU DROIT DE CONCLURE :
VIVACITÉ D'UNE THÉORIE

PAR

HAKIM BOULARBAH

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ LIBRE
DE BRUXELLES
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

ET

JEAN-FRANÇOIS VAN DROOGHENBROECK

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

INTRODUCTION

1. Lors de ces sympathiques colloques singuliers où il nous encourage à ciseler tel moyen ou à envisager telle fin de non-recevoir, M^e Philippe Gérard tente de nous bercer dans la flatteuse illusion que notre collaboration en droit judiciaire lui serait indispensable. N'en déplaît à sa grande modestie, le dédicataire de ces lignes est un grand processualiste, qui s'ignore sans doute, et dont les compétences excèdent très largement les arcanes de l'aride technique de cassation à laquelle il nous a initiés. Notoires sont ses substantielles études consacrées à la subtile mécanique des instances suprêmes (1). On connaît peut-être moins sa contribution à l'édification de « la petite procédure ». Nous ne pouvons lui rendre meilleur hommage que de saluer l'extraordinaire vivacité de l'un des aspects de cette contribution : la transposition de la théorie de l'abus de droit à la

(1) Voy. en particulier « Introduction à la méthode de la Cour de cassation » (en collab. avec M. GRÉGOIRE), in *Les Cours suprêmes, Rev. dr. U.L.B.*, 1999, vol. 2, pp. 101 et s.; « Quelques remarques sur l'application de la théorie des nullités aux actes de la procédure en cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 893 et s. et « Les spécificités de la procédure administrative », in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création*, actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 379 et s.

matière de la mise en état des causes. M^e Gérard fit en effet œuvre pionnière en consacrant, dès 1989, de pénétrants développements à ce thème alors embryonnaire (2).

Pressentait-il alors que la théorie, dont il plaçait les premiers jalons au cœur de la mouvance naissante de la répression des abus de procédure (I), allait rapidement trouver écho auprès de la Cour de cassation, inspirer la refonte du Code judiciaire opérée par la loi du 3 août 1992, et – mieux encore – survivre à cette réforme, qui l'a du reste cristallisée? Envisageait-il qu'il puisse, aujourd'hui, être fait un usage completif de cette théorie pour accompagner l'application de sanctions légales, et non plus simplement – dans sa fonction supplétive initiale – pour pallier la carence de semblables sanctions (II)? Pensait-il enfin que l'on puisse s'interroger un jour, par un singulier retour de balancier, sur l'abus du droit de réclamer l'écartement des conclusions tardives de son adversaire (III)?

Sa note précitée étant déjà tout en nuances, M^e Gérard souscrivait sans doute à l'idée que dans l'analyse critique du devenir de la théorie prétorienne de l'abus du droit de conclure, l'engouement des premières années doit désormais faire la place à une perspective, sinon plus sceptique, à tout le moins résolument casuistique. C'est qu'il convient, en science du procès comme en toutes disciplines, de ne pas abuser de l'abus de droit (3). Telle est la mesure assignée aux lignes qui suivent.

I. – LA CONTEXTUALISATION DE LA THÉORIE DE L'ABUS DU DROIT DE CONCLURE

§ 1^{er}. – Une filiation équivoque : l'abus de droit (en procédure civile)

2. Comme le suggère la dénomination sous laquelle elle acquit célébrité, on concevrait volontiers la théorie dite de « l'abus du droit de conclure » comme étant la transposition, en matière de mise en état des causes, de la sanction à laquelle donne lieu l'abus de droit

(2) Observations sous Bruxelles (6^e chambre), 24 mai 1988, *J.T.*, 1989, pp. 513-514.

(3) Voy. déjà, sur ce thème, l'ouvrage collectif *Les perversions du droit de la défense – Moet het recht van verdediging worden afgeschapt?* (sous la dir. de B. MAES et M. STORME), coll. du Centre Interuniversitaire de droit judiciaire, n° 7, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, 94 p., ainsi que G. DE LEVAL, « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi? », in *Les droits de la défense*, éd. J.B. Liège, 1997, pp. 188 et s.

en matière civile en général, et en droit judiciaire privé en particulier (4). Disons-le d'emblée : considéré isolément, ce postulat intuitif ne présente aucune utilité. Il serait même source d'erreurs. La fragilité du rattachement procède d'une part de la précarité de la théorie « mère » de l'abus de droit elle-même (*infra*, n° 3), et d'autre part des entorses et concessions au prix desquelles cette théorie fit son entrée en droit processuel (*infra*, n° 4).

3. Nul n'ignore que la théorie générale de l'abus de droit n'est pas encore fermement stabilisée, et fait encore l'objet de nombreux errements qui se traduisent dans des présentations divergentes, voire inconciliables. M. le Procureur général Krings a fort bien dépeint l'évolution de la théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation, en veillant à distinguer ce qui peut être considéré comme acquis des éléments de réflexion ressortissant encore du domaine de l'incertain et de la discussion (5). Il est certain que la Cour de cassation s'est aujourd'hui départie d'un raisonnement exclusivement fondé sur le critère de l'intention de nuire (6) ou sur celui du « choix de la voie la plus dommageable » (7). S'émanci-

(4) Sur les liens entre la théorie de l'abus du droit de conclure et la théorie civiliste de l'abus de droit, cons., outre la note précitée de Ph. GÉRARD, G. DE LEVAL, « Conclusions tardives et abus du droit de défense », *Ann. dr. Liège*, 1987, pp. 335-336; du même auteur, « La mise en état des causes », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, spéc. pp. 524-525, n° 10; P. TAELMAN, « Gebruik en misbruik van procesrecht », *T.P.R.*, 1988, spéc. pp. 108-112; L. DU CASTILLON, « La motivation de l'acte d'appel et le maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conclusions tardives », note sous Bruxelles, 23 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, spéc. pp. 321-325, n° 6-10. Sur la réception de la théorie de l'abus de droit en droit judiciaire privé en général, cons. G. VAN DESSEL, « Contre l'abus procédural », *J.T.*, 1997, pp. 680 et s.; M. STORME, « Over het tergend geding voor een roekeloze vriendschap-Beschouwingen m.b.t. procesrechtmisbruik », in *Liber amicorum J. Ronse*, Story-Scientia, 1986, pp. 67 et s.; K. BROECKX, « De rechtsmiddelen », in *La confiance dans la Justice*, Bruylant-Kluwer, 1995, pp. 93 et s.; M.-E. STORME, « De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaats proces en bewijs recht », *T.P.R.*, 1990, pp. 353 et s.; P. TAELMAN, « Inleiding van het geding en rechtsmiddelen », in *Formation permanente des huissiers de justice*, Story-Scientia, 1996, pp. 150 et s.; A. FERTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, 1987, n° 19, p. 33; M.-E. STORME, « L'obligation de procéder de manière diligente et raisonnable : une obligation indépendante du fond de l'affaire », note sous Bruxelles, 25 janvier 1990, *J.L.M.B.*, 1991, pp. 456 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les sanctions de l'appel abusif », *R.R.D.*, 1998, pp. 147 et s.; G. CLOSSSET-MARCHAL, « Les droits de la défense et les voies de recours », in *Les perversions du droit de la défense*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2000, pp. 46 et s. En droit français, voy. sur le même thème, J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2001, n° 71, p. 119; L. CADIEU, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris, Litec, 1998, n° 970, p. 419; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.*, 1979, Chronique, 21-22.

(5) E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 548, n° 16.

(6) Cass., 11 avril 1958, *Pas.*, I, 867, note R.H.

(7) Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 332; Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 98, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

pant de ces critères « durs », la Cour a progressivement identifié l'abus de droit à la mesure de ce qui, tout simplement, excède le comportement du bon père de famille (8), tout en soulignant que dans l'appréciation qu'il livrera de ce comportement, le juge du fond sera parfois amené, en une sorte de contrôle (marginal) de proportionnalité, à établir si l'avantage que l'intéressé retire de son comportement excède ou non le préjudice que, ce faisant, il cause à autrui (9).

A ce stade de l'évolution (10), il appert qu'aujourd'hui, les critères les plus généralement reçus comme étant indicatifs d'un abus de droit, et qui, le cas échéant, pourraient être combinés, sont le « *dépassement manifeste des limites de l'exercice normal du droit concerné par une personne prudente et diligente* » (11) et la « *disproportion existant entre le préjudice causé et l'avantage recherché et obtenu par le titulaire du droit* » (12). Cette pluralité de critères, crédités d'une pertinence variable, déroute parfois (13). Il y a, en toute hypothèse, qu'il ne faut jamais déduire d'une décision (d'un arrêt de la Cour de cassation, en particulier) appliquant tel critère parmi d'autres que l'auteur de cette décision entend récuser tous les autres. Il demeure surtout que dans tous les cas, à travers chacun des critères proposés, il n'y a abus que s'il y a faute au sens de l'article 1382 du Code civil (14), étant entendu que les critères « durs » jadis retenus (i.e. l'intention de nuire ou l'existence d'une voie moins préjudiciable pour autrui) ne seront désormais, quant à eux, que des indices permettant, le cas échéant, d'illustrer la faute recherchée (15).

(8) Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 472; Cass., 10 mars 1983, *Pas.*, I, 738; Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, I, 1988, 337; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, 212.

(9) Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, I, 475; *R.C.J.B.*, 1994, pp. 185 et s., note P.-A. FORIERS.

(10) Pour l'exposé le plus récent et complet de celle-ci, voy. J.F. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter) », *Rev. Dr. ULB*, 2002-1, vol. 25, pp. 225 et s.

(11) R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 553 à 557, n° 19 et 20, et les références citées.

(12) J.L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence (1985-1995). La responsabilité civile », *Dossiers n° II du Journal des Tribunaux*, pp. 53 à 54, n° 44, D., et les références citées.

(13) Voy. à ce sujet l'analyse pénétrante de P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », note sous Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 300 et s.

(14) L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. 1^{er}, Bruylant-Maklu, Bruxelles, 1991, pp. 97 et s.

(15) R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen... », *op. cit.*, p. 554.

Cela étant – et c'est ici que la zone d'ombre persistante prend sa véritable ampleur –, s'il y a consensus pour considérer qu'il n'y a pas abus s'il n'y a point faute, rien n'est par contre moins certain que l'intensité de la faute requise. D'aucuns s'en tiennent fidèlement aux exigences de la responsabilité quasi-délictuelle, aux termes desquelles toute faute généralement quelconque suffit à exposer la responsabilité (et donc à créer l'abus). D'autres, plus nombreux, enseignent que pour être sanctionné comme étant constitutif d'un abus de droit, le comportement culpeux devrait présenter une certaine gravité, ce que suggère l'idée d'une *disproportion* entre l'avantage obtenu et le préjudice causé, ou encore l'exigence d'un dépassement *manifeste* des limites de l'exercice raisonnable du droit (16).

4. Ces hésitations et dissonances sont cristallisées lorsqu'il est fait application de la théorie de l'abus de droit en droit judiciaire privé. Le cas de l'appel abusif peut, en cette matière, être regardé comme le paradigme des difficultés usuellement rencontrées (17). Rappelons brièvement qu'à l'estime de certains, l'introduction d'un recours d'appel « *ne dégénère en abus de droit que si [elle] constitue une faute caractérisée répondant à une intention malicieuse ou faisant apparaître la mauvaise foi* » (18). Cette première thèse aurait, dit-on, connu les faveurs d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation requérant l'intention de nuire comme condition de la sanction d'un abus de droit (19). Cette opinion repose sur l'idée qu'à la différence d'autres droits, l'accès à la justice – et partant à la juridiction d'ap-

(16) Sur cette dissonance, voyez R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen... », *op. cit.*, pp. 555-556, n° 19; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 35 et s.; S. STIJNS, « La rechtsverwerking, fin d'une attente (dé)raisonnable ? Considérations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1990 », *J.T.*, 1990, pp. 685 et s. Voyez ég., et comp. J.L. FAGNART, *op. cit.*, p. 54, n° 45 qui met en garde contre « l'abus de la théorie de l'abus de droit », en ce sens que, comme le rappelle l'auteur en reproduisant la formule de l'arrêt précité du 16 septembre 1983 de la Cour de cassation (*R.C.J.B.*, 1986, p. 304, note J.L. FAGNART), l'exercice d'un droit n'est abusif que « s'il était établi que les inconvénients qui en résultent pour l'autre partie sont 'sans commune mesure' avec les avantages que le titulaire retire de l'exercice de ce droit ».

(17) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les sanctions de l'appel abusif », *R.R.D.*, 1998, pp. 147 et s., spéc. n° 5-17.

(18) A. FETTWEIS, *op. cit.*, pp. 33-34, n° 19. Il semble que cette thèse puisse se prévaloir de Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 406. Cette thèse est également reçue en droit français : voyez L. CADUET, *op. cit.*, p. 420, n° 971. Une évolution semble cependant se dessiner en faveur de la simple « légèreté blâmable », voy. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 71, p. 120; Cass. fr., civ. (2^e ch.), 5 mai 1978, *Bull. civ.*, II, n° 116; Cass. fr., civ. (2^e ch.), 10 janvier 1985, *Gaz. Pal.*, 1985, I, somm., obs. S. GUINCHARD; Cass. fr., civ. (2^e ch.), 7 novembre 1995, *Bull.*, I, n° 388.

(19) Cass., 11 avril 1958, *précité*.

pel – est constitutif d'une véritable liberté publique garantie par la Constitution et par le droit supra-national, droit dont l'exercice ne pourrait, pour ces raisons, être sanctionné qu'en cas de faute caractérisée, de légèreté grave (20). Selon les tenants d'une seconde tendance, il convient d'apprécier le caractère abusif de l'appel à l'aune de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'abus de droit, telle que cette jurisprudence résulte de l'évolution décrite ci-avant (*supra*, n° 3) (21), avec alors pour conséquence que l'appelant s'obligerait à indemniser l'intimé dès que l'exercice de son appel révélerait une faute quelconque, aussi légère soit-elle, et quand bien même celle-ci ne serait pas inspirée par la volonté de nuire ou par la mauvaise foi. Contrairement à ce que pourrait suggérer une lecture trop hâtive de ses arrêts, la Cour de cassation elle-même ne semble pas avoir fermement et définitivement opté pour l'une ou l'autre des deux thèses en présence. Les arrêts qu'elle a rendus sur la question doivent certes être analysés avec la plus grande circonspection, mais il est permis de penser que la Cour oscille entre la thèse de la faute méchante et caractérisée (22) et celle de la faute légère (23). Eu égard aux incertitudes qui affectent la théorie-mère ainsi qu'aux hésitations que suscite la transposition de cette théorie en droit judiciaire privé, il eût été sur-

(20) J.L. FAGNART, « Chronique... », *op. cit.*, p. 52, n° 43B, citant Civ. Mons (réf.), 20 octobre 1993, *J.T.*, 1994, p. 158 : « la théorie de l'abus de droit est difficilement applicable aux libertés garanties par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme. Leur usage répréhensible et dommageable pour autrui ne constitue pas un abus de droit, mais une faute »; dans le même sens, voyez Liège (1^{re} chambre), 10 décembre 1995, *J.T.*, 1997, p. 547.

(21) En ce sens, voyez R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1968 à 1972), La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1973, p. 637, n° 5; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen... », *op. cit.*, p. 565, n° 22; Civ. Namur (1^{re} chambre), 12 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 853; Civ. Namur (1^{re} chambre), 1^{er} juin 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 471; Civ. Hasselt (6^e chambre), 22 décembre 1992, *Pas.* III, p. 5, et la note; Civ. Bruxelles (réf.), 22 mai 1996, *R.G.D.C.*, 1997, p. 133; Civ. Namur, 24 juillet 1987, *Rev. not.*, 1988, p. 158.

(22) Cass., 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 407. En décidant cette fois que « le fait de résister judiciairement à une demande constitue en principe, comme le fait d'agir en justice, l'exercice d'un droit; qu'il ne dégénère en acte illicite, et partant ne donne lieu à l'allocation de dommages et intérêts, que s'il est accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi », la Cour adopte manifestement la thèse plus restrictive de la faute grave caractérisée. Rapp. Cass., 22 mars 1956, *Pas.*, I, 777.

(23) Cass., 15 mai 1941, *Pas.*, I, 192 : « celui qui, de bonne foi, exerce une action par suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente qu'il devait nécessairement s'en apercevoir, et partant l'éviter, excède les limites du droit, reconnu à quiconque, d'ester en justice ». La Cour semble ici consacrer la thèse de la faute non intentionnelle qui suffirait à engager la responsabilité de l'appelant envers l'intimé sans qu'il soit démontré que le premier (« de bonne foi ») a voulu nuire au second.

prenant que les assises de la théorie de l'abus du droit de conclure soient inébranlables (24). Voyons ce qu'il en est.

§ 2. – *De l'abus procédural à l'abus du droit de conclure : émergence laborieuse d'une théorie*

5. Il n'est pas inutile de rappeler, dès l'abord, la cause de l'émergence de la théorie de l'abus du droit de conclure car son origine éclaire sa fonction et, sans doute, sa mesure. Il est qu'avant la réforme opérée par la loi du 3 août 1992, le Code judiciaire n'enchaînait guère – au grand dam de la doctrine (25) – la mise en état des causes de délais contraignants. En particulier, l'ancien article 748 dudit Code fixait des délais pour conclure, mais ne les assortissait d'aucune sanction, si bien qu'était vivement déploré, – également au regard des articles 751 et 753 – que « les conclusions sont remises avec un tel retard que le litige ne peut être traité à l'audience à laquelle il a été fixé » (26). Le sentiment d'impuissance se reflétait jusque dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en 1976, devait se résigner à décider que, les délais fixés par l'article 748 ancien du Code judiciaire n'étant pas prescrits à peine de nullité, le juge ne pouvait écarter des débats des conclusions déposées par une partie à l'audience alors qu'elle avait été sommée de conclure par l'autre partie sur la base de l'article 751 (ancien) du même Code (27). Mais, au milieu des années 80, sans attendre l'intervention du législateur, une majorité de juridictions de fond, irritées par la désertion de leurs prétoires due à la communication *in extremis* de conclusions, songèrent à puiser dans la théorie de l'abus de droit la sanction de ces comportements déloyaux autorisés par le

(24) La même question se pose en France avec une quinzaine d'années de retard, voy. A. PERDRIAU, « Les écritures 'de dernière heure' au regard de la Cour de cassation », *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, II, 10068, pp. 829 et s.

(25) G. CLOSSET-MARCHAL, « La sanction de l'inobservation des délais de procédure autres que ceux prescrits à peine de nullité ou de déchéance », *R.T.D.F.*, 1989, pp. 82-87; J. ENGLEBERT, « La sanction du non-respect des délais de conclusions », *Cah. dr. jud.*, 1991, pp. 14-23 et « La théorie des déchéances. Réflexions sur l'article 51 du Code judiciaire », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 181 et s.

(26) E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 517, n° 20.

(27) Cass., 19 mai 1976, *Pas.*, I, 1001.

libéralisme du droit positif (28). Dans la plupart des cas, il était question de conclusions additionnelles déposées très peu de temps avant l'audience de plaidoiries, contraignant leur destinataire à solliciter la remise et désorganisant les rôles des juridictions. La théorie de l'abus du droit de conclure vit le jour dans les termes suivants : si, au regard des articles 747 et 748 (anciens) du Code judiciaire les parties peuvent conclure additionnellement jusqu'à la clôture des débats, cette règle doit être combinée « avec celle qui exige que chaque partie puisse avoir un procès équitable », que « ce principe peut amener le juge à rejeter le dépôt de conclusions additionnelles lorsqu'un tel dépôt constitue un abus de droit et menace les droits de la défense » et que « la réparation de la faute se fait en principe en nature et amène naturellement le juge à rejeter les conclusions fautivement déposées ».

6. Cette solution fut accueillie en doctrine avec un enthousiasme variable (29). Au vu de la controverse qui s'installa, ce ne sont pas tant les divergences quant au principe même de la solution que les hésitations dans l'identification de son fondement théorique et de sa portée, qui doivent retenir l'attention. Ces hésitations faisaient directement écho à celles qui, de tous temps, avaient affecté la théorie-mère de l'abus de droit (*supra*, n° 3), puis gagné l'incorporation de cette même théorie dans la procédure civile (*supra*, n° 4). Philippe Gérard, et à sa suite Jacques Englebert, posèrent clairement les termes du débat : il n'est pas « orthodoxe » de fonder sur l'abus de droit l'écartement des conclusions (additionnelles) déposées *in extremis*, sachant que cette théorie puise elle-même ses racines dans le droit commun de la responsabilité (art. 1382 C.civ.) et, partant, requiert la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien

causal. Or, lorsque le juge écarte des conclusions déposées fautivement, il ne répare pas (en nature) un dommage, mais en prévient la survenance (30). Où trouver, alors, la justification de la sanction prétorienne : dans une conception autonome de l'abus de droit, propre au droit judiciaire privé (« *procesrechtmisbruik* »), détachée de l'article 1382 du Code civil, et ne prenant en compte que la faute indépendamment de tout préjudice effectif (31)? Fallait-il plutôt réserver l'application de la sanction au plaideur de mauvaise foi (32) voire, renouant avec les critères anciens de l'abus de droit, au plaideur mu par l'intention de nuire à son adversaire (33)? Le salut proviendrait-il d'une théorie originale dite « *des déchéances* » tentant son ancrage dans l'article 51 du Code judiciaire? (34)

7. C'est dans ce contexte doctrinal hésitant que la Cour de cassation fut amenée, à trois reprises en moins de six mois, à se prononcer sur le sort à réserver aux conclusions (additionnelles) déposées *in extremis* (35). Prononcés en fin d'« incubation » de la loi du 3 août 1992, ces arrêts n'ont, dans la tourmente de la réforme, guère fait l'objet d'une analyse approfondie. Généralement, on se contente de les citer. S'il ne fait aucun doute qu'ils consacrent la légalité de l'écartement souhaité par la doctrine et la jurisprudence majoritaires, la Cour y laisse en jachère la question — âprement débattue —

(28) Ph. GÉRARD, *op. cit.*, p. 514; J. ENGLEBERT, « La sanction du non respect des délais de conclusions », *op. cit.*, p. 16.

(31) En ce sens, G. DE LEVAL, *op. cit.*, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 335; P. TAELEMAN, *op. cit.*, pp. 105-112; M. STORME, *op. cit.*, pp. 67-89. *Contra*, Ph. GÉRARD, *op. cit.*, p. 514; J. ENGLEBERT, « La sanction du non respect des délais de conclusions », *op. cit.*, pp. 16-17.

(32) En ce sens, Ph. GÉRARD, *op. cit.*, p. 514 *in fine*, suggérant de réserver l'écartement aux conclusions déposées « afin de provoquer une remise ou de surprendre son adversaire ».

(33) J. ENGLEBERT note judicieusement qu'il n'arrive jamais qu'un plaideur prenne tardivement des conclusions dans le seul but de nuire à son adversaire. Certes, mais l'on ne peut suivre l'auteur lorsqu'excluant, pour ce motif, de fonder la sanction de l'écartement sur la théorie de l'abus de droit, il écrit que « seul est abusif l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire » (J. ENGLEBERT, « La sanction du non respect des délais de conclusions », *op. cit.*, p. 17, n° 48, citant P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, notes de cours, P.U.B., éd. 1985, pp. 737 et s.). A notre sens, au vu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation et du commentaire qu'en donne M. le Procureur Général KRINGS, l'intention de nuire est peut-être le paradigme ou encore un indice de l'abus de droit, mais elle n'est point son critère constitutif. *A fortiori* n'est-elle pas l'unique critère constitutif de cette théorie (*supra*, n° 3).

(34) En ce sens, J. ENGLEBERT, « La sanction du non respect des délais de conclusions », *op. cit.*, pp. 17-20.

(35) Cass., 31 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, 169 avec les concl. de M. le Proc. Gén. PIRET (alors av. gén.); Cass., 22 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 221; Cass., 14 février 1992, *Pas.*, I, 528. Sur ces arrêts, G. DE LEVAL, « La mise en état des causes », in *Le droit judiciaire rénové*, Deurne, Kluwer, 1992, p. 107, et les références citées à la note 13; J. LINSMEAU, « La responsabilité des avocats dans la mise en œuvre du droit judiciaire », in *La responsabilité des avocats*, éd. J.B. Bruxelles, 1992, p. 148, n° 55; L. DU CASTILLON, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1995, pp. 320-321.

(28) Bruxelles, 25 mars 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 126, note A.K. *J.L.M.B.*, 1987, p. 858, note Ch. PANIER; Bruxelles, 4 février 1988, *R.W.*, 1987-1988, p. 1368; Bruxelles, 31 mars 1988, *Rev. not.*, 1989, p. 175; Gand, 23 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 51; Bruxelles, 24 mai 1988, *J.T.*, 1989, p. 513; Comm. Bruxelles, 11 avril 1989, *J.T.*, 1989, p. 515; Civ. Bruxelles, 27 février 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 860; Civ. Charleroi, 1^{er} mars 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1007; Civ. Hasselt, 23 avril 1990, *Limb. Rechtsl.*, 1990, p. 155; J.P. Hasselt, 27 mars 1990, *Limb. rechtsl.*, 1990, p. 168. *Contra*, Bruxelles, 7 janvier 1988, *J.T.*, 1988, p. 308; Bruxelles, 17 mars 1988, *R.K.D.*, 1989, p. 562; Civ. Charleroi, 4 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 934.

(29) En faveur de la solution consacrée par la jurisprudence des juridictions de fond, G. DE LEVAL, « La mise en état des causes », in *Liber amicorum Prof. Em. E. Krings*, pp. 524-525, n° 10; du même auteur, « Conclusions tardives et abus du droit de la défense », *Ann. dr. Liège*, 1987, pp. 335-336; P. TAELEMAN, *op. cit.*, pp. 108-112. Dans le sens d'une adhésion nuancée, Ph. GÉRARD, *op. cit.*, pp. 513-514; G. CLOSSET-MARCHAL, « La sanction de l'inobservation des délais... », *op. cit.*, pp. 86-87. *Contra* G. BAERT, *Commentaar van gerechtelijk recht*, 1984, art. 747 (n° 2) et art. 748 (n° 8).

du fondement théorique de cette solution. Il importe de souligner, dans le commentaire qui peut être donné aux deux premiers de ces arrêts, que le pragmatisme et la clarté de l'enseignement qui s'en dégage ôte désormais tout intérêt pratique à la quête de ce fondement théorique. Pour autant, ces arrêts doivent être bien compris. Quant au troisième et dernier arrêt, sa portée est plus insondable quoique n'opérant aucun bouleversement significatif (*infra*, n° 8).

La première branche du moyen qui est à l'origine du premier arrêt (du 31 octobre 1991) reprochait à la décision attaquée (qui avait écarté les conclusions additionnelles communiquées par le demandeur en cassation la veille de l'audience de plaidoiries fixée depuis un an) de méconnaître les articles 747 et 748 anciens du Code judiciaire qui, comme on le sait, n'assignaient aucun délai assorti de sanction. La deuxième branche du même moyen reprochait au juge d'appel d'avoir écarté les conclusions litigieuses alors que les conditions de l'abus de droit n'étaient pas vérifiées (36), du moins pas vérifiées dans le respect de la contradiction des débats. Suivant les conclusions du Ministère public, la Cour de cassation constate que « le tribunal d'appel n'a pas déclaré nulles les conclusions additionnelles du demandeur, qu'il s'est borné à les écarter des débats pour les motifs qu'il indique, et qu'il n'a pas fondé sa décision sur un abus de droit de la part du demandeur ». Rejetant le moyen, la Cour considère que « ce faisant, le tribunal d'appel n'a pas méconnu le principe général du droit relatif aux droits de la défense ni l'article 747 du Code judiciaire », que « si cette disposition permet aux parties de prendre sur le barreau des conclusions nouvelles, il n'impose pas au juge l'obligation d'y avoir égard en toutes circonstances », et enfin que « doivent être écartées des débats sur le fondement de l'article 748 du même code des conclusions additionnelles tardives si, comme le constate la décision attaquée, elles empêchent la bonne administration de la justice et lèsent fautivement les droits de l'autre partie ». La Cour évite donc de rattacher la solution de l'écartement des conclusions tardives à la théorie de l'abus de droit et *a fortiori* d'en subordonner l'application à un ou plusieurs des critères d'application de cette théorie (37). Mais il

(36) Selon le demandeur en cassation, la vérification des conditions d'application de l'abus de droit requerrait du juge d'appel qu'il constate « que le demandeur aurait exercé son droit de défense d'une manière dépassant manifestement les limites d'un exercice normal de ce droit, ou que le demandeur avait déposé ses conclusions [...] à des fins malicieuses ou sans intérêt légitime pour lui ou encore pour un intérêt sans commune mesure avec le préjudice causé à l'autre partie ».

(37) L. DU CASTILLON, *op. cit.*, R.G.D.C., 1995, p. 321, n° 6.

n'y a là aucune dérobade car nonobstant l'absence de sanction comminée par les textes, la Cour consacre expressément la possibilité d'écarter des conclusions tardives pour autant que trois conditions précises – et seulement celles-là – soient vérifiées par le juge du fond : que ces conclusions empêchent la bonne administration de la justice et lèsent, *fautivement*, les droits de l'autre partie. La solution présente le grand mérite d'être claire et si elle ne se prononce pas directement sur l'incidence de la théorie de l'abus de droit, on constate néanmoins que la Cour – en disant la décision attaquée légalement justifiée en raison de la constatation de ces conditions – récusé les critères d'application les plus « durs » de cette théorie (les fins malicieuses et la disproportion manifeste).

Le deuxième arrêt, du 22 novembre 1991, s'inscrit dans le prolongement du premier. Statuant dans des circonstances de fait comparables, la Cour décide ici qu'« il résulte de l'article 748 du Code judiciaire que, si les circonstances de la cause le justifient, et notamment lorsqu'un dépôt tardif et injustifié de conclusions est de nature à ralentir, sans nécessité, l'instruction de la cause, le juge peut écarter ces conclusions des débats ».

8. On se gardera d'apercevoir un recul dans la troisième et dernière décision de la Cour (du 14 février 1992). Il n'empêche que cet arrêt, généralement associé aux deux autres par la doctrine, illustre les hésitations qui affectent la jurisprudence relative aux abus procéduraux (voy. déjà *supra*, n° 4). En effet, les termes de cet arrêt n'interdisent pas de considérer que la Cour y subordonne, cette fois, l'écartement des conclusions tardives à la théorie de l'abus de droit cantonnée à son critère draconien de l'intention de nuire aux intérêts de l'adversaire (38). La décision attaquée constatait que le dépôt des conclusions litigieuses était intervenu le jour même de l'audience de plaidoiries. Elle énonçait que « si les parties litigantes ont le droit de déposer des conclusions additionnelles jusqu'à la clôture des débats, le tribunal peut toujours écarter celles-ci des débats, lorsque leur dépôt tardif injustifié est susceptible de porter atteinte ou porte atteinte aux droits de la défense des autres parties et que, dès lors, ce dépôt peut être considéré comme un abus de droit » et décidait sur ces bases que « le fait de communiquer et de déposer des conclusions en

(38) Voy. l'interprétation donnée à l'arrêt par L. DU CASTILLON, *op. cit.*, R.G.D.C., 1995, p. 321, note (34).

réponse plus d'un mois après la communication des conclusions auxquelles elles prétendent répondre et de communiquer et déposer ces conclusions à l'audience à laquelle la cause sera examinée constituent un acte de procédure dilatoire et un abus de droit; [...] ces conclusions doivent être écartées des débats ». On le voit, cette décision ne subordonnait pas l'application de la théorie de l'abus de droit, et partant l'écartement des conclusions tardives, à la vérification d'une intention de nuire dans le chef de leur auteur. Le moyen de cassation n'évoquait pas davantage ce critère « dur ». Dès lors, il est assez étonnant que la Cour de cassation ait rejeté ledit moyen en se fondant sur les motifs qu'« il ressort des constatations du jugement attaqué que les conclusions additionnelles des demandeurs [...] ont été prises hors des délais fixés par l'article 748 précité et que les juges constatent que le dépôt de ces conclusions à l'audience constitue, dans les circonstances de la cause, un acte de procédure dilatoire, c'est-à-dire un acte destiné à retarder le procès » et que « cette constatation implique que, suivant les juges, le dépôt des conclusions additionnelles a eu lieu dans le but de nuire aux intérêts des autres parties », pour en déduire enfin que « le jugement attaqué pouvait décider sur la base de ces constatations que le dépôt des conclusions nouvelles à l'audience constituait un abus de droit ». On n'aperçoit pas la raison pour laquelle la Cour de cassation fait dire aux juges d'appel qu'ils se sont fondés sur l'intention de nuire qui aurait animé les demandeurs en cassation, ni celle pour laquelle la Cour paraît ici subordonner l'application de la théorie de l'abus de droit à la vérification de ce critère « dur », dont on sait qu'il est – en tant que critère – dépassé (*supra*, n° 3). Une chose demeure toutefois certaine : il est permis d'interpréter cet arrêt de la même manière que l'on interprète la jurisprudence relative aux appels abusifs (*supra*, n° 4), c'est-à-dire en ce sens que la circonstance qu'elle retient ici, au regard de circonstances propres à l'espèce, le critère de l'intention de nuire ne permet pas d'induire que ce faisant, la Cour récuse tous les autres critères d'appréciation, dont ceux qu'elle avait ébauchés dans son arrêt du 31 octobre 1991 (39).

(39) La Cour de cassation a par contre confirmé le recours exclusif au critère « dur » de l'intention de nuire s'agissant de l'abus du droit de conclure en matière répressive. Dans un arrêt du 6 octobre 1993 (*Pas.*, I, 796), la Cour a en effet cassé la décision des juges d'appel qui avaient écarté des débats les conclusions déposées à l'audience par le prévenu au motif que « cette communication tardive empêche la bonne administration de la justice et lèse fautivelement les droits des parties (civiles) ». Selon la Cour, le juge du fond ne peut refuser le dépôt *in extremis* de conclusions du prévenu que lorsqu'il constate que le prévenu n'a agi « que dans un but dilatoire ».

9. Au demeurant, en conclusions de cette hagiographie, ce sont bien ces derniers critères que l'on propose de retenir, sans préjudice des cas où, outre leur vérification, l'espèce révélerait la malice, la mauvaise foi ou l'intention de nuire de l'auteur des conclusions tardives. En d'autres termes, la théorie dite « de l'abus du droit de conclure » trouvera à s'appliquer dès qu'il sera constaté – comme autant de conditions nécessaires, suffisantes et cumulatives – que ces conclusions « empêchent la bonne administration de la justice et lèsent fautivelement les droits de l'autre partie ». Par nature, ces critères inviteront à une appréciation strictement empirique et pragmatique, indexée à une logique du « cas par cas » et proscrivant toute formulation de solutions générales et abstraites (40). Pourquoi s'exprimer au futur et surtout pourquoi s'échiner à circonscrire une théorie qui, en apparence, appartient désormais à l'histoire du droit ? Tout simplement parce que, contre toutes attentes, cette théorie demeure bien vivace... Il convient dès lors d'en mesurer la portée, d'en fixer les contours, et d'en pointer les faiblesses.

II. – LA SURVIVANCE DE LA THÉORIE DE L'ABUS DU DROIT DE CONCLURE À LA RÉFORME DU CODE JUDICIAIRE

10. La théorie de l'abus du droit de conclure a vu le jour parce que la loi comportait des lacunes (*supra*, n° 5). Exerçant pleinement sa fonction pastorale, la Cour de cassation a anticipé avec panache la réforme du Code judiciaire par la loi du 3 août 1992. Cette loi allait enfin doter le Code judiciaire de mécanismes contraignants de

(40) On insiste sur la portée strictement casuistique de la théorie de l'abus du droit de conclure, telle qu'elle est « corsetée » par les critères concrets d'application énoncés par l'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1991. L'examen de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 1992 confirme du reste que, dans tous les cas, l'écartement des conclusions tardives est fondé sur une appréciation pragmatique par le juge du fond des circonstances de la cause (voy. à cet égard, J. ENGLEBERT, « La sanction du non respect des délais de conclusions », *op. cit.*, p. 15, n° 17). C'est ainsi que l'écartement des conclusions est justifié par le fait que la partie préjudiciée par le dépôt tardif des conclusions a elle-même déposé ses conclusions de longue date, de sorte que la partie dont les conclusions sont écartées des débats a largement disposé du temps utile pour y répliquer (voy. not. Bruxelles, 25 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 858 et note Ch. PANIER; Cass., 31 octobre 1991, *précité*; Cass., 22 novembre 1991, *précité*) ou encore que l'affaire était fixée pour plaidoiries depuis plus d'un an (Cass., 31 octobre 1991, *précité*). En revanche, toujours dans une perspective casuistique, il n'y a pas lieu d'écartier les conclusions tardivement communiquées en raison de l'inertie de l'autre partie (C.T. Liège, 27 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 856) ou encore lorsque la partie adverse a elle-même mis plus de six mois à répondre aux premières conclusions de la partie déposant tardivement ses conclusions additionnelles (Bruxelles, 24 mai 1988, *J.T.*, 1989, obs. Ph. GÉRARD).

mise en état, longtemps attendus (41). La réforme allait-elle priver d'utilité la théorie prétorienne qui l'avait anticipée et inspirée ?

A l'époque où elle a vu le jour, cette théorie embrassait potentiellement un vaste champ d'application car les dispositions d'alors étaient, en matière de mise en état des causes, très avares de délais. Dans ce contexte, la théorie de l'abus du droit de conclure remplissait une fonction *supplétive* essentielle. Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 1992, multipliant au contraire les hypothèses enchâssées de délais contraignants, la doctrine s'est opportunément interrogée sur l'avenir de cette jurisprudence de la Cour de cassation (42). Avec ces auteurs, nous pensons que la théorie prétorienne de l'abus du droit de conclure reste promise à une belle pérennité. On ajoute que ce succès est appelé à se manifester dans deux directions : à côté des règles légales régissant la mise en état de la cause, d'une part ; au cœur de l'application de ces règles, d'autre part. En d'autres termes, la théorie promue jadis par M^e Gérard a, non seulement, conservé sa fonction *supplétive* initiale (en ce qu'elle a vocation à régir les mises en état de causes laissées en jachère par le (nouveau) Code judiciaire ; *infra*, § 1^{er}), mais a en outre acquis une importante fonction *complétive* (en ce qu'elle complète, et le cas échéant tempère, les solutions légales issues de la réforme du 3 août 1992 ; *infra*, § 2). Au regard de ces deux fonctions, la théorie de l'abus du droit de conclure constitue assurément, pour les praticiens, un précieux héritage.

Encore faut-il que ce legs du passé n'en vienne à embarrasser, ou à encombrer. Il s'agit, en d'autres termes, de contenir cette théorie vivace dans de justes limites, respectueuses de l'édifice légal et, surtout, garantes de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions qui doivent prévaloir en notre matière. Il n'y a précisément,

(41) E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 517, n° 20 ; Proc. gén. J.-M. PIRET, concl. précéd. Cass., 31 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, pp. 170-171 ; Ph. GÉRARD, obs. sous Bruxelles, 24 mai 1988, *J.T.*, 1989, p. 513 ; G. DE LEVAL, « Conclusions tardives et abus de droit de défense », note sous Bruxelles, 25 mars 1987, *Ann. dr. Liège*, 1987, p. 335 ; Ch. P., note sous Bruxelles, 25 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 858 ; G. DE LEVAL, « La mise en état des causes », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, pp. 524-525, n° 10 ; M.-E. STORME, « De goed trouw in het geding? », *op. cit.*, p. 383, n° 15 et p. 453, n° 66-69 ; J. LAEMENS, « Termijnen in het gerechtelijk recht », *R.G.D.C.*, 1991, p. 15, n° 24.

(42) Voy. not. L. DU CASTILLON, « La motivation de l'acte d'appel et le maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conclusions tardives », note sous Bruxelles, 23 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, spéc. pp. 320-325, n° 6-10 ; G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », in *Le nouveau droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 101 et « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, p. 36, n° 26.

pour cette théorie, pas de meilleures limites que celles qui lui furent originellement assignées : la vérification concrète et casuistique des conditions cumulatives requises par la Cour de cassation : l'entrave à la bonne administration de la justice et la lésion fautive les droits de l'autre partie. Telle est la ligne que l'on s'efforcera de maintenir dans l'analyse des deux fonctions, nouvelles ou renouvelées, de la théorie de l'abus du droit de conclure.

§ 1^{er}. — *La fonction supplétive de la théorie :
l'abus du droit de conclure à côté des règles légales
de la mise en état de la cause*

11. Les premiers commentateurs de la loi du 3 août 1992 n'ont pas manqué de relever que la jurisprudence de la Cour de cassation autorisant l'écartement de conclusions tardives au titre de la sanction d'un abus du droit de conclure, trouverait toujours à s'appliquer dans l'ensemble des hypothèses où une fixation de la cause peut encore intervenir sans que ne soit mis en œuvre un des mécanismes légaux de la mise en état de la cause « rénovée » (43). Dans ces situations où des conclusions peuvent encore être déposées en dehors d'un échéancier, voire le jour même de l'audience de fixation, l'abus du droit de conclure conserve sa fonction supplétive. Il constitue en effet le seul moyen de sanctionner le dépôt tardif de conclusions lorsque celles-ci lèsent fautivement les droits de l'autre partie et ralentissent inutilement l'instruction de la cause. Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, les mêmes auteurs ont pris le soin d'énumérer certaines de ces situations en évoquant notamment l'hypothèse de la réouverture des débats (art. 775 C. jud.), celle des débats succincts (art. 735 et 1066 C. jud.), celle de la fixation en vue d'obtenir un jugement par défaut (art. 803 C. jud.) ou consécutive à une omission du rôle d'audience (art. 730, § 2, b) C. jud.), ou encore celle de l'audience prévue pour statuer sur le résultat des enquêtes (art. 945, alinéa 2, C. jud.)... Nous nous proposons d'étudier brièvement quelques unes de ces hypothèses afin d'examiner si

(43) Voy. les références citées à la note précédente.

et comment, dans ces cas concrets, l'abus du droit de conclure continue à jouer un rôle supplétif (44).

(i) *Abus du droit de conclure et débats succincts*

12. L'article 735 du Code judiciaire et son pendant en degré d'appel, l'article 1066, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, permettent que la cause qui n'appelle que des débats succincts soit retenue à l'audience d'introduction ou remise pour être plaidée à une date rapprochée (trois mois au plus en degré d'appel). Il s'agit du « *circuit court* » par opposition au « *circuit long* » réglé par les articles 741 et suivants et 1064 du Code judiciaire. Dans ce « *circuit court* », les parties sont autorisées à conclure jusqu'à la clôture des débats (art. 735, § 2, 740, 1042 et 1066 C. jud.). Rien n'interdit donc à l'une d'entre elles de déposer des conclusions *in extremis* la veille ou le jour même de l'audience à laquelle la cause a été remise (45). Selon la doctrine (46) et la jurisprudence (47), les fixations et remises intervenues dans le « *circuit court* » des débats succincts demeurent toutefois un des terrains d'élection de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'abus du droit de conclure. Il est donc possible d'écarter, sur cette base, les conclusions déposées quelques jours avant ou le jour même

(44) Notre examen ne portera que sur certaines des situations évoquées par la doctrine et ne se veut nullement exhaustif. On relèvera cependant que le doyen DE LEVAL a également envisagé l'application de la théorie de l'abus du droit de conclure dans l'hypothèse des audiences fixées sur la base des articles 806, 975, alinéa 2, et 1021, alinéa 2, du Code judiciaire (G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, p. 36, n° 26). Sans vouloir entrer dans le détail, ce que ne permettent pas les limites de la présente contribution, de telles hypothèses ne nous paraissent toutefois pas donner lieu à l'application de la théorie de l'abus du droit de conclure. En effet, dans le cadre de la revitalisation du jugement par défaut périmé (art. 806 C. jud.), le défendeur défaillant ne doit pas, selon nous, être convoqué (voy. ég. dans ce sens, Anvers, 8 mai 1984, *R.W.*, 1985-1986, p. 1491; note A.T. sous Cass., 22 février 1991, *Pas.*, I, 609; Comm. Hasselt, 27 octobre 1994, *Limb. Rechtsl.*, 1996, p. 274, note; C.T. Bruxelles, (10^e ch.), 9 octobre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 207). Il ne pourrait, partant, déposer des conclusions lors de l'audience fixée sur la base de l'article 806 du Code judiciaire. S'agissant ensuite de l'audience fixée sur pied de l'article 975, alinéa 2, du Code judiciaire, elle a uniquement pour objet de régler l'incident résultant de l'absence de dépôt par les experts de leur rapport dans le délai fixé par le jugement. On aperçoit dès lors mal quelle partie pourrait déposer à cette occasion des conclusions de nature à léser fautivement les droits des autres parties et à empêcher la bonne administration de la justice. Enfin, l'article 1021, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit que la procédure destinée à la liquidation des dépens sur lesquels il n'a pas été statué est « reprise conformément aux articles 750 et suivants » en sorte qu'elle est, depuis la loi du 3 août 1992, régie par les nouvelles dispositions légales relatives à la mise en état des causes et, à ce titre, se dispense de la fonction supplétive de l'abus de droit.

(45) A. DEBRULE, « Les débats succincts », in *Le nouveau droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 49.

(46) G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, p. 36, n° 26 et L. DU CASTILLON, *op. cit.*, pp. 320-322.

(47) Bruxelles, 23 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, p. 315.

de l'audience de remise lorsqu'il apparaît que le dépôt tardif de ces conclusions lèse fautivement les droits de la partie adverse et empêche la bonne administration de la justice. Quelles sont, plus concrètement, les situations visées? Comme en toutes matières, la prudence s'impose. Il serait en effet hâtif de considérer que les conclusions communiquées *in extremis* dans le cadre de débats succincts s'exposent systématiquement à l'écartement du chef d'abus de droit. Conformément aux principes précédemment exposés (*supra*, n° 9), ces conclusions ne pourront être écartées des débats au titre d'un abus de droit que s'il y a effectivement abus du droit de conclure, c'est-à-dire si ces conclusions « *ralentissent inutilement l'instruction de la cause et lèsent fautivement les droits de l'autre partie* ». Transposées à la procédure du « *circuit court* », ces trois conditions cumulatives (la faute, la lésion des droits de l'autre partie et le ralentissement inutile de l'instruction de la cause) appellent les remarques suivantes.

13. Il faut tout d'abord que la communication tardive des conclusions soit *fautive*. Cela implique que le demandeur ait mis le défendeur en mesure de conclure, fût-ce brièvement, ce qui n'est par exemple pas le cas en l'absence de communication des pièces de son dossier (48). Il convient ensuite de se montrer mesuré quant au caractère réellement fautif du dépôt lorsque la remise intervient à très bref délai; si celle-ci est faite à huit ou même quinze jours, il n'est, en soi, pas abusif de conclure la veille de l'audience. Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que la communication tardive de conclusions dans le « *circuit court* » peut parfois n'être que la confirmation de ce que l'affaire, en raison de sa complexité, ne se prêtait pas aux débats succincts (49). Il ne peut être fait grief à un défendeur de consacrer deux ou trois mois (voire, le cas échéant, la totalité de la période qui le sépare de l'audience fixée « *à date rapprochée* ») à la rédaction de conclusions élaborées, lorsqu'il s'agit de répondre à des prétentions qui excèdent les limites de la simplicité. En ce cas, l'abus est plutôt le fait du demandeur qui aura requis à la légère le bénéfice des débats succincts (50). Lorsque, en revanche, la cause n'appelle effectivement que des débats succincts et que le

(48) Voy. Civ. Arlon, 21 septembre 1990, *R.G.D.C.*, 1991, p. 91.

(49) Voy. Civ. Bruxelles, 10 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 503; Gand, 22 février 1993, *R.W.*, 1992-1993, p. 1063, note M. STORME.

(50) Voy. J.P. Anvers (3^e canton), 31 janvier 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 479.

demandeur a fait preuve de la diligence requise pour mettre le défendeur en mesure de conclure dans un délai raisonnable, les conclusions déposées tardivement par ce dernier concrétiseront souvent une obstruction injustifiée obligeant le demandeur à recourir à la procédure normale (« *circuit long* ») aux seuls fins de retarder le jugement (51). Il s'agit alors d'une attitude fautive qui peut être sanctionnée par l'écartement des conclusions tardives des débats.

Pour que la seconde condition de l'abus du droit de conclure (l'entrave à la bonne administration de la justice) soit remplie, il faut encore, et cela n'est pas évident (spécialement devant les juridictions dont les rôles sont malheureusement surchargés), que l'affaire ait pu être *effectivement* retenue et plaidée lors de l'audience de remise. Si, compte tenu de l'encombrement du rôle d'audience et, partant, du temps réduit réservé à l'examen de l'affaire, celle-ci n'aurait de toute façon pas pu être examinée, l'écartement des conclusions « tardives » ne se justifie pas dès lors que le dépôt de celles-ci ne retarde pas inutilement l'instruction de la cause (52).

14. Ces remarques qui conduisent à faire preuve de prudence impliquent donc de ne retenir l'abus du droit de conclure, dans le cadre de la procédure des débats succincts, que lorsque la cause pouvait être *légalement* et *matériellement* retenue dans le cadre du circuit court. Lorsqu'il apparaît que le dépôt qualifié de tardif de conclusions était justifié par la complexité de l'affaire, par la négligence de la partie demanderesse ou encore lorsque, compte tenu de l'encombrement du rôle, l'affaire ne pouvait manifestement être plaidée lors de l'audience de remise, les critères de l'abus du droit de conclure tels que retenus et précisés ci-avant (*supra*, n° 9) font défaut. Les considérations qui précèdent confirment que l'abus du droit de conclure ne peut faire l'objet d'une classification ou d'une définition générale mais doit faire l'objet d'une appréciation pragmatique. Tout au plus, est-il envisageable de préciser les conditions nécessaires pour qu'un tel abus puisse être sanctionné dans le cadre du « *circuit court* » des débats succincts. Comme nous le verrons, la

(51) Comp. Liège, 13 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 127 et Civ. Nivelles, 1^{er} juin 1993, *J.T.*, 1994, p. 547.

(52) Comp. Civ. Bruxelles, 18 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 503 qui souligne qu'à côté des critères objectifs liés au caractère succinct ou non des débats « *s'ajoute néanmoins une appréciation plus subjective de la part du magistrat en fonction de critères d'opportunité qu'il est le seul à pouvoir apprécier et qui tiennent notamment à l'encombrement de ses audiences et au nombre d'affaires qu'il tient en délibéré* ».

même approche casuistique devra également être retenue dans toutes les autres hypothèses où l'abus du droit de conclure conserve sa fonction supplétive.

15. L'article 735, § 3, du Code judiciaire prévoit qu'il peut être statué, dans les causes qui n'appellent que des débats succincts, même s'il n'est pas déposé de conclusions. L'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire dispose toutefois que le juge peut autoriser les parties ou leurs avocats à déposer au greffe, après les débats et dans le délai qu'il détermine, leurs dossiers et, selon certains auteurs (53), de brèves conclusions. Que se passe-t-il dès lors lorsqu'une des parties dépose, après l'audience tenue en débats succincts, mais le jour fixé par le juge des conclusions au greffe qu'elle n'a communiqué que la veille à son adversaire? La Cour de cassation a eu l'occasion de connaître de la question sous l'angle du respect des droits de la défense. Confrontée à un tel procédé, une des parties avait demandé au juge d'ordonner la réouverture des débats. Celui-ci l'avait refusé estimant que cette demande n'était fondée sur aucun fait nouveau et capital qui n'aurait pu être porté à la connaissance des parties au moment de la clôture des débats dès lors que les conclusions tardives avaient été déposées le jour de la clôture des débats. Ce jugement a été cassé par la Cour qui a estimé « *qu'en ayant égard aux conclusions de la défenderesse communiquées à la demanderesse la veille de la clôture des débats, sans ordonner la réouverture de ces débats pour permettre à cette dernière d'y répondre, le juge de paix a violé le principe général du droit au respect des droits de la défense* » (54). La solution doit être approuvée. On peut cependant se demander si, plutôt qu'une réouverture des débats retardant plus longuement encore le jugement de la cause, il ne serait pas préférable que le juge qui est confronté au dépôt tardif de conclusions dans le cadre de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire, écarte ces conclusions des débats lorsqu'il apparaît qu'elles lèsent fautivement les intérêts de la partie adverse (par exemple, parce qu'elles reprennent des nouveaux moyens ou font état de nouvelles pièces sur lesquelles la partie adverse n'a pas eu l'occasion de s'exprimer). On le voit, la détermination du mode de réparation en nature de l'abus de droit de conclure reste une question ouverte. La faculté du « *dépôt de dossier* »

(53) Voy. not. J. LAENENS, « *Knoelpunten in het vernieuwd procedurerecht* », *A.J.T.-Dossier*, 1995-96, p. 74.

(54) Cass., 27 février 1997, *Pas.*, I, 296.

prévue par l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire n'a en effet pas pour objet de permettre à une partie d'exposer de nouveaux arguments ou moyens ou de déposer de nouvelles pièces mais uniquement de permettre à une partie de compléter son dossier, voire d'y ajouter « une note de doctrine ou de jurisprudence » (55). La partie qui profite de cette faculté – que celle-ci lui soit accordée dans le cadre des débats succincts (56) ou dans le cadre du circuit long – pour déposer des conclusions doit être sanctionnée par la biaux de la théorie de l'abus du droit de conclure. Plutôt que de contraindre le magistrat à ordonner une réouverture des débats pour permettre à l'autre partie de répondre aux conclusions tardives, l'écartement de celles-ci des débats permettra de ne pas retarder inutilement le jugement de la cause tout en assurant le respect des droits de la partie adverse.

(ii) *Abus du droit de conclure et fixation sur pied des articles 730, 803 et 804 du Code judiciaire – les fixations unilatérales et les remises unilatérales ou contradictoires*

16. Plusieurs dispositions du Code judiciaire permettent de faire fixer une cause pour plaidoirie, sans passer par le schéma de la mise en état organisé par les articles 741 et suivants du Code judiciaire. Tel est le cas des articles 730, 803 et 804 du Code judiciaire qui constituent des hypothèses dans lesquelles une date d'audience est fixée à la demande unilatérale d'une partie ou dans lesquelles une remise est contradictoirement accordée (57). Il s'agit de situations dans lesquelles la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conclusions tardives doit également être maintenue (58).

(55) P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Deuxième partie, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 205, n° 254.

(56) Il nous paraît à cet égard que le dépôt éventuel de conclusions dans le cadre des débats succincts doit être réalisé au terme d'une remise et non d'un dépôt de dossier opéré conformément à l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire.

(57) Nous envisageons uniquement ici les remises qui interviennent en dehors de l'application d'un mode de mise en état organisé par la loi (art. 747, 748, 750 et 751 C. jud.) On rappelle en effet que lorsqu'une remise, par défaut ou contradictoire, intervient dans le cadre de l'un des régimes de mise en état organisés par la loi, elle a lieu « sous le bénéfice » de ce régime en sorte que les parties sont placées, lors de l'audience de remise, dans la même situation procédurale que lors de l'audience de fixation initiale, notamment en ce qui concerne l'interdiction de conclure (voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Incidence de la redistribution de la cause sur l'application de l'article 751 du Code judiciaire », note sous Bruxelles, 12 décembre 1997, *J.T.*, 1998, pp. 166 et s.).

(58) G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, p. 36, n° 26 et L. DU CASTILLON, *op. cit.*, pp. 320-322.

17. Si ces hypothèses constituent effectivement des cas dans lesquels le dépôt tardif de conclusions pourrait être théoriquement sanctionné par l'abus du droit de conclure, cela présuppose toutefois que la cause ait été régulièrement fixée sur la base de ces articles du Code judiciaire.

Tel n'est pas le cas, selon nous, s'agissant de la fixation intervenue sur pied de l'article 730 du Code judiciaire, lorsque la cause n'a pas été, comme le prescrit le texte, réellement omise du rôle d'audience en raison du retard anormal que révèle son instruction, mais lorsqu'elle a simplement fait l'objet d'un renvoi au rôle général (59). Dans ce dernier cas, l'affaire n'a pas été régulièrement fixée et, partant, l'une des conditions de l'abus du droit de conclure fait défaut. Dans la mesure où ces conclusions tardives ne ralentissent pas l'instruction (régulière) de la cause, elles ne doivent pas être écartées des débats.

De même, une fixation irrégulièrement obtenue sur la base de l'article 803 du Code judiciaire ne pourrait conduire à l'écartement de conclusions tardives. On sait en effet que certains plaideurs, encouragés sur ce point par la tolérance coupable de certains greffes, font unilatéralement fixer des causes sur la base de cette disposition légale alors que la partie adverse n'était pas défaillante lors de l'audience d'introduction mais avait comparu personnellement, par avocat ou par application de l'article 729 du Code judiciaire (60). L'article 803 ne prévoit la possibilité de faire fixer la cause que lorsque la partie était défaillante à l'audience d'introduction (61). Dans

(59) Contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs (E. BOIGELOT, « Pour une application dynamique du code judiciaire : l'article 730 du Code judiciaire au service de la mise en état », *Cah. dr. jud.*, 1995, pp. 66 et s.; G. DE LEVAL, « La loi du 23 mars 1995 », *J.L.M.B.*, 1995, p. 925 et « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, p. 45), suivis en cela par une certaine jurisprudence (voy. not. J.P. Molenbeek-St-Jean, 28 février 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 246; J.P. Marchienne-au-Pont, 20 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 909; Civ. Bruxelles (réf.), 26 février 1993, *J.T.*, 1993, p. 505), nous pensons avec d'autres (B. DECONINCK, « Artikel, 730, lid. 6 en 7 : geen achterpoort? », *G.I.D.S.*, 1993, n° 2, pp. 2 à 4; K. BROECKX, « De bepaling van een rechtsdag en de sanctionnering van de onwillige procespartij overeenkomstig de art. 750 en 751 Ger. W. », in *A.J.T.-Dossier n° 6*, 1995-1996, p. 79, n° 20. Comp. ég. l'opinion précédemment émise par G. DE LEVAL, obs. sous J.P. Marchienne-au-Pont, 20 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 911) qu'il n'est pas possible de donner une interprétation « dynamique » à l'article 730, § 2, b), alinéa 2, du Code judiciaire en assimilant à l'omission du rôle d'audience, la remise ou le renvoi au rôle général contradictoires. Lorsqu'une cause a été renvoyée au rôle général, elle ne peut par conséquent pas y être ramenée par la partie la plus diligente sans autre formalité qu'une simple lettre adressée au président de la chambre.

(60) Voy. pour une critique de ces méthodes, H. BOULARBAH, « Quelques réflexions à propos de l'incidence des fixations, remises ou redistributions successives de la cause sur la qualification d'un jugement ou d'un arrêt », note sous Anvers, 10 avril 2000, *P. & B.*, 2001, p. 79, note 10.

(61) Civ. Liège (réf.), 24 novembre 1994, *Act. Dr.*, 1996, p. 44.

l'hypothèse d'une fixation obtenue en dehors du champ d'application de l'article 803 du Code judiciaire, l'affaire n'aurait pu être régulièrement retenue lors de l'audience de fixation en sorte que la condition de retard dans l'instruction de la cause n'est à nouveau pas remplie (62).

Une fois encore, il nous paraît que c'est plutôt la partie qui a unilatéralement requis la fixation qui commet une faute en demandant une date d'audience alors que les conditions légales prévues à cet effet ne sont pas vérifiées. De tels comportements ont en effet pour conséquence d'encombrer inutilement le rôle des audiences des cours et tribunaux avec des affaires qui ne pourront pas être retenues et plaidées puisque, dans la quasi-totalité des cas, l'affaire n'est pas en état d'être jugée (63).

18. Par contre, lorsqu'on se trouve en présence d'une fixation régulièrement intervenue sur pied de l'article 730 ou de l'article 803 du Code judiciaire, la théorie de l'abus du droit de conclure est susceptible de trouver application. Chaque fois qu'une cause est fixée à la demande d'une partie, sur pied des articles 730 ou 803 du Code judiciaire, « *cela ne veut pas dire, qu'en toute hypothèse, il sera plaidé à l'audience ainsi refixée : pareille fixation ne peut (n° ne veut, au contraire) empêcher le dépôt de conclusions, même le jour de l'audience, sauf application de la jurisprudence de la Cour de cassation pour conclusions tardives* » (64). Rien n'interdit donc en principe à la partie convoquée de déposer des conclusions la veille voire même le jour de l'audience. Rien, si ce n'est précisément, la théorie de l'abus du droit de conclure.

Lors de l'audience fixée sur pied de l'article 730 ou de l'article 803 du Code judiciaire, le juge peut en effet estimer, par application de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conclusions de dernière minute, que les conclusions déposées à l'audience ou la veille de celle-ci par la partie à l'égard de laquelle la fixation a été demandée, sont tardives car elles retardent l'examen de la cause et

(62) Voy. *contra* Civ. Bruxelles, 12 octobre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 412, note J.L.

(63) H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 79, note 10. Voy. J.P. Bruxelles, 5 mai 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 911 : « *une bonne administration de la justice ne peut s'accommoder de fixations répétitives par pli judiciaire sans autre suite que l'omission de l'affaire du rôle par défaut de comparution des parties. Outre le surcroît de travail du greffe et le coût élevé de l'envoi des plis judiciaires, les fixations 'sans suite' entraînent des problèmes d'organisation des audiences* ».

(64) E. BOIGELOT, *op. cit.*, p. 69.

lèsent fautivement les droits de l'autre partie et peut, partant, les écarter des débats (65).

Pour apprécier la possibilité d'écarter les conclusions tardives des débats, il y aura lieu de procéder, une fois encore, à un examen au cas par cas en appliquant les critères précédemment retenus. Il conviendra en particulier de démontrer que le retard mis par la partie qui dépose les conclusions tardives n'est pas imputable à l'attitude de la partie qui a régulièrement requis la fixation, que l'affaire pouvait *effectivement* être retenue et plaidée lors l'audience à laquelle la cause a été fixée (66)... Il faudra, en particulier, se montrer très circonspect quant à l'exigence d'une faute dans le chef de la partie qui dépose des conclusions tardives. Son attitude dépendra spécialement de la date qui séparera la date de la convocation de la date d'audience. Plus ce délai sera important, plus la faute sera aisée à démontrer... (67) On ne peut évidemment exiger de la partie qui reçoit un pli judiciaire ou un avertissement l'invitant à comparaître dans les quinze jours qu'elle conclue dans les huit jours précédant cette audience! Dans le cadre d'une remise contradictoire, l'appréciation de la faute pourra dès lors être plus sévère. Les parties connaissent en effet d'emblée la date de remise en sorte qu'elles ne peuvent se prévaloir de la surprise créée par la fixation unilatérale de la cause pour tenter de justifier leur éventuel retard mis à conclure.

(iii) *Abus du droit de conclure et réouverture des débats ou audience fixée aux fins de statuer sur les résultats d'une enquête, de l'interrogatoire des parties ou d'une descente sur les lieux*

19. Selon l'article 775, le juge qui ordonne la réouverture des débats, « *fixe les jour et heure où les parties seront entendues sur l'objet qu'il détermine. Celles-ci, et le cas échéant, leurs avocats, seront averties, sous pli judiciaire, par les soins du greffier, dans le délai des citations* ». Il est fréquent dans la pratique qu'une des parties attende quelques jours avant l'audience à laquelle la réouverture des débats a été ordonnée pour déposer ses conclusions sur l'objet de cette

(65) Voy. not. dans l'hypothèse d'une fixation sur pied de l'article 730 du Code judiciaire, J.P. Bruxelles, 7^e canton, 5 mars 1998, *R.G.* n° 48.075, *inédit*.

(66) Ce qui, dans la plupart des arrondissements judiciaires, relève de la gageure...

(67) Le fait de conclure le jour de l'audience alors que la cause est fixée depuis quatre mois a ainsi été considéré comme constituant un abus du droit de conclure (voy. Civ. Bruxelles, 12 octobre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 412, note J.L.).

réouverture. Dans la pratique, l'audience de réouverture des débats intervient plusieurs mois après la décision qui l'a fixée. En outre, en vertu de l'article 779 du Code judiciaire, le jugement ou l'arrêt après réouverture des débats doit, sauf à reprendre les débats *ab initio*, être rendu par les juges qui ont assisté à toutes les audiences de la cause. Dans ces conditions, les conclusions de dernière minute sont de nature à léser fautivement les droits de la partie adverse, surprise par celles-ci quelques jours avant l'audience, et à ralentir inutilement l'instruction de la cause en déprogrammant une audience à laquelle tous les magistrats devaient assister et à contraindre ces derniers à tenir, dans la même composition, une nouvelle audience. De tels comportements sont inacceptables et la théorie de l'abus du droit de conclure offre le moyen le plus approprié de les sanctionner en écartant des débats les conclusions tardives. On rappellera cependant que cette théorie suppose l'existence d'une *faute* dans le chef de la partie qui conclut tardivement. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque des conclusions sont tardivement communiquées en raison de l'inertie de l'autre partie qui devait préalablement fournir les renseignements relatifs à l'objet de la réouverture des débats (68).

Selon l'article 945, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, le juge prononce la clôture de l'enquête immédiatement après l'achèvement des opérations de celles-ci. L'article 945, alinéa 2, prévoit qu'il entend ensuite les conclusions des parties séance tenante, ou fixe les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle elles seront entendues. L'alinéa 3 de la même disposition prévoit qu'un avis de fixation est, en pareil cas, notifié par le greffier sous pli judiciaire aux parties qui n'ont pas comparu. Ces dispositions également sont applicables à la comparution personnelle des parties (art. 1004 C. jud.) et à la descente sur les lieux (art. 1014 C. jud.). Lors de l'audience ainsi fixée pour entendre les conclusions des parties sur le résultat de la mesure d'instruction, la même situation que celle dénoncée à propos de la réouverture des débats peut voir le jour. Une des parties peut déposer des conclusions quelques jours avant l'audience ou le jour même de celle-ci. Un tel comportement peut avoir pour conséquence d'empêcher la partie adverse d'y répliquer et partant d'obliger celle-ci à solliciter la remise de la cause, ce qui entrave inutilement l'instruction

tion de la cause. La théorie de l'abus du droit de conclure jouera ici également son rôle supplétif.

20. De tels incidents ne verraient en effet pas le jour si la loi prévoyait, à l'instar de ce qui existe à propos des conclusions en réplique à l'avis du ministère public (article 766, § 1^{er}, du Code judiciaire tel que modifié par l'article 2 de la loi du 14 novembre 2000), que le juge fixe, dans la décision rouvrant les débats ou celle fixant l'audience destinée à l'examen du résultat de la mesure d'instruction, le délai dont les parties disposeront, pour déposer au greffe des conclusions sur l'objet qu'il détermine ou sur les résultats de la mesure d'instruction et que les conclusions, non déposées dans ce délai, sont d'office écartées des débats.

La théorie de l'abus du droit de conclure remplit donc une fois encore une fonction supplétive par nature inachevée dont l'application demeure pragmatique et, partant, incertaine (69). En instaurant des règles sanctionnant le non-respect des délais de conclusion, la loi du 3 août 1992 a sans conteste voulu mettre fin à ces incertitudes. La sanction de l'écartement des conclusions tardives doit être appliquée de manière automatique et, le cas échéant, d'office. Elle ne peut dépendre d'une appréciation en opportunité du juge qui est simplement chargé de vérifier que les conditions légales permettant d'appliquer la sanction sont réunies. L'œuvre du législateur est cependant imparfaite. Des questions demeurent ouvertes. Certains comportements non expressément condamnés mais néanmoins abusifs retardent encore l'instruction des affaires. L'abus du droit de conclure demeure le seul moyen – quoiqu'imparfait – de combattre ces attitudes procédurales déloyales. Il s'exprime dès lors sous une fonction *complétive*.

§ 2. – *La fonction complétive de la théorie :
l'abus de droit au cœur des règles légales relatives
à la mise en état des causes*

21. Dès 1995, M^{me} du Castillon présageait que la théorie de l'abus de droit et la jurisprudence de la Cour de cassation qui lui avait

(68) C.T. Liège, 27 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 856, obs. G. DE LEVAL.

(69) Une fois encore, le sort des conclusions tardives dépend de l'appréciation du caractère abusif que retiendra le juge du fond, ce qui est en contradiction avec le principe de sécurité qui implique que la partie adverse puisse savoir avec certitude si les conclusions tardives de son adversaire seront ou non écartées des débats (voy. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 269, n° 31).

donné naissance en matière de conclusions tardives, seraient également appelées à jouer un rôle important dans l'application même des nouvelles dispositions, issues de la loi du 3 août 1992 (70). L'examen de la jurisprudence – celle de la Cour de cassation en particulier vérifie cette intuition et, partant, confirme la vivacité de la théorie, cette fois sous l'angle de sa fonction complétive. Plusieurs illustrations de cette fonction nouvelle peuvent être signalées. Pour chacune d'entre elles, il s'agira de vérifier s'il a été fait bon usage de la théorie de l'abus du droit de conclure.

(i) « *Surprises procédurales* » et abus de droit : à propos des pièces, moyens, demandes, et appels produits dans les (ou à l'appui des) ultimes écrits

22. Bon nombre de praticiens auront déjà été confrontés à cette irritante situation où, la cause ayant fait l'objet d'une mise en état judiciaire (art. 747, § 2, C. jud.), l'adversaire produit de nouvelles pièces à l'appui de ses ultimes conclusions auxquelles il n'est plus possible de répondre, ou développe, dans ces mêmes conclusions, un moyen nouveau, une demande nouvelle ou un appel incident jusque là inexistant. Voilà typiquement le genre de situations qui pourraient trouver remède dans la fonction complétive de la théorie de l'abus de droit. Le point de départ de la réflexion est le même que celui qui, à l'époque, avait favorisé l'émergence de cette théorie : le libéralisme du droit positif (*supra*, n° 5). En effet, il est admis que l'article 740 du Code judiciaire n'interdit nullement que les pièces, notes et mémoires qu'il vise soient communiqués à l'appui de (et en même temps que des) conclusions (additionnelles ou autres) auxquelles la partie adverse ne pourrait plus répondre (au regard de l'article 750 du Code judiciaire, ou en raison des délais assignés par une ordonnance prononcée sur la base de l'article 747, § 2, du même Code) (71). Ces solutions doivent être approuvées car le silence du Code judiciaire quant au moment auquel la communication des pièces doit intervenir reflète la nécessité de raisonner sagement la question à l'aune de la nécessité d'adapter l'instruction de la cause à l'évolution de la matière litigieuse ainsi qu'au principe dispositif.

(70) L. DU CASTILLON, o.c., *R.G.D.C.*, 1995, p. 323, n° 8.

(71) Cass., 26 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 98 (réponse à la seconde branche du moyen de cassation) et la note anonyme (1) approuvative sous le sommaire; H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... perdues ? », *J.T.*, 2000, p. 819, n° 18, note (75).

De même, ni l'article 1054 du Code judiciaire, ni les articles 1056 et 1064 du même Code, ne subordonnent la recevabilité de l'appel incident à son introduction dans des conclusions auxquelles l'intimé sur incident pourrait encore répondre (72). Il en va de même, enfin, des moyens et demandes nouvelles : aucune disposition du Code judiciaire ne prohibe leur formulation dans les ultimes écrits de procédure. La loi consacre, en toutes ces hypothèses, la liberté de plume. Mais comme en toutes matières, l'exercice de la liberté ne peut dégénérer en abus. Dira-t-on pourtant qu'il n'y aura pas lieu à appliquer, dans ces mêmes hypothèses, la théorie de l'abus de droit au motif que la victime de la surprise procédurale pourra toujours se prévaloir de l'article 748, § 2, du Code judiciaire et obtenir, par le truchement de cette disposition, un nouveau délai de réplique ? Il nous paraît qu'il y a plutôt une alternative qui s'offre à cette « victime » : soit, en amont, solliciter le bénéfice de l'article 748, § 2, du Code judiciaire (73); soit, en aval, solliciter l'application de la théorie de l'abus de droit. Il nous paraît excessif de reprocher, à la victime de semblable « *surprise procédurale* » requérant la réparation du préjudice qu'elle lui cause par application de la théorie de l'abus de droit, de ne pas avoir préalablement exercé la faculté que lui offre l'article 748, § 2, du Code judiciaire. Si les conditions concrètes de l'abus du droit de conclure sont vérifiées, il reste abusif, de la part de celui qui surprend son adversaire dans ses derniers écrits, de contraindre ledit adversaire à solliciter l'application de l'article 748,

(72) Il a parfois été soutenu qu'un appel incident formé par l'intimé dans des conclusions additionnelles auxquelles l'appelant ne peut plus répondre, viole les droits de la défense de ce dernier et, pour ce seul motif, doit être déclaré irrecevable (C. trav. Liège, 3 mars 1994, *R.R.D.*, 1994, p. 383; comp. Liège, 25 février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1063; Civ. Bruxelles, 7 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 860; P. TAEELMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, p. 223, n° 441; L. DU CASTILLON, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1995, p. 325, et la note (45)). Cette opinion (i.e. le rejet systématique de l'appel incident formulé dans des conclusions auxquelles l'intimé sur incident ne peut plus répondre) doit être nuancée car excessive dans sa présentation. En effet, les articles 1054 et 1056 n'indiquent pas formellement que l'appel incident doit être formé dans les conclusions principales de l'intimé (et prévoyant même que semblable appel peut être formé jusqu'à la clôture des débats), cette thèse ajoute à la loi une condition qu'elle ne contient pas (H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... », *op. cit.*, p. 820, n° 21, et la note (80); comp. encore Gand, 29 mars 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 72). Seule la vérification empirique des conditions d'application de la théorie de l'abus du droit de conclure permettra, le cas échéant, de conclure à l'irrecevabilité de l'appel incident.

(73) Etant entendu qu'il faut effectivement admettre que peut être regardé comme « fait nouveau et pertinent » justifiant l'assignation d'ultimes délais pour conclure en application de l'article 748, § 2, du Code judiciaire, un « fait procédural » déduit des écrits de procédure des autres parties à la cause (G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », in *Le nouveau droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 97-99; V. TOLLENAERE, « Nieuwe elementen en stukken ingeroepen in de laatste aanvullende conclusie », note sous Bruxelles, 19 juin 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 305 et s.).

§ 2, du Code judiciaire. Le cas échéant, cet abus pourra être caractérisé par la circonstance que le plaideur malicieux aura, après commission de son forfait procédural, refusé d'accorder amiablement à son adversaire un délai de réplique (art. 748, § 1^{er}, du Code judiciaire). Si la voie de l'article 748, § 2, a été préférée, l'ordonnance favorable aura vidé l'incident ou l'ordonnance défavorable – quoique non revêtue de l'autorité de la chose jugée – devrait normalement conduire le juge du fond à rejeter l'application de la théorie de l'abus de droit. Le choix entre les deux voies n'est donc pas neutre.

23. La victime d'une surprise procédurale pourra donc choisir, et le cas échéant préférer recourir à la théorie de l'abus de droit. Ainsi pourra-t-elle requérir du juge du fond l'écartement de pièces communiquées à l'appui de conclusions auxquelles la loi ou l'ordonnance de fixation ne l'autorisent plus à répliquer, lorsque cette communication tardive dénote, dans le chef de son auteur, un abus de droit. Il nous paraît que les pièces litigieuses devraient être écartées des débats, au titre de la réparation en nature de l'abus commis (74), pour autant que les trois conditions d'application de l'abus soient réunies. Ce type d'abus devra, évidemment, être apprécié avec prudence et au cas par cas. Il faudra d'abord démontrer que la communication tardive des pièces litigieuses entrave la bonne administration de la justice : la démonstration sera souvent aisée car semblable comportement retarde, par nature, l'issue du procès ou, à tout le moins en perturbe le déroulement. En effet, le juge ne disposera, à propos de l'incidence de ces pièces nouvelles, que d'explications unilatérales et bancales le contraignant à remettre la cause ou à ordonner la réouverture des débats. Il faudra ensuite démontrer que la communication tardive des pièces nouvelles lèse les droits de leur destinataire : il n'y aura, ici non plus, guère matière à discussion. L'impossibilité d'exercer son droit à la contradiction sur les pièces litigieuses, ou la circonstance que l'exercice de ce droit sera retardé ou moins aisé, seront généralement constitutives de lésion. Il restera enfin à se prononcer sur le caractère fautif ou non de la communication tardive. Cette condition ne sera pas toujours vérifiée. On ne peut exclure que le plaideur qui produit des pièces *in*

(74) H. BOULARBAH et J.F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état... », *op. cit.*, p. 819, n° 18, note (75); G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 13; comp. Civ. Bruxelles (saisies), 8 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1080.

extremis ait, de toute bonne foi, pris connaissance et possession des dites pièces après l'expiration de son avant-dernière échéance procédurale. Il devra donc être tenu compte, par exemple, de l'ancienneté des pièces litigieuses, de la possibilité que leur détenteur avait de s'en prévaloir plus tôt. Dans la détermination du caractère culpeux de la communication tardive, le juge pourra également prendre en considération le refus de l'intéressé d'accorder amiablement à son adversaire une ultime réplique par application du § 1^{er} de l'article 748 du Code judiciaire. Il nous paraît qu'en toute hypothèse, quel que soit le moment où il a découvert les pièces produites *in extremis*, le plaideur qui, interpellé à cet effet, refuse d'accorder amiablement à son adversaire une ultime réplique, signe et revendique sa faute et, partant, l'abus de droit qu'il commet.

Mutatis mutandis, les solutions exposées ci-dessus pourront, dans leur principe et nuances, être appliquées en cas de moyens, de demandes ou d'appels incidents formulés *in extremis* (75). Au prix d'une avancée particulièrement salutaire, la Cour de cassation s'est d'ailleurs récemment engagée sur cette voie. En effet, dans un arrêt qu'elle a prononcé le 16 février 2001, la Cour indique expressément que, dans l'examen d'un moyen ou d'une défense, l'article 747, § 2, du Code judiciaire n'interdit pas au juge du fond de tenir compte de la circonstance que ce moyen ou cette défense est soulevé(e) dans des conclusions auxquelles la partie adverse ne peut plus répondre, au regard de l'ordonnance de mise en état (76). En d'autres termes, le juge peut rejeter un moyen, débouter d'une demande ou d'un appel, au motif que leur introduction *in extremis* relève de l'abus de droit. Il conviendra bien entendu qu'il s'assure, au terme d'une appréciation concrète des circonstances de la cause, que les conditions d'application de la théorie prétorienne de l'abus de droit de conclure sont réunies, et en particulier que ce comportement dénote une faute dans le chef de son auteur. Par analogie, il pourra être tenu compte des éléments d'appréciation suggérés dans l'analyse du cas des pièces communiquées tardivement, et notamment de la circonstance que l'auteur de la surprise procédurale aura refusé d'accorder spontanément et amiablement une ultime faculté de réplique à son adversaire.

(75) Voy. pour une application récente, Civ. Anvers (13^e ch. B), 14 mai 2002, R.G. n° 01/4405/A, *inédit*.

(76) Cass., 16 février 2001, C.990477.N.

(ii) *Abus de droit et « fausses conclusions additionnelles »*

24. Autre question très épineuse, et à ce titre abondamment débattue, que celle du sort à réserver à des conclusions qualifiées « additionnelles » ou « de synthèse » communiquées dans le respect des délais fixés par une ordonnance 747, § 2, du Code judiciaire par une partie qui n'a pas, au préalable, communiqué ses conclusions principales dans le délai prévu à cet effet par la même ordonnance (77). On se propose d'exposer ici que cette question, tout en étant liée à la théorie de l'abus du droit de conclure, ne lui est pas inféodée. Schématiquement, nous pensons pouvoir soutenir que les réponses à cette question, d'une part ne trouvent qu'une justification partielle dans la théorie de l'abus de droit, et d'autre part trouvent aussi leurs limites dans cette même théorie. Au demeurant, c'est peut-être l'ambiguïté des liens qu'elle entretient avec la théorie de l'abus du droit de conclure qui explique que cette la question des « fausses conclusions additionnelles » n'a, à ce jour, pas encore connu la paix judiciaire.

Rappelons qu'une doctrine nettement majoritaire, confortée par une abondante jurisprudence, considèrerait, et considère encore, que des conclusions « additionnelles » ou « de synthèse », non précédées de conclusions principales (ou précédées de conclusions principales communiquées tardivement) doivent par voie de conséquence (comme des « dominos ») être écartées d'office des débats alors même qu'elles seraient, elles, communiquées dans le respect du délai subséquent prévu par l'ordonnance (ou le calendrier) de mise en état judiciaire (78). Il importe de souligner que cette solution majoritaire

(77) Sur cette question, voy., pour plus de détails, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... perdue? », *op. cit.*, pp. 817-823, n° 15-26 et « La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles », *J.T.*, 2001, pp. 513 et s. *Add.*, Ph. THION, « Aanvullende conclusie zonder tijdig genomen hoofconclusie », note sous Prés. Hassolt, 11 juin 2001, *A.J.T.*, 2001-02, p. 685 et « Deloyale procesvoering », *N.j.W.*, 2002, pp. 50 et s.

(78) Outre nos études citées à la note précédente, voy. en ce sens E. BREWAEYS, note sous Cass., 9 janvier 1998, *R.D.J.P./P. & B.*, 1998, p. 223, n° 6; G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », *op. cit.*, pp. 78-79; G. DE LEVAL, « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi? », in *Les droits de la défense*, éd. Jeune barreau de Liège, 1997, pp. 189-190; L. DU CASTILLON, « Ethique processuelle et comportements judiciaires », *I.D.J.*, 1998/02, pp. 23 et s.; J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs du juge... », *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1997, pp. 284-289, n° 75-88; F. MOURLON-BEERNAERT, « Les conclusions de synthèse : un effort louable des plaideurs », *J.T.*, 1998, p. 534, n° 5; P. TARLIMAN, « Valkuilen en boobytraps », *op. cit.*, pp. 222-223, n° 440-441. En jurisprudence, voy. les innombrables décisions citées par H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... perdue? », *op. cit.*, p. 818, note (63)). En doctrine et dans les prétoires, la thèse inverse (qui tient pour admissible des conclusions additionnelles émanant d'une partie n'ayant pas respecté ses échéances procédurales antérieures) ne connut qu'un succès modeste (en faveur de cette thèse minoritaire, voy. Anvers, 27 septembre

s'est toujours assigné de multiples fondements convergents, et non point exclusivement la théorie de l'abus de droit : il y va aussi, indépendamment de toute idée d'abus de droit, de la nécessité de garantir la pérennité même de tout le système contraignant de mise en état judiciaire tel qu'il a été conçu et voulu par le législateur de 1992, ainsi que des exigences de la notion et de la finalité des conclusions « additionnelles » (« en réplique ») au regard du Code judiciaire (79). A la réflexion, il est même permis de s'interroger sur la place de l'abus du droit de conclure dans la hiérarchie des justifications de la théorie dite « des dominos ». Certes, le plaideur qui s'abstient de prendre (à temps) des conclusions principales et qui développe dans des conclusions subséquentes l'argumentation que les dites conclusions principales auraient dû contenir, adopte un comportement déloyal. Mais ce plaideur abuse-t-il en outre d'un droit, ce qui suppose qu'au jour de la rédaction des « fausses » conclusions additionnelles, il disposait encore d'un droit à conclure dont il pouvait faire un usage abusif? Or, la logique du système légal de la mise en état judiciaire (i.e., les deux autres justifications de la théorie « des dominos ») commande plutôt de considérer qu'en ne respectant pas sa première échéance procédurale, le plaideur négligent est, par ce seul fait même, déchu de son droit de conclure.

25. Ces interrogations expliquent peut-être l'hésitation de la jurisprudence de la Cour de cassation. En quelques mois de temps, la Cour fut, à trois reprises, invitée à se prononcer sur la question des « fausses » conclusions additionnelles. L'interprétation des trois arrêts visés n'est pas toujours aisée. Quel que soit le commentaire qui puisse en être fait, il faut constater qu'à l'heure où ces lignes sont écrites, la controverse n'est pas tranchée.

Aux termes d'un premier arrêt, prononcé le 26 novembre 1999 et rompant visiblement avec l'enseignement majoritaire évoqué ci-dessus, la Cour de cassation considère qu'il n'est pas de « principe absolu » qu'une partie qui n'a pas déposé de conclusions principales dans le délai fixé par le juge, ne peut déposer ensuite des conclusions additionnelles et des pièces dans le délai prévu à cet effet par

1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 54, note critique E. BREWAEYS, Anvers, 13 décembre 1999, inédit; Civ. Namur, 15 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 434, approuvé par L. DU CASTILLON, « La motivation... », *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1995, pp. 323-324.

(79) Sur ces fondements et sur leur multiplicité, cons. notre étude « La mise en état des causes... perdue? », *op. cit.*, pp. 820 et s., n° 20-23.

l'ordonnance ou le calendrier de mise en état (80). La décision attaquée, déférée à la censure de la Cour de cassation, avait constaté en substance que l'appelant avait déposé un acte d'appel, que les intimés avaient régulièrement communiqué et déposé des conclusions principales, et que l'appelant s'était alors abstenu d'établir des conclusions principales mais avait ensuite communiqué dans le délai idoine, des conclusions qualifiées « additionnelles ». Ces dernières conclusions avaient été écartées par la décision attaquée. La Cour de cassation – transcendant quelque peu la critique proposée par le moyen – casse cette décision au motif qu'elle viole l'article 747, § 2, du Code judiciaire et le principe général de droit relatif au respect des droits de la défense en « érigeant en principe absolu qu'une partie qui n'a pas conclu dans les délais à titre principal voit écarter ses conclusions additionnelles quoi qu'elles aient été déposées au greffe dans le délai fixé par une ordonnance de fixation de délais pour conclure ».

La Cour allait, bien vite, opérer ce qui s'apparente manifestement à un revirement de jurisprudence. En effet, aux termes d'un deuxième arrêt, prononcé le 22 mars 2001 et précédé des remarquables conclusions conformes de Monsieur l'avocat général De Rie-maecker, la Cour de cassation décide cette fois qu'une partie qui a laissé s'écouler, sans conclure (ou par le biais de conclusions tenues pour inexistantes), le délai qui lui était imparti pour communiquer ses conclusions principales ne peut développer, pour la première fois, l'ensemble de son argumentation dans ses conclusions additionnelles. Celles-ci doivent être écartées des débats (81). Cet arrêt – dont on remarque au passage qu'il n'évoque pas l'idée d'abus de droit ou de comportement déloyal – paraissait amorcer, on l'a dit, un revirement de jurisprudence (82) dans la mesure où les circonstances qui ont conduit au prononcé de cet arrêt sont identiques à celles dans lesquelles s'inscrivait l'arrêt du 26 novembre 1999 évoqué plus haut. Il est même permis d'observer que la situation rencontrée par l'arrêt du 26 novembre 1999 (soit l'absence de conclusions principales dans le chef de la partie appelante) était plus caractérisée encore que celle qui est au cœur de l'arrêt du 22 mars

(80) Cass., 26 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 93.

(81) Cass., 22 mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 519, avec les concl. de M. l'av. gén. X. DE RIEMAECKER.

(82) H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles », *op. cit.*, pp. 514-515, n^{os} 5 et 6.

2001, puisque ce dernier constate la communication en temps opportun de conclusions principales, de pure forme, mais bien réelles. Nous réaffirmons ici notre totale adhésion à l'enseignement de cet arrêt (83). On pouvait supposer que cet arrêt scellerait la paix judiciaire sur la question des « fausses conclusions additionnelles ».

C'était sans compter le prononcé d'un troisième arrêt, celui-ci du 14 mars 2002 (84). Au vu des constatations de ce dernier arrêt, les circonstances qui en sont à l'origine peuvent être résumées comme il suit : une ordonnance prononcée sur la base de l'article 747, § 2, du Code judiciaire assigne deux délais à une partie, l'un pour des conclusions principales expirant le 1^{er} mai 1998, l'autre pour des conclusions en réplique expirant trois mois à partir du 1^{er} novembre 1998. Ladite partie laisse le premier délai expirer mais, le 9 novembre 1998, dépose des conclusions comportant notamment un appel incident. Les juges d'appel refusent d'écarter des débats ces dernières conclusions au motif que leur communication ne porte pas atteinte aux droits de la défense. La Cour casse heureusement cette décision critiquable, mais les motifs de son arrêt donnent à penser que sa jurisprudence en matière de « fausses » conclusions additionnelles n'est pas encore stabilisée. A nos yeux, c'est précisément l'incidence ambiguë de la théorie de l'abus de droit sur la question des « fausses » conclusions additionnelles qui est à l'origine des hésitations de cette jurisprudence récente. La Cour considère ici que l'article 747, § 2, du Code judiciaire « n'a pas pour conséquence qu'une partie qui néglige de prendre des conclusions dans un délai terminé est nécessairement privée de prendre ultérieurement des conclusions dans le respect d'un délai de réplique. Ces conclusions ne peuvent toutefois pas comporter de nouveaux moyens auxquels une autre partie ne peut plus répondre, pas plus qu'un appel incident par lequel le débat soumis aux juges d'appel est élargi. Si tel est le cas, il appartient aux juges de sanctionner ce comportement procédural déloyal en écartant des débats lesdites conclusions » (traduction libre). Eu égard aux données de l'espèce, il paraît évident que les conclusions litigieuses devaient absolument être écartées des débats. Mais cette sanction n'était-elle justifiée que par la seule circonstance que ces conclusions comportaient un appel incident auquel les appelants ne pouvaient

(83) *Ibidem*, pp. 513 et s.

(84) Cass., 14 mars 2002, *N.j.W.*, 2002, p. 59.

plus répondre? (85) En d'autres termes, fallait-il recourir à l'idée d'abus de droit ou, plus précisément, de « *comportement procédural déloyal* », pour fonder l'écartement? Dans le prolongement de son arrêt du 22 mars 2001, ne suffisait-il pas à la Cour de cassation, de constater que les conclusions « *en réplique* », indépendamment de l'appel incident qu'elles introduisaient déloyalement, « *développaient pour la première fois l'ensemble de l'argumentation* » qui aurait dû figurer dans les conclusions principales (inexistantes) de l'intimée? (86). En d'autres termes, ne suffisait-il pas de considérer qu'en s'abstenant de prendre à temps ses conclusions principales, la défenderesse en cassation s'était définitivement privée de son droit de conclure, en manière telle qu'il n'y avait plus à se poser la question de l'exercice abusif et déloyal d'un droit inexistant? (87) En ne décidant pas de la sorte, la Cour de cassation, en son arrêt du 14 mars 2002, paraît faire marche arrière par rapport à son arrêt du 22 mars 2001.

26. En marge de ces questions en jachère, il demeure par ailleurs certain, comme la Cour le souligne opportunément dans ses arrêts des 26 novembre 1999 et 14 mars 2002, que la « *théorie des dominos* » (i.e. l'écartement des « fausses » conclusions additionnelles) – telle qu'elle est consacrée par l'arrêt du 22 mars 2001 et telle qu'elle est approuvée par la doctrine majoritaire – n'est guère absolue. Nous avons suggéré que cette théorie appelle des exceptions qui, toutes, procèdent d'une situation générique survenant lorsque le bénéficiaire de la règle (c'est-à-dire la partie qui sollicite l'écartement des « fausses » conclusions additionnelles) profiterait elle-même de l'application de la « *théorie des dominos* » pour surprendre à son tour son adversaire en s'arrogeant une position encore plus favorable, irrespectueuse des droits de la défense de ce dernier (ex. introduction, à l'encontre de la partie déchue de ses écrits, d'une demande nouvelle,

(85) Il faut en outre souligner que cette constatation paraît contraire à la décision, pourtant souveraine sur ce point, des juges d'appel selon laquelle la communication des conclusions en réplique comportant un appel incident n'avait pas, dans les circonstances de l'espèce, porté atteinte aux droits de la défense des demandeurs en cassation.

(86) Comp. le commentaire de cet arrêt par D. SCHEERS, « De deloyale procespartij : rommen mot conclusietermijnen », *Juristenkrant*, n° 48, 2002, p. 7 et Ph. THION, « Deloyale procesvoering », *op. cit.*, p. 50.

(87) Il s'agissait d'ailleurs du grief développé par le premier moyen des demandeurs en cassation. Forcé est donc de constater que la Cour s'autorise, comme dans l'arrêt du 26 novembre 1999, à dépasser les contours de la critique développée par le moyen qui lui était présenté.

d'un appel incident, de moyens nouveaux, etc...) (88) (89). Les liens entre ces exceptions et la théorie de l'abus de droit sont, ici, plus faciles à identifier. S'il n'était jamais fait exception à la « *théorie des dominos* », la partie diligente qui bénéficie de l'application de la théorie des dominos à l'encontre de son adversaire abuserait sans doute du droit à la sanction qu'elle tire de cette théorie, en surprenant son adversaire par l'incorporation de nouveaux éléments aux débats. Ledit adversaire n'abuse d'aucun droit en prenant des conclusions qui se bornent à parer la surprise étrangère aux débats pour l'instruction desquels il a précédemment été déchu de la possibilité de conclure.

(iii) *Abus du droit de conclure et communication tardive de conclusions déposées à temps*

27. Y-a-t'il abus de droit dans le chef d'une partie qui dépose à temps ses conclusions, mais qui communique tardivement, voire s'abstient de communiquer, à son adversaire ces mêmes conclusions? La question présuppose que cette partie dispose d'un droit à se contenter du dépôt de ses conclusions pour satisfaire au prescrit du Code judiciaire. Ce postulat appelle lui-même une question préalable : quand des conclusions doivent-elles être regardées comme tardives et à ce titre écartées des débats? Est-ce lorsqu'elles sont déposées tardivement ou lorsqu'elles sont communiquées tardivement? La question présente une importance capitale en cas de communication et de dépôt asynchrones et lorsque l'un des deux actes est accompli (ou réputé accompli : art. 745, al. 2, C. jud.) après l'expiration du délai. Au regard des termes respectifs et différents des articles 747, § 2, et 751 du Code judiciaire, cette question préalable appellerait normalement deux réponses différentes, selon qu'elle se pose dans le cadre d'une mise en état judiciaire (art. 747, § 2) ou d'une mise en état légale (art. 751).

Envisageons tout d'abord le cas, plus simple, de la mise en état légale. En vertu de l'article 751, § 1^{er}, alinéa 4 *in fine* du Code judiciaire, « *les conclusions déposées après l'expiration de ce délai sont d'of-*

(88) Pour plus de détails sur ces exceptions, voy. H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La mise en état des causes... perdue? », *o.c.*, *J.T.*, 2000, pp. 822-823, n° 24-25.

(89) Précisons que ces exceptions étaient tout à fait étrangères aux données de l'affaire tranchée par l'arrêt du 14 mars 2002. En l'espèce, il y avait selon nous matière à application pure et simple de la « *théorie des dominos* », telle que la Cour l'avait consacrée dans son arrêt du 22 mars 2001.

fice écartées des débats ». Le texte est clair : le juge devra avoir égard à la date du dépôt des conclusions litigieuses, et non à celle de leur communication. Si des conclusions sont communiquées, mais non déposées au greffe, avant l'expiration du délai de deux mois, « *textuellement, la sanction de l'écartement d'office pourrait ne pas être évitée* » (90). Par contre, des conclusions qui seraient déposées au greffe dans les temps, mais qui seraient communiquées tardivement, voire ne seraient jamais communiquées, ne devraient pas être écartées des débats. Mais ne s'agit-il pas là, précisément, d'une solution très théorique qui, en pratique, pourrait être tenue en échec par application de la théorie de l'abus de droit ? En effet, comme le suggère à juste titre le doyen de Leval, « *il reste que le défendeur sur 751 commet une faute en ne procédant pas à la communication de ses conclusions à l'adversaire de telle sorte qu'en une telle hypothèse le demandeur sur 751 pourra demander que soient écartées des débats ces conclusions dans la mesure où leur communication tardive empêche la bonne administration de la justice et lèse fautivement les droits de l'autre partie* » (91). Ainsi que le souligne cet auteur, les conditions de mise en œuvre de la théorie dite de l'« abus du droit de conclure » (*supra*, n° 9) sont en effet toutes, et concrètement, vérifiées dans l'hypothèse commentée.

28. Qu'en est-il en cas de mise en état judiciaire ? On pourrait penser que toutes les questions évoquées ici sont, en ce cas, dépourvues de pertinence. En effet, l'article 747, § 2, alinéa 6, du Code judiciaire n'a rien à envier à la clarté de l'article 751 du même Code puisqu'il vise expressément et exclusivement la « *communication* » des conclusions. Au vu de ce texte clair, seule la communication des conclusions importe en cas de mise en état judiciaire. Tel est du reste, et sans surprise, l'enseignement d'une doctrine unanime. Au départ des termes de l'article 747, § 2, du Code judiciaire, les auteurs considèrent que seule la communication des conclusions – et non leur dépôt au greffe – importe pour l'application de l'article 747, § 2, du Code judiciaire et ce même si l'ordonnance ou le

(90) G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 29; J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 274, n° 42.

(91) G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », *op. cit.*, p. 108. Cette communication tardive lèse en effet les droits du « demandeur sur 751 » puisque, comme le souligne J. ENGLEBERT, ce dernier « *doit évidemment avoir connaissance des conclusions de son adversaire afin de prendre lui-même attitude : soit renoncer à répondre aux conclusions, soit conclure avant la date fixée pour l'audience, soit demander le renvoi au rôle* » (« Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 279, n° 56).

calendrier de mise en état judiciaire prévoient que les conclusions devront être concomitamment communiquées et déposées dans les délais fixés. L'ordonnance de mise en état viserait-elle même le seul dépôt des conclusions qu'il n'y changerait rien : seule la *communication* des conclusions importe (92). Au vu de ce contexte légal et doctrinal, les questions posées ici devraient être regardées comme tout à fait irrelevantes : peu importe le dépôt régulier des conclusions et l'éventuel abus de droit que commettrait leur auteur en les communiquant tardivement puisqu'aux yeux de la loi, la tardiveté de cette communication emporte l'application de la sanction de l'écartement.

Mais, contre toute attente, la jurisprudence récente de la Cour de cassation manifeste, quant à l'application de cette sanction, une hésitation très sensible. Celle-ci restaure (malheureusement) l'intérêt de l'idée d'abus de droit.

Aux termes d'un arrêt prononcé le 15 mai 1998, la Cour a rejeté le moyen faisant grief à la décision attaquée d'avoir écarté des débats des conclusions déposées hors délais. La Cour constate qu'« *il n'apparaît pas des pièces auxquelles [elle] peut avoir égard que les conclusions [litigieuses] aient été communiquées [...] avant leur dépôt au greffe, dans le délai fixé en vertu de l'article 747* » et décide en conséquence qu'« *en écartant d'office des débats lesdites conclusions qui, bien que datées [...] n'ont été déposées au greffe de la Cour d'appel que [...] sept mois après l'expiration du délai fixé pour ce dépôt, la Cour n'a pas méconnu l'article 747 du Code judiciaire* » (93). Aux termes de ce premier arrêt, la Cour paraît donc mettre l'accent, à juste titre et en conformité avec les textes, sur la communication

(92) E. BREWAEYS, « Nogmaals over artikel 745, 2de lid, van het Gerechtelijk wetboek », note sous Cass., 15 mai 1998, *R.D.J.P./P. & B.*, 1998, p. 294; G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », *op. cit.*, pp. 76-78; J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 273, n° 41; J.-F. VAN DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « La mise en état des causes... perdue? », *op. cit.*, p. 819, n° 18, note (72); G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 22. La lettre et l'esprit des textes condamnent toute autre solution. Cet enseignement et le texte clair sur lequel il repose ne sont pas éternels par l'article 746 du Code judiciaire, selon lequel « *le dépôt au greffe des conclusions vaut signification* » (voy. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, pp. 274-275, n° 43-46; G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 22; Civ. Liège, 2 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 309; Trib. trav. Charleroi, 21 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1233; C. trav. Liège, 21 mars 1995, *Chr. dr. soc.*, 1996, p. 511; J.P. Gand (5^e canton), 8 décembre 1994, *T.G.R.*, 1995/9, p. 17. *Contra* (estimant que le dépôt au greffe vaut, au regard de la mise en état de la cause, communication à l'autre partie) Bruxelles, 30 septembre 1994, *Ing. cons.*, 1994, p. 302; Bruxelles, 23 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1095; Bruxelles, 18 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 611; Civ. Tournai, 7 juin 1994, *J.T.*, 1995, p. 11; J.P. Anderlecht, 24 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1551.

(93) Cass., 15 mai 1998, *Pas.*, I, n° 255; *R.D.J.P./P. & B.*, 1998, p. 204, note E. BREWAEYS.

des conclusions. On ne peut qu'approuver la Cour lorsqu'elle laisse ici entrevoir que les conclusions litigieuses n'auraient pas été écartées s'il avait pu être prouvé qu'en dépit de – et nonobstant – la tardiveté de leur dépôt, leur communication était intervenue à temps.

La solution très différente qu'elle consacre dans un arrêt du 23 mars 2001 a dès lors de quoi surprendre. L'arrêt rejette le pourvoi dirigé contre une décision ayant refusé d'écartier des débats des conclusions déposées au greffe avant l'expiration du délai, mais communiquées quatre jours après l'expiration de ce même délai, et s'étant fondée quant à ce sur les motifs – surprenants – que la sanction de l'écartement des débats ne porte que sur le dépôt tardif au greffe et que la communication tardive des conclusions à la partie adverse ne méconnaît pas les droits de la défense de celle-ci (94). En d'autres termes, ne doivent pas être écartées des débats, dans le cadre d'une mise en état judiciaire, des conclusions qui sont tardivement, voire jamais, communiquées à l'adversaire! Ceci suscite – à tout le moins cautionne – les comportements les plus déloyaux. On n'ose, notamment, imaginer les conséquences désastreuses de cette solution en cas de procédure de référé, où les délais de réplique sont par hypothèse très réduits. On ne peut s'expliquer comment la Cour a pu retenir le critère du dépôt, là où la loi vise expressément et exclusivement celui de la communication. On peut espérer que la Cour revienne à la solution qu'elle avait implicitement consacrée dans son arrêt précité du 15 mai 1998, qui seul est conforme aux termes de la loi et qui seul ménage les droits de la défense (95). Dans l'attente de cet arrêt, que penser de l'attitude du plaideur qui, prenant appui sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, dépose ses conclusions dans le délai imparti par l'ordonnance (ou le calendrier) de mise en état, mais s'abstient de les communiquer à son adversaire dans le même délai, voire ne les lui communique pas du tout? Ce plaideur n'abuse-t-il pas d'un droit (discutable)? Assu-

(94) Cass., 23 mars 2001, C.970270.N., inédit.

(95) Il semble d'ailleurs que la Cour de cassation se soit, plus récemment, engagée sur la voie du revirement puisqu'à la faveur d'un *obiter dictum* de son arrêt du 20 décembre 2001, elle énonce que « lorsque le président ou le juge qu'il délègue détermine un délai pour conclure, doivent être effectués concomitamment le dépôt au greffe des conclusions ainsi que l'envoi de ces mêmes conclusions à la partie adverse » (Cass., 20 décembre 2001, C.980052.N; traduction libre). On eût encore, et malgré tout, préféré que la Cour s'exprime en termes de « communication » (« overlegging ») et non d'« envoi » (« toezending ») et qu'elle précise en outre que seule la communication importe pour le respect de l'article 747, § 2, du Code judiciaire.

rément, oui : à l'instar de celui qui adopte le même comportement dans le cadre de l'application de l'article 751 du Code judiciaire, ce plaideur « commet une faute en ne procédant pas à la communication de ses conclusions à l'adversaire de telle sorte qu'en une telle hypothèse [l'autre partie] pourra demander que soient écartées des débats ces conclusions dans la mesure où leur communication tardive empêche la bonne administration de la justice et lèse fautivement les droits de l'autre partie » (96).

(iv) *L'abus du droit de conclure et les traquenards de la voie royale*

29. A première vue, l'abus de droit n'a pas droit de cité dans la mise en état consensuelle, parfois présentée comme la « voie royale » en raison de la grande élégance qui y préside. Cette voie est toutefois semée d'une chausse-trappe contre lequel l'abus de droit pourrait être secourable. De la combinaison des articles 748, § 1^{er} *in fine* et 750, § 2, dernier alinéa, du Code judiciaire, on retient que la sanction de l'écartement d'office ne porte que sur des conclusions déposées après l'ordonnance de fixation. Qu'advient-il si, après le dépôt de la requête en fixation, mais avant le prononcé de l'ordonnance statuant sur celle-ci, des conclusions viennent à être déposées? Le législateur n'a pas prévu cette éventualité. Pourtant, celle-ci place le destinataire de ces conclusions déposées *in extremis* dans une situation inconfortable puisqu'au regard de la loi, dès le prononcé (imminent dans notre hypothèse) de l'ordonnance de fixation, il ne pourra plus y répliquer. On a tôt fait d'apercevoir les comportements déloyaux que cette brèche autorise. Nul ne disconvient que le plaideur retors qui s'y engouffre commet un abus de droit, les conditions de mise en œuvre de celui-ci paraissant réunies (97). On peut cependant diverger sur la manière dont cet abus peut être réparé. On sait que les principes commandent qu'il le soit en nature. On sait aussi, grâce à M^e Gérard, que l'écartement de conclusions abusives ne constitue pas, en bonne orthodoxie, une réparation en nature du dommage, mais une prévention de celui-ci (*supra*, n^o 6). Telle est pourtant la solution que préconise, mais de manière nuancée, M. Taelman (98). MM. de Leval et Gutt se sont eux aussi penchés sur la question et les réponses qu'ils proposent varient.

(96) G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », *op. cit.*, p. 108.

(97) P. TAELEMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, pp. 224-225, n^o 442-443.

(98) *Idem*.

L'un et l'autre s'accordent à considérer, et nous les rejoignons, qu'il doit être accordé à la partie piégée, au titre de véritable réparation en nature, une faculté de répliquer aux conclusions déposées avant le prononcé de l'ordonnance de fixation. Guidés par le pragmatisme, nous souscrivons à la solution préconisée par G. de Leval et suggérons que la solution proposée par M. Gutt soit mise en œuvre en ordre subsidiaire. En d'autres termes, comme le suggère G. de Leval, le juge de la mise en état devrait, si des conclusions sont déposées avant le prononcé de son ordonnance, arrêter un calendrier pour conclure et, par ce truchement, autoriser la réplique aux conclusions déposées *in extremis* (art. 750, § 2, renvoyant à art. 747, § 2, alinéas 4 à 6) (99). S'il ne peut être remédié de la sorte au problème, on proposera, avec M. Gutt, que « *la partie qui estimerait devoir répondre à des conclusions déposées pendant la période se situant entre l'expiration du délai de quinze jours réservé aux parties pour faire leurs observations et la fixation, devra demander un nouveau délai pour conclure en application de l'article 748, § 2* » (100).

III. — DE L'ABUS DU DROIT DE CONCLURE À L'ABUS DU DROIT À LA SANCTION DES CONCLUSIONS TARDIVES ?

§ 1^{er}. — Généralités

30. Il a parfois été plaidé en faveur de l'instauration d'un pouvoir d'appréciation, dans le chef du juge de la mise en état, quant à l'application de la sanction de l'écartement comminée par les articles 747, 748 et 751 du Code judiciaire. Pour les tenants de cette tendance, des conclusions, quoique tardives au regard de ces dispositions légales, échapperaient à la sanction si le dépassement du délai est minime ou s'il n'est pas établi que la communication tardive a nuit aux intérêts de celui qui réclame l'application de la sanction (101). Cette opinion était restée minoritaire, une grande majo-

(99) G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 17 *in fine*.

(100) O. GUTT, « Premier commentaire de la loi du 23 mars 1995 », *J.T.*, 1995, p. 493.

(101) Voy. not. E. BREWAEYS, « Een extensieve... », *op. cit.*, pp. 192 et s., spéc. n° 8; « Concrete moeilijkheden bij de toepassing van art. 747, § 2 Ger. W. », note sous Anvers 27 septembre 1999, *A.J.T.*, 2000-01, pp. 58 et s., spéc. n° 6; Civ. Liège, 2 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 309, note approbative G. DE LEVAL; Trib. trav. Charleroi, 21 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1233; J.P. Liège, 2^e canton, 22 avril 1999, *J.J.P.*, 2001, p. 11, note approbative P. MOREAU; J.P. Anderlecht, 24 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1551, note J. ENGLEBERT.

rité de la doctrine, suivie par la jurisprudence, considérant en revanche que l'automatisme de la sanction avait été voulue par le législateur (102). Dans la foulée de cet enseignement dominant, la Cour de cassation a implicitement décidé que le juge de la mise en état ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation dans l'application de la sanction édictée par les textes régissant la matière (103). Elle a ensuite expressément précisé que l'application de la sanction d'écartement frappant des conclusions tardives n'est pas subordonnée à la démonstration par la partie qui la requiert, d'un préjudice ou d'un grief quelconque (104). La Cour a ainsi rejeté ainsi toute idée d'une application analogique de la théorie des nullités (art. 860 et s., spéc. 861 et 867, C. jud.) à la matière de la mise en état (105).

Dans le système de mise en état des causes, érigé par la loi du 3 août 1992, il est donc indifférent que la communication ou le dépôt tardifs des conclusions n'aient causé aucun préjudice à la partie adverse, que cette partie ait encore eu l'occasion de conclure dans le délai fixé après avoir reçu communication des conclusions tardives et que la date de fixation n'ait pas été compromise. En d'autres termes, les conditions d'application de la théorie de l'abus du droit de conclure (*supra*, n° 9) ne sont ici plus requises : il est indifférent que le dépôt tardif des conclusions ne lèse pas les intérêts de la partie adverse (et, par exemple, que celle-ci ait la possibilité de répliquer) ou encore que ces conclusions tardives ne retardent pas inutilement l'instruction de la cause (notamment en n'entraînant pas la remise de l'affaire).

(102) Voy. not. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, pp. 362-369, n° 5-31; G. DE LEVAL, « La loi du 3 août 1992 », *op. cit.*, pp. 109-110; G. DE LEVAL, « La mise en état de la cause », *op. cit.*, spéc. n° 11; J. LARNENS et K. BROECKX, « Het gerechtelijk recht in een stroomversnelling », *R.W.*, 1992-1993, n° 151; P. MOREAU, « L'instance », *Jurisprudence du Code judiciaire*, La Chartre, 747/46; P. TAELEMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, p. 213, n° 431; Comm. Verviers, 22 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1707; Mons, 25 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1679; Anvers, 6 mars 2000, *Juristenkrant*, 2000, n° 6, p. 3 résumé par D. SCHEERS.

(103) Cass. 8 juin 1995, *Pas.*, I, 597.

(104) Cass., 18 mai 2000, *J.T.*, 2000, p. 826; voy. sur cet arrêt, les commentaires approbatifs de J.-F. VAN DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « La mise en état des causes... », *op. cit.*, p. 821, n° 22; J. ENGLEBERT, « La mise en état des causes », in *Le point sur les procédures*, CUP, Décembre 2000, vol. 43, p. 133, n° 16).

(105) Il reste que, de *lege ferenda*, l'idée de doter le juge de la mise en état d'un pouvoir d'appréciation inspiré de la théorie des nullités, connaît un certain succès (cons. J. ENGLEBERT, « Pour une autre réforme du Code judiciaire... », *Cah. dr. jud.*, 1992, pp. 75 et s., n° 12-18, « La théorie des déchéances (réflexions sur l'article 51 du Code judiciaire) », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 181-209 et « La sanction du non respect des délais de conclusion », *Cah. dr. jud.*, 1991, pp. 14-23; J. LARNENS, « Knelpunten... », *op. cit.*, p. 76; E. BREWAEYS, « Concrete... », *op. cit.*, p. 58).

Le système peut paraître intransigeant mais il se justifie par la sécurité qui doit régner en la matière. Une partie doit pouvoir jouir de la certitude que les conclusions tardives de la partie adverse seront écartées des débats (106). A défaut, cette partie se verrait contrainte de conclure, « à toutes fins », parfois dans la précipitation, afin d'éviter de laisser sans réponse les conclusions tardives de son adversaire. Elle risquerait ensuite de se voir objecter lors de l'audience qu'il n'y a pas lieu d'écarter les conclusions de son adversaire puisqu'elle a pu y répondre. La négligence de la partie adverse se verrait ainsi étrangement récompensée. Sans compter les pertes de temps et d'énergie dans la mise en œuvre d'un pouvoir d'appréciation. On ne peut s'offrir le luxe dans le cadre d'un arriéré judiciaire endémique, de multiplier les incidents dans les incidents.

31. Y-a-t-il, dans ce système, une place pour l'abus de droit dans le chef de la partie qui réclame le bénéfice de l'écartement des conclusions tardives de son adversaire? On ne pouvait clôturer la présente étude sans s'attarder quelque peu à cette délicate interrogation.

Un obstacle majeur semble ici exclure l'idée d'abus de droit. C'est le caractère automatique de la sanction de l'écartement des conclusions. Selon les articles 747, § 2, 748, §§ 1^{er} et 2 et 751, le juge doit en effet écarter *d'office* des débats les conclusions tardives. La sanction ne doit pas être sollicitée par une des parties (107). On peut dès lors, avec J. Englebert, « s'interroger sur la question de savoir si, lorsqu'une partie sollicite l'écartement des conclusions tardives, elle invoque un droit qui lui est propre et dont (...) elle pourrait abuser, ou si elle invoque une règle procédurale générale qui trouve à s'appliquer automatiquement, dès qu'une condition (la tardiveté des conclusions) est réalisée » (108).

(106) Sur la nécessité de garantir cette certitude, voy. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 269, n° 31.

(107) Voy. sur les discussions engendrées par cet automatisme en ce qui concerne le respect du contradictoire lors de l'application de la sanction, J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, pp. 270-271, n° 32-34; J. LAENENS, « De ambtshalve wering van conclusies uit de debatten », note sous J.P. Roulers, 9 novembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 205; K. BROECKX, « De bepaling... », *op. cit.*, pp. 76 et s., spéc. n° 9; G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 23.

(108) J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 266, n° 18.

32. L'article 748, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit toutefois que moyennant l'accord des parties, lequel peut être implicite (109), des conclusions peuvent être déposées après l'expiration des délais pour conclure. Le fait pour la partie la plus diligente de refuser de marquer son accord à ce que les conclusions tardives de son adversaire soient néanmoins déposées pourrait-il dès lors constituer un abus de droit? Plusieurs raisons imposent, selon nous, qu'une réponse négative soit réservée à cette question (110).

La première est évidente. Admettre cette possibilité reviendrait en effet à autoriser un retour à un pouvoir d'appréciation dans le chef du magistrat qui pourrait, dans chaque espèce, procéder à un examen des circonstances pour vérifier si l'écartement se justifie et si, partant, le refus de la partie la plus diligente de marquer son accord au dépôt tardif ne constitue pas un abus de droit. En d'autres termes, réintroduire un contrôle sur l'usage que fait la partie la plus diligente de la possibilité de marquer ou non son accord au dépôt tardif, revient en réalité à autoriser le magistrat à apprécier l'intérêt (légitime ou non) de cette partie à solliciter l'écartement, ce qui, on l'a vu (*supra*, n° 30), n'est pas admissible. La Cour de cassation a en effet confirmé, dans son arrêt du 18 mai 2000, l'interdiction totale pour le juge de subordonner la sanction de l'écartement des conclusions à l'existence d'un grief dans le chef de la partie adverse.

Mais ce dernier arrêt contient encore une autre considération dont la portée est essentielle pour notre propos. Pour rejeter une des fins de non recevoir opposées au moyen, la Cour considère que « le fait d'écartier des conclusions déposées par une partie au débat affaiblit la position de cette partie au procès » (111). Cette décision implique des conséquences qui excluent, selon nous, toute possibilité d'un abus de droit dans le chef de la partie qui refuserait de marquer son accord pour que les conclusions tardives de son adversaire soient néanmoins déposées au dossier de la procédure.

La première conséquence, c'est qu'une partie a toujours un intérêt légitime à ce que les conclusions de son adversaire soient écar-

(109) Cass., 6 avril 2001, C.980358.N, inédit. Voy. D. SCHEERS, « Laattijdige conclusie : partijen zijn de baas », *De Juristenkrant*, n° 23, 2001, p. 1.

(110) On ne confondra pas cette situation avec celle qui se présente lorsque l'auteur d'un abus (moyens développés dans les ultimes écrits...) signe et revendique cet abus en refusant à son adversaire la faculté d'une réplique (voy. *supra*, n° 22 et 23).

(111) Nous soulignons.

tées des débats. Cet intérêt n'est pas moindre ou sans commune mesure avec celui de la partie adverse de ne pas voir ses conclusions écartées des débats. La seconde déduction, c'est que l'avantage accordé à la partie qui refuse de marquer son accord au dépôt tardif des conclusions de son adversaire correspond précisément au dommage causé à la partie qui a conclu tardivement.

Ces deux remarques rejaillissent inévitablement quant à l'appréciation de l'abus de droit à l'aune des critères progressivement dégagés par la Cour de cassation (*supra*, n° 3). Dès lors qu'une partie dispose d'un intérêt raisonnable et suffisant à ce que les conclusions de son adversaire soient écartées des débats, son refus de marquer son accord pour que ces conclusions soient déposées au dossier de la procédure repose sur un motif légitime. Il n'est, en d'autres termes, pas abusif de refuser d'absoudre la négligence de la partie adverse dès lors que cette négligence affaiblit la position de cette partie au procès et, à l'inverse, renforce sa propre position procédurale. Il n'y a pas non plus de disproportion manifeste entre le préjudice causé et l'avantage recherché par la partie la plus diligente dans la mesure où l'avantage obtenu par la partie qui refuse de marquer son accord correspond précisément au préjudice causé à la partie adverse.

Il est vrai que l'écartement des conclusions ou des pièces peut, dans certains cas, s'avérer inopportun tant pour la partie qui requiert cet écartement (ou plutôt ne s'y oppose pas) (112) que pour l'instruction de la cause dans son ensemble et le travail du magistrat chargé de rendre un jugement sur la base d'un dossier « *formellement mis en état* » mais en réalité instruit de manière incomplète (113). Ces considérations demeurent toutefois étrangères au concept d'abus de droit et ne peuvent justifier le refus d'application de la sanction au titre de la réparation en nature d'un prétendu abus de droit.

(112) La partie qui voit ses conclusions écartées des débats sera en effet plus encline à exercer une voie de recours contre le jugement qui lui donnerait tort sans avoir pu avoir égard à l'argumentation contenue dans les conclusions tardives (P. TAELMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, p. 214, n° 432). En outre, réclamer l'écartement des conclusions tardives de son adversaire ou s'opposer à ce que celles-ci soient versées au dossier ne constitue jamais une attitude aisée tant sur le plan de la confraternité que sur celui des relations avec les magistrats qui n'apprécient généralement guère ce genre d'incidents (P. TAELMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, p. 215, n° 432).

(113) B. DECONINCK, note sous Bruxelles, 23 février 1994, *A.J.T.*, 1994-95, pp. 42-43; P. TAELMAN, « Valkuilen en boobytraps... », *op. cit.*, p. 215, n° 432.

§ 2. – Illustrations

33. Les développements qui précèdent conduisent à exclure, selon nous, toute possibilité de refuser l'application de la sanction de l'écartement des conclusions des débats au motif que cet écartement serait abusif dans les circonstances de l'espèce.

S'exposent donc à la critique, les décisions qui refusent d'écarter des conclusions tardives au motif que le léger retard dans la communication de celles-ci n'a causé aucun préjudice à la partie adverse en sorte que le fait pour cette dernière partie de requérir l'écartement des conclusions serait abusif. C'est donc à tort que dans un jugement du 2 octobre 1995, le tribunal de première instance de Liège a refusé d'écarter les conclusions communiquées tardivement par une partie dès lors que la partie adverse avait disposé d'un délai utile et raisonnable pour conclure et que l'affaire avait pu être plaidée « sans difficulté » à l'audience prévue (114). Cette jurisprudence est, on l'a vu, fermement condamnée par la Cour de cassation qui, dans des circonstances totalement identiques, a estimé que les juges d'appel n'avaient pas légalement pu refuser d'écarter les conclusions tardives des débats (115) (116).

34. S'agissant de la mise en état légale, on ne peut pas non plus considérer que la partie qui, se prévalant du dépôt tardif des conclusions, sollicite l'écartement de celles-ci alors qu'elles lui ont été antérieurement et régulièrement communiquées, pourrait, selon

(114) Civ. Liège, 2 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 309, obs. G. DE L. qui avait à l'époque approuvé la décision au motif qu'« en toutes circonstances, le juge conserve un pouvoir d'appréciation pour sanctionner l'abus de droit. Tel était manifestement le cas en l'espèce : le défendeur sur 747, paragraphe 2' avait disposé d'un temps suffisant pour conclure (en déposant ses propres conclusions avant l'échéance du délai fixé) et l'affaire était retenue et plaidée au jour fixé. Un écartement d'office aurait été, dans ce contexte particulier, abusif et contre-performant ».

(115) Cass., 18 mai 2000, *précité*.

(116) De même, ne peut-on suivre la jurisprudence qui admet le dépôt tardif de note et pièces actualisant la situation financière des parties lorsqu'elles sont produites « sans malice ou volonté de surprendre, sur lesquelles les parties ont pu s'expliquer sur-le-champ et ne demandent pas expressément de pouvoir conclure et qui ne sont pas de nature à déséquilibrer le débat contradictoire » (Bruxelles, 16^e ch., 24 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 91). De deux choses l'une. Soit les pièces n'ont pas été communiquées dans les délais impartis par le calendrier de mise en état en raison de la négligence d'une partie et il n'y a pas raison de pallier à la négligence de cette partie en l'autorisant à déposer hors délai de telles note et pièces. Soit l'impossibilité de produire ces pièces et note résulte du délai important séparant l'audience de plaidoirie du dernier délai imparti à cette partie pour conclure et communiquer ses pièces mais dans ce cas, cette partie aurait dû déposer, dans les formes et délais requis, une requête sur la base de l'article 748, § 2, du Code judiciaire afin d'obtenir une réouverture du droit de conclure et de déposer des pièces. On réserve les cas où l'« actualisation » correspond à l'hypothèse de la demande additionnelle visée par les articles 748, § 1^{er} et 808 du Code judiciaire.

les circonstances, se rendre coupable d'un abus de droit (117). La loi réserve en effet la sanction de l'écartement à l'hypothèse où les conclusions n'ont pas été déposées au greffe dans les deux mois de la notification du pli judiciaire. Les conclusions communiquées dans ce délai mais non déposées doivent d'office être écartées des débats. La partie qui refuse de marquer son accord à ce que les conclusions déposées tardivement par son adversaire ne soient pas écartées des débats ne se rend pas coupable d'un abus de droit. Elle dispose en effet d'un intérêt légitime à obtenir cet écartement qui affaiblira la position de cette partie au procès et, à l'inverse, contribuera à renforcer sa position.

35. Quel sort faut-il enfin réserver aux conclusions communiquées entre parties avant la demande conjointe de fixation ou la fixation en vertu de l'article 750, § 2, mais que leur auteur aurait omis de déposer au greffe ? (118) Une telle omission peut, on le sait, être réparée grâce à l'accord des autres parties (art. 748, § 1^{er}) (119). La partie qui refuserait de marquer son accord au dépôt tardif se rendrait-elle coupable d'un abus de droit ? Selon J. Englebert, « *dès lors que les conclusions ont été communiquées avant l'accomplissement de la formalité interdisant pour l'avenir leur dépôt, rien ne pourrait justifier qu'une partie refuse de marquer son accord au dépôt tardif. Un tel refus serait certainement abusif* » (120).

La cohérence doit, selon nous, être préservée. Quelque soit le mode de mise en état retenu (consensuelle, semi-consensuelle, judiciaire ou légale), le non respect des formalités prévues par la loi doit entraîner de manière automatique l'écartement d'office des conclu-

(117) *Contra*, G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *op. cit.*, n° 29 in fine.

(118) Une telle solution devrait toutefois rarement se poser en pratique dans la mesure où les greffiers exigent souvent que les conclusions principales de chaque partie soient déposées au dossier de la procédure avant de fixer une audience, sur pied de l'article 750, § 1^{er}, du Code judiciaire (voy. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 272, n° 36, note 44) et où, dans l'hypothèse où les parties s'accordent pour demander la fixation conjointe alors qu'elles n'ont pas encore conclu, elles marquent simultanément leur accord pour que les conclusions déposées après la demande conjointe de fixation ne soient pas écartées des débats (voy. J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 272, n° 36, note 44).

(119) Voy. par exemple, Gand, 11 mars 1996, *T.G.R.*, 1999, p. 29; J.P. Roesclare, 9 novembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 204, note J. LAENENS. Comp. Liège, 9 novembre 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 87 qui décide que « l'article 748 a pour but d'éviter des manœuvres dilatoires consistant à déposer, à une date rapprochée de l'audience des plaidoiries, de nouvelles conclusions obligeant l'adversaire à postuler la remise de la cause pour les étudier et y répondre. Il n'y a dès lors pas lieu de rejeter des conclusions régulièrement communiquées en temps utile mais déposées tardivement au greffe à la suite d'un oubli manifeste ».

(120) J. ENGLEBERT, « Sanctions et pouvoirs... », *op. cit.*, p. 279, n° 54, note 72.

sions des débats et le fait pour une partie de ne pas marquer son accord afin que, en raison des circonstances, ces conclusions ne soient pas écartées des débats ne saurait constituer un abus de droit. A défaut, l'on autoriserait un retour à un pouvoir discrétionnaire dans le chef du magistrat qui pourrait, dans chaque espèce, procéder à une appréciation des circonstances pour vérifier si l'écartement se justifie et si, partant, le refus de la partie la plus diligente de marquer son accord au dépôt tardif ne constitue pas un abus de droit. Telle n'est pas, nous l'avons vu, la philosophie du système mis en place par la loi du 3 août 1992.

CONCLUSION

On dit d'une plante qu'elle est « vivace » lorsqu'elle dure, qu'elle est « tenace et indestructible » ou encore lorsqu'elle « fructifie plusieurs fois dans son existence ». La théorie de l'abus du droit de conclure est de ces plantes là. Mais comme toutes les jolies plantes, elle ne s'épanouit pleinement qu'à raison des soins qu'on lui prodigue et de l'attention qu'on lui porte. Ainsi, pour en assurer la beauté et la croissance, il faut parfois en sacrifier quelques tiges ou feuilles... sans jamais s'en prendre aux racines. Ce qui vaut pour une plante ou pour une théorie, vaut aussi pour une amitié ou pour une association. *Ad multos annos*, Monsieur le Bâtonnier Gérard!

Mai 2002



MÉLANGES
PHILIPPE GÉRARD

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 2