

Se désister en droit de la procédure civile

Représentation en trois actes

Mémoire réalisé par
Nicolas Wouters

Promoteur
Jean-François Van Drooghenbroeck

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

*Je tiens à remercier très chaleureusement
le Professeur Jean-François Van Drooghenbroeck pour ses précieux conseils
et sa disponibilité tout au long de l'élaboration de ce mémoire.*

Prologue

Le propos du présent mémoire est de rendre compte de l'ensemble des problématiques sous-jacentes à la matière des désistements, de pointer les différentes controverses qui en découlent et, peut-être, parfois, de suggérer quelques solutions. Cela paraît d'autant plus prégnant que l'usage de cette faculté de renonciation, laissée à la discrétion des parties en vertu du principe dispositif, s'avère salutaire dans des situations tout à fait variées et courantes.

Le terme « désistement » dérive du verbe latin *desistere* qui exprimait, à l'époque classique, l'action de renoncer, d'abandonner¹. Il évoque, en procédure civile, une renonciation du demandeur² qui portera tantôt sur le droit qui fonde son action, tantôt sur l'instance qu'il a engagée « à l'occasion de ce droit » ou sur un ou plusieurs actes de procédure ayant ponctué le déroulement de cette instance³. Le Code judiciaire distingue, en ses articles 820 à 827, trois espèces de désistements que l'on nommera désistement d'action, d'instance ou d'acte de procédure.

Près d'un demi-siècle nous sépare de l'entrée en vigueur de ces dispositions, demeurées inchangées depuis l'édifice de codification élaboré sous l'égide du Commissaire royal Van Reepinghen. Dès lors, depuis près de cinquante ans, les cours et tribunaux constatent ou décrètent la renonciation d'une partie à l'instance, à l'action ou à l'acte de procédure qui a été initié(e) par elle ou dont elle est l'auteur.

Le fruit de cette activité d'interprétation toujours renouvelée se manifeste au travers d'un corpus jurisprudentiel important. Celui-ci atteste de la multiplicité des situations que n'avait pas envisagées le législateur *ab initio*⁴, tout comme il dément, s'il le fallait encore, le modèle officiel de la pratique interprétative qui tend à considérer le juge comme la « bouche » de la loi. L'on prend conscience, au contraire, combien l'activité du juge est productrice de sens⁵.

Il serait réducteur toutefois de concevoir le juge comme le seul maître du sens à donner à la loi. Son intervention se trouve en effet muselée au point qu' « *entre récitation mécanique et libre invention, l'interprétation se fraye une troisième voie qui est celle de la poursuite du travail infini de la signifiante, tâche aussi éloignée de la croyance en la possibilité de découvrir un sens vrai et unique, qu'il importerait de dire et de redire, que de l'illusion opposée d'une production de sens totalement autonome, complètement affranchie de la tradition et du système de référence* »⁶.

¹ F.-L. DE KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, Paris, Ernest Thorin, 1879, p. 325 (www.gallica.bnf.fr, consulté le 15 mars 2015).

² En règle, tout demandeur, à titre principal, en garantie ou sur reconvention, peut se désister. Le désistement d'un acte de procédure peut être également accompli par un défendeur « pur et simple ». Voy. *infra*.

³ *Pand. belges*, voy. « Désistement (matière civile) », p. 366.

⁴ Par ailleurs, certaines hypothèses tranchées dans un sens bien précis par le législateur, ne font plus sens eu égard à l'évolution du droit.

⁵ En effet, le législateur ne peut, en aucun cas, prétendre épuiser, *a priori*, le sens des concepts de notre langage (juridique, notamment) qui présente une « texture ouverte » propice à entourer chaque concept d'un champ d'indéterminations qui sont autant de possibilités d'interprétation. H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1968, p. 124 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 398. Dans ce contexte, le syllogisme judiciaire au terme duquel le juge subsume la règle aux faits de manière purement mécanique, relève - chacun s'y accorde - de l'utopie.

⁶ *Ibidem*, pp. 408-409.

La rationalité sous-jacente au discours juridique se présente donc sous la forme d'une dialectique que certains auteurs ont mise en évidence à l'aide du paradigme du jeu (entendu comme « mouvement dans un cadre »)⁷. Le langage juridique se prête, il est vrai, assez naturellement à une description du procès en termes théâtraux⁸.

Nous saisissons cette occasion pour proposer un plan lui aussi ludique. Notre exposé comprendra trois actes. Le premier aura pour objectif de « planter le décor », c'est-à-dire de présenter la notion de désistement ainsi que son fondement conceptuel et son domaine d'application (Acte I). Au terme de celui-ci, s'ouvrira un deuxième acte intitulé « *dramatis personae* » dont l'objectif sera de présenter les protagonistes et de narrer les différentes conditions de leur entrée en scène (Acte II). Il nous restera alors à traiter des effets des désistements au travers d'un troisième acte qui amène le dénouement d'une intrigue laquelle, nous le verrons, n'est pas exempte de rebondissements (Acte III).

Au-delà des règles établies par le Code judiciaire, se situe un « espace de jeu » à l'intérieur duquel évoluent les parties en litige sous le regard du juge chargé d'arbitrer le désistement de l'une ou l'autre d'entre elles. Tous sont d'éternels *personnages* (derrière les véritables personnes⁹), chargés *d'interpréter* de véritables *rôles*. Laissons-nous prendre à leur jeu.

⁷ F. OST, « Pour une théorie ludique du droit », *Droit et société*, n°20-21, 1992, p. 89. Cons. également des mêmes auteurs, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, ainsi que « L'idée du jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°30, 1993, p. 191.

⁸ G. SOULIER, « Le théâtre et le procès », *Droit et société*, n°17-18, 1991, p. 10.

⁹ A. FLÜCKIGER, « L'acteur et le droit : du comédien au stratège », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-121, 2001, p. 2.

Acte I

Planter le décor

*Où il est question de la notion de désistement,
de son fondement conceptuel et de son domaine d'application*

Chapitre I

Un incident de l'instance de portée variable

1. **Première approche.** Il paraît opportun d'entamer cette étude par quelques repères terminologiques et conceptuels. Ce premier chapitre a pour objet d'ébaucher une première description des régimes juridiques des désistements d'acte de procédure (Section 1), d'instance (Section 2) ou d'action (Section 3) : trois renoncements qui, tout en procédant d'une même logique abdicative, sont de « *gravité inégale* »¹⁰. Dans tous les cas, le désistement ne se confond point avec d'autres institutions pourtant voisines à bien des égards (Section 4).

Section 1. Désistement d'un acte de procédure

2. **Par le désistement d'un acte de procédure, la partie renonce aux effets qui en résultent pour elle.** Le plus « léger » des désistements est sans nul doute celui par lequel une partie renonce aux effets qui résultent pour elle d'un acte de procédure isolé.

En pareil cas, le droit d'action, comme l'instance qui en est l'expression processuelle, demeurent intacts¹¹. L'auteur du désistement se réserve ainsi le droit de poursuivre l'instance comme si l'acte de procédure n'avait jamais été posé, voire, le cas échéant, de réintroduire un acte semblable¹².

Le libellé de l'article 822 du Code judiciaire, en ce qu'il porte qu'« *une partie renonce...* » donne à penser que le désistement d'un acte de procédure n'est pas uniquement l'apanage du demandeur à titre principal ou incident, mais également celui du défendeur « *pur et simple* »¹³. C'est là son originalité la plus marquée par rapport aux deux autres espèces de désistements¹⁴.

Au demeurant, quelle que soit l'identité de la partie renonçant, la partie adverse conserve le droit de se prévaloir de l'acte de procédure abandonné (*infra*)¹⁵.

Section 2. Désistement d'instance

3. **Par le désistement d'instance, la partie renonce à la procédure qu'elle a engagée au principal ou incidemment.** Véritable voie médiane, le désistement d'instance a ceci de commun avec le désistement d'un acte de procédure qu'il « n'emporte pas de renonciation à l'action », c'est-à-dire au fond du droit¹⁶. Par conséquent, s'il a pour effet d'anéantir la procédure engagée dans son intégralité, il ne fait pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle procédure une fois abandonnée celle qui faisait l'objet du désistement, à moins que, dans l'intervalle, n'ait expiré un délai de prescription ou de

¹⁰ P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile. Deuxième partie. L'instruction de la demande*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 317.

¹¹ N. FRICERO, « Désistement », *Jurisclasseur de procédure civile*, Paris, Editions du JurisClasseur, 2003, fasc. 682, p. 2. À moins que l'acte de procédure dont se désiste le demandeur soit précisément l'acte introductif d'instance. Dans ce cas, c'est le régime du désistement d'instance qu'il s'agit d'appliquer. P. ROUARD, *op. cit.*, p. 329.

¹² D. MOUGENOT, *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, t. II, (...), La Chartre, 2013, p. 283.

¹³ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 330.

¹⁴ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ Cette solution se déduit de la finale même de l'article 822 du Code judiciaire ; P. ROUARD, *op. cit.*, p. 330.

¹⁶ Article 820 du Code judiciaire.

forclusion¹⁷. En d'autres termes, « *le désistement d'instance est une pure question de procédure, totalement étrangère au fond* »¹⁸.

Le spectre du désistement d'instance est extrêmement étendu (il est admis, en principe, en toutes matières¹⁹ - *infra*).

En règle, sa validité est subordonnée au consentement de la partie adverse si celle-ci a déjà conclu sur l'objet de la demande²⁰ (*infra*).

4. Intérêt de la notion. C'est souvent pour se soustraire « *aux conséquences fâcheuses d'une demande irrégulière, maladroite ou intempestive* »²¹, tout en se ménageant la possibilité de recommencer le procès sur une base plus saine, que le demandeur entend se désister.

C'est le cas, par exemple, si l'acte introductif d'instance est irrégulier en la forme ou a eu pour effet de citer le demandeur devant un tribunal matériellement ou territorialement incompétent²². Dans un tel cas de figure, il est salutaire pour le demandeur de se désister de l'instance avant que le défendeur ne lui oppose une exception de nullité, un déclinatoire de compétence ou une exception dilatoire, de manière à éviter un jugement défavorable le condamnant éventuellement à des dommages-intérêts²³.

Notons que la règle « *pourvoi sur pourvoi ne vaut* »²⁴ n'empêche pas le demandeur en cassation de se désister de son pourvoi « *affecté d'une cause d'irrégularité* »²⁵.

D'utilité pratique variée, le désistement d'instance permet aussi de mettre fin à une situation de litispendance²⁶ ou à un procès dont l'objet a disparu suite à la signature d'une transaction²⁷. Un désistement d'instance est également possible à la faveur d'un arbitrage²⁸.

L'opportunité du désistement est laissée à la libre discrétion du demandeur. Ainsi, peut-il également se désister d'une instance régulièrement engagée mais qui présente, pour lui, des circonstances « *défavorables* »²⁹. Il pourrait alors souhaiter réassigner le défendeur sur la base d'autres faits, devant un autre juge ou à la faveur d'une nouvelle loi³⁰.

¹⁷ T. DE HAAN, « Le point sur...Les désistements », *J.T.*, 2001, p. 281.

¹⁸ T. trav. Bruxelles, 17 janvier 1975, *J.T.*, 1975, p. 265.

¹⁹ Article 823, al. 2, du Code judiciaire.

²⁰ Article 825, al. 1^{er}, du Code judiciaire.

²¹ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 319.

²² *Ibidem*; T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 281. C'est le cas également lorsque la procédure a été intentée avant la survenance du terme ou la réalisation d'une condition; Cass., 18 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 234.

²³ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 319.

²⁴ Article 1082, al. 2, du Code judiciaire.

²⁵ P. GERARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile. R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 280; Cass., 10 avril 2000, *Pas.*, 2000, n° 241.

²⁶ A. FETTWEIS, p. 458; le désistement d'instance serait cependant sans objet si les causes ont déjà été jointes par le juge, T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 281.

²⁷ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 458.

²⁸ Pour un cas d'application, cons. Trib. arb. Namur, 10 juillet 2003, *Res et jur. Imm.*, 2007/1, p. 17.

²⁹ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 320.

³⁰ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 281.

Section 3. Désistement d'action

5. Par le désistement d'action, le demandeur renonce tant à la procédure qu'au fond du droit. En se désistant de l'action, le demandeur use des grands moyens : non content d'abandonner la procédure en cours, il renonce au droit d'agir relativement à la prétention dont le juge avait été saisi³¹. En d'autres termes, il s'interdit de recommencer le procès³².

La doctrine ajoute que le désistement d'action équivaut à la renonciation au droit substantiel³³ puisque celui-ci est condamné à rester lettre morte dès lors qu'aucune action ne peut plus en être le vecteur.

Du reste, le Commissaire royal Van Reepinghen précise que la portée du désistement d'action à l'égard des parties « *doit être déterminée tant en fonction des principes généraux que des règles particulières qui gouvernent le droit, objet de la renonciation* »³⁴. Aussi ne peut-il porter que sur un droit auquel il est permis de renoncer et dont la partie peut disposer³⁵ (*infra*). Il faut ajouter que le désistement d'action ne peut avoir lieu devant la Cour de cassation, puisque celle-ci ne connaît pas du fond des litiges³⁶.

Le désistement d'action, contrairement au désistement d'instance, est un acte unilatéral en tous les cas³⁷: sa validité n'est jamais tributaire de l'acceptation de la partie adverse ³⁸(*infra*).

6. Intérêt de la notion. Malgré sa gravité, le désistement d'action peut être une solution tout indiquée pour le demandeur qui souhaite éviter une condamnation à des dommages-intérêts, sanctionnant par exemple un abus du droit d'agir (*infra*)³⁹.

En pratique, de nombreux cas de désistement d'action font suite à la conclusion d'une transaction par les parties en litige. Ils prennent alors la forme d'un désistement d'une voie de recours dont l'abandon constitue précisément une condition de cette transaction⁴⁰.

Section 4. Institutions voisines

7. Distinctions. La notion de désistement peut également être définie de manière négative. Quelques distinctions devraient nous permettre de cerner adéquatement l'objet de la présente étude et, par là-même, de compléter utilement le portrait des désistements que nous brossons, pour l'heure, à grands traits.

8. La restriction de la demande induit un désistement partiel. Notons d'emblée que selon ROUARD, le demandeur qui modifie sa demande dans le sens d'une restriction de celle-ci est, de ce

³¹ Article 821, al. 2 du Code judiciaire.

³² T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

³³ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 458, P. ROUARD, *op. cit.*, p. 318.

³⁴ C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 313.

³⁵ Article 823, al. 1^{er}, du Code judiciaire.

³⁶ C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 313.

³⁷ Civ. Bruxelles, 6 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1401 ; Civ. Charleroi, 14 mars 1975, *Pas.*, 1975, III, p. 68.

³⁸ Cass., 19 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 359.

³⁹ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰ P. GERARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 280.

fait, l'auteur d'un désistement d'instance ou même d'action⁴¹. On ne saurait, en effet, considérer simplement que, ce faisant, le demandeur succombe dans la partie de la demande qu'il abandonne⁴².

9. La renonciation à un moyen, à une exception ou à une défense. Il est impératif de distinguer le désistement d'un acte de procédure de la simple renonciation à un moyen ou à une exception préalablement invoquée. Celle-ci, qu'elle soit le fruit d'une déclaration verbale faite à l'audience ou qu'elle soit l'objet de conclusions, ne doit pas être accompagnée des formalités prescrites par les articles 822 et 824 du Code judiciaire⁴³.

Par ailleurs, la renonciation à la défense contre une action en justice n'emporte pas désistement de l'action au sens des articles 821 et 823 du Code judiciaire⁴⁴.

10. La radiation et l'omission du rôle. Le désistement d'instance ne doit pas être confondu avec la radiation du rôle (article 730, §1^{er}, du Code judiciaire). Certes, cette dernière a également pour objet d'éteindre l'instance (article 730, §3, du Code judiciaire). Cependant, « *elle n'a pas, à elle seule, pour effet de remettre les choses en même état que s'il n'y avait pas eu d'instance* »⁴⁵. Par conséquent, il n'y a pas d'interruption de la prescription en cas de radiation⁴⁶.

L'omission du rôle général et du rôle d'audience ne correspondent pas à un quelconque désistement. Elles n'ont pas pour effet d'éteindre l'instance (article 730, §2, du Code judiciaire).

⁴¹ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 330. L'interprétation des termes employés par le demandeur permettra d'analyser son intention : entendait-il se désister seulement de l'instance ou également de l'action ?

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cass., 7 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 15 ; Cass., 2 février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 165 ; Cass., 2 février 1993, *R.D.J.P/P & B*, 1996, p. 181.

⁴⁴ Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2516.

⁴⁵ Liège, 27 juin 1978, *Jur. Liège*, 1978, p. 41.

⁴⁶ *Ibidem*.

Chapitre II

Le principe dispositif

11. Introduction. Il n'est point d'institution du droit positif qui ne doive son développement à l'un ou l'autre principe qui en assure l'assise conceptuelle. Dans cette optique, présenter les contours du principe dispositif s'avère une amorce indispensable à notre raisonnement étant donné que la faculté de désistement en découle. Ce principe doit à tout instant nous servir de guide dans l'appréciation des solutions apportées aux différentes controverses ponctuant la matière, qu'elles soient le fait du législateur ou de l'activité des prétoires.

Tenter d'être exhaustif à son propos se révèle cependant illusoire tant il a fait couler l'encre de nombreuses plumes, parmi lesquelles les plus affûtées de notre temps⁴⁷. Aussi, l'on se bornera à analyser en quoi le désistement d'action et le désistement d'instance⁴⁸ en constituent des applications particulières (section 2), non sans en avoir au préalable rappelé brièvement la substance (section 1^{ère}).

Section 1. Le procès : apanage des parties

12. Un paradigme pour la dévolution des rôles au sein du procès civil. Depuis une soixantaine d'années⁴⁹, la dévolution des rôles respectifs du juge et des parties au sein du procès civil trouve son point d'ancrage dans le principe « dispositif » que la Cour de cassation a admis à la dignité de principe général de droit par un arrêt du 5 octobre 1984⁵⁰.

13. Substance du principe dispositif. Dans le cadre d'une procédure civile de tradition accusatoire, la maîtrise de la matière litigieuse est abandonnée aux parties. Elles seules reçoivent le pouvoir de fixer le litige en ses éléments⁵¹. VIZIOZ présentait le principe dispositif comme un principe directeur du procès civil en vertu duquel « *ce sont les parties qui, par leurs conclusions tracent le cadre (du procès civil) : le juge est tenu de s'y conformer et de s'y cantonner dans les limites fixées par ces conclusions* »⁵².

14. La liberté comme étendard. Comme tout paradigme⁵³, le principe dispositif « *prend appui à la fois sur des principes de base, des valeurs et une vision du monde* »⁵⁴. L'option politique et philosophique dont il procède est inestimable. La vision du monde inspirée par ce principe s'incarne

⁴⁷ J.-F., VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., pp. 306 et s. et les références citées.

⁴⁸ Son influence sur le désistement d'un acte de procédure est moins saillante, ce dernier n'étant qu'« *une rectification ou une suppression d'une partie de la procédure formant l'instance* » (Pand. belges, p. 365).

⁴⁹ J.-F., VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., pp. 306 et s.

⁵⁰ Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, n°97. Cet adoubement présente un intérêt pratique limité puisque certains articles du Code judiciaire consacrent légalement le principe dispositif. Il s'agit des articles 1138, 2° (Cass., 15 janvier 1970, *Pas.*, 1970, p. 403) et 807 (Cass., 26 février 1975, p. 665) qui en constituent des applications particulières. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit. R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 212.

⁵¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26^{ème} éd., 2001, p. 478. Proc. gén. J. DU JARDIN, « Les droits de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, p. 623.

⁵² H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 441.

⁵³ L'on croit bon de lui accorder ce statut puisque, à suivre A. FETTWEIS, « *ce pouvoir de disposition a une influence sur l'ensemble des normes du droit processuel civil* ». A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, p. 9.

⁵⁴ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 17, se référant à T. KHUN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 216.

dans une société au sein de laquelle une place prépondérante est réservée à la volonté du justiciable, pour autant qu'elle soit loyale (*infra*). La valeur qu'il prône est sans conteste la liberté⁵⁵.

Dès lors, la filiation de ce principe avec celui de l'autonomie de la volonté est prégnante. Consacré par l'article 1134 du Code civil, ce dernier principe préside aux diverses possibilités de renonciation à un droit subjectif matériel prévu par le Code de 1804⁵⁶. On enseigne que le principe dispositif en est « *l'expression processuelle* »⁵⁷. De temps à autre, la Cour de cassation qualifie d'ailleurs le principe dispositif de « *rechtsbeginsel van de autonomie der partijen* »⁵⁸.

15. Une « création sous contrainte »⁵⁹. Limité par « *la possibilité reconnue aux parties de renoncer aux droits dont elles ont la libre disposition* »⁶⁰, le juge excède ses pouvoirs et encourt la censure de la Cour de cassation⁶¹ pour violation du principe dispositif lorsqu'il outrepassé le cadre du litige tel qu'il a été tracé par les parties.

Dès lors, seule une définition précise de la notion de matière litigieuse⁶² semble de nature à déterminer le délicat équilibre entre l'office du juge et celui des parties⁶³. Cette mission primordiale a été confiée par le législateur aux bons soins de notre Cour de cassation qui s'y est attelée, pas à pas et avec brio si l'on en croit la majorité de la doctrine⁶⁴.

⁵⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 597.

⁵⁶ P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D.C.*, 1936, p. 763.

⁵⁷ J. LINSMEAU et X. TATON, « Le principe dispositif et l'activisme du juge », *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 106. Avec J.-F. VAN DROOGHENBROECK, restons tout de même vigilants quant au rapprochement trop rapide de ces deux principes. Voy. « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 597.

⁵⁸ Cass., 7 janvier 2000, R.G. n° C.96.0349.N. Doctrine et jurisprudence ont usé des dénominations les plus diverses pour désigner le principe dispositif. Voyons à cet égard, le *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2002-2003*, p. 446.

⁵⁹ L'on reprend une formule dont a usé CÔTE pour qualifier le « jeu » auquel se livre le juge lorsqu'il interprète la loi. P.-A. CÔTE, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leur rapport », *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 197.

⁶⁰ J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, p. 623.

⁶¹ P. GERARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile. R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 234. Ceci est vrai depuis un arrêt du 27 janvier 1987 par lequel notre Cour régulatrice accueille pour la première fois un moyen pris de la violation du principe dispositif à l'exclusion de tout autre fondement (Cass., 27 janvier 1987, *Pas.*, I, p. 601). Ce faisant, elle reconnaît le principe comme source de règles juridiques contraignantes « *et suffisamment précises pour s'imposer au nombre indéfini de cas concrets qui entrent dans leur champ d'application* » ; J. LINSMEAU et X. TATON, « Le principe dispositif et l'activisme du juge », *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 103 ; J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit », *Liber amicorum E. Krings*, Story-scientia, Gand, 1991, p. 633.

⁶² Pour M. GREGOIRE (« Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, p. 57), le principe dispositif se ramifie en trois branches - l'objet, la cause et les limites du litige. Ces trois branches forment en réalité la substance de la notion de « matière litigieuse ».

⁶³ A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, p. 130.

⁶⁴ Pour un commentaire récent de cette jurisprudence, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1307 et s. D'aucuns ont cru voir dans cette jurisprudence, la « *négarion du principe dispositif* ». (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Khol*, Commission Université-Palais, vol. 95, Limal, Anthémis, 2007, p. 241). Qu'ils soient rassurés : imaginer le principe dispositif sacrifié sur l'autel de l'activisme juridictionnel serait une méprise car, en même temps qu'elle induit une profonde et souhaitable extension des pouvoirs (et devoirs) dévolus au juge - notamment en consacrant la conception factuelle de la cause et de l'objet de la demande et en reconnaissant, par là-même, « *une très grande faculté d'intervention d'office* » (M. PHILIPPET, « Le juge voulu actif, perspective d'un juge du fond », *Rev. dr. Ulg.*, 2014/3, p. 440) au juge civil - cette jurisprudence réaffirme l'aspect le plus traditionnel du principe dispositif dont il nous revient de traiter ici.

Section 2. Principe dispositif, désistement d'action et désistement d'instance

16. Introduction. Le fondement du désistement d'instance (§2) n'est pas à trouver – à l'instar de celui du désistement d'action (§1^{er}) - dans l'essence même du principe dispositif mais bien dans une de ses occurrences spécifiques⁶⁵, sans doute la plus emblématique.

§1. Principe dispositif et désistement d'action

17. Le *ius agendi*, ce droit subjectif. Le désistement d'action implique une renonciation au droit d'agir qui constitue sans nul doute un droit subjectif « *ayant pour objet (...) le pouvoir d'accomplir les actes nécessaires à l'obtention d'une décision de justice statuant sur le fond d'une prétention juridique par application des normes légales* »⁶⁶.

A ce titre, l'action en justice se présente comme une prérogative pour son titulaire « *dont l'appartenance et la maîtrise lui reviennent* »⁶⁷ en propre.

Le Code judiciaire - lorsqu'il permet aux parties de renoncer à l'action dans les limites strictes de l'article 823 et ainsi de « *déjouer l'application de règles gouvernant habituellement le déroulement du litige* »⁶⁸ - se borne à consacrer la liberté de celles-ci d'accomplir les actes visant à *ne pas* obtenir de décision de justice ou du moins à n'obtenir qu'une décision de justice dont le dispositif se limite à décréter ou constater⁶⁹ un désistement.

§2. Principe dispositif et désistement d'instance

18. De la « contestation exclue »... Le désistement d'instance n'emporte pas de renonciation à un droit. Il n'est point aliénation mais simple suspension de l'exercice du droit d'action⁷⁰.

En principe, sur pied de l'article 825 du Code judiciaire, la perfection de cette suspension est subordonnée à l'acceptation de la partie adverse (*infra*). Dès lors que cet échange de consentement est nécessaire et rencontré en l'espèce, les parties, faisant « *un usage simultané et convergent de leurs libertés* »⁷¹, lient le juge qui se voit interdire, en vertu du principe dispositif, d'« *élever une contestation dont les parties ont exclu l'existence* »⁷².

19. ... à l'accord procédural. Il n'est plus douteux aujourd'hui que, par cette formulation quelque peu anachronique⁷³, la Cour de cassation vise l'interdiction pour le juge de passer outre les termes d'un

⁶⁵ Il faut y être attentif : le principe dispositif, en tant que principe directeur, présente plusieurs applications concrètes, qu'il s'agit de soigneusement distinguer. J.-F., VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., p. 311. Ainsi pour M. GREGOIRE (« Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, p. 57), le principe dispositif se ramifie en trois branches - l'objet, la cause et les limites du litige - toutes trois « *l'apanage des parties* ». Ces trois branches forment en réalité la substance de la notion de « matière litigieuse ».

⁶⁶ J. VAN COMPENOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 15.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, p. 126.

⁶⁹ Sur cette distinction, voyons *infra*.

⁷⁰ *Pand. belges*, p. 365.

⁷¹ J.-F., VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., p. 308.

⁷² Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 681 ; Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 181 ; Cass., 27 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510.

⁷³ Le vocable de « contestation exclue » a quelque peu dérouté certains auteurs en quête d'un sens particulier à conférer à ce terme au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation qui le différencierait de la notion de motif ou de moyen, par exemple.

d'accord procédural exprès conclu par les parties⁷⁴. Certains arrêts de notre Cour régulatrice, usant d'un libellé plus explicite, le démontrent à suffisance. Tel est le cas d'un arrêt pourtant ancien datant du 17 octobre 1968. On peut y lire qu' « *en matière civile, le juge ne peut élever une contestation dont l'accord des parties⁷⁵, non contraire à l'ordre public, constaté par leurs conclusions, exclut l'existence* »⁷⁶.

Si, comme le dit MOUGENOT, « *là où il n'y a pas de contestation, le juge est sans pouvoir* »⁷⁷, c'est *a fortiori* le cas lorsqu'une partie propose à l'autre, qui l'accepte, d'anéantir l'instance. Il est certain que le désistement d'instance, du moins lorsqu'il se présente comme un acte juridique bilatéral, implique la conclusion d'un tel accord⁷⁸.

Les conditions de légalité et d'effectivité des accords procéduraux ont été circonscrites avec précision par la Cour de cassation⁷⁹.

Comme le relève J.F. VAN DROOGHENBROECK, la notion ne peut, aujourd'hui encore, « *se comprendre qu'à l'aune de ses origines contractuelles* ». Sous l'empire du Code de procédure civile, l'on considérait que les parties, saisissant le juge, concluaient un contrat judiciaire par lequel elles fixaient les points de fait et de droit qu'elles entendaient soumettre à son office. Si cette conception contractuelle de l'instance a aujourd'hui vécu (voyons Cass., 13 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 986), force est de constater que la notion de « contestation exclue » lui a survécu. J.-F., VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 607.

⁷⁴ C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Opus de la J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 60 ; H. BOULARBAH, B. BIEMAR et M. BAETENS-SPETCHINSKY, « Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) », *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente CUP, vol. 122, Liège, Anthemis, 2010, p. 112.

⁷⁵ Nous soulignons.

⁷⁶ Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.

⁷⁷ D. MOUGENOT, « Actualité en matière d'office du juge, quelques réflexions d'un magistrat », *R.R.D.*, 2009, p. 30.

⁷⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, p. 126.

⁷⁹ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *op. cit.*, p. 1313 et les références citées.

Chapitre III

Ordre(s) public(s) et désistements

20. Introduction. L'ordre public est intéressé par la conservation de certains droits. Par conséquent, le désistement est interdit lorsqu'il influence l'étendue ou l'existence de ces droits⁸⁰ (section 2). Cette interdiction a été la cible de critiques doctrinales s'agissant du désistement d'une voie de recours en matière de divorce et de séparation de corps. Un revirement jurisprudentiel s'en est ensuivi (section 3). Les motifs de ce revirement analysés, l'on pourra questionner l'opportunité d'une éventuelle généralisation de l'autorisation du désistement de l'appel contre une décision qui a été rendue dans une matière touchant à l'ordre public (section 4). Les solutions adoptées par la jurisprudence française en cette matière pourront nous servir utilement de contrepoint. Au préalable, l'on reviendra brièvement sur la difficulté que représente la définition de la notion d'ordre public (section 1).

Section 1. L'ordre public, cette notion fluctuante

21. Polyvalence et contingence. La Cour de cassation a fait sienne la définition des lois d'ordre public proposée par DE PAGE. Aux termes de celle-ci, « *est d'ordre public proprement dit, la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* »⁸¹.

Sans doute la généralité de cette définition ne permet-elle pas de circonscrire précisément la notion d'ordre public⁸². Elle a néanmoins pour vertu d'embrasser les multiples occurrences que peut revêtir ce concept ignorant les frontières des différentes branches du droit.

Outre sa polyvalence, c'est le caractère fluctuant du concept qui contribue à le rendre mystère⁸³. En effet, il est toujours ardu de fixer les contours d'une notion à ce point évolutive⁸⁴. La contingence de son contenu (qui est nécessairement fonction de l'époque et du lieu dans laquelle la notion est utilisée) empêche sa réduction à une formule théorique⁸⁵.

Dès lors, afin d'éviter cette aporie et par là-même de contourner le « *sentier bordé d'épines* »⁸⁶ que se résignent à emprunter les auteurs qui tentent de cerner la notion d'ordre public de manière définitive, l'on se contentera d'observer dans quelle mesure l'ordre public induit une restriction à la faculté des parties en litige de se désister de l'instance ou de l'action préalablement initiée par elles.

⁸⁰ *Pand. belges*, v° désistement (matière civile), col. 373.

⁸¹ Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, I, 699 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 3^{ème} éd., 1962, p. 111.

⁸² C. MARQUET, « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 13.

⁸³ J. VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges P. Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 303.

⁸⁴ J. DE CONINCK, « Toesting van geoorlooftheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken », *R.G.D.C.*, 2004, p. 302.

⁸⁵ C. PICHERAL, *L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 10.

⁸⁶ E. ALGLAVE, « Définition de l'ordre public en matière civile », *Rev. prat. dr. fr.*, 1868, pp. 524-562.

Cette analyse induit à la fois un élargissement de notre champ de recherche et une restriction de celui-ci. Les notions de désistements d'instance et d'action seront mises en perspective avec l'acquiescement qui correspond à la renonciation par une partie à l'exercice des voies de recours dont elle pourrait user ou qu'elle a déjà formées contre toutes ou certaines des dispositions de cette décision (article 1044 du Code judiciaire). En outre, il ne sera point question ici du désistement d'un acte de procédure qui ne pose aucun problème particulier en la matière.

22. L'interdiction de renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public. Rappelons à titre liminaire qu'un des aspects particuliers du régime juridique du moyen d'ordre public est que les parties ne peuvent « *renoncer au bénéfice d'une règle d'ordre public* »⁸⁷. Ces règles, considérées comme fondamentales en un moment précis par un ordre juridique déterminé « *imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, (...) de la volonté privée* »⁸⁸. Ainsi, les parties sont-elles contraintes « *d'assumer les conséquences des droits subjectifs que l'ordre public (leur) attribue d'autorité* »⁸⁹.

Section 2. Restrictions traditionnelles à l'admissibilité de l'acquiescement, du désistement d'action et du désistement d'instance

23. Plan. Le respect de l'ordre public impose certaines restrictions à la liberté des parties en matière d'acquiescement (§1), de désistement d'action (§2) ou encore de désistement d'instance (§3). L'énumération que propose cette section ne saurait prétendre à l'exhaustivité.

§1. Acquiescement

24. La règle. Il est de doctrine⁹⁰ et de jurisprudence⁹¹ constantes que l'acquiescement à une décision « *qui fixe des obligations dont la charge est régie par des dispositions d'ordre public ou, plus largement, qui a été rendue dans une matière touchant l'ordre public* »⁹² est interdit. Comme l'acquiescement consiste en un acte de disposition⁹³, il faut, pour que l'acquiescement soit possible, que le droit matériel sur lequel porte le litige puisse faire l'objet d'une renonciation⁹⁴.

25. Matières où l'acquiescement est interdit. Concrètement, il ne pourra y avoir d'acquiescement dès lors qu'une loi sociale ou fiscale d'ordre public est en cause. Est également interdit l'acquiescement à un jugement en matière de faillite ou à un jugement relatif à l'état des

⁸⁷ C. MARQUET, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Paris, PUF, 2011, p. 714.

⁸⁹ M. GREGOIRE, « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *L'ordre public : concept et applications*, 1995, p. 69.

⁹⁰ H. BOULARBAH, « Les voies de recours », *Le point sur les procédures. Deuxième partie*, Formation permanente CUP, n°43, Liège, 2000, p. 275 ; A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 474 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J. F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 13 ; *R.P.D.B.*, v° Appel en matière civile, sociale et commerciale, p. 23.

⁹¹ Cass., 28 janvier 1957, *Pas.*, I, p. 626 ; Cass., 2 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 379 ; Cass., 14 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 980 ; Cass., 9 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 781 ; Cass., 28 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 100 ; Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1687.

⁹² H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » *Divorce*, 2000/10, p. 147

⁹³ B. VANLERBERGHE, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten », *Echtscheidingsjournaal*, 1999/5, p. 74.

⁹⁴ G. CLOSSET-MARCHAL et J. F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 13.

personnes⁹⁵. Le principe trouve également à s'appliquer en matière de procédure pénale⁹⁶ ou d'atteinte à la liberté individuelle⁹⁷.

§2. Désistement d'action

26. L'article 823, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. Le désistement d'action ne peut avoir lieu que s'il porte sur un droit auquel il est permis de renoncer et dont la partie peut disposer. Les parties ont le libre choix d'intenter ou non une action en justice. Cependant, une fois intentée, « *l'action suivra son cours indépendamment de leur volonté* »⁹⁸ par le seul effet de la loi.

L'auteur du désistement pourra obtenir, le cas échéant, la réformation du jugement prononçant sa renonciation à l'action. Dans ce cas, le juge donnera acte au demandeur de son désistement d'instance⁹⁹ qui devra, le cas échéant, être accepté par la partie adverse (*infra*).

27. Matières où le désistement d'action est interdit. Comme en matière d'acquiescement, une série de décisions illustrent ce principe.

Le désistement d'action est interdit en matière fiscale puisque la matière est d'ordre public¹⁰⁰.

Il est également prohibé chaque fois que l'état d'une personne est en cause, ou du moins une des nombreuses composantes de celui-ci¹⁰¹ qui ne peuvent être modifiées que par l'intervention d'un juge¹⁰². Sont par conséquent interdits les désistements des actions en divorce et en séparation de corps, mais aussi « *en réclamation de nationalité, en annulation du mariage, en déchéance de l'autorité parentale, en interdiction, en dation d'un conseil judiciaire, etc* »¹⁰³.

Certaines dispositions de droit social sont, elles aussi, d'ordre public. La Cour du travail de Mons a refusé de faire droit au désistement d'action d'un travailleur relativement au droit à la reconnaissance de l'état d'incapacité de travail que prévoient les articles 19 et 20 de l'arrêté royal du 20 juillet 1971¹⁰⁴ au motif que cette reconnaissance « *est relati[ve] à une matière d'ordre public* »¹⁰⁵. Il

⁹⁵ *Ibidem.* et les nombreuses décisions de jurisprudence citées.

⁹⁶ Cass., 19 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 188 ; Anvers, 22 décembre 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 135.

⁹⁷ Bruxelles, 21 novembre 1974, *Pas.*, 1975, II, p. 75.

⁹⁸ R.P.D.B., v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 6.

⁹⁹ Civ. Gand, 5 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, p. 324.

¹⁰⁰ Cass., 23 février 2008, *Pas.*, I, p. 256. Toutefois, « après avoir décrété le désistement d'action, la Cour d'appel est dessaisie de la cause, nonobstant le caractère d'ordre public de la matière des impôts sur le revenu ».

¹⁰¹ Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 87.

¹⁰² R.P.D.B., v° Acquiescement, *op. cit.*, p. 6 ; Bruxelles, 26 juin 2003, R.G., n° 2000/AR/569, www.juridat.be.

¹⁰³ *Ibidem.* A ce titre, nul désistement d'action n'est toléré en matière d'administration provisoire. Ainsi jugé que la demande de désignation d'un administrateur provisoire sur la base de l'article 488*bis* du Code civil ne peut souffrir aucun désistement d'action, puisque cette disposition est d'ordre public (J.P. Deinze, 22 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2012, p. 869). L'action introduite sur la base de l'article 223 du Code civil ne peut donner lieu, elle non plus, à un désistement d'action valable (Civ. Marche-Famenne, 29 juin 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 228). A suivre un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1977, « *l'action en recherche de paternité naturelle, que la loi confère personnellement à l'enfant naturel, concerne l'état des personnes et partant, l'ordre public* ». L'enfant ne peut dès lors se désister de cette action (Cass., 10 novembre 1977, *J.T.*, 1978, p. 118). A l'occasion d'un arrêt du 7 avril 1994, la Cour eu à connaître de la validité d'un désistement d'action portant sur l'action que l'ancien article 340, b, du Code civil conférait à l'enfant naturel contre celui qui avait eu des relations avec sa mère pendant la période légale de conception. Cette action relevant de l'ordre public, la Cour en déduit qu'elle ne peut faire l'objet d'un désistement (d'action) valable. (Cass., 7 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 346).

¹⁰⁴ Arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants, *M.B.*, 7 août 1971.

¹⁰⁵ C. trav. Mons, 12 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 420.

en est de même des dispositions légales relatives à l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants¹⁰⁶.

§3. Désistement d'instance

28. Introduction. Malgré le silence du Code judiciaire à cet égard, le respect de l'ordre public induit certaines restrictions à l'admissibilité *ratione materiae* du désistement d'instance et plus particulièrement du désistement d'une voie de recours.

29. La liberté du désistement d'instance, en principe. L'article 823, alinéa 2, du Code judiciaire dispose que le désistement d'instance est admis en toutes matières. Cette liberté de principe s'explique par le fait que celui-ci n'implique pas de renonciation à un droit substantiel, mais uniquement un abandon de la procédure telle qu'elle a été introduite. Puisqu'il permet l'introduction d'une nouvelle procédure tant que le délai de prescription n'a pas expiré, le désistement d'instance est dès lors toléré, en règle, en matière d'ordre public¹⁰⁷.

30. Restriction au désistement d'une voie de recours. Il en va autrement du désistement d'une voie de recours dès lors que celui-ci intervient lorsque le jugement a été signifié et que le délai d'appel de l'article 1051 du Code judiciaire a expiré. Dans ce cas, le désistement d'instance produit les mêmes effets qu'un acquiescement interdit ou qu'un désistement d'action irrégulier puisque l'expiration du délai interdit à l'auteur du désistement de réintroduire une nouvelle procédure. Ainsi, « *de afstand van beroep in werkelijkheid een wijze is om te berusten in een vonnis dat (...) rechtstreeks de openbare orde aanbelangt* »¹⁰⁸.

Dans cette optique, il paraît logique d'interdire le désistement d'instance dans les cas où l'acquiescement et le désistement d'action ne sont pas tolérés. La cohérence du système exige en effet que le désistement d'instance ne permettent pas d'obtenir, ne fût-ce qu'indirectement, des résultats analogues à ceux d'un désistement d'action ou d'un acquiescement, dans les matières où ceux-ci sont interdits. C'est du moins la théorie exposée par une doctrine dite « traditionnelle »¹⁰⁹ selon laquelle le désistement d'instance « *peut, par contre-coup, entraîner la perte de l'action éteinte par son exercice, si les délais pour former un nouvel appel sont expirés ; par un nouveau contre-coup, le droit traduit en justice sera peut-être atteint, or, il y a des droits que l'ordre public ne permet pas de mettre dans le commerce juridique* »¹¹⁰.

¹⁰⁶ C. trav. Anvers, 15 septembre 1995, *Chron. D. S.*, 1996, p. 448. Cons. également : C. trav. Liège, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 331 ; C. trav. Mons 11 décembre 1992, *R.R.D.*, 1997, p. 325.

¹⁰⁷ A. FETTWEIS, *op. cit.*, pp. 460-461.

¹⁰⁸ Gand, 17 janvier 1959, *R.W.*, 1958-1959, p. 2063.

¹⁰⁹ E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^{ème} éd., t. II, Paris, Sirey, 1926, p. 610 ; G. BELTJENS, *Encyclopédie de droit civil belge. Deuxième partie*, 2^{ème} éd., t. XIX, Bruxelles, Bruylant, 1908, p. 876 ; *R.P.D.B.*, v° désistement, t. III, p. 687 ; *Pand. belges*, v° désistement (matière civile), p. 373.

¹¹⁰ P. RAYNAUD, « Le désistement d'instance. Contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, p. 11.

Section 3. La question de l'acquiescement et du désistement d'une voie de recours en matière de divorce et de séparation de corps

31. Introduction. La dissolution du mariage intéresse l'ordre public au plus haut point¹¹¹. Conformément aux principes exposés ci-dessus, les parties ne peuvent modifier leur état de mariage par leur seule volonté¹¹², fût-elle loyale. En d'autres termes, « *il ne peut dépendre de la seule volonté des époux de donner force de chose jugée à des décisions modifiant leur état civil* »¹¹³.

La question porte en réalité sur le point de savoir si désistement et acquiescement peuvent véritablement, en certaines circonstances, permettre aux parties de disposer illégalement de leur état de mariage. Doctrine et jurisprudence l'affirmaient (§1), faisant fi des critiques d'une frange de la doctrine (§2) dont un courant jurisprudentiel dissident se fait aujourd'hui le relais (§3), du moins en partie. Le législateur et les magistrats français se sont, eux aussi, employés à trouver une solution à cette problématique (§4).

§1. La solution traditionnelle

32. Désistement et acquiescement : le divorce par consentement mutuel avant la lettre. Aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence traditionnelles, tant le désistement de la procédure de première instance ou de l'acte d'appel que l'acquiescement à la décision de première instance sont susceptibles de rendre définitive une décision admettant le divorce¹¹⁴ et partant, « *de créer, par consentement mutuel, une situation que la loi a entendu placer en dehors et au-dessus des conventions des parties* »¹¹⁵.

Dans la mesure où ils permettraient aux parties de disposer de leur état de manière illégale, ils devraient, selon l'enseignement de la Cour de cassation, être déclarés sans valeur par le juge qui devrait dès lors examiner le fond du litige¹¹⁶ et se prononcer sur la légalité de l'autorisation du divorce¹¹⁷ malgré le désistement de la partie qui ne soutient plus son appel ou malgré l'acquiescement de celle-ci.

En revanche, l'acquiescement ou le désistement d'une voie de recours est autorisé en présence d'un jugement qui n'admet pas le divorce¹¹⁸.

¹¹¹ Cass., 20 février 1947, *Pas.*, 1947, p. 74.

¹¹² G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *J.T.*, 1964, p. 457.

¹¹³ Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, 1927, p. 187.

¹¹⁴ *R.P.D.B.*, v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 6.

¹¹⁵ Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, 1927, p. 187. Alors qu' « *un divorce pour cause déterminée ne peut être autorisé que par le juge : la demande en divorce doit être instruite et jugée dans les conditions déterminées par la loi et le divorce ne peut être autorisé que dans les seuls cas qu'elle prévoit. La Cour d'appel ne saurait donc fonder sur l'acquiescement d'une partie la confirmation d'un jugement autorisant le divorce* ». Concl. av. gén. HAYOIT DE TERMICOURT, avant Cass., 20 février 1947, *Pas.*, 1947, p. 74.

¹¹⁶ Bruxelles, 24 décembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 196.

¹¹⁷ Cass., 20 février 1947, *Pas.*, 1947, p. 74.

¹¹⁸ Ce jugement ayant pour effet de maintenir le lien conjugal intact, il rencontre les exigences de l'ordre public, alors assimilé à la stabilité du mariage. *R.P.D.B.*, v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 6 ; G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 458. *Contra* : Civ. Nivelles, 20 janvier 1970, *Rec. jur. Niv.* 1971, p. 9 et G. BAETMAN, W. DELVA et M. BAX, « Overzicht van rechtspraak (1964-1974). Personen en familierecht », *T.P.R.*, 1974, p. 404.

L'enseignement des arrêts précités de la Cour de cassation a été suivi, dans un premier temps du moins, par la jurisprudence des juridictions de fond¹¹⁹ et notamment par la Cour d'appel de Mons qui, à l'occasion d'un arrêt du 17 septembre 1991, nous rappelle que le désistement d'appel est interdit dans la mesure où il correspond, en termes d'effets, à un acquiescement interdit. Il faut pour cela que le jugement ait été signifié et que le délai d'appel soit écoulé. En conséquence, une partie peut « *se désister valablement de l'appel qu'elle avait interjeté ; parce qu'il avait été irrégulièrement formé, lorsqu'elle a déjà introduit un nouveau recours régulier ou, du moins, lorsqu'elle se trouve encore dans les conditions requises pour introduire un nouveau recours, parce que le délai d'appel n'a pas expiré* »¹²⁰.

§2. Critique doctrinale

33. Le désistement ou l'acquiescement n'emporte pas disposition de leur droit par les parties. Cette solution traditionnelle a été critiquée par HORSMANS et VAN COMPERNOLLE et, à la suite de ceux-ci, par BOULARBAH tant pour ce qui concerne l'acquiescement (A) que le désistement (B). Ces critiques tendent à démontrer que l'acquiescement au jugement (à l'exclusion de l'acquiescement à la demande) et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps n'emportent pas, par eux-mêmes, disposition du droit des parties.

A. L'acquiescement

34. Démonstration. S'agissant de l'acquiescement, trois arguments peuvent être avancés à l'encontre de la théorie traditionnelle.

35. Distinction de l'acquiescement à la demande et de l'acquiescement au jugement. Considérer que l'acquiescement constitue le moyen détourné d'obtenir un divorce par « consentement mutuel » illégal revient, de l'avis de ces éminents juristes, à confondre l'acquiescement à la demande et l'acquiescement au jugement¹²¹.

Certes, l'acquiescement à la demande en divorce ou en séparation de corps a bel et bien pour effet de permettre aux parties de modifier leur état de mariage sans le moindre contrôle du juge. Le rôle de celui se borne, dans ce cas, à entériner l'accord des parties qui souhaitent, de concert, mettre à néant ou modifier leur lien conjugal. Au bout du compte, la légalité de la demande en divorce ou en séparation de corps n'aura fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, ce qui est intolérable étant donné le caractère d'ordre public de la matière¹²². C'est donc avec raison que la doctrine et la jurisprudence

¹¹⁹ Bruxelles, 10 mai 1958, *Pas.*, 1959, II, p. 46 ; Bruxelles, 24 décembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 196 ; Bruxelles, 4 juin 1960, *J.T.*, 1960, p. 524 ; Gand, 17 janvier 1959, *R.W.*, 1958-1959, p. 2063. Notons le cas intéressant d'un jugement de la Cour d'appel de Liège qui, après avoir constaté que « *le désistement portant sur l'acte d'appel d'un jugement autorisant le divorce équivaut à un acquiescement* » et qu'« *il entraîne le divorce par la volonté des parties et par leur consentement mutuel* », a pourtant admis le désistement d'instance. La juridiction se fonde sur la considération que l'article 2 du Code judiciaire n'est, alors, pas encore entré en vigueur et ne saurait, dès lors, entraver l'application stricte de l'article 823 du Code judiciaire disposant que le désistement d'instance est admis en toutes matières. Liège, 5 février 1970, *Jur. Liège*, 1970, p. 281 ; Cet arrêt est critiqué par E. GUTT et A.-M., STRANART-THILLY, « Examen de jurisprudence (1965-1970). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1973, p. 146 ; Mons, 2 juin 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 95 ; Cass., 26 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 94.

¹²⁰ Mons., 17 septembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 80.

¹²¹ G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 458.

¹²² *Ibidem*.

traditionnelles rejettent l'acquiescement donné à la demande en divorce introduite par la partie adverse¹²³.

Tout autre est la situation de l'acquiescement au jugement prononçant le divorce. Dans ce cas de figure, un jugement qui procède d'un contrôle juridictionnel plein et entier sur les motifs du divorce est d'ores et déjà intervenu. C'est précisément cette décision de justice qui a entraîné éventuellement une modification du lien conjugal. Acquiesçant à ce jugement, l'époux ne fait que renoncer à l'exercice des voies de recours contre ce jugement¹²⁴ (article 1044, alinéa 1^{er} du Code judiciaire), que celles-ci aient déjà été mises en œuvre ou non¹²⁵. En aucun cas, il ne dispose de son état de mariage.

Par conséquent, « *le principe que le divorce ne peut pas résulter de la volonté des parties est tout à fait hors de cause car, après l'acquiescement, le divorce n'en demeure pas moins œuvre de justice* »¹²⁶. Tout au plus l'auteur de l'acquiescement dispose-t-il de son droit d'exercer ou non les voies de recours que la loi a établies dans son intérêt¹²⁷.

36. Distinction entre l'acquiescement et le référé à justice. Par ailleurs, l'acquiescement au jugement devrait être toléré en matière de divorce et de séparation de corps puisque le référé à justice est autorisé en cette matière. Le référé à justice permet à une partie de différer l'exposé de ses moyens de défense. Ce faisant, elle se réfère à la décision judiciaire qui interviendra ultérieurement¹²⁸.

Pourquoi, dès lors, refuser à la partie le pouvoir d'acquiescer à la décision une fois celle-ci intervenue, c'est-à-dire de s'en remettre, en toute connaissance de cause cette fois, à la sagesse du juge ? La doctrine observe que l'acquiescement opère tout au plus une transformation de l'abstention d'une partie à faire valoir ses moyens de défense : de momentanée en cas de référé à justice, cette abstention devient définitive avec l'acquiescement¹²⁹.

37. Tolérance de l'acquiescement implicite. Un troisième argument fonde la thèse de l'autorisation de l'acquiescement et du désistement en matière de divorce et de séparation de corps. Il s'agit cette fois de considérer qu'il est toujours possible pour les parties de laisser s'écouler les délais de recours sans attaquer le jugement et ainsi d'acquiescer implicitement à la décision rendue par le juge, ce qui, à n'en pas douter, est autorisé et permet à l'époux d'arriver au même résultat que s'il s'était désisté de son appel, ou encore s'il avait acquiescé explicitement¹³⁰.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Ce qui est tout à fait autorisé. Le droit d'introduire un recours contre une décision de justice n'est pas d'ordre public. Bruxelles, 12 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 73, note B. Vanlerberghe, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten ». Comme le suggère le procureur général Krings, le double degré de juridiction n'est pas une condition *sine qua non* d'une bonne administration de la justice. E. KRINGS, « Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming », *R.W.*, 1990-1991, p. 316.

¹²⁵ H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » *Divorce*, 2000/10, p. 149.

¹²⁶ G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. 1., 12^{ème} éd., Paris, Sirey, 1919, p. 318.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 458.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *R.P.D.B.*, v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 6.

Comment, dans cette optique, autoriser une partie à ne pas exercer les voies de recours, prévues dans son intérêt par le Code judiciaire, tout en lui interdisant de déclarer son intention d'agir de la sorte¹³¹ ?

B. Le désistement d'instance d'appel

38. Un retour au *pristin état*. Après avoir constaté que le désistement intervenu constituait, en l'espèce, un mode d'acquiescement, la Cour avance, dans son arrêt précité du 24 mars 1927, « *qu'il y a cette différence entre la simple expiration du délai d'appel et le désistement d'un appel interjeté que, dans le premier cas, la décision de première instance devient définitive par l'autorité que la loi attache aux jugements, tandis que, dans le second cas, elle le devient par la seule volonté de la partie qui se désiste* »¹³². L'interdiction du désistement d'instance se fonde donc, elle aussi, sur la considération que la décision admettant le divorce devient définitive par l'effet de la volonté de l'auteur du désistement.

Pourtant, le désistement d'instance, lorsqu'il a été accepté, emporte de plein droit consentement que les choses soient remises, de part et d'autre, en même état que s'il n'y avait pas eu d'instance (article 826 du Code judiciaire).

Il relève donc d'une fiction propre au désistement de l'instance d'appel de ramener les parties au temps où le jugement n'avait point été attaqué.

Par conséquent, le jugement prononçant leur divorce est toujours présent, avec ses « *pleins et entiers effets* »¹³³. Il acquerra force de chose jugée à l'expiration des délais de recours, indépendamment du fait qu'un désistement est intervenu. Le désistement, quant à lui, n'aura pas été l'occasion d'une modification de l'état des parties, mais uniquement une suppression de la suspension de l'exécution du jugement que l'exercice d'une voie de recours avait engendrée¹³⁴.

§3. Le revirement

39. Introduction. La jurisprudence que l'on évoquait ci-dessus semble avoir vécu. Le revirement, appelé de ses vœux par une partie de la doctrine, est manifeste. Il eut lieu à la faveur de plusieurs décisions des juridictions de fond admettant le désistement d'appel formé contre un jugement prononçant le divorce alors qu'il intervient à un moment où le délai d'appel a expiré « *sauf s'il apparaît qu'il existe entre les époux un accord secret en vue d'obtenir le divorce sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet* »¹³⁵.

¹³¹ G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 458.

¹³² Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, 1927, p. 187. La prohibition de l'acquiescement répond alors, pour la doctrine, au souci de maintenir à l'époux condamné « *la possibilité, jusqu'au dernier moment, de faire réformer la décision s'il l'estime non fondée. Un acquiescement ne peut, dès lors, pas le lier* ». H. DE PAGE, *op. cit.*, II, vol. 1, 4^{ème} éd., p. 719.

¹³³ H. BOULARBAH, « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » *Divorce*, 2000/10, p. 150.

¹³⁴ G. HORSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 459.

¹³⁵ Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » ; Bruxelles, 11 février 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 986 ; Bruxelles, 12 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 73, note B. Vanlerberghe, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten » ; Mons, 23 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 969 ; Bruxelles, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 451.

Cette nouvelle solution s'appuie sur trois ordres de motivations¹³⁶.

40. L'évolution de l'ordre public. A suivre une première série de décisions, il faudrait autoriser le désistement et l'acquiescement en matière de divorce sur la base de considérations tenant à la substance de l'ordre public. Ces décisions, prenant acte d'une certaine « *désinstitutionnalisation du mariage* »¹³⁷, exposent que « *si ce qui touche à l'état des personnes est d'ordre public et qu'une volonté unilatérale ou consensuelle ne peut y porter atteinte, il y a lieu de constater que ce qui relève de l'ordre public dans l'état de mariage a été fort battu en brèche depuis quelques années* »¹³⁸. En effet, la stabilité du mariage¹³⁹ paraît aujourd'hui bien étrangère aux préoccupations du législateur qui n'a de cesse de réduire les contraintes inhérentes à la procédure en divorce (possibilités élargies de divorce par consentement mutuel, diminutions des délais de séparation de fait, etc.).

L'on observe, à la suite de BOULARBAH, que cette jurisprudence n'opère pas une remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation portant prohibition de l'acquiescement en matière de divorce. Tout au plus celle-ci est-elle contournée par la considération que le maintien du lien conjugal ne relève plus de l'ordre public¹⁴⁰.

Ce premier argument en faveur de l'autorisation de l'acquiescement et du désistement en matière de divorce n'est pas approuvé par la doctrine. Les commentateurs attirent l'attention sur le fait qu'il permet non seulement l'acquiescement au jugement (ce qui est souhaitable), mais également l'acquiescement à la demande en divorce¹⁴¹. Or, « *même sur demande conjointe des époux, le divorce doit être prononcé par un juge* »¹⁴². On ne peut envisager que les parties puissent, de commun accord, modifier leur état de mariage sans avoir égard aux formes et aux conditions prescrites à cet effet par le Code civil et le Code judiciaire. Le fait que ces règles tendent à faciliter le divorce n'est pas pertinent¹⁴³.

41. L'autorité de la chose jugée du jugement prononçant le divorce. Un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 23 janvier 1996 autorise l'acquiescement et le désistement d'appel en matière de divorce en considérant que « *le dispositif du jugement déféré autorisant le divorce des parties sera transcrit dans les registres de l'état civil non par l'effet de la volonté de l'appelante, mais bien par le fait de l'expiration des délais de recours, d'une part, et en vertu de l'autorité qui, depuis sa prononciation, s'attache à la décision du premier juge, d'autre part* »¹⁴⁴. Ce deuxième argument a le mérite d'envisager la question de l'acquiescement et du désistement d'appel en matière de divorce d'un point de vue strictement procédural, ce qui avait déjà été préconisé par la doctrine dans sa critique de la

¹³⁶ Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? ».

¹³⁷ J.-L. RENCHON, « La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce », *J.T.*, 1997, p. 761.

¹³⁸ Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » ; Bruxelles, 11 février 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 986 ; Bruxelles, 12 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 73, note B. Vanlerberghe, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten »

¹³⁹ Qui, selon l'argument anciennement allégué par DE PAGE, devrait primer sur toutes les autres considérations ; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 998.

¹⁴⁰ Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? ».

¹⁴¹ *Ibidem* ; Bruxelles, 12 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 73, note B. Vanlerberghe, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten ».

¹⁴² Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? ».

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Mons, 23 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 969.

jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, laquelle envisageait la matière sur le plan du droit matériel sans accorder une importance suffisante aux principes du droit judiciaire privé¹⁴⁵.

Cette fois, la doctrine approuve sans réserve la solution retenue par la Cour¹⁴⁶. Pour cause, cette dernière se rallie à la perception des auteurs qui considéraient qu'en cas d'acquiescement à un jugement prononçant le divorce, comme en cas de désistement de l'appel interjeté contre celui-ci, ce n'est pas la volonté des parties qui préside à la modification de leur état de mariage, mais bien une décision de justice qui acquiert force de chose jugée par la suite de l'acquiescement ou de l'écoulement des délais d'appel¹⁴⁷.

42. Des considérations d'opportunité. Certaines décisions reçoivent, de manière plus anecdotique, le désistement de l'appel d'un jugement en divorce en considérant qu' « *on ne conçoit pas que si un appelant veut se désister de son appel parce qu'il se rend compte de la faiblesse, voire de l'inexistence de ses moyens d'appel et désire éviter une condamnation à des dommages et intérêts pour appel téméraire et vexatoire ou une amende pour fol appel, il ne pourrait pas le faire en matière de divorce et serait contraint, malgré lui, de perpétuer le préjudice auquel il souhaite mettre fin* »¹⁴⁸.

§4. En France

43. Acquiescement et désistement en matière de divorce. Le Nouveau Code de procédure civile distingue clairement l'acquiescement à la demande (article 408) de l'acquiescement au jugement (article 409). L'acquiescement à la demande n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition¹⁴⁹ alors que l'acquiescement au jugement est toujours admis, sauf dispositions contraires. En principe, la loi française autorise donc l'acquiescement au jugement rendu dans une matière touchant à l'ordre public étant donné que c'est « *l'intervention d'un magistrat habilité à représenter la puissance publique qui donne force de vérité légale à sa solution* »¹⁵⁰ : « *le mérite des prétentions des parties a déjà subi l'examen d'un juge* »¹⁵¹. Il en est de même du désistement d'appel qui est admis, lui aussi, en toutes matières, sauf dispositions contraires, par l'article 400 du Nouveau Code de procédure civile.

Il est fait exception à ce principe par l'article 1122 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose qu'un majeur protégé ne peut acquiescer au jugement de divorce ou se désister de l'appel, qu'avec l'autorisation du juge des tutelles.

¹⁴⁵ G. HORSMANS et J. VAN COMPENOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 459.

¹⁴⁶ J. VAN COMPENOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J-F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Examen de jurisprudence (1991-2001) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 2002, p. 686 ; Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? ».

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186, *Divorce*, 2000, note H. Boularbah « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? ».

¹⁴⁹ Ainsi, l'acquiescement à une demande est nul « *s'il a pour objet de donner force exécutoire à des engagements prohibés par la loi* ». X, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998, p. 832.

¹⁵⁰ M. DOUCHY-OUJOT, *Procédure civile. L'action en justice. Le procès. Les voies de recours*, Paris, Gualino, 2005, p. 341.

¹⁵¹ J. HERON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 994.

La jurisprudence avait refusé le désistement de l'appel contre un jugement en divorce étant donné que l'ancien article 249 du Code civil interdisait l'acquiescement à ce type de jugement¹⁵². La loi ne l'interdisant plus expressément, le désistement d'appel et l'acquiescement sont tolérés en matière de divorce.

Section 4. Appréciation des interdictions traditionnelles au regard de la solution dégagée en matière de divorce et de séparation de corps

44. Une prise en compte élargie de la volonté des parties. On l'a constaté, la matière du divorce et de la séparation de corps a été le théâtre d'une évolution jurisprudentielle heureuse ces dernières années puisque « *de regel van de onbeschikbaarheid van vorderingen van staat geldt niet meer ten volle met betrekking tot vorderingen tot echtscheiding, waar het beginsel van de wilsautonomie van de echtgenoten erkend moet worden zover er geen sprake is van collusie* »¹⁵³.

En autorisant les parties à se désister de l'appel qu'elles ont interjeté alors que l'écoulement des délais de recours les empêche de réintroduire un nouvel appel et en leur permettant d'acquiescer au jugement prononçant leur divorce, la jurisprudence a consacré une prise en compte renforcée de la volonté des parties au détriment semble-t-il, d'un ordre public ébranlé et corrélativement en recul.

Reste à tracer l'ampleur de ce revirement et à s'interroger sur une éventuelle généralisation aux autres matières d'ordre public de la tolérance du désistement d'appel et de l'acquiescement (au jugement).

Un tel élargissement des possibilités d'acquiescement et de désistement nous semble inévitable. Il faut cependant raison garder et considérer, comme le suggère la doctrine, que seuls les principes du droit judiciaire privé sont à même de fournir une justification adéquate à cet élargissement¹⁵⁴.

Certes, l'ordre public reçoit de nouveaux contours, plus en phase avec l'air du temps¹⁵⁵. Cependant, tout raisonnement basé sur le contenu même de cette notion, ô combien contingent, est condamné à certaines dérives et notamment à la tolérance de l'acquiescement à la demande introduite dans une matière ayant trait à l'ordre public.

45. L'élargissement : un impératif logique. Le droit de la procédure civile comporte plusieurs hypothèses de renonciations qui ne peuvent être analysées en vase clos. Un principe de cohérence doit présider aux rapports existant entre ces différentes institutions juridiques qui devraient, selon nous, être dotées d'un champ d'application uniforme, dans la mesure où leurs effets sont identiques en pratique. C'est donc une solution réaliste que nous appelons de nos vœux.

¹⁵² N. FRICERO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵³ Gand, 4 octobre 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2004, p. 373.

¹⁵⁴ Le raisonnement ayant pour prémisse le contenu même de la notion d'ordre public souffre de la contingence profonde de celui-ci, que l'on a pu souligner *supra*. Du reste, elle induit certaines dérives comme la tolérance de l'acquiescement à la demande.

¹⁵⁵ Selon la Cour d'appel de Bruxelles, statuant en 1999, plus de 20.000 divorces sont prononcés annuellement par les cours et tribunaux. Bruxelles, 28 octobre 1999, *Div. Act.*, 2000, p. 146.

Les institutions dont il est question sont l'acquiescement implicite (par lequel une partie laisse s'écouler les délais de recours¹⁵⁶), l'acquiescement explicite (qui porte renonciation annoncée des voies de recours contre un jugement), le désistement d'instance et, enfin, le désistement d'action.

L'acquiescement implicite, ce silence circonstancié par lequel la partie manifeste sa volonté de ne pas exercer les voies de recours qui lui sont ouvertes¹⁵⁷, doit être toujours possible. Envisager de rendre obligatoire l'exercice des voies de recours est, bien évidemment, inimaginable. Cela reviendrait à adjoindre au jugement de première instance une présomption que les juges n'ont pas correctement appliqué le droit. Sans compter qu'il s'agit d'une aberration du point de vue de l'économie des moyens de la justice et d'une contradiction flagrante avec la possibilité, pour les cours et tribunaux, de condamner le demandeur à des dommages et intérêts pour l'exercice téméraire et vexatoire d'une voie de recours¹⁵⁸.

Dès lors que l'acquiescement implicite ne connaît et ne saurait connaître de limite *ratione materiae*, imposer des restrictions aux possibilités d'acquiescement explicite ne serait que pure hypocrisie. HORMANS et VAN COMPERNOLLE le soulignaient déjà, « *la doctrine dominante doit admettre que le silence circonstancié des parties produit des conséquences qu'elle refuse d'entériner lorsqu'elles résultent d'une manifestation expresse de volonté* »¹⁵⁹.

La pertinence des limites apportées aux possibilités de se désister de l'appel alors qu'il engendre les mêmes effets qu'un acquiescement se fragilise à vue d'œil et l'on sent que le désistement d'action ne sera pas épargné, lui non plus, par la réaction en chaîne puisqu'il est de doctrine constante qu'accompli en degré d'appel, il a les mêmes effets qu'un acquiescement¹⁶⁰.

En conclusion, rappelons que la jurisprudence récente autorise le désistement d'appel en matière de divorce et de séparation de corps « *sauf s'il apparaît que ce désistement n'est pas libre et sincère ou qu'il existe un accord secret, une fraude ou une collusion en vue d'obtenir le divorce sans qu'aucun motif légal ne soit avancé à cet effet* »¹⁶¹. Cette limite témoigne de la nécessité de laisser libre cours à la volonté exprimée des parties dans la mesure où celles-ci pourraient obtenir, tout en respectant la loi, des résultats analogues par un silence circonstancié.

Cette jurisprudence a franchi un cap important. L'étape suivante est la consécration légale, à l'instar de nos voisins français, d'un régime d'autorisation générale de l'acquiescement et du désistement, sous réserve d'éventuelles dispositions contraires, modifiables au gré des évolutions sociétales.

¹⁵⁶ G. HORMANS et J. VAN COMPERNOLLE, « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, p. 459.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

¹⁶¹ *Voy. supra*, note n°135.

Acte II
Dramatis personae

Où est esquissée l'entrée en jeu des protagonistes

Chapitre I

Lever de rideau

La communication du désistement par son auteur ou son représentant

46. Didascalie. Le rideau se lève. Sur les planches se trouve déjà un acteur : le demandeur. Qu'il soit demandeur principal, incident ou intervenant, il a mis en mouvement une instance qu'il ne souhaite plus poursuivre¹⁶². Il s'apprête à activer la procédure de désistement qui lui permettra, en tout état de cause¹⁶³, de réaliser sa volonté « *d'arrêter le procès sans attendre le jugement* »¹⁶⁴.

Sa volonté sera exaucée pour autant qu'elle apparaisse libre et éclairée aux yeux du juge (section 1). Il faudra, en outre, qu'il jouisse de la capacité requise pour mener à bien son projet (section 2). En matière de désistement, le demandeur peut avancer seul s'il en a la capacité. Il n'y est cependant pas contraint puisqu'il peut se retrancher derrière un représentant, qu'il s'agisse d'un mandataire *ad litem* ou d'un mandataire conventionnel. Il nous faudra, du reste, observer dans quelle mesure les représentants légaux peuvent se désister en lieu et place des incapables dont ils assurent la protection. Nous terminerons par l'exposé des modalités d'expression de la volonté du demandeur (section 3).

Section 1. Volonté libre et éclairée

47. Principes. Les désistements, en ce qu'ils constituent des actes juridiques, ne pourront sortir leurs effets que s'ils sont accomplis par un justiciable jouissant d'une volonté libre et éclairée, c'est-à-dire exempte des vices que sont l'erreur¹⁶⁵, le dol ou la violence au sens des articles 1108 et suivants du Code civil¹⁶⁶.

Après avoir exposé les différents contrôles dont fait l'objet la volonté de l'auteur d'un désistement (§1), l'on mettra en garde contre un glissement dont se rendent coupables certaines juridictions de fond en opérant un contrôle de la volonté de l'auteur du désistement sur la base de l'exigence de clarté que doit revêtir l'acte de désistement quant à son objet (§2). Ensuite, l'on traitera brièvement de la possibilité de rétractation du désistement d'instance (§3).

¹⁶² À moins qu'il ne souhaite simplement se désister d'un acte de procédure. Dans ce cas, rappelons-le, l'auteur du désistement peut également prendre les traits d'un défendeur « pur et simple ».

¹⁶³ Que l'on soit en première instance, en appel ou en cassation.

¹⁶⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2008, p. 1019.

¹⁶⁵ Liège, 23 mai 1997, *F.J.F.*, 1997, p. 582. Il peut s'agir d'une erreur de fait ou de droit : Anvers, 12 novembre 1979, *J.D.F.*, 1980, p. 247 ; Gand, 27 avril 1984, *F.J.F.*, n°85/37 ; Gand, 24 septembre 1982, *F.J.F.*, n°83/88.

¹⁶⁶ *Pand. belges*, v° désistement (matière civile), col. 367. Cette assertion, d'apparence anodine, n'est pas exprimée de manière claire par la doctrine la plus récente qui considère, sans doute, qu'il s'agit là d'une évidence qu'il n'est pas nécessaire de mettre en exergue.

§1. Contrôles relatifs à cette condition liée à la volonté

48. Contrôle par le juge saisi. Le juge saisi de l'instance principale est le premier garant du respect de cette condition de fond¹⁶⁷. Il doit s'assurer du libre consentement de l'auteur du désistement avant de constater celui-ci.

L'annulation du désistement pourra également être demandée au juge ayant statué sur celui-ci, en tant que question connexe à la recevabilité de la demande à laquelle le demandeur avait antérieurement renoncé. Cette possibilité est particulièrement importante en cas de désistement d'une voie de recours. Elle permettra, le cas échéant, au demandeur de poursuivre ce recours alors même que le délai d'introduction d'un tel recours serait écoulé.

Ainsi jugé, par exemple, qu'une société n'a pu valablement se désister pour cause d'erreur, dès lors que l'administration fiscale l'a prévenue ultérieurement que la taxation contestée devait en réalité être acquittée par une autre société ayant la même dénomination¹⁶⁸. Il en va de même du contribuable qui a été induit en erreur par l'administration qui lui a fourni des renseignements « *fondés sur une circulaire administrative ultérieurement modifiée* »¹⁶⁹.

La jurisprudence française offre une casuistique quelque peu plus fournie. La chambre sociale de la Cour de cassation française eut, par exemple, à connaître d'une espèce qui avait vu un salarié se désister de sa demande par une première lettre avant de demander l'annulation de ce désistement, dès le lendemain, par une seconde lettre. La Cour de cassation annula le désistement intervenu la veille sur la base de documents produits par le salarié à l'appui de sa demande d'annulation, ces documents prouvant à suffisance que la première lettre avait été signée par lui sous la contrainte¹⁷⁰.

49. L'action en annulation ? La question de savoir si une action en annulation devant le tribunal de première instance est possible (sur la base de la compétence ordinaire de celui-ci) ne fait pas l'unanimité en doctrine.

Certains auteurs, tenant d'une théorie dite du « non-cumul », considèrent que le désistement d'instance est avant tout un acte de procédure et qu'à ce titre, sa régularité ne saurait dépendre de prescriptions édictées par le droit civil. Ainsi, on peut lire sous la plume de DE CORTE et DECONINCK que « *la forme extrinsèque absorbe les conditions de validité de fond* »¹⁷¹. LAENENS, BROECKX et SCHEERS rejoignent ce point de vue¹⁷² duquel l'on déduit qu'il suffirait que le désistement d'instance

¹⁶⁷ La jurisprudence récente relative au désistement en matière de divorce et de séparation de corps témoigne de l'existence d'un tel contrôle par les juridictions de fond. À la faveur d'un revirement que l'on a pu exposer (*supra*), le désistement d'une telle demande est aujourd'hui possible, dès lors qu'il a été vérifié par le juge « *qu'il ne résulte pas des circonstances de la cause que ce désistement n'est pas libre et sincère ni qu'il n'y a eu fraude ou collusion* ». Mons, 23 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 969.

¹⁶⁸ Bruxelles, 17 mars 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 224.

¹⁶⁹ Liège, 18 juin 1986, *F.J.F.*, n°87/134. Cette décision, de même que celles reprises aux deux notes précédentes, est citée par C. CARDYN, H. DEPRET et M. LOOCKX, *Procédure fiscale contentieuse*, 3^{ème} éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 183.

¹⁷⁰ Cass. fr., 1^{er} avril 1981, *Gaz. Pal.*, II, *pan. jurispr.*, p. 317 ; cons. également en matière de divorce : Cass. fr., 19 juillet 1976, *Bull. civ. II*, n° 255.

¹⁷¹ R. DE CORTE et B. DECONINCK, « Nullités après la loi du 3 août 1992 – Toilettage ou révolution ? », *Le droit judiciaire privé. Premier commentaire de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire*, Centre interuniversitaire de droit privé, Bruxelles, Kluwer, 1992, p. 134.

¹⁷² J. LAENENS, K. BROECKX et D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2004, p. 36.

satisfasse aux conditions formelles établies par le droit judiciaire pour être valable¹⁷³. Son annulation ne pourrait être demandée en raison de l'existence d'un vice de volonté dans le chef de son auteur¹⁷⁴.

DE CORTE justifie cette exclusion par la considération que la bonne marche de la Justice pâtirait de trop nombreuses demandes de cette nature. En outre, il faudrait, selon lui, constater l'incompatibilité de certaines dispositions du Code judiciaire (au premier rang desquelles figurent celles qui traitent du désaveu¹⁷⁵ et de la théorie des nullités¹⁷⁶) et l'annulation d'un acte de procédure au sens du Code civil : les premières n'auraient guère de raisons d'être à considérer la seconde possible¹⁷⁷.

50. Pour une « théorie du cumul ». Partisan d'une « théorie du cumul » où la théorie générale des obligations trouverait à s'appliquer aux actes de procédure en sus des prescriptions du Code judiciaire, l'on soutient, avec l'appui de MOREAU, que ces arguments ne sont pas péremptoires¹⁷⁸.

En effet, les demandes d'annulation d'un acte de procédure en général, et d'un désistement d'instance en particulier, s'avèrent, à notre connaissance, relativement peu fréquentes en pratique¹⁷⁹ et ne sauraient, dès lors, entraver outre mesure l'efficacité du service public de la Justice.

De surcroît, envisager exclusivement les règles de fond et de forme au travers d'un rapport d'opposition est bien réducteur : la marginalité des demandes d'annulation d'un acte de procédure s'explique justement par « *les formes de la demande, les règles de l'instance, l'intervention (...) de l'avocat, (...) et du juge...* »¹⁸⁰, qui sont autant de garanties imposées par le Code judiciaire qui « *normalement, doivent conduire à croire que l'acte de procédure, régulièrement accompli dans les formes légales, est présumé répondre à la volonté libre et consciente de l'intéressé* »¹⁸¹.

Ceci dit, l'argument le plus décisif que l'on peut avancer à l'encontre de la théorie du non-cumul réside dans le fait que les champs d'application des institutions de protection de la volonté du demandeur en droit judiciaire privé que sont le désaveu et la théorie des nullités ne correspondent pas strictement à celui de l'action en nullité.

Ainsi, la procédure en désaveu ne sera d'aucun secours au justiciable qui entend faire déclarer non avenu un acte dont il est lui-même l'auteur puisque l'article 848 du Code judiciaire suppose qu'un acte de procédure ait été accompli au nom d'une personne en l'absence de toute représentation légale sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié. On sait cependant que le désistement, quel qu'il soit, se fait par, notamment, tout acte signé de la partie elle-même¹⁸².

¹⁷³ R. DE CORTE, « Hoe autonoom is het procesrecht ? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht », *T.P.R.*, 1980, p. 20.

¹⁷⁴ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 132.

¹⁷⁵ Article 848 et s. du Code judiciaire.

¹⁷⁶ Article 860 et s. du Code judiciaire.

¹⁷⁷ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 132 ; R. DE CORTE, « Hoe autonoom is het procesrecht ? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht », *T.P.R.*, 1980, p. 20.

¹⁷⁸ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 132

¹⁷⁹ J. HERON et T. LE BARS (*Droit judiciaire privé*, Paris, Monchrestien, 2002, n° 214) parlent d'« *hypothèses marginales mais qu'on ne saurait totalement négliger* ».

¹⁸⁰ C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 322.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Article 824, al. 2, du Code judiciaire.

La sphère des articles 860 et suivants du Code judiciaire ne se confond pas davantage avec celle de l'article 1108 du Code civil. En effet, il n'y est question que d'une série d'hypothèses, limitativement énumérées¹⁸³, dans lesquelles un acte de procédure peut être déclaré nul pour la raison qu'une formalité prescrite par la loi n'a pas été accomplie ou a été accomplie de manière irrégulière. Nul cas n'est fait ici des irrégularités de fond de l'acte de procédure. Pourquoi ces dispositions ne pourraient-elles pas « *s'accommoder de la sanction des irrégularités de fond sur la base de règles différentes*¹⁸⁴ » ?

Le Nouveau Code de procédure civile français atteste de cette possibilité. À la suite d'un régime spécifique aux nullités pour vice de forme¹⁸⁵ qui présente son lot de traits communs avec notre théorie des nullités¹⁸⁶, il y est déposé un régime propre aux irrégularités tenant à la substance des actes de procédure¹⁸⁷. Il est vrai que l'article 117 du Nouveau Code de procédure civile évoque uniquement un ensemble d'irrégularités liées au défaut de capacité d'une partie ou de son représentant¹⁸⁸. Cela n'a pas empêché une majorité de la doctrine française - considérant que l'énumération de cette disposition n'est point empreinte d'exhaustivité - d'envisager l'annulation d'un acte de procédure en raison d'un vice de consentement¹⁸⁹.

51. Une trop grande sévérité ? De retour en Belgique, force est de constater une certaine réticence de la jurisprudence à déclarer recevable ou fondée une demande en annulation d'un désistement.

Sur le plan de la recevabilité, d'abord. La Cour d'appel de Liège a jugé que, saisie d'une demande en annulation, pour erreur de droit, d'un désistement d'action, elle devait déclarer cette demande irrecevable au motif que « *le désistement décrété a acquis un caractère définitif dans la mesure où cette décision a épuisé la juridiction de la cour* »¹⁹⁰.

Sur le plan du fondement de la demande, ensuite. Il a été jugé que la validité d'un désistement d'action ne pouvait être contestée au moyen d'un certificat médical selon lequel le demandeur, décédé depuis, était atteint de démence sénile au moment du désistement si aucune mesure de déclaration d'incapacité n'avait été prononcée ou demandée contre lui et que la preuve de la démence ne découle pas elle-même du désistement contesté¹⁹¹.

¹⁸³ En vertu du principe déposé à l'article 860, al. 1^{er} du Code judiciaire selon lequel il ne saurait y avoir de nullité sans texte.

¹⁸⁴ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 137.

¹⁸⁵ Articles 112 à 116 du Nouveau Code de procédure civile.

¹⁸⁶ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 137.

¹⁸⁷ Articles 117 à 121 du Nouveau Code de procédure civile.

¹⁸⁸ La question du défaut de capacité de l'auteur d'un désistement est rattachée en doctrine belge, non pas à la régularité de l'acte de procédure particulier qui le concrétise, mais plutôt à celle de l'action en justice tout entière (P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 132). Le professeur CLOSSET-MARCHAL rattache, pour sa part, la question de la capacité à celle de la recevabilité (G. CLOSSET-MARCHAL, « Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire », *R.C.J.B.*, 1995, p. 652).

¹⁸⁹ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2000, p. 417 et les références citées par P. MOREAU (*L'homologation judiciaire des conventions*, op. cit., p. 138).

¹⁹⁰ Liège, 18 avril 2001, *F.J.F.*, 2001, p. 515.

¹⁹¹ « *De rechtsgeldigheid van een afstand van rechtsvordering kan niet betwist worden aan de hand van een medisch getuigschrift, naar luid waarvan de eiser, die sindsdien overleden is, op het tijdstip van de afstand door ouderdomsdementie was aangetast, indien tegen hem geen maatregel van onbekwaamverklaring werd uitgesproken of gevraagd en het bewijs van de krankzinnigheid niet uit de betwiste afstand zelf voortvloeit* ». Bruxelles, 20 avril 1972, *R.W.*, 1973-1974, col. 544.

§2. Clarté dans l'expression n'est pas volonté éclairée

52. Un glissement ? Certaines juridictions de fond semblent se rendre coupables d'un glissement en opérant un contrôle de la volonté de l'auteur du désistement sur la base de l'exigence de clarté que doit revêtir l'acte de désistement quant à son objet (*infra*).

A nos yeux, un tel glissement ne peut procéder que d'une confusion malheureuse entre les conditions de forme et les conditions de fond des désistements.

Dans une espèce dont eut à connaître la Cour d'appel de Liège¹⁹², la deuxième intimée s'est fait remettre une lettre par la première intimée (alors âgée de 89 ans) à l'occasion d'une visite privée et en dehors de la présence de leurs avocats.

Considérant que les conseils des autres intimés n'allèguent pas que « *la première intimée aurait encore joui de suffisamment de capacités intellectuelles pour consentir d'un consentement libre et éclairé à un désistement d'instance* » (il ressort de l'arrêt que « *toutes les parties reconnaissent que la première intimée ne dispose plus actuellement de ses facultés mentales* »), la Cour affirme que ce document, pour ainsi dire extorqué à la première intimée, ne répond pas à l'exigence de clarté et de précision que doit revêtir tout acte de désistement.

Certes, l'annulation du désistement pour vice de consentement ou son écartement pour vice de forme conduisent-ils, en l'espèce, au même résultat qui est de déclarer la première intimée recevable à poursuivre sa demande puisque la Cour, sur base de l'altération des facultés mentales de la première intimée, déclare ambigu le document portant désistement d'instance.

Il n'en reste pas moins que, sur le plan théorique, ces deux conditions ne peuvent se confondre. Ne pourrait-on pas imaginer qu'une partie en litige se désiste au moyen d'un document non équivoque alors que sa volonté est altérée¹⁹³?

En effet, ce n'est pas parce qu'une personne n'est pas en mesure de comprendre les conséquences de son acte de désistement que celui-ci si sera exprimé en des termes vagues. Dans ce cas de figure, la Cour se dispense du contrôle fondé sur l'existence d'un vice de consentement dans le chef de l'auteur du désistement, ce qui est certainement regrettable.

§3. La rétractation du désistement d'instance

53. Eviter l'action en annulation, dans un cas bien précis. Pour conclure nos développements sur cette première condition de fond des désistements, il est opportun d'aborder la question de la rétractation de ceux-ci¹⁹⁴.

¹⁹² Liège, 27 février 2001, *J.T.*, 2001, p. 614.

¹⁹³ A l'inverse, une partie absolument saine d'esprit pourrait certainement être l'auteur d'un acte de désistement particulièrement peu précis quant à l'objet exact de celui-ci.

¹⁹⁴ La rétractation est également étudiée dans la section relative aux effets de l'acceptation du désistement, *voy. infra*.

« Dans tous les cas où l'acceptation est nécessaire pour que le désistement produise des effets, il peut être rétracté tant que cette acceptation n'a pas été valablement donnée »¹⁹⁵. Cette rétractation doit être signifiée à l'ensemble des parties adverses en cas de pluralité de celles-ci¹⁹⁶.

Un tel procédé ne permet donc de « maintenir la poursuite de la procédure » qu'en cas de désistement d'instance¹⁹⁷ puisque seule cette catégorie de désistements se révélera être, dès lors que la partie adverse a d'ores et déjà conclu sur l'objet de la demande à laquelle il est renoncé, un acte bilatéral. Encore faut-il qu'il le soit en l'espèce pour que la rétractation soit possible¹⁹⁸.

Section 2. Capacité requise pour se désister

54. Qui peut se désister ? Comme ont pu l'écrire les auteurs du Répertoire Pratique du droit belge, « le désistement doit émaner d'une personne capable. S'il est fait par mandataire, celui-ci doit avoir pouvoir à cet effet »¹⁹⁹.

55. Une capacité variable. La seule capacité exigée dans le chef de la partie qui entend accomplir un désistement d'acte de procédure ou un désistement d'instance est la capacité d'agir en justice. En revanche, se désister de l'action requiert d'avoir la capacité de disposer du droit litigieux « avec lequel se confond l'action »²⁰⁰. Une capacité analogue est indispensable à l'efficacité d'un désistement d'instance ayant pour conséquence l'abandon d'un droit (parce qu'il intervient alors que le délai pour agir a expiré, par exemple)²⁰¹.

56. L'avocat, mandataire *ad litem* : une présomption de représentation. L'avocat est investi de la qualité de mandataire *ad litem* pour tout ce qui a trait à la représentation en justice de son client²⁰². Dans le cadre de ce mandat, il est amené à accomplir une série d'actes de procédure en lieu et place de la personne du mandant²⁰³.

Pour ce faire, l'avocat, qui comparaît comme fondé de pouvoir de son client, ne devra justifier d'aucune procuration écrite, sauf lorsque la loi exige un mandat spécial (article 440, alinéa 2, du Code judiciaire) : il lui suffira de déclarer qu'il a reçu mandat²⁰⁴. Dès lors « l'avocat est présumé avoir été régulièrement mandaté pour représenter en justice la personne pour laquelle il agit »²⁰⁵.

L'absence de vérification systématique de l'existence d'un ordre ou d'une permission émanant du mandant lorsque l'avocat accomplit un acte de procédure justifie l'institution d'une procédure

¹⁹⁵ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 350.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 282.

¹⁹⁸ M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gand, Story, 2009, p. 452.

¹⁹⁹ R.P.D.B., v° Désistement, t. III, p. 688.

²⁰⁰ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 321.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² P. WERY, « Questions choisies à propos de l'avocat mandataire », *L'avocat. Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 927.

²⁰³ Liège, 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 258.

²⁰⁴ D. STERCKX, « Le mandat procédural de l'avocat », *J.T.*, 1997, p. 401.

²⁰⁵ C. MALHERBE, « L'avocat désavoué », *L'avocat. Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 599. Cass., 22 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 182 ; Cass., 22 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 408 ; Cass., 9 février 1978, *J.T.*, 1978, p. 361 ; Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 485 ; Cass., 17 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 472 ; Cass., 9 janvier 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 349.

particulière, le désaveu (articles 848 et suivants du Code judiciaire)²⁰⁶. Cette procédure est l'unique moyen pour le juge de vérifier le pouvoir d'un avocat qui déclare représenter une partie²⁰⁷.

57. L'exigence d'un pouvoir spécial. Il reste que, dans un certain nombre de cas, en ce compris pour l'accomplissement d'un désistement d'instance ou d'action²⁰⁸, le législateur exige de l'avocat qu'il dispose d'un mandat qualifié de « spécial » par l'article 440, *in fine*, du Code judiciaire. L'existence de ce mandat « spécial » n'est pas prescrite à peine de nullité²⁰⁹.

La doctrine souligne que cet adjectif n'est pas des plus appropriés eu égard à la terminologie des articles 1987 à 1989 du Code civil. En effet, le mandat *ad litem* est toujours spécial en ce sens qu'il ne laisse au bon soin de l'avocat qu'une partie bien déterminée des affaires du mandataire (article 1987 du Code civil)²¹⁰. Le législateur entend exiger, en réalité, que « *les pouvoirs de l'avocat quant à l'accomplissement de ses actes soient clairement précisés et donc qu'il soit investi d'un mandat conçu, non en termes généraux, mais en termes exprès* »²¹¹ (article 1988 du Code civil).

58. Deux questions. L'exigence d'un pouvoir spécial dans le chef de l'avocat qui entend accomplir un désistement pose deux questions, qu'il s'agit de soigneusement distinguer.

59. Preuve du pouvoir spécial. La première concerne les modes de preuve du pouvoir spécial. A ce propos, il est clair que la production en justice par l'avocat d'une procuration rédigée à cette fin n'est pas l'unique moyen de preuve de l'existence d'un mandat « spécial ». En effet, l'objet de l'exception prévue à l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire n'est pas d'imposer la production d'une telle procuration. Il se résume à préciser les limites de la présomption légale et par là même les actes qui ne relèvent pas d'un mandat *ad litem*²¹². Ainsi, pour prouver l'existence de son pouvoir spécial, l'avocat peut-il faire signer l'acte de renonciation par son client ou encore produire les instructions que celui-ci lui a remises à cet égard²¹³. La partie adverse, quant à elle, peut établir la preuve du mandat spécial par toutes voies de droit, étant donné qu'elle est tierce au contrat de mandat²¹⁴.

60. Pouvoir du juge. La seconde question porte sur le point de savoir si l'existence du pouvoir spécial peut être vérifiée d'office par le juge. *A priori*, la jurisprudence devrait répondre par la négative en s'alignant sur le texte de l'article 850 du Code judiciaire (« *Le juge peut, à la demande d'une partie, ...* »)²¹⁵.

²⁰⁶ C. MALHERBE, « L'avocat désavoué », *op. cit.*, p. 598.

²⁰⁷ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993, p. 513 ; Civ. Liège, 19 décembre 1980, *J.L.*, 1973-1974, p. 258.

²⁰⁸ Mons, 22 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 204 ; J.-P. BUYLE, « Le désistement d'instance et l'avocat », note sous Liège, 15 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 303 ; P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 339. L'avocat à la Cour de cassation qui plaide devant la Cour ne doit en aucun cas justifier d'un pouvoir spécial. Cons. l'article 479, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire qui fait exception à l'article 824, alinéa 2 du même Code. Cass. 13 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 695. L'avocat à la Cour de cassation qui accomplit un désistement est présumé avoir été mandaté par la partie. Il ne doit pas être nanti d'un pouvoir spécial. Cass., 5 février 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 631.

²⁰⁹ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283. Voy. Civ. Nivelles, 26 mars 1969, *J.T.*, 1969, p. 463. Dans cette espèce, l'avocat n'avait pas de pouvoir spécial mais a produit une lettre émanant de sa cliente dans laquelle elle exposait les motifs de son désistement.

²¹⁰ P. WERY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 117 ; L. SIMONT et J. DE GAVRE, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1977, p. 386.

²¹¹ P. WERY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 117.

²¹² C. MALHERBE, « L'avocat désavoué », *op. cit.*, p. 603 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 12.

²¹³ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 515.

²¹⁴ Cass., 27 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1162.

²¹⁵ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 515.

Tel n'a pas toujours été le cas. La Cour d'appel de Bruxelles a décidé, à l'occasion d'un arrêt du 9 octobre 1970, qu'elle ne « *pouvait avoir égard au désistement exprimé par un mandataire qui ne justifie point du pouvoir spécial prescrit par l'article 824 du Code judiciaire* »²¹⁶.

La Cour de cassation est entrée dans la danse par un important arrêt du 25 mars 1994 qui renoue, nous semble-t-il, avec le prescrit légal. La Cour y enseigne qu' « *en cas de désistement d'instance fait par le conseil d'une partie, le juge n'est tenu d'examiner si celui-ci est nanti d'un pouvoir spécial que s'il existe une contestation à cet égard* »²¹⁷. La Cour de cassation a mis en évidence qu'en statuant autrement, les juges d'appel soulèvent une contestation dont les parties ont exclu l'existence, méconnaissant ainsi le principe dispositif²¹⁸.

Cette solution nous semble souhaitable puisqu'elle laisse la possibilité au juge de demander à l'avocat de produire son pouvoir spécial si une contestation existe à cet égard, par exemple si la partie adverse en réclame la preuve afin de s'assurer qu'une éventuelle action ultérieure en désaveu visant à contester le mandat ne puisse remettre en cause la validité du désistement du demandeur²¹⁹.

Malheureusement, cet enseignement de la Cour de cassation n'est pas suivi de manière uniforme par les juridictions du fond. Si certaines se rallient à la position de notre Cour régulatrice²²⁰, d'autres frondent encore. Récemment, le Tribunal du Commerce de Bruxelles s'est encore employé à vérifier les pouvoirs spéciaux dont seraient nantis les avocats de deux sociétés commerciales ayant déposé des conclusions conjointes postulant leurs désistements d'action réciproques²²¹.

61. Avocat d'une « classe » de consommateur. L'article XVII.65 du Code de droit économique porte une exception à l'article 820 du Code judiciaire. Il dispose que le représentant du groupe ne peut se désister de l'instance qu'avec l'accord du juge. Par ailleurs, le représentant ne peut jamais se désister de l'action.

62. Le médié. La question de savoir si le médié peut se désister n'est pas tranchée de manière uniforme²²².

63. Le failli.

64. Le curateur à succession vacante. Le curateur à succession vacante aura besoin de l'autorisation du tribunal pour se désister de l'action. Il a cependant le droit de se désister seul de l'instance²²³.

65. Représentant d'une société commerciale. La société commerciale ne peut se désister valablement que par l'intermédiaire d'un représentant ayant reçu des statuts le pouvoir d'engager la

²¹⁶ Bruxelles, 9 octobre 1970, *J.T.*, 1971, p. 57. Cons. également Bruxelles, 28 avril 1969, *Pas.*, II, p. 181.

²¹⁷ Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 309. Cons. également Comm. Bruxelles, 28 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 550.

²¹⁸ Cass., 2 octobre 2009, R.G. n°C.08.168F, www.juridat.be.

²¹⁹ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

²²⁰ Liège, 15 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 302.

²²¹ Comm. Bruxelles, 6 février 2014, *J.T.*, 2014, p. 198 et la note (très) critique de T. DE HAAN, « Quand le juge soulève une contestation inexistante ».

²²² Cons. C. ANDRE, « Le terme de la procédure de règlement collectif de dettes », *Le règlement collectif de dettes*, CUP, vol. 140, Bruxelles, Larcier, 2013, p.308 et les nombreuses questions relatives à l'application du droit commun des désistements à la procédure de règlement collectif de dettes.

²²³ *R.P.D.B.*, v° Désistement, p. 688.

société²²⁴. Celui-ci sera bien avisé de se munir d'une copie des derniers statuts de la société ainsi qu'une « *déclaration récente selon laquelle ils n'ont pas été revus* »²²⁵.

66. Mandataire conventionnel. En règle, le mandataire conventionnel devra être en possession d'un mandat spécial lui autorisant d'aliéner pour mener à bien un désistement d'action²²⁶.

67. Administrateur légal. L'administrateur légal du mineur non-émancipé aura besoin de l'homologation du tribunal pour se désister de l'action²²⁷.

68. Mineur émancipé. Selon ROUARD, « *un mineur émancipé ne peut se désister que d'une action qu'il a pu tenter seul, c'est-à-dire d'une action relative à ses revenus et à l'administration de ses biens, il lui fait dans le cas contraire l'autorisation du conseil de famille et même si l'action est immobilière, l'homologation du tribunal* »²²⁸.

69. Personne placée sous minorité prolongée. L'administration légale ou la tutelle seront applicables à la personne placée sous minorité prolongée que le Code civil assimile à un mineur de moins de 15 ans (article 487*bis* du Code civil)²²⁹.

70. Personne pourvue d'un conseil judiciaire. Une personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peut se désister en dehors de l'assistance de son conseil, à moins qu'il ne s'agisse d'actes qu'elle est autorisée à passer seule, comme de simples actes d'administration, par exemple²³⁰.

71. Envoyé en possession des biens d'un absent. La capacité à se désister de l'envoyé en possession des biens d'un absent répond aux mêmes conditions que celle du curateur à une succession vacante²³¹.

72. Héritier bénéficiaire. L'héritier bénéficiaire ne peut se désister de l'action sans autorisation de justice.

Section 3. Modalité d'expression de la volonté du demandeur

§1. Conditions de forme

73. Identité des conditions de formes. Les désistements, qu'ils portent sur l'action, l'instance ou un acte introduit au cours de celle-ci, obéissent aux mêmes règles de forme. Le désistement peut être exprès (A) ou tacite (B). La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Code judiciaire statuait déjà en ce sens²³².

²²⁴ R.P.D.B., v° Désistement, p. 688.

²²⁵ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

²²⁶ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 321.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ R.P.D.B., v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 10.

²³⁰ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 321.

²³¹ *Ibidem*.

²³² C. VAN REEPINGHEN, *op. cit.*, p. 314 ; Bruxelles, 15 avril 1938, *Pas.*, 1939, II, p. 117 ; Bruxelles, 17 juin 1938, *Pas.*, 1939, II, p. 119.

A. Désistement exprès

74. L'article 824, alinéa 2, du Code judiciaire. L'on propose de commenter le libellé de l'article 824, alinéa 2, du Code judiciaire, lequel dispose que le désistement exprès est fait par un simple acte signé de la partie ou de son mandataire, et signifié à la partie adverse, s'il n'est préalablement accepté par elle.

75. Un « simple acte ». L'acte de désistement doit être communiqué à la partie défenderesse ou, en cas de pluralité, à l'ensemble de celles-ci²³³. Le Code judiciaire n'impose aucun formalisme à cet effet. Ainsi jugé que le juge « *ne peut refuser de décréter le désistement d'action au motif qu'aucun acte de procédure n'a été déposé par la partie qui se désiste ou à son nom* »²³⁴.

Il importe cependant que l'acte de désistement exprime avec une clarté suffisante l'objet exact de la renonciation (l'action, l'instance ou un acte de procédure isolé)²³⁵. Ainsi jugé qu'un désistement d'instance doit être formulé de manière « *claire, précise et dépourvue d'ambiguïté* »²³⁶.

Le demandeur peut recourir à un acte judiciaire, comme à un acte extra-judiciaire. L'acte judiciaire prendra la forme d'une déclaration verbale à l'audience²³⁷ ou de conclusions écrites²³⁸.

Par *acte extra-judiciaire*, l'on entend désigner aussi bien « *l'acte authentique devant notaire que l'exploit d'huissier mais aussi l'acte sous seing privé ou la simple lettre missive* »²³⁹.

76. Signé de la partie ou de son mandataire. Si le Code judiciaire a prévu que l'acte de désistement doit porter, en principe, la signature de son auteur ou de son mandataire, il n'a pas entendu sanctionner l'absence de celle-ci. Dès lors, « *l'inobservation des formes prévues par l'article 824 pour le désistement exprès n'entraîne point la nullité du désistement* »²⁴⁰. En l'absence de signature, il appartient au juge saisi de décréter le désistement²⁴¹. Application est faite ici du principe « pas de nullité sans texte » dont fait état l'article 860, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire²⁴².

Il n'en reste pas moins que l'absence de signature de l'acte de désistement compliquera quelque peu le contrôle du juge sur le point de savoir si l'acte émane bien de la partie ou de son mandataire et si cet acte, n'étant pas signé, témoigne néanmoins d'une volonté effective de désistement²⁴³.

77. Signifié à la partie adverse, s'il n'est préalablement accepté par elle. En règle, l'acte de désistement doit être signifié, c'est-à-dire qu'une copie de celui-ci doit être remise par exploit d'huissier, à la partie adverse (article 32, 1^o, du Code judiciaire). Notons que cette signification doit, naturellement,

²³³ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 340.

²³⁴ Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 2110.

²³⁵ *Ibidem*, p. 337.

²³⁶ Liège, 27 février 2001, *J.T.*, 2001, p. 614.

²³⁷ Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 2110.

²³⁸ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 338.

²³⁹ *Ibidem*, p. 337.

²⁴⁰ Civ. Nivelles, 26 mars 1969, *J.T.*, 1969, p. 463.

²⁴¹ Bruxelles, 26 janvier 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 152.

²⁴² P. ROUARD, *op. cit.*, p. 338

²⁴³ *Ibidem*.

observer les conditions de forme fixées par l'article 43 du Code judiciaire²⁴⁴. Par ailleurs, sur pied de l'article 746 du Code judiciaire, si « *le désistement est consigné dans les conclusions, leur remise au greffe vaut signification* »²⁴⁵.

D'une lecture attentive de la finale de l'article 824 du Code judiciaire se déduit la possibilité d'un désistement amiable, reposant sur la survenance d'un accord entre parties. Pour cause, dès lors qu'un accord s'est formé entre les parties sur l'acte même du désistement préalablement à la signification de celui-ci, demandeur(s) et défendeur(s) pourront, de concert, décider des formes que prendra le désistement et éventuellement dispenser celui-ci de toute formalité²⁴⁶. La signification ne sera, le cas échéant, pas nécessaire.

Notons, en outre, que le juge civil confronté à un désistement exprès dont une formalité fait défaut peut admettre qu'un désistement tacite est intervenu²⁴⁷ puisque celui-ci n'est soumis à aucune formalité²⁴⁸.

B. Désistement tacite

78. Le comportement de l'auteur du désistement. À la différence du désistement exprès, le désistement tacite ne résulte pas d'un acte volontaire. Il doit s'induire du comportement de son auteur²⁴⁹. Aussi est-il plus prudent, dans la mesure du possible, de recourir au désistement exprès.

79. Interprété par le juge. Ce comportement sera interprété souverainement par le juge du fond²⁵⁰. Ainsi, le désistement tacite pourra-t-il être constaté à la suite « *de faits ou d'une attitude incompatibles avec la volonté de poursuivre l'instance ou avec le maintien d'une demande antérieurement formée* »²⁵¹. Il appartiendra également au juge du fond de statuer sur la portée du désistement, si celle-ci fait l'objet d'une contestation²⁵².

80. À la recherche d'actes ou de faits précis et concordants. Le code judiciaire n'a pas entendu déroger au principe général de droit en vertu duquel la renonciation à un droit est « *de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation* »²⁵³.

En effet, le désistement d'une partie en litige ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie d'abandonner l'instance ou l'action (article 824, alinéa 3, du Code judiciaire). L'on ne présume donc jamais un désistement²⁵⁴.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 341.

²⁴⁵ Civ. Liège, 1er septembre 1976, *J.T.*, 1977, p. 102.

²⁴⁶ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 337.

²⁴⁷ Mons, 9 janvier 1981, *Pas.*, 1991, II, p. 96, concernant l'absence de mandat spécial ; Comm. Bruxelles, 28 janvier 2008, 2008-2009, p. 550 ; Cass., 5 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 183 ; Cass., 25 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 101.

²⁴⁸ C. trav. Liège, 7 décembre 1972, *Jur. Liège*, 1971-1972, p. 226.

²⁴⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, p. 735.

²⁵⁰ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 343 ; *Pand. belges*, v° désistement (matière civile), n° 36. L'auteur précise que la décision du juge du fond ne sera souveraine que dans la mesure où elle se base sur les circonstances de fait de la cause. Elle sera ouverte à cassation si elle tient à l'interprétation d'un point de droit.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Jurisprudence constante. Cass., 15 février 1974, *Pas.*, I, 1974, p. 630 ; Cass., 31 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 8 ; Cass., 5 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 54 ; Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 664 ; Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1306 ; Cass., 25 avril 2005, R.G. n°S.03.010N, www.juridat.be ; Cass., 23 janvier 2006, *Pas.*, 2006, p. 207.

²⁵⁴ Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2204.

81. Preuve. Le désistement tacite se déduisant de faits, la preuve de celui-ci peut être rapportée par toutes voies de droit, conformément au droit commun. Cette preuve, particulièrement s'il est fait par écrit, n'en sera que plus facile à rapporter.

82. Cas. Ne constituent pas un désistement tacite le fait de s'en remettre à la sagesse du juge²⁵⁵, de ne pas comparaître²⁵⁶, de se constituer partie civile devant le juge répressif après avoir porté sa demande devant le juge civil²⁵⁷, le fait de poursuivre devant le juge civil la demande faisant l'objet d'une action civile devant le juge pénal²⁵⁸, le fait d'introduire, postérieurement à une première demande de majoration d'une pension alimentaire, une deuxième demande ayant un objet analogue, sans faire état de la première²⁵⁹, etc.

Au contraire, constituent un désistement tacite le fait de cesser de réclamer la condamnation de l'adversaire²⁶⁰, le fait de réclamer l'exécution du jugement²⁶¹, etc. Par ailleurs, « *la clôture définitive de la faillite d'une société, qui a lieu sans la moindre réserve, indiquer, implicitement, mais de manière certaine, que la société a souhaité se désister de l'instance qu'elle avait introduite avant que la faillite ne soit prononcée* »²⁶².

²⁵⁵ Cass., 9 mars 1993, *Pas.*, I, 1993, p. 263 ; Gand, 30 juin 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 949.

²⁵⁶ Cass., 12 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 851 ; Cass., 30 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1131 ; C. trav. Liège, 13 janvier 1972, *Pas.*, II, p. 68 ; C. trav. Liège 25 mai 1972, *Pas.*, II, p. 155 ; C. trav. Bruxelles, 11 février 1972, *J.T.*, 1972, p. 447. Contra : T. trav. Bruxelles, 24 avril 1972, *J.T.*, 1972, p. 216 ; J.P. Messancy, 21 mai 1969, *Jur. Liège*, 1970-1971, p. 280.

²⁵⁷ Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1228.

²⁵⁸ Cass., 31 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 8 ; Comm. Bruxelles, 3 avril 1968, *Bull. ass.*, 1969, p. 67. T. trav. Anvers, 19 mars 1974, *R.W.*, 1974-1975, p. 955

²⁵⁹ Cass. 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 825.

²⁶⁰ Mons., 28 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 626.

²⁶¹ C. trav. Liège, 18 juin 1973, *Jur. Liège*, 1973-1974, p. 227.

²⁶² Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1228 cité par D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 287.

Chapitre II

La volonté du destinataire du désistement : coup de théâtre ?

83. Didascalie. Dès l'entame de cette étude, alors qu'il s'agissait d'en cerner le champ d'investigation, l'on a pu mettre en exergue que le consentement de la partie à laquelle le désistement est signifié s'avère, dans certaines circonstances, indispensable pour en assurer l'efficacité. De quelles circonstances s'agit-il ? Le demandeur, seul en scène jusqu'ici, verra-t-il ses projets éventuellement contrecarrés par la partie adverse ? Quelles sont les limites au droit de réplique de celle-ci ?

Ce chapitre est l'occasion d'apporter des réponses à ces questions et, par là-même, de mettre en lumière la lettre et l'esprit de l'article 825 du Code judiciaire²⁶³⁻²⁶⁴.

Il s'agira d'aborder et de discuter le *domaine d'application* de cette condition en première instance (section 1^{ère}) avant d'exposer quelques éclaircissements sur les modalités et les effets de l'acceptation (section 2).

Notons déjà que l'article 825 trouve à s'appliquer en degré d'appel, par le biais de l'article 1042 du Code judiciaire. Par contre, le désistement de l'instance en cassation produit ses effets sans qu'il appartienne au défendeur de l'accepter²⁶⁵.

Section 1. Champ d'application de l'article 825 du Code judiciaire

84. Introduction. En principe, seul le désistement d'instance sera, le cas échéant, bilatéral. Après avoir exposé le fondement de cette règle (§1), l'on appréciera l'opportunité de limiter la portée de l'article 825 du Code judiciaire au désistement d'instance (§2). Ceci nous conduira à formuler une proposition d'extension de son champ d'application (§3). Seront enfin abordés les actes de nature à lier l'instance (§4).

§1. Principe et ratio legis

85. Principe. La partie à laquelle est signifié un désistement d'instance reçoit, en règle, la faculté d'accepter ou de refuser celui-ci. L'auteur du désistement ne devra cependant composer avec le bon vouloir de la partie adverse qu'à la condition que cette dernière ait préalablement « conclu sur l'objet de la demande à laquelle il est renoncé » (article 825, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire).

²⁶³ Un principe analogue est admis en droit français, aux articles 395 et 396 du Nouveau Code de procédure civile. L'article 395 dispose que « le désistement n'est parfait que par l'acceptation du défendeur. Toutefois, l'acceptation n'est pas nécessaire si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste ». L'article 396 le complète : « Le juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime ». Ces articles ont un « ancêtre commun » avec l'article 825 de notre Code judiciaire : les articles 402 et 403 du Code de procédure civile.

²⁶⁴ L'exigence d'un accord de volonté des parties avait été fixée par la doctrine et la jurisprudence avant sa consécration légale ; C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 313.

²⁶⁵ Article 1112 du Code judiciaire.

Dès lors, le désistement d'instance présente une nature juridique évolutive. Il sera tantôt unilatéral, tantôt bilatéral²⁶⁶, et ce en fonction de l' « état d'avancement de la procédure »²⁶⁷.

86. Ratio legis. Les raisons de cette conversion tiennent, d'une part, au changement de caractère de l'instance²⁶⁸, qui devient contradictoire, et d'autre part, aux effets mêmes du désistement d'instance²⁶⁹ qui laisse planer une véritable épée de Damoclès au-dessus de la tête du défendeur.

87. Changement de caractère de l'instance. A l'instar du droit français, le droit belge adosse sa définition de l'instance à une conception juridique²⁷⁰. À l'aune de celle-ci, l'on considère qu'une fois liée²⁷¹ par le dépôt des premières conclusions du défendeur, l'instance est constitutive d'un lien juridique²⁷² d'origine et de nature légales²⁷³. Elle se présente donc comme un réseau de droits et d'obligations de nature formelle et processuelle qui « se superpose » au rapport de droit substantiel qui est la source du litige²⁷⁴.

En tant que partie à ce lien, le défendeur reçoit le droit d'être entendu sur ses prétentions²⁷⁵. Il lui est également ouvert le droit d'introduire d'éventuels demandes reconventionnelles ou appels incidents²⁷⁶.

Dès lors, « *de verweerder mag zich steeds tegen deze afstand verzetten als hij aantoonde dat de eiser hiermee de rechten schendt die het geding zou hebben doen ontstaan* »²⁷⁷. Il en va du respect des droits de la défense²⁷⁸ et du principe du contradictoire dont s'harnache naturellement notre procédure civile.

88. Effet du désistement. Les rédacteurs du Code judiciaire ont également considéré que l'instance une fois liée fait naître le droit « *d'obtenir un jugement qui la mette à l'abri d'une nouvelle procédure* »²⁷⁹.

²⁶⁶ Certains auteurs voient dans le désistement d'instance un acte absolument unilatéral. Voyons par exemple, en France : L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 36.

²⁶⁷ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 459.

²⁶⁸ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, p. 601.

²⁶⁹ P. RAYNAUD, « Le désistement d'instance », *R.T.D.C.*, 1942, p. 4.

²⁷⁰ En sus d'une conception procédurale. D'un point de vue procédural, la notion d'instance s'entend d'un « *laps de temps* » dont le point de départ est l'introduction d'une demande et le point d'arrêt, le prononcé d'une décision sur cette demande. G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 82. Cette période étant ponctuée par une succession d'actes de procédure menés à bien par les parties. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013, p. 374.

²⁷¹ J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Examen de jurisprudence (1991-2001) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 2002, p. 685.

²⁷² E. JEULAND, *Droit processuel général*, Paris, Monchrestien, 2012, p. 46. Le premier à avoir introduit cette conception en France est Henry Vizioz in H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p.47.

²⁷³ La conception contractuelle de l'instance – comme du reste sa conception quasi-contractuelle (Voy. R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949, p. 261) – apparaît aujourd'hui comme « *surannée et artificielle* ». P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 125. La considération qu'un « *contrat judiciaire* » unit les parties en litige a vécu : la majorité des commentateurs préfèrent concevoir l'instance comme un rapport juridique d'origine et de nature légales. Une évolution des plus saines. « *En réalité, le défendeur n'a d'autre choix que d'accepter le débat ou de refuser le contentieux en faisant défaut* ». Même dans ce cas, il court le risque d'être condamné. J. LINSMEAU et X. TATON, « Le principe dispositif et l'activisme du juge », *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 103.

²⁷⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2008, p. 510.

²⁷⁵ E. BLANC, *Nouveau Code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1980, p. 272.

²⁷⁶ C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964, p. 313.

²⁷⁷ J.P. Landen-Zoutleeuw 2 octobre 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 188.

²⁷⁸ Anvers, 1^{er} février 1994, *J.P.A.*, 1994, p. 238.

²⁷⁹ Civ. Gent, 5 janvier 2012, *T.G.R.*, 2012, p. 184 ; Civ. Gent, 10 mars 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1524.

89. Désistement d'instance unilatéral. Cependant, avant que le défendeur n'ait déposé ses premières conclusions, la matière litigieuse appartient en propre à la partie ayant initié le litige. Seul maître à bord, elle peut renoncer à l'instance « *en dehors de toute acceptation de la partie défenderesse* »²⁸⁰. A ce stade, il ne fait pas de doute que le désistement d'instance est un acte juridique unilatéral²⁸¹ puisque « *ce qu'une seule volonté a pu créer, une seule volonté pourra l'anéantir* »²⁸².

§2. Exclusion du désistement d'un acte de procédure et du désistement d'action

90. Exclusion du désistement d'un acte de procédure. Il n'est point apparu utile au législateur de requérir l'accord de la partie adverse à un désistement d'acte de procédure étant donné que la renonciation à cet acte ne saurait affecter ses éventuels effets à l'égard de la partie adverse²⁸³.

Ainsi, s'il contenait « *un aveu ou un consentement* »²⁸⁴, la partie adverse pourrait-elle s'en prévaloir. Plus encore, un tel aveu ou consentement peut également se déduire du fait même du désistement²⁸⁵.

Par ailleurs, et en toute logique, si l'acte de procédure sur lequel porte le désistement est l'acte introductif d'instance, c'est le régime juridique du désistement d'instance qu'il conviendra d'appliquer²⁸⁶. Par conséquent, l'adhésion de la partie adverse sera nécessaire dans les conditions prescrites par l'article 825 du Code judiciaire.

91. Exclusion du désistement d'action. Il n'est pas davantage fait exception au caractère unilatéral du désistement d'action²⁸⁷, sans doute parce que, renonçant à un droit, le *ius agendi*, dont il est le seul à pouvoir disposer, le demandeur ne pourrait être contraint de poursuivre l'instance²⁸⁸ par l'effet d'une volonté étrangère à la sienne.

92. De telles exclusions sont-elles souhaitables ? Si la solution retenue par le législateur concernant le désistement d'un acte de procédure reçoit toute notre approbation, il ne saurait en être de même de celle qui préside au désistement d'action.

La question est simple et mérite d'être posée : ne serait-il pas souhaitable d'envisager le désistement d'action comme un acte bilatéral dès lors que la partie à laquelle il est signifié a préalablement conclu sur l'objet de la demande qui concrétise l'action à laquelle il est renoncé ?

93. Arguments défavorables à l'exclusion. Certes, l'action en justice constitue un droit subjectif (*supra*). Cette réalité, cependant, ne doit pas occulter le fait qu'en se désistant de l'action, le demandeur

²⁸⁰ Civ. Liège, 1er septembre 1976, *J.T.*, 1977, p. 566. Jurisprudence constante et séculaire. Voyons déjà Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, II, p. 225.

²⁸¹ R. RASIR, *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 84 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile. Deuxième partie. L'instruction de la demande*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 323 ; Bruxelles, 17 octobre 1972, *R.W.*, 1973-1974, col. 478 ; Civ. Arlon, 16 janvier 1976, *Jur. Liège*, 1975-1976, p. 252.

²⁸² Pand. belges, v° Désistement (matière civile), p. 393.

²⁸³ Article 822, *in fine*, du Code judiciaire.

²⁸⁴ P. ROUARD, p. 330.

²⁸⁵ P. ROUARD, p. 330.

²⁸⁶ Un raisonnement analogue doit être tenu si l'acte de procédure qui fait l'objet du désistement est introductif d'une demande incidente ou d'un recours. Il s'agira respectivement d'un désistement de l'instance incidente ou du recours. C. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2002-2012). Introduction et incidents de l'instance », *R.C.J.B.*, 2014, p. 248.

²⁸⁷ J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 119 ; Civ. Charleroi, 14 mars 1975, *J.T.*, 1976, p. 118.

²⁸⁸ N. FRICERO, p. 9.

se désiste à titre accessoire²⁸⁹ de l'instance qui la particularise et qui en est l'expression processuelle : le désistement d'action induit un désistement d'instance²⁹⁰.

Sous cet angle, le défendeur à qui est signifié un désistement d'action et qui est, en l'espèce, en droit d'accepter (ou de refuser) un désistement d'instance, se voit nécessairement lésé de sa faculté d'acceptation.

La doctrine traditionnelle semble avoir bien perçu cet état de fait. On peut lire dans les Pandectes que les principes relatifs à l'acceptation du désistement d'instance « *sont applicables au cas où le désistement porte sur le droit fondement de l'action ; car, si celui-ci appartient exclusivement au demandeur, l'instance qui s'est engagée à son sujet est devenue commune aux deux parties litigantes (...) et la volonté d'une seule de ces parties ne peut l'anéantir* »²⁹¹.

En effet, une des raisons qui a poussé le législateur à ériger l'acceptation du défendeur au rang de règle générale en matière de désistement d'instance, résiste, sur le plan logique, à une transposition au domaine du désistement d'action. Il s'agit du droit acquis par la partie défenderesse à voir trancher ses prétentions par une décision de justice.

L'on pourrait nous objecter qu'il est loisible au défendeur au principal de l'instance abandonnée par l'effet du désistement d'action, de mettre en œuvre une nouvelle procédure au terme de laquelle il pourrait être entendu en ses arguments.

Certes, cette solution lui est ouverte mais l'on ne peut comparer - sans méconnaître les désagréments que peuvent impliquer l'obtention d'une décision de justice de nos jours - l'introduction d'une nouvelle procédure avec la simple remise de conclusions contenant une demande incidente dans le cadre d'une procédure existante, du moins en termes de célérité et de coût²⁹².

94. Arguments favorables à l'exclusion. Une telle mesure ne s'avère cependant pas indispensable, il faut bien le concéder. Comme on vient de le rappeler, la porte du tribunal n'est pas complètement fermée au défendeur qui souhaite introduire, par exemple, une demande reconventionnelle. Tout au plus, le désistement d'action en complique-t-il l'accès puisque celle-ci sera jugée comme une demande principale.

Plus fondamentalement, le désistement d'action intervient généralement, non dans un contexte litigieux mais plutôt comme clause d'un contrat de transaction, par exemple. Dans cette optique, la partie à qui le désistement est signifié n'a, d'une véritable partie adverse, guère plus que le nom.

²⁸⁹ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, p. 969.

²⁹⁰ Du reste, il n'est pas permis de renoncer par avance à une action en justice, étant donné que « *l'accès à la justice est une prérogative d'ordre public* ». R. PERROT, not. Sous Cass. fr., 19 novembre 1998, *J.C.P.*, janv. 1999, p. 7. Et l'auteur de poursuivre : « *quand un demandeur se désiste de l'action qu'il a exercée, l'objet de sa renonciation est nettement circonscrit par l'objet du litige tel qu'il a été formalisé dans les écritures du procès : il sait en connaissance de cause à quoi il renonce. Mais lorsqu'il s'agit d'une renonciation anticipée (...) la renonciation est forcément équivoque* ».

²⁹¹ Pand. belges, v° Désistement (matière civile), pp. 396-397.

²⁹² Un jugement de la Cour du travail de Liège du 7 janvier 2000 nous rappelle en effet que la possibilité d'introduire des actions reconventionnelles tient au souci « *d'assouplir le formalisme et de permettre l'économie des frais de justice* ». C. trav. Liège, 7 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1157. Voyons en ce sens : G. CLOSSET-MARCHAL, « Demandes additionnelles, nouvelles et reconventionnelles en appel », *Repenser l'appel. Actes du colloque du 5 mai 2011 sous la direction scientifique de P. Taelman*, Bruxelles, La Chartre, 2012, p. 101.

Il faut également prendre en considération l'effet potentiellement bénéfique du désistement d'action pour la partie adverse. L'on peut augurer que, dans la plupart des cas, celui-ci ne sera pas contesté.

§3. *Etendre le champ d'application de l'article 825, alinéa 2 du Code judiciaire*

95. Une proposition. Au terme de ces quelques réflexions, une proposition *de lege ferenda*.

A bien y réfléchir, une solution satisfaisante pourrait être d'étendre le champ d'application du second alinéa de l'article 825 du Code judiciaire (« *en cas de contestation, le désistement est admis ou, le cas échéant, refusé par une décision du juge* ») au désistement d'action, tout en laissant inchangée celui de son premier alinéa. Ainsi, dans la rigueur des principes, le caractère unilatéral du désistement serait maintenu. La validité de celui-ci ne serait donc pas systématiquement tributaire de l'acceptation de la partie adverse ayant déjà conclu.

Par contre, cette unilatéralité de principe serait tempérée par le pouvoir du juge de trancher en cas de contestation du désistement d'action par la partie adverse. Ceci permettrait de sauvegarder l'intérêt du défendeur si tant est qu'il apparaisse comme légitime au juge du fond²⁹³. Ceci permettrait également au juge d'identifier l'éventuel caractère téméraire et vexatoire du désistement d'action.

Certaines juridictions tant en France²⁹⁴ qu'en Belgique²⁹⁵ ont eu l'occasion de réserver à la partie adverse le droit de s'opposer à un désistement d'action tout en s'arrogeant le droit d'apprécier les motifs de cette opposition, malgré les dispositions légales en vigueur. La Cour d'appel de Gand a récemment tranché que « *dans le cas où le désistement d'instance - lequel est compris dans le désistement d'action - reste soumis à l'acceptation des parties défenderesses, il revient en définitive au juge d'apprécier, en cas de litige, si le désistement a été accepté* »²⁹⁶.

§4. *Actes de nature à lier l'instance*

96. Typologie. Cependant, pour l'heure, il n'y a que le désistement d'instance qui doit être accepté, à moins, précise le texte, qu'il n'intervienne avant que la partie adverse ait conclu sur l'objet de la demande à laquelle il est renoncé. Dès lors, en application de cette disposition, les demandes reconventionnelles et appels incidents ont pour effet de lier l'instance, tout comme le fait de soulever une fin de non-recevoir ou une exception par voie de conclusions²⁹⁷.

En droit français, le désistement d'instance requiert l'acceptation de la partie adverse si celle-ci a présenté antérieurement une défense ou une fin de non-recevoir (article 395 du Nouveau Code de procédure civile). Il en est de même si une demande reconventionnelle a été introduite préalablement

²⁹³ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991, p. 982.

²⁹⁴ Paris, 25 mars, 1960, *J.C.P.*, 1960, II, 11562 ; Lyon, 7 janvier 1957, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 135 ; Civ., 9 décembre 1986, *J.C.P.*, 1987, IV, p. 60, cités par H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, p. 983.

²⁹⁵ Voy. un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui considère que « *l'opposition au désistement d'action dont deux parties, de connivence conviennent au détriment d'autres parties s'analyse de la part de celles-ci en une intervention volontaire leur permettant d'obtenir, dès lors qu'elle justifie d'un intérêt, que soit maintenue à la cause la partie qui cherchait à en sortir* ». Liège, 12 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 172

²⁹⁶ « *In zoverre de afstand van geding, die mede in de afstand van rechtsvordering is vervat, onderworpen zou blijven aan de aanvaarding van de wederpartijen, komt het uitendelijk aan de rechter toe te oordelen of in geval van betwisting de afstand wordt ingewilligd* ». Gand, 8 février 2013, *R.D.J.P/P&B*, 2014, p. 218.

²⁹⁷ Il en est de même en droit français.

au désistement²⁹⁸. Par contre, les prétentions « *purement procédurales*²⁹⁹ » n'offrent pas le droit à la partie adverse d'apporter son consentement. Le désistement demeurera un acte unilatéral même s'il est précédé d'une exception³⁰⁰, d'une demande de constatation de la péremption³⁰¹ ou du renvoi de l'affaire à une audience ultérieure³⁰², etc.

97. Simultanéité. Dans l'hypothèse où les conclusions de la partie adverse interviendraient le même jour que l'acte de désistement, sans qu'aucune des parties ne puisse prouver l'antériorité de son geste, il faudrait, selon la doctrine belge, considérer ceux-ci comme concomitants et permettre à la partie adverse d'exprimer son acceptation ou son refus du désistement³⁰³.

Section 3. Modalités et effet de l'acceptation

§1. Modalités

98. Forme de l'acceptation. L'acceptation du désistement d'instance peut revêtir les mêmes formes que le désistement lui-même³⁰⁴. L'acceptation peut donc être expresse ou tacite.

99. Distinction entre l'acceptation et le référé à justice. Le fait pour une partie de se référer à justice ne saurait être considéré comme une acceptation du désistement d'instance³⁰⁵. Au contraire, s'en remettre à la sagesse du tribunal équivaut « *à une contestation actuellement non précisée de la demande de l'autre partie* »³⁰⁶. Il s'agit, ni plus ni moins, d'un moyen de défense³⁰⁷.

100. L'acceptation doit être pure et simple. Le Tribunal de Commerce de Bruxelles eut à connaître d'une espèce où le défendeur, ayant conclu préalablement au désistement du demandeur, recevait l'opportunité d'accepter celui-ci, ce qu'il fit, à la condition « *qu'il fût renoncé à sa mise à la cause dans le présent procès ou ultérieurement* »³⁰⁸. Voici, il faut le reconnaître, une tentative bien habile : si le désistement d'instance avait été prononcé dans ces conditions, il aurait eu les effets d'un désistement d'action. Le juge, relevant que cette transformation ne correspondait pas à la volonté du demandeur, rappela également que « *le Code judiciaire ne connaît pas d'acceptation conditionnelle d'un désistement* »³⁰⁹.

²⁹⁸ Cass. fr., 22 octobre 1981, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 15.

²⁹⁹ X, *Droit et pratique de la procédure civile (sous la direction de Serge Guinchard)*, 5^{ème} éd., *op. cit.*, p. 776.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Cass., fr., 29 mai 1991, *Bull. civ.*, II, n° 167.

³⁰² Cass., fr., 27 janvier 1993, *Bull. civ.*, II, n° 29.

³⁰³ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 459 qui s'appuie sur une ancienne décision de la Cour d'appel de Bordeaux : Bordeaux, 9 janvier 1956, *G.P.*, I, p. 305. Notons cependant que la Cour de cassation française a considéré qu'en cas de simultanéité, la liberté du désistement l'emporte. Cass. fr., 3 octobre 1984, *Bull. civ.*, II, n° 139.

³⁰⁴ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 463.

³⁰⁵ Civ. Bruxelles, 17 mai 1973, *Pas.*, 1973, III, p. 69.

³⁰⁶ *R.P.D.B.*, v° Acquiescement, Compl. t. IX, p. 14 ; Cass., 13 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 312 ; Cass., 12 janvier 1968, *Pas.*, I, p. 608 ; Cass., 7 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 532 ; Cass., 9 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 263.

³⁰⁷ Mons, 13 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 31.

³⁰⁸ Comm. Bruxelles, 15 septembre 1976, *J.C.B.*, 1976, p. 112.

³⁰⁹ *Ibidem*.

§2. Effet

101. Le désistement ne peut plus être rétracté. Lorsque la partie adverse au désistement, ou l'ensemble des parties adverses en cas de pluralité de celles-ci, ont communiqué leur acceptation de celui-ci, le demandeur perd la faculté de rétractation dont il jouissait jusqu'ici³¹⁰.

³¹⁰ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 282.

Chapitre III

Le juge, metteur en scène ou *deus ex machina* ?

102. Didascalie. Entre en scène un acteur du procès civil qui, jusqu'ici, s'était fait plutôt discret. Son rôle, bien que fluctuant, n'en est pas moins central : tout désistement, quelle qu'en soit la forme, est appelé à être constaté ou décrété par un jugement ou un arrêt émanant du juge saisi de la procédure abandonnée³¹¹.

C'est que, en matière de désistement, le rôle du juge présente une double nature. Si la communication de l'acte de désistement n'est accompagnée d'aucune contestation, il appartiendra au juge de constater celui-ci après en avoir vérifié la régularité (section 1). Le rôle du juge s'apparente, en ce cas, à celui du metteur en scène, chargé de veiller à la correcte prestation des acteurs.

Par contre, si une contestation surgit à propos d'un désistement d'instance bilatéral, il appartiendra au juge de la trancher sur la base de l'article 825, alinéa 2, du Code judiciaire et, éventuellement, de décréter le désistement (section 2). Le cas échéant, le désistement procèdera de la volonté du juge, venue se substituer au refus de la partie à laquelle le désistement est adressé³¹². Aussi, l'activité du juge peut-elle évoquer l'intervention inattendue d'un *deus ex machina*, permettant, contre toute attente, le dénouement de l'intrigue.

On le verra, s'interroger sur le rôle du juge conduit à traiter d'une question tout à fait essentielle en pratique : celle des voies de recours, au sens large du terme, susceptibles d'être intentées contre la décision du juge, dans les différentes hypothèses indiquées ci-dessus.

Section 1. Constatation du désistement

103. Le juge metteur en scène. En cette matière, le droit belge diffère du droit français. Après avoir présenté la solution retenue au sein de notre ordre juridique (§1), l'on développera celle que retiennent nos voisins français (§2).

§1. Le droit belge

104. Nécessité de la constatation du désistement. Le droit belge, contrairement au droit français, exige que les désistements fassent l'objet d'une intervention du juge, indépendamment de la question du moment où ils sont parfaits et sortent leurs effets (*infra*).

105. Nature de la décision de constatation. Le jugement qui entérine le consensus des parties, comme du reste celui qui acte la volonté du demandeur en cas de désistement d'instance unilatéral ou de désistement d'action, se révèle être un jugement d'accord dont le principe est déposé à l'article 1043 du Code judiciaire.

³¹¹ J.P. Leuze, 21 décembre 1956, *J.J.P.*, 1958 cité par A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 460.

³¹² P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 18.

Le jugement d'accord est « *un acte dans lequel le juge, à la demande expresse des parties, donne la forme d'un jugement à un accord intervenu entre elle* »³¹³. Puisqu'il implique un échange de consentement, le jugement d'accord rappelle la figure du contrat.

Cependant, force est de reconnaître à cette convention un particularisme marqué puisqu'elle bénéficie de l'autorité de la chose jugée³¹⁴ et fournit aux parties un titre exécutoire³¹⁵, ce qui exclut toute action principale en nullité à son encontre.

D'une décision de justice le jugement d'accord n'a que la forme puisque le juge, se contentant de recevoir ou non le désistement, ne tranche aucune contestation³¹⁶. Il est uniquement appelé à vérifier s'il a été bien saisi, si l'accord a été valablement conclu et si l'accord n'est pas contraire à l'ordre public³¹⁷.

Voici donc une figure juridique à la croisée des notions de jugement et de contrat. Cyr Cambier la qualifiait d' « *opération mixte* »³¹⁸.

Les possibilités d'appel ou de pourvoi en cassation d'un jugement d'accord - et par conséquent d'un désistement - sont donc strictement limitées par la loi : elles se résument à une voie de recours ouverte aux parties par l'article 1043 du Code judiciaire « *en tant que voie de nullité* »³¹⁹.

Cet appel ne sera recevable que s'il est établi que l'accord n'a point été légalement formé. En effet, « *hoger beroep is enkel mogelijk om de nietigverklaring van een ongeldig akkoordvonnis te bekomen, niet om de hervorming van een wettelijke tot stand gekomen akkoordvonnis na te streven* »³²⁰. Autrement dit, la voie de recours dont il est question ne pourra être mise en œuvre qu'en cas de vice inhérent à l'accord³²¹. L'accord ne sera pas légalement formé s'il a été conclu par un incapable³²² ou si le consentement d'une des parties était entaché d'un vice³²³. La contrariété du contrat à l'ordre public peut également entraîner la réformation du jugement qui le constate³²⁴.

Cette solution nous paraît des plus cohérentes puisque les motifs de recours correspondent aux éléments que le juge se devait de vérifier avant d'entériner l'accord des parties.

106. Décision constatant un désistement d'instance unilatéral ou un désistement d'action : un jugement « d'accord » ? Qualifier de jugement d'accord une décision qui constate le désistement alors qu'il revêt la forme d'un acte unilatéral peut paraître étonnant. Du reste, la doctrine traditionnelle considérerait la décision constatant le désistement d'instance comme un acte d'administration³²⁵, c'est-

³¹³ Bruxelles, 14 mai 1998, R.G.D.C., 1999, p. 269 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Droit judiciaire privé – Les voies de recours », R.C.J.B., 2006, p. 155.

³¹⁴ J. VAN COMPERNOLLE, « Examen de jurisprudence (1971-1985). Droit judiciaire privé – Les voies de recours », R.C.J.B., 1987, p. 117 ; B. SINDIC, « Le contrat de transaction », *Droit des contrats*, Recyclage en droit, Limal, Anthémis, 2007, p. 82.

³¹⁵ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, op. cit., p. 115.

³¹⁶ B. SINDIC, « Le contrat de transaction », op. cit., p. 83.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. 1, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1974, p. 162.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, p. 124.

³²¹ G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Presses universitaires de Liège., 1987, p. 487

³²² Bruxelles, 22 septembre 2004, R.G. 2001/KR/285, www.juridat.be.

³²³ Liège, 26 mai 1983, J.L., 1983, p. 337.

³²⁴ M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, op. cit., p. 408.

³²⁵ P. ROUARD, op. cit., p. 329.

à-dire une simple mesure d'ordre (article 1046 du Code judiciaire) qui est définie tantôt comme celle qui « *a trait à la simple administration formelle de la justice et qui ne porte ni directement ni indirectement sur l'examen même de l'affaire ni ne peut influencer sur le jugement de celle-ci* »³²⁶, et tantôt comme une mesure qui « *ne résout aucune question de fait ou de droit litigieuse, ou n'en préjuge pas, de sorte que la décision n'inflige aucun grief immédiat à aucune des parties* »³²⁷.

Ces définitions sont séduisantes mais ne reflètent pas la réalité des prétoires. En effet, la plupart du temps, le désistement d'action ou le désistement d'instance unilatéral s'accompagne d'un accord sur les dépens. Le désistement implique donc un accord entre les parties, non pas sur son principe même mais bien sur la modalisation de l'une de ses conséquences qui est de soumettre la partie qui se désiste au paiement des dépens (article 827 du Code judiciaire).

Par ailleurs, les mesures d'ordre ne sont pas exécutoires, ce qui n'est pas le cas, fort heureusement, des jugements constatant les différentes espèces de désistements.

§2. Le droit français

107. Rôle du juge. La Cour de cassation française admet que l'instance et l'action s'éteignent sans que le juge ne doive donner acte aux parties de leur désistement³²⁸. Aussi, pour que le désistement produise ses effets, il faut mais il suffit que le demandeur manifeste sa volonté d'abandonner l'instance ou l'action et, le cas échéant, que le demandeur déclare accepter celui-ci³²⁹.

Cette solution est conforme au prescrit de l'article 395 du Nouveau Code de procédure civile qui dispose, s'agissant du désistement de première instance, que « *le désistement n'est parfait que par l'acceptation du défendeur* ».

Néanmoins, il est certaines décisions au fond qui ont prôné la solution inverse³³⁰. Celles-ci se fondent sur une interprétation littérale de l'alinéa 2 de l'article 384 du Nouveau Code de procédure civile (aux termes duquel « *l'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement* ») pour affirmer que seule une décision de dessaisissement saurait avoir pour effet d'éteindre l'instance après un désistement³³¹. Cette jurisprudence a cependant été rejetée par la Cour de cassation française³³².

Les parties qui souhaitent tout de même faire constater l'accord³³³ par lequel elles entendent se désister de l'instance s'adresseront utilement au juge saisi de l'instance principale.

³²⁶ A. FETTWEIS, *op. cit.*, n°705.

³²⁷ Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1071 ; Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2149 ; Cass., 30 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 1052 ; Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 550. G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », *R.C.J.B.*, 2014, p. 260.

³²⁸ Cass. fr., 5 janvier 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, 2, p. 601. Cons. Cass. fr., 19 avril 2005, *Bull. civ.*, I, n° 198 à propos d'un désistement d'action.

³²⁹ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 13 ; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2006, p. 780. Le rôle du juge se limite, dès lors, à la constatation de son propre dessaisissement. Ceci explique que l'extinction de l'instance résultant du désistement se produit avant même que la « décision » du juge n'intervienne. Cass., fr., 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n°354.

³³⁰ C.A. Toulouse, 16 décembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, 2, sommaire n° 419, C.A. Paris, 19 septembre 1991, *D.* 1991, I.R., p. 289.

³³¹ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 13.

³³² Cass., 21 juillet 1986, *Bull. civ.*, II, n° 177.

³³³ La constatation du désistement par le juge n'est pas dépourvue d'intérêt pratique : elle peut fournir aux parties une décision de donné acte prouvant l'extinction de l'instance. N. FRICERO, *op. cit.*, p. 13.

108. Nature de la décision constatant le désistement. La décision du juge sera considérée comme un jugement de donné acte qui ne constitue pas un acte juridictionnel mais seulement une mesure d'administration judiciaire³³⁴ laquelle, par voie de conséquence, n'aura pas l'autorité de la chose jugée et ne sera pas ouverte aux voies de recours³³⁵. Le cas échéant, elle pourra cependant être attaquée par voie de nullité principale³³⁶.

109. Conclusion. De la confrontation des régimes juridiques belge et français ressort une différence de perspective importante quant à la nature juridique du désistement d'instance, en oscillation constante entre l'échange de consentement des parties et l'acte du juge qui le constate³³⁷. En France, c'est l'aspect conventionnel qui est favorisé puisque le désistement y est parfait indépendamment de tout jugement qui le constate. Aussi, la doctrine la plus récente considère-t-elle encore le désistement d'instance comme une offre avant qu'il n'ait été accepté et comme un contrat une fois l'acceptation communiquée³³⁸. Il est toléré, notamment, que les créanciers de l'auteur du désistement poursuivent l'annulation de celui-ci dès lors qu'il a été réalisé en fraude de leurs droits³³⁹. En Belgique, au contraire, c'est l'aspect judiciaire qui semble prévaloir.

Section 2. Admission ou refus judiciaire du désistement

110. Principe. En cas de contestation (c'est-à-dire en cas de refus du désistement par la partie adverse), le désistement est admis ou, le cas échéant, refusé par le juge de l'instance principale³⁴⁰ (article 825, alinéa 2 du Code judiciaire). Le juge retrouve ici son pouvoir juridictionnel plein et entier. Il tranchera par un jugement ouvert aux voies de recours ordinaires aussi bien qu'extraordinaires.

L'on propose d'observer de quelle nature est le contrôle opéré par le juge ainsi que les critères qu'il est amené à prendre en compte pour fonder sa décision.

111. Motifs légitimes. Il ressort d'un arrêt du 22 janvier 2013 de la Cour d'appel de Bruxelles que « *lorsque le désistement d'instance est refusé par certaines parties adverses, il appartient au juge d'examiner si le refus est justifié par des motifs légitimes* » ou, en d'autres termes, d'apprécier si le refus n'est pas arbitraire ou injustifié³⁴¹.

En France, ce critère des « motifs légitimes » est consacré légalement par l'article 396 du Nouveau Code de procédure civile (« *le juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime* »). La doctrine française y voit, avec raison, une application de la théorie de l'abus de droit³⁴².

³³⁴ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2006, p. 780.

³³⁵ Cass. fr., 4 octobre 1966, *Bull. civ.*, III, n° 371.

³³⁶ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2008, p. 244.

³³⁷ G. HOSMANS et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, note n°12.

³³⁸ Cons. parmi d'autres, H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, p. 972.

³³⁹ N. FRICERO, *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁰ Mons, 3 novembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 96 ; Corr. Bruxelles, 6 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 19 ; Civ. Malines, 14 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 719.

³⁴¹ Bruxelles, 22 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 245 ; Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712.

³⁴² E. BLANC, *op. cit.*, p. 273.

Ainsi jugé qu'il est légitime pour les parties adverses de refuser le désistement dans la mesure où la poursuite de l'instance permettrait, si la Cour devait faire droit à leurs arguments, de les mettre à l'abri d'une nouvelle procédure en requête civile³⁴³. Le refus du désistement d'instance est également fondé sur un motif légitime lorsque « *l'intimé a interjeté appel incident et que le désistement violerait ses droits de la défense* »³⁴⁴.

112. Critères d'opportunité. Constatons pour terminer que le critère des « motifs légitimes » n'est pas consacré légalement par l'alinéa 2 de l'article 825 du Code judiciaire. Le juge du fond n'est donc pas cantonné à statuer sur la base de cet unique critère. Dès lors, la jurisprudence a pu considérer que si le refus de la partie a pour effet de soustraire un litige à son juge naturel, il ne sera pas pris en compte³⁴⁵. Le désistement pourra également être décrété afin que le litige soit porté devant le juge territorialement compétent³⁴⁶.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Anvers, 1^{er} février 1994, *J.P.A.*, 1994, p. 238 ; D. MOUGENOT, *La jurisprudence du Code judiciaire commentée. L'instance*, vol. II, Bruxelles, La Charte, 2013, p. 288.

³⁴⁵ T. trav. Bruxelles, 17 janvier 1975, *J.T.*, 1975, p. 265.

³⁴⁶ Le litige concernant un bien situé en France. Il serait souhaitable qu'il soit tranché par le juge territorialement compétent, ce qui ne serait pas le cas, en cas de prise en compte du refus de la partie adverse au désistement. Civ. Bruxelles, 17 mai 1973, *Pas.*, 1973, III, p.69.

Acte III

Dénouement

Où il est question des désistements, en effets

Chapitre I

Effets des désistements

113. Didascalie. Au théâtre, le dénouement est la partie finale de la pièce à l'occasion de laquelle l'intrigue se résout. Les personnages voient leur sort réglé au sein d'un ordre nouveau. Devant les cours et tribunaux, en cas de désistement, c'est l'instance que l'on dénoue, ou du moins un acte de celle-ci. Parfois ce dénouement s'accompagne d'une interdiction de recommencer le procès. Le premier effet des désistements est naturellement un effet d'extinction (section 2). Celui-ci s'accompagne d'un effet de dessaisissement (section 3). L'on examinera ces effets successivement, après en avoir précisé le point de départ (section 1).

Section 1. Prise d'effet des désistements

114. Désistement d'action. Le désistement d'action est parfait « *indépendamment de tout jugement qui le constate* »³⁴⁷. Par conséquent, si l'action fait l'objet d'une renonciation expresse lors d'une audience, il faudra considérer que le désistement est intervenu à la date de cette audience, et non à la date du jugement postérieur constatant le désistement³⁴⁸.

115. Désistement d'instance. Le désistement d'instance, quant à lui, doit nécessairement être constaté ou décrété par un jugement ou un arrêt pour sortir ses effets³⁴⁹. À suivre un arrêt de la Cour d'appel de Mons, il semblerait même que « *le désistement d'instance ne peut sortir ses effets que lorsqu'il fait l'objet d'un jugement coulé en force de chose jugée* »³⁵⁰.

Section 2. Effet d'extinction

116. Introduction. L'on présentera la portée de l'extinction (§2) à la suite des principes de celle-ci et de son éventuel tempérament (§1).

§1. Principes et tempérament

117. Extinction d'un acte de procédure. L'acte de procédure ayant fait l'objet d'un désistement est considéré comme non avvenu et peut être réintroduit (*adde supra*).

Le désistement d'un acte de procédure ne porte jamais renonciation à un droit. Ainsi jugé que « *le désistement de l'exploit de signification d'une contrainte ne vaut renonciation à la réclamation qui fait l'objet de la contrainte* »³⁵¹.

118. Extinction de l'instance. L'effet central du désistement d'instance a été déposé à l'article 826 du Code judiciaire, dont le premier alinéa se lit comme suit : « *le désistement d'instance, lorsqu'il a été accepté, emporte de plein droit que les choses soient remises, de part et d'autre, en même état que s'il n'y avait pas eu d'instance* ».

³⁴⁷ Civ. Bruxelles, 6 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1401.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 282.

³⁵⁰ Mons, 23 septembre 2008, R.G. n°2006/RF/62, www.juridat.be.

³⁵¹ Anvers, 16 mars 1994, *Rev. gen. enr. not.*, 1996, p. 96, cité par T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

En principe, tous les effets de l'introduction de l'instance sont donc réputés nonavenus³⁵², qu'ils aient bénéficié à la partie demanderesse ou à la partie défenderesse. La loi présume le consentement des parties à ce retour des choses à leur *pristin* état³⁵³.

119. Tempérament. Ce principe connaît une exception quant à l'interruption de la prescription. En règle, si le demandeur se désiste de sa demande, l'interruption de la prescription est regardée comme non avenue (article 2247 du Code civil) étant donné que la citation, dont l'interruption de la prescription est une conséquence, est considérée comme n'ayant jamais été introduite³⁵⁴.

Il faut composer, cependant, avec le second alinéa de l'article 826 du Code judiciaire aux termes duquel « *le désistement d'instance ne rend pas l'interruption de la prescription non avenue lorsqu'il est motivé par l'incompétence du juge* »³⁵⁵. Cette disposition vise à assurer le respect de l'article 2246 du Code civil qui porte que « *la citation en justice, donnée même devant un juge incompetent, interrompt la prescription* », en même temps qu'une certaine cohérence. En effet, il s'agit d'éviter que le désistement (par lequel le demandeur renonce à l'instance en raison d'une présomption d'incompétence du juge) ne produise davantage d'effet qu'un jugement déclarant l'incompétence du juge saisi³⁵⁶.

Le Code judiciaire impose une condition supplémentaire à l'interruption de la prescription. Le second alinéa de l'article 826 exige, en effet, que le désistement soit « *suivi, dans un même contexte, de la citation devant le juge compétent* ». Concrètement, cette disposition exige, pour que la prescription soit interrompue, qu'un même acte contienne à la fois l'exploit de citation devant le juge compétent et le désistement d'instance³⁵⁷.

120. Extinction de l'instance et de l'action. L'on a déjà eu l'occasion de commenter le premier alinéa de l'article 821 du Code judiciaire aux termes duquel le désistement d'action entraîne renonciation tant à la procédure qu'au fond du droit (*supra*).

Soulignons à présent que le désistement d'action emporte la « *disparition rétroactive de l'action* » : le jugement éventuellement prononcé, ainsi que l'appel contre ce jugement deviennent, l'un comme l'autre, sans objet³⁵⁸.

³⁵² « *Dit betekent dat het door de tegenpartij bij conclusie gevoerde verweer en de daarbij opgeworpen excepties zonder voorwerp worden* ». Gand, 10 mars 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1524.

³⁵³ P. ROUAD, *op. cit.*, p. 334.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 202.

³⁵⁵ L'interruption de la prescription demeure non avenue pour tous les cas de désistements ayant une autre motivation que l'incompétence du juge. Cons., par exemple : Cass., 27 février 1970, I, p. 564.

³⁵⁶ P. ROUAD, *op. cit.*, p. 203.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ C. trav. Bruxelles, 13 novembre 2002, R.G. n°42603, www.juridat.be

§2. Portée de l'extinction

A. Pluralité d'instances

121. L'instance cible. Qu'ils induisent une extinction de l'instance de manière directe ou simplement par voie de conséquence, les désistements d'instance et d'action voient leurs effets strictement limités à l'instance qui en est la cible ou qui est la concrétisation processuelle du droit d'agir visé.

Si deux époux saisissent chacun le juge du fond d'une demande en divorce, le désistement d'action de l'un n'a pas d'incidence sur la demande de l'autre qui demeure pendante³⁵⁹.

B. Demande reconventionnelle

122. Demande reconventionnelle antérieure. Le désistement de la demande principale n'a point d'effet sur la demande reconventionnelle qui lui préexistait³⁶⁰.

123. Demande reconventionnelle postérieure. Par contre, la demande reconventionnelle introduite postérieurement au désistement sera frappée d'irrecevabilité³⁶¹.

C. Appel incident

124. Appel incident antérieur. L'appel incident interjeté préalablement au désistement de l'appel principal est recevable à la condition que l'appel principal ait été interjeté dans le délai légal et qu'il ne soit pas frappé d'une cause de nullité³⁶².

125. Appel incident postérieur. Principe. L'article 825 du Code judiciaire, tel qu'il trouve à s'appliquer en degré d'appel, envisage deux situations différentes.

La première est celle où l'appelant souhaite se désister de l'instance d'appel postérieurement au dépôt, par l'intimé, de conclusions sur l'objet de la demande à laquelle il est renoncé. Dans ce cas, il est offert à l'intimé d'accepter ce désistement.

S'il accepte, étant donné qu'il n'existe plus d'instance entre les parties, l'intimé ne peut plus former d'appel incident³⁶³. Pour contester le jugement attaqué, il ne pourra avoir recours qu'à l'appel principal, dont la recevabilité est tributaire du respect du délai imposé par l'article 1051 du Code judiciaire³⁶⁴.

La seconde situation voit l'appelant se désister de son appel principal avant que l'intimé n'ait conclu en degré d'appel. Ici, l'acceptation de l'intimé n'est plus requise pour que s'éteigne l'instance et pour que lui soit retirée la possibilité d'introduire un appel incident.

³⁵⁹ Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 87.

³⁶⁰ « *Een afstand van geding door de eisende partij blijft zonder gevolg voor de tegeneis van de verwerende partij, die onafhankelijk van de hoofdeis verder blijft bestaan* ». J.P. Westerlo, 8 janvier 2007, *J.J.P.*, 2013, p. 203.

³⁶¹ Civ. Arlon, 11 juillet 1991, *J.T.*, 1991, p. 843 ; Comm. Gand, 2 novembre 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 50.

³⁶² Liège, 1^{er} décembre 1992, *Pas.*, 1993, I, p. 130.

³⁶³ M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gand, Story Publishers, 2009, p. 453.

³⁶⁴ J. VANDERSCHUREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », note sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.

Encore une fois, l'introduction d'un appel principal semble être la seule option qui s'offre à l'intimé souhaitant voir tranchées ses prétentions en degré d'appel³⁶⁵.

Dès lors, pour que l'intimé puisse faire juger son appel incident comme tel, il est impératif que celui-ci soit antérieur au désistement de l'appel principal car une fois celui-ci intervenu, aucune instance principale ne pourra servir de base à un quelconque appel incident.

126. Appel incident postérieur. Exception. Cette solution - séculaire³⁶⁶ - semble clairement remise en cause par deux arrêts de la Cour de cassation imposant une lecture nouvelle, audacieuse et potentiellement « *contra legem* »³⁶⁷ du prescrit de l'article 825 du Code judiciaire dans un cas bien précis : le jugement de première instance a été signifié et un appel est interjeté. Un désistement de l'appel principal intervient, avant que la partie intimée n'ait conclu. Celle-ci introduit un appel plus d'un mois après la signification du jugement et entend le faire juger comme un appel incident. Aussi étrange que cela puisse paraître, cet appel incident postérieur au désistement de l'instance d'appel principale sera déclaré recevable.

Initiée à l'occasion d'un arrêt du 16 octobre 1992, cette interprétation est revenue sur le devant de la scène à la faveur d'un arrêt du 14 janvier 2013.

127. L'arrêt du 16 octobre 1992. Aux termes de l'arrêt du 16 octobre 1992, « *lorsque la partie appelante renonce à la procédure, l'appel incident ultérieur de la partie intimée n'est irrecevable que si la partie intimée a accepté le désistement* »³⁶⁸.

La Cour, à cette occasion, rejette le pourvoi sur la base d'une interprétation restrictive des exceptions à la recevabilité de l'appel incident que sont la nullité ou la tardiveté de l'appel principal (article 1054 du Code judiciaire) : la partie intimée peut former incidemment appel à tout moment, sauf si l'appel principal est déclaré nul ou tardif. Dès lors, « *le désistement d'instance dans le chef de la partie appelante ne peut équivaloir à la nullité ou à la tardiveté de l'appel* » et l'appel incident doit être déclaré recevable.

128. L'arrêt du 14 janvier 2013. En l'espèce, l'appelant avait signifié vouloir se désister de l'instance d'appel avant que les intimés n'aient conclu en degré d'appel. Plus d'un mois après la signification du jugement d'appel, la partie intimée a introduit un appel incident par voie de conclusions. Le tribunal de première instance de Bruges (saisi en tant que juridiction d'appel sur base de l'article 577 du Code judiciaire), à l'occasion d'un jugement rendu le 10 septembre 2010, avait dès lors considéré l'appel incident de la partie intimée comme un appel principal, introduit par la voie de conclusions conformément à l'article 1054, 4°, du Code judiciaire. Le juge d'appel s'était ensuite empressé de déclarer cet appel principal irrecevable pour tardiveté dès lors qu'il avait été introduit plus d'un mois après la signification du jugement d'appel. La Cour de cassation cassa le jugement rendu par le juge d'appel au motif que « *dès lors qu'ils n'ont pas constaté que les demandeurs (les intimés en degré d'appel) ont accepté le désistement d'instance du troisième défendeur (appelant en degré*

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ G. CARRE, *Lois de la procédure civile*, Bruxelles, Meline, Cans et Compagnie, 1849, p. 191.

³⁶⁷ J. VANDERSCHUREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », note sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.

³⁶⁸ Cass., 16 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1161.

d'appel), les juges d'appel n'ont pas pu décider, sans violer les dispositions légales, (...) que l'appel des demandeurs n'était pas un appel incident et que cet appel était irrecevable pour cause de tardiveté »³⁶⁹.

129. Justification. Cet arrêt ne justifie pas à suffisance la solution surprenante que retient la Cour.

Cependant, il est possible de dégager les fondements d'une telle jurisprudence à la lumière des conclusions de l'avocat général Vandewal³⁷⁰, suivies par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 14 janvier 2013.

Le raisonnement de l'avocat général se fonde sur le postulat que l'article 825 du Code judiciaire énonce un principe général, celui de l'acceptation, et une exception, selon laquelle le désistement ne doit pas être accepté « avant que la partie adverse ait conclu ». L'exception devant être interprétée restrictivement, elle devrait se limiter « *aux conclusions prises sur le fond de l'affaire*³⁷¹ ». Ainsi, si le désistement intervient avant que la partie adverse n'ait introduit d'appel incident, son acceptation est nécessaire.

Voici, dès lors, l'introduction d'une « *dichotomie absente* »³⁷² du prescrit légal : si les conclusions de l'intimé postérieures au désistement de l'appel principal ne contiennent que des défenses à l'encontre de la prétention dont l'appelant de désiste, il est logique que celui-ci perde son droit de consentir au désistement étant donné qu'il n'a aucun intérêt à s'y opposer.

Par contre, si, par ses conclusions postérieures au désistement de l'appel, l'intimé souhaite introduire un appel incident et que l'appelant s'est désisté de l'instance principale, il voit s'éteindre le droit d'introduire un appel incident par voie de conclusions³⁷³, droit dont il bénéficie pourtant sur la base de l'article 1054, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire.

Considérant que l'intimé introduisant un appel incident conteste le désistement de l'appelant, l'avocat général préconise qu'un lien d'instance demeure entre les parties litigantes, du moins jusqu'à ce que le juge se soit prononcé sur le désistement³⁷⁴. De cette manière, le droit d'introduire un appel incident par conclusions est sauvegardé.

130. Appréciation. Une telle lecture de l'article 825 du Code judiciaire paraît, au premier abord, tout à fait intéressante et stimulante en ce qu'elle permet d'éviter que l'appelant mal intentionné ne maîtrise totalement la chronologie de l'instance et ne prive l'intimé du bénéfice d'un possible double degré de juridiction³⁷⁵.

³⁶⁹ Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.

³⁷⁰ Conclusions de M. l'avocat général Ch. Vandewal, *J.T.*, 2014, p. 457.

³⁷¹ « *en niet het geval te viseren van een conclusie van de tegenpartij waarin deze incidenteel beroep instelt. In dit laatste geval lijkt artikel 1054, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek te primeren* » ; Conclusion de M. l'avocat général Ch. Vandewal, *J.T.*, 2014, p. 457.

³⁷² J. VANDERSCHUREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », note sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.

³⁷³ Une faculté d'introduction d'un appel incident qui se trouve être à la fois « simple et économe » ; Conclusion de M. l'avocat général Ch. Vandewal, *J.T.*, 2014, p. 457.

³⁷⁴ Conclusions de M. l'avocat général Ch. Vandewal, *J.T.*, 2014, p. 457.

³⁷⁵ J. VANDERSCHUREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », note sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.

L'appelant, il est vrai, pourrait interjeter appel dont il se désisterait « *précisément un mois après que le jugement ait été signifié ou notifié* »³⁷⁶. La sentence pour l'intimé qui comptait contester la décision du premier juge par un appel incident³⁷⁷ serait, dès lors, « sans appel » : toutes les voies de réformation lui seraient fermées. L'instance ayant cessé d'exister, il faudrait considérer son appel comme principal et le juger *de facto* irrecevable puisque ne « *respectant pas le délai d'un mois prévu par l'article 1051 du Code judiciaire* »³⁷⁸.

Cependant, à bien y regarder, l'opportunité de cette protection renforcée de la partie intimée paraît bien limitée étant donné que l'attitude de l'appelant pourrait être sanctionnée de manière plus efficace, à notre estime, par le recours au principe de loyauté procédurale, sanctionnant l'abus de droit de procédure, notamment en cas de désistement vexatoire. Il semblerait en effet qu'un tel comportement, outre qu'il révèle l'intention de nuire dont est animé l'appelant, implique une manière d'exercer son droit d'agir en justice « *qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente* »³⁷⁹.

En effet, face à un tel verrouillage de la procédure par l'appelant, la partie intimée pourrait alléguer devant le juge qui a constaté le désistement³⁸⁰ que celui-ci était abusif. Le juge peut, selon nous, adopter deux attitudes face à une telle demande. Constatant le caractère abusif du désistement, il est possible qu'il refuse de lui donner effet. Considérant alors qu'il n'a pas été dessaisi, il analysera tant le fondement de l'appel principal que de l'appel incident. Par ailleurs, le juge peut également constater l'abus de procédure dans le chef de l'appelant tout en constatant le désistement de l'appel principal. Déclarant la recevabilité de l'appel incident, il se contentera de vérifier le fondement de celui-ci. Tel l'arroseur arrosé, l'appelant perfide reçoit, dans cette hypothèse, la monnaie de sa pièce.

Sur le plan pratique, la solution retenue par l'avocat général semble difficilement réalisable. Par hypothèse, au moment où l'appelant se désiste de son appel principal, la partie intimée n'a déposée aucune conclusion (qu'il s'agisse de simple défense au fond ou au contraire de conclusions contenant un appel incident).

Dès lors, le respect du principe dispositif impose au juge de décréter le désistement, étant donné qu'il n'est pas de sa prérogative de soulever une contestation inexistante.

Or, le raisonnement de l'avocat général implique que le juge doive en quelque sorte surseoir à statuer sur le désistement, préserver fictivement un lien d'instance d'ores et déjà éteint et dont personne, à ce stade, n'est plus partie, et ce, afin de permettre le dépôt hypothétique de conclusions par l'intimé. De plus, faut-il le souligner, il est nécessaire qu'elles contiennent un appel incident afin d'être recevables.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Qu'il soit recevable pendant toute l'instance d'appel, jusqu'à clôture des débats, même après la fin du délai légal accordé pour l'appel principal ; Bruxelles, 22 janvier 1975, *R.W.*, 1974-75, p. 2098 et Cass., 13 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 322.

³⁷⁸ J. VANDERSCHUREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », *op. cit.*, p. 448.

³⁷⁹ Cass., 31 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 135.

³⁸⁰ En vertu de l'article 563, alinéa 3 du Code judiciaire, les demandes reconventionnelles fondées sur le caractère téméraire ou vexatoire d'une demande sont portées devant le juge qui a été saisi de cette demande. Voy. Cass., 16 mars 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 623.

Par ailleurs, se pose également la question de savoir endéans quel délai un tel appel incident, postérieur à l'introduction d'un désistement d'instance d'appel, serait recevable. Classiquement, la Cour de cassation affirme que « *de gedaagde in hoger beroep incidenteel beroep kan instellen tot aan de sluiting van het debat voor de appelrechter* »³⁸¹. Cette limite n'est plus pertinente dans l'hypothèse qui est la nôtre, puisqu'un désistement est intervenu.

D. Mesures provisoires

131. Portée du désistement quant aux mesures provisoires. A l'occasion d'un arrêt du 4 janvier 1996, la Cour de cassation a brièvement explicité la portée du désistement quant aux mesures provisoires prononcées par le président du tribunal de première instance (aujourd'hui le tribunal de la famille) sur pied de l'article 1280 du Code judiciaire. Ainsi, *lorsqu'une partie introduit deux actions en divorce et qu'après avoir introduit la seconde, elle se désiste de la première, ce désistement n'a pas pour effet que les mesures provisoires, ordonnées au cours de l'instance en divorce dont elle s'est désistée, ne sortissent plus leurs effets* »³⁸²

Par ailleurs, de telles mesures provisoires demeurent également d'application lorsque des demandes réciproques de divorce sont introduites devant le même juge du fond et que l'une d'entre elles vient à disparaître suite à un désistement d'action. Les mesures provisoires, affirme la Cour, conserveront leurs effets au moins jusqu'à ce que la demande en divorce toujours pendante ait fait l'objet d'un jugement ou d'un arrêt coulé en force de chose jugée³⁸³.

E. Désistement et ayant droit

132. Reprise d'instance. Il apparaît que le désistement lie les ayants droit de son auteur tant et si bien qu'une éventuelle reprise d'instance par un de ceux-ci ne saurait avoir d'influence sur le désistement préalablement accompli, du moins s'il a ensuite été accepté³⁸⁴.

F. Pluralité de parties

133. Relativité. Il faut être attentif au fait que le désistement d'action peut avoir un caractère relatif en cas de pluralité des parties adverses, dès lors que le demandeur souhaite se désister de son action à l'égard de certaines d'entre elles à l'exclusion des autres³⁸⁵.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 mai 1998 illustre ce principe. En l'espèce, la demanderesse, société anonyme, entendait faire reconnaître une faute contractuelle dans le chef de son cocontractant. Son action était également dirigée contre des tiers, responsables, selon elle, d'avoir sciemment prêté concours à la violation de l'engagement contractuel pris par son cocontractant. Elle se désista de son action contre son cocontractant tout en maintenant son action contre les tiers. La Cour d'appel de Liège, considérant que, ce faisant, elle avait « *nécessairement renoncé* » à l'action qu'elle dirigeait contre les autres défendeurs pour tierce complicité, la débouta de celle-ci. La Cour de

³⁸¹ Cass., 29 novembre 2007, R.G. n° C.07.0152.N, www.juridat.be.

³⁸² Cass., 4 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 14.

³⁸³ Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 87.

³⁸⁴ Cass., 23 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1063.

³⁸⁵ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 283.

cassation accueille le pourvoi de la demanderesse au motif que la renonciation de la partie demanderesse à l'action contre son cocontractant n'avait pu influencer l'étendue de ses droits à l'encontre des tiers³⁸⁶.

Par ailleurs, il a été jugé que la partie à l'égard de laquelle un désistement d'instance a été prononcé n'a pas d'intérêt à former tierce opposition contre le jugement rendu sur le fond de l'affaire³⁸⁷.

Section 3. Effet de dessaisissement

134. Le fond des demandes. Le désistement n'est pas sans effet sur l'office du juge qui se voit interdire, par son décret du désistement, de statuer sur le fond des demandes formées par l'auteur de celui-ci, « *en ce compris le fond d'une demande étendue ou modifiée introduite, même après le désistement, sur la base de l'article 807 du Code judiciaire* »³⁸⁸.

135. Le caractère téméraire ou vexatoire du désistement ? Néanmoins, il appartient au juge de statuer sur une demande de dommages et intérêts fondée sur le caractère téméraire ou vexatoire du désistement³⁸⁹. Cette solution, parfaitement justifiée selon nous, a été adoptée par la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 16 mars 2012. Préconisée par l'avocat général Génicot dans ses conclusions précédant l'arrêt précité, cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine³⁹⁰.

A la lumière de ces conclusions, l'on perçoit cependant pas moins de quatre arguments participant à créer une « *trame processuelle* »³⁹¹ favorable à un contrôle du juge fondé sur le caractère téméraire et vexatoire du désistement.

D'abord, si tout désistement emporte soumission de payer les dépens auxquels la partie qui se désiste est contrainte (article 827 du Code judiciaire, *infra*), le juge reçoit, de l'article 1022 du Code judiciaire, le pouvoir de réduire ou d'augmenter l'indemnité de procédure en tenant compte, notamment, du caractère manifestement déraisonnable de la situation.

Or, une telle marge d'appréciation n'est pas sans rappeler celle dont dispose le juge saisi d'une demande reconventionnelle en dommages et intérêts pour procédure téméraire ou vexatoire, étant donné que « *les circonstances tenant à une « situation manifestement déraisonnable » ne sont pas totalement étrangères à celles qui pourraient intéresser le caractère téméraire et vexatoire d'une procédure distincte* »³⁹².

L'avocat général s'appuie également sur un arrêt de cassation du 5 décembre 1994 qui, après avoir décrété le désistement du pourvoi, a néanmoins alloué des dommages et intérêts en vue de sanctionner le caractère téméraire et vexatoire de celui-ci³⁹³.

³⁸⁶ Cass., 22 mai 1998, *Pas.*, I, 1998, p. 622.

³⁸⁷ Liège, 3 décembre 2003, R.G. n° 2001/RG/318, www.juridat.be.

³⁸⁸ Cass., 26 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 1030 ; Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 309 ; Cass., 4 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1336.

³⁸⁹ Cass., 16 mars 2012, *Pas.*, I, 1998, p. 605.

³⁹⁰ Cons. L. LAMINE, B. SCHOENART et C. VAES, *Het tergend en roekeloos geding*, Mortsel, Interscientia, 2003, p. 215.

³⁹¹ Conclusions de M. l'avocat général Génicot, *Pas.*, 2012, I, p. 610.

³⁹² *Ibidem*, p. 609.

³⁹³ Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n°531.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où un pourvoi irrecevable pour tardiveté est soumis à son appréciation, la Cour de cassation s'arroge le pouvoir d'en contrôler le caractère téméraire³⁹⁴. Voici dès lors, une autre situation où la Cour, pourtant dessaisie de l'objet de la demande, peut condamner le demandeur à des dommages et intérêts³⁹⁵.

Le dernier argument qu'invoque l'avocat général en faveur de la possibilité d'un contrôle du caractère vexatoire et téméraire du désistement par le juge s'appuie sur une jurisprudence interprétant l'article 826 du Code judiciaire selon laquelle le décret d'un désistement d'instance « *n'implique pas l'inexistence des actes de la procédure à laquelle il a été renoncé par le désistement* »³⁹⁶.

³⁹⁴ Cass., 20 octobre 1995, *Pas.*, 1995, n°448.

³⁹⁵ Conclusions de M. l'avocat général Génicot, *Pas.*, 2012, I, p. 610.

³⁹⁶ Cass., 17 mars 1972, *Pas.*, 1972, p. 665.

Chapitre II Les dépens

136. Principes. En règle, la partie qui se désiste est considérée comme la partie succombante et doit, dès lors, supporter les dépens (article 827 du Code judiciaire) à moins qu'un accord des parties sur la question n'en décide autrement³⁹⁷ ou que l'alinéa 2 de l'article 1017 du Code judiciaire soit d'application³⁹⁸.

Comme tout désistement emporte soumission de payer les dépens, il n'est pas nécessaire que l'acte de désistement contienne une offre de supporter ceux-ci³⁹⁹.

Par ailleurs, l'article 827 prévoit un « *mode exceptionnel de contrainte au paiement des dépens* »⁴⁰⁰. Aussi, n'est-il pas pertinent que le jugement qui constate ou décrète le désistement prononce une condamnation en ce sens. C'est pourtant fréquemment le cas en pratique⁴⁰¹.

Il a été jugé que le tribunal saisi peut statuer sur les dépens malgré son incompétence⁴⁰².

137. Application de ces principes aux désistements du pourvoi en cassation. La règle de l'article 827 du Code judiciaire est applicable à l'instance en cassation, tout comme le régime dérogatoire de l'article 1017 du même Code⁴⁰³.

La question de savoir si un accord des parties peut déroger à la règle de l'article 827 tel qu'il trouve à s'appliquer au désistement du pourvoi en cassation ne reçoit pas une réponse claire dans la jurisprudence de la Cour.

Par un arrêt du 15 janvier 2001, la Cour constata le désistement de son pourvoi de la demanderesse et condamna celle-ci aux dépens alors que l'acte de désistement mentionnait que « *le désistement se justifie par le fait qu'une transaction est intervenue entre les parties, chacune de celles-ci supportant ses propres dépens devant la Cour* »⁴⁰⁴.

Les conclusions du premier avocat général Leclercq, précédant cet arrêt, justifient l'application de la règle habituelle par trois considérations. D'une part, il doit en être ainsi eu égard à la spécificité de la mission de la Cour qui est de statuer sur la légalité d'une décision et non de juger les intérêts des personnes⁴⁰⁵. D'autre part, « *le pourvoi en cassation ne peut faire naître, au profit de la partie adverse, aucun droit* »⁴⁰⁶. Dans ce contexte, il serait incongru que le pourvoi fasse naître des devoirs à la charge

³⁹⁷ T. DE HAAN, *op. cit.*, p. 284.

³⁹⁸ En matière de sécurité sociale, la condamnation aux dépens sera toujours prononcée à charge de l'autorité ou de l'organisme.

³⁹⁹ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 345.

⁴⁰⁰ Liège, 5 février 1970, *Jur. Liège*, 1969-1970, p. 281.

⁴⁰¹ P. ROUARD, *op. cit.*, p. 345.

⁴⁰² T. trav. Audenarde, 21 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 732.

⁴⁰³ Cass., 24 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1111. En matière d'accidents du travail, par exemple, l'assureur-loi sera condamné aux dépens de l'instance en cassation. Cass., 17 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 381.

⁴⁰⁴ Cass., 15 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 81.

⁴⁰⁵ Conclusions du premier avocat général J.F. Leclercq, *Pas.*, 2001, I, p. 83.

⁴⁰⁶ *Ibidem*. C'est pourquoi l'article 1112 du Code judiciaire prévoit que l'acceptation de la partie adverse n'est pas nécessaire.

du demandeur⁴⁰⁷. Enfin, le premier avocat général rappelle que tout désistement emporte soumission de payer les dépens, sur pied de l'article 827 du Code judiciaire.

Or, un arrêt du 2 avril 2004 semble s'écarter de la solution dégagée par l'arrêt du 15 janvier 2001. La Cour y constate, sans plus de justification, que « *suivant l'acte de désistement, chacune des parties supportera ses propres dépens* »⁴⁰⁸.

138. Montant de l'indemnité de procédure. Par un arrêt du 15 avril 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que l'article premier, alinéa 5, de l'arrêté royal du 26 octobre 2007⁴⁰⁹ « *n'est pas applicable par analogie à l'hypothèse d'un désistement d'instance* »⁴¹⁰. La doctrine en déduit que l'indemnité de procédure sera, dès lors, fixée au montant de base éventuellement réduite ou augmentée par le juge, dans les limites de l'article 1022 du Code judiciaire⁴¹¹.

139. Conformité de cette solution avec les principes d'égalité et de non-discrimination. SAMOY et SAGAERT se sont interrogés sur la conformité de la solution dégagée par la jurisprudence avec les articles 10 et 11 de la Constitution⁴¹² et ce, à deux niveaux.

D'une part, ils avancent qu'il y aurait une différence de traitement injustifiée entre le demandeur, auteur d'un désistement (vis-à-vis de qui l'article premier de l'arrêté royal ne s'applique pas et qui ne peut dès lors solliciter une diminution de l'indemnité de procédure⁴¹³) et le défendeur qui, payant sa dette, bénéficiera de la diminution.

D'autre part, ils déplorent que la partie qui se désiste entièrement de sa demande ne puisse obtenir de réduction de l'indemnité de procédure alors que la partie qui s'en désiste partiellement a accès à une réduction en pratique puisque, en principe, le montant de l'indemnité de procédure est fixé en fonction du montant réclamé dans les dernières conclusions⁴¹⁴.

140. Aucune indemnité de procédure ? Avant de refermer ce chapitre, il nous faut relayer l'existence d'une jurisprudence qui considère qu'il existe des cas où les dépens ne contiennent aucune indemnité de procédure. D'après le Tribunal de première instance de Nivelles, c'est le cas si le demandeur se désiste de sa demande alors qu'aucun jugement n'a été rendu sur la recevabilité ou le fondement du litige. Cet arrêt⁴¹⁵ se base sur la considération qu'il n'y a pas ici de partie succombante et que personne n'a véritablement obtenu gain de cause.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ Cass., 2 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 572.

⁴⁰⁹ Si le défendeur ou l'intimé, après la mise au rôle, fait droit à la demande et s'acquitte de ses obligations en principal, intérêts et frais, le montant de l'indemnité est équivalent à un quart de l'indemnité de base, sans pouvoir être supérieur à 1000 euros.

⁴¹⁰ Bruxelles, 15 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1143 ; A. KETTELS, S. LOUIS et O. MICHIELS, *Les indemnités de procédure*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 58.

⁴¹¹ En effet, « *le désistement d'instance n'entraîne pas l'application du minimum légal de l'indemnité de procédure* ». J.P. Tournai, 26 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 544.

⁴¹² I. SAMOY et V. SAGAERT, « *Kroniek verhaalbaarheid erelonen* » *C.B.R. Jaarboek 2008-2009*, Anvers, Intersentia, 2009 p. 24, cité par A. KETTELS, S. LOUIS et O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 59.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ Une décision du Tribunal de première instance d'Hasselt en date du 8 novembre 2010 va également dans ce sens. Civ. Hasselt, 8 novembre 2010, *Limb. Rechts.*, 2012, p. 72.

Epilogue

En introduction du présent mémoire, l'on s'employait à présenter le jeu de l'écriture du droit (auquel se livre le juge, accompagné des parties) comme une perpétuelle tension dialectique comprenant « *un élément de régulation, de convention, de répétition d'une part et un élément de hasard, d'invention et de fantaisie d'autre part* »⁴¹⁶.

A l'heure de déposer la plume, il nous faut constater que les pages qui précèdent ont surtout permis d'illustrer la composante d'invention de ce paradigme tant la matière des désistements s'avère être un terrain particulièrement propice à la créativité des juges.

De notre premier acte, l'on retiendra, bien entendu, l'évolution jurisprudentielle remarquable qui a vu l'autorisation de l'acquiescement et du désistement de l'instance d'appel en matière de divorce et de séparation de corps. Une autorisation que l'on souhaite voir élargie au plus vite à l'ensemble des matières touchant l'ordre public, non pas pour des raisons d'opportunité, mais bien parce qu'il en va de la cohérence du système qui ne saurait tolérer que le silence d'une partie en litige entraîne sa renonciation aux voies de recours (par le biais de l'acquiescement implicite) alors qu'en des circonstances identiques, une telle volonté exprimée de renonciation ne puisse produire aucun effet.

L'acte II, quant à lui, a entendu rendre compte des entrées en jeu successives des parties et du juge et ainsi, exprimer les conditions de fond et de forme des désistements. A cette occasion, l'on a plaidé pour un élargissement du pouvoir juridictionnel du juge en cas de contestation relative à un désistement d'action.

Pour ce qui concerne l'acte III, porteur du dénouement de l'intrigue, l'on se souviendra surtout de la jurisprudence déclarant recevable un appel incident postérieur au désistement de l'instance d'appel, défiant ainsi toute la chronologie classique de l'instance.

Outre ces quelques points saillants, c'est une multitude de questions de portée plus restreinte que la jurisprudence tranche au quotidien.

Nous avons tenté de nous frayer un chemin à travers ce labyrinthe de fausses évidences, sachant qu'inlassablement les juridictions poursuivent leur œuvre de création du sens du droit.

⁴¹⁶ F. OST, « Pour une théorie ludique du droit », *op. cit.*, p. 92.

Bibliographie

Législation

Belgique

- Code judiciaire.
- Code civil.
- Arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat, *M.B.*, 9 novembre 2007.
- Arrêté royal du 20 juillet 1971 instituant une assurance indemnités et une assurance maternité en faveur des travailleurs indépendants et des conjoints aidants, *M.B.*, 7 août 1971.

France

- Nouveau Code de procédure civile.

Doctrine

Belgique

- ANDRE, C., « Le terme de la procédure de règlement collectif de dettes », *Le règlement collectif de dettes*, CUP, vol. 140, Bruxelles, Larcier, 2013, pp.308 et s.
- BAETMAN G., DELVA W. et BAX, M., « Overzicht van rechtspraak (1964-1974). Personen en familierecht », *T.P.R.*, 1974, pp. 404 et s.
- BELTJENS, G., *Encyclopédie de droit civil belge. Deuxième partie*, 2^{ème} éd., t. XIX, Bruxelles, Bruylant, 1908.
- BOULARBAH, H., BIEMAR B. et BAETENS-SPETCHINSKY, M., « Actualités en matière de procédure civile (2007-2010) », *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente CUP, vol. 122, Liège, Anthemis, 2010, pp. 112 et s.
- BOULARBAH, H., « Le désistement d'appel et l'acquiescement sont-ils (encore) prohibés en matière de divorce ? » *Div. Act.*, 2000/10, pp. 147 et s.
- BOULARBAH, H., « Les voies de recours », *Le point sur les procédures. Deuxième partie*, Formation permanente CUP, n°43, Liège, 2000, pp. 275 et s.
- BROECKX, K., *Het recht op hoger beroep en beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995.
- CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, t. 1, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1974.

- CARDYN, C., DEPRET, H. et LOOCKX, M., *Procédure fiscale contentieuse*, 3^{ème} éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- CASTERMANS, M., *Gerechdelijk privaatrecht*, Gand, Story, 2009.
- CÔTE, P.-A., « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leur rapport », *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- CLOSSET-MARCHAL, G., « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », *R.C.J.B.*, 2014, pp. 260 et s.
- CLOSSET-MARCHAL G., et VAN DROOGHENBROECK J.-F., *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- CLOSSET-MARCHAL, G., « Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 652 et s.
- CLOSSET-MARCHAL, G., *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983.
- CLOSSET-MARCHAL, G., « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 126 et s.
- CLOSSET-MARCHAL, G. « Examen de jurisprudence (2002-2012). Introduction et incidents de l'instance », *R.C.J.B.*, 2014, pp. 248. Et s.
- CLOSSET-MARCHAL, G., VAN DROOGHENBROECK J.-F., UHLIG S., et DECROËS, A., « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Droit judiciaire privé – Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 155 et s.
- CLOSSET-MARCHAL, G., « Demandes additionnelles, nouvelles et reconventionnelles en appel », *Repenser l'appel. Actes du colloque du 5 mai 2011 sous la direction scientifique de P. Taelman*, Bruxelles, La Charte, 2012.
- Conclusions de M. l'avocat général Génicot, *Pas.*, 2012, I, pp. 610 et s.
- Conclusions du premier avocat général J.F. Leclercq, *Pas.*, 2001, I, pp. 83 et s.
- DE CONINCK, J., « Toesting van geoorloofdheid van een overeenkomst : de openbare orde herbekeken », *R.G.D.C.*, 2004, pp. 302 et s.
- DE CORTE, R. et DECONNINCK, B., « Nullités après la loi du 3 août 1992 – Toilettage ou révolution ? », *Le droit judiciaire privé. Premier commentaire de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire*, Centre interuniversitaire de droit privé, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 134 et s.
- DE CORTE, R., « Hoe autonoom is het procesrecht ? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 20 et s..
- DE HAAN, T., « Le point sur...Les désistements », *J.T.*, 2001, pp. 281 et s.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 3^{ème} éd., 1962.
- DE LEVAL, G., *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993
- DU JARDIN, J., « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, pp. 623 et s.
- DE LEVAL, G., *Traité des saisies*, Liège, Presses universitaires de Liège., 1987.
- FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, Liège, faculté de droit, 1987.

- FETTWEIS, A., « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 130 et s.
- GERARD, P., BOULARBAH, H. et VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *Pourvoi en cassation en matière civile. R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- GREGOIRE, M., « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 57 et s.
- GREGOIRE, M., « L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *L'ordre public : concept et applications*, 1995, pp. 69 et s.
- GUTT E. et STRANART-THILLY, A.-M., « Examen de jurisprudence (1965-1970). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1973, pp. 146 et s.
- HORSMANS G., et VAN COMPERNOLLE, J., « L'acquiescement et le désistement en matière de divorce et de séparation de corps », *J.T.*, 1964, pp. 457 et s.
- KETTELS A., LOUIS S. et MICHIELS O., *Les indemnités de procédure*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 58.
- KIRKPATRICK, J., « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit », *Liber amicorum E. Krings*, Gand, Story-scientia, 1991.
- KRINGS, E. « Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming », *R.W.*, 1990-1991, pp. 316 et s..
- LAENENS, J., BROECKX, K. et SCHEERS, D., *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2004.
- LAMBERT, P., *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- LAMINE L., SCHOENART B. et VAES, C., *Het tergend en roekeloos geding*, Mortsel, Interscientia, 2003.
- LINSMEAU J., et TATON, X., « Le principe dispositif et l'activisme du juge », *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 103 et s.
- MALHERBE, C., « L'avocat désavoué », *L'avocat. Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 599 et s.
- MARCHAL, P., *Principes généraux du droit. R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- MARQUET, C., « Les défenses en droit judiciaire : vers un ordre public procédural », *Les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 13 et s.
- MOREAU, P., *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- MOUGENOT, D., « Actualité en matière d'office du juge, quelques réflexions d'un magistrat », *R.R.D.*, 2009, pp. 30 et s.
- MOUGENOT, D. *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, t. II, Bruxelles, La Charte, 2013.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M., « L'idée du jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n°30, 1993, pp. 191 et s.
- OST, F., « Pour une théorie ludique du droit », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 89 et s.

- Pand. belges, v° « Désistement (matière civile) ».
- PARMENTIER, C., *Comprendre la technique de cassation*, Opus de la J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2012.
- PHILIPPET, M., « Le juge voulu actif, perspective d'un juge du fond », *Rev. dr. Ulg.*, 2014/3, pp. 440 et s.
- Proc. gén. DU JARDIN, « Les droits de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, pp. 623 et s ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile. Deuxième partie. L'instruction de la demande*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1977.
- RASIR, R., *La procédure de première instance dans le code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 1978.
- RENCHON, J.-L., « La loi du 20 mai 1997 réparatrice de la réforme des procédures en divorce », *J.T.*, 1997, pp. 761 et s.
- *R.P.D.B.*, v° « Acquiescement », Compl. t. IX, pp. 1 et s..
- *R.P.D.B.*, v° « Appel en matière civile, sociale et commerciale », pp. 23 et s
- SAMOY, I. et SAGAERT, V., « Kroniek verhaalbaarheid erelonen » *C.B.R. Jaarboek 2008-2009*, Anvers, Intersentia, 2009 pp. 24 et s.
- SIMONT L. et DE GAVRE, J., « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 386 et s.
- SINDIC, B. « Le contrat de transaction », *Droit des contrats*, Recyclage en droit, Limal, Anthémis, 2007, pp. 82 et s.
- STERCKX, D., « Le mandat procédural de l'avocat », *J.T.*, 1997, pp. 401 et s
- VAN COMPERNOLLE, J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972.
- VAN COMPERNOLLE, J., CLOSSET-MARCHAL, G., VAN DROOGHENBROECK, J.-F., DECROËS A et MIGNOLET, O., « Examen de jurisprudence (1991-2001) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 2002, pp. 686 et s.
- VAN COMPERNOLLE, J., « Examen de jurisprudence (1971-1985). Droit judiciaire privé – Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 1987, pp. 117 et s.
- VANDERSCHUREN, J. « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », note sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, pp. 448 et s.
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F., *Cassation et juridiction, lura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1307 et s.
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, pp. 597 et s.
- VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Khol*, Commission Université-Palais, vol. 95, Limal, Anthémis, 2007, pp. 241 et s.
- VANLERBERGHE, B., « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten », *Echtscheidingsjournaal*, 1999/5, pp. 74 et s.
- VAN OMMESLAGHE, P., « Rechtsverwerking en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, p. 735.
- VAN REEPINGHEN, C., *Rapport sur la réforme judiciaire*, I, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 1964.
- WERY, P., « Questions choisies à propos de l'avocat mandataire », *L'avocat. Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 927 et s.
- WERY, P., *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000.

France

- ALGLAVE, E., « Définition de l'ordre public en matière civile », *Rev. prat. dr. fr.*, 1868, pp. 524 et s.
- BAUDRY –LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, t. 1., 12^{ème} éd., Paris, Sirey, 1919.
- BLANC, E., *Nouveau Code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1980.
- CADIET, L., *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2000.
- CADIET, L., « Les accords sur la juridiction dans le procès », *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, pp. 36.
- CADIET, L., NORMAND, J. et AMRANI MEKKI, S., *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2013.
- CORNU, G. et FOYER, J., *Procédure civile*, Paris, PUF, 1996
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Paris, PUF, 2011.
- DE KELLER, F.-L., *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, Paris, Ernest Thorin, 1879 (www.gallica.bnf.fr, consulté le 15 mars 2015).
- DOUCHY-LOUDOT, M., *Procédure civile. L'action en justice. Le procès. Les voies de recours*, Paris, Gualino, 2005.
- FLÜCKIGER, A., « L'acteur et le droit : du comédien au stratège », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXIX-121, 2001, pp 1 et s.
- FRICERO, N., « Désistement », *Jurisclasseur de procédure civile*, Paris, Editions du JurisClasseur, 2003, fasc. 682.
- GLASSON E. et TISSIER, A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^{ème} éd., t. II, Paris, Sirey, 1926.
- GUINCHARD, S., FERRAND, F. et CHAINAIS, C., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2008
- HERON J., et LE BARS, T., *Droit judiciaire privé*, Paris, Monchrestien, 2002.
- JEULAND, E., *Droit processuel général*, Paris, Monchrestien, 2012.
- KHUN, T., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.
- MOREL, R., *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949.
- PICHERAL, C., *L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 2001.
- RAYNAUD, P., « Le désistement d'instance. Contribution à l'étude de la renonciation à un droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1942, pp. 1 et s..
- RAYNAUD, P., « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D.C.*, 1936, pp. 763 et s.
- SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance*, Paris, Sirey, 1991.
- SOULIER, G., « Le théâtre et le procès », *Droit et société*, n°17-18, 1991, pp. 10 et s.
- VINCENT, J. et GUINCHARD, S., *Procédure civile*, 26^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2001.

- VINCENT, J., « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges P. Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, pp. 303 et s.
- VIZIOZ, H., *Etudes de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956.

Autres

- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1968.

Jurisprudence

Belgique

- Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 448.
- Cass., 16 mars 2012, *Pas.*, I, 1998, p. 605.
- Cass., 16 mars 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 623.
- Cass., 10 novembre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2516.
- Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 550.
- Cass., 30 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 1052 ;
- Cass., 26 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 1030
- Cass., 2 octobre 2009, R.G. n°C.08.168F, www.juridat.be.
- Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 2110.
- Cass., 23 février 2008, *Pas.*, I, p. 256.
- Cass., 29 novembre 2007, R.G. n° C.07.0152.N, www.juridat.be.
- Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2149 ;
- Cass., 9 janvier 2007, *R.D.J.P.*, 2007, p. 349.
- Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 681
- Cass., 23 janvier 2006, *Pas.*, 2006, p. 207.
- Cass., 25 avril 2005, R.G. n°S.03.010N, www.juridat.be
- Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1306
- Cass., 7 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 346).
- Cass., 2 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 572.
- Cass., 31 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 135.
- Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1071 ;
- Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1687
- Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 664
- Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2204.
- Cass., 15 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 81.
- Cass., 7 janvier 2000, R.G. n° C.96.0349.N..
- Cass., 28 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 100
- Cass., 22 mai 1998, *Pas.*, I, 1998, p. 622.
- Cass., 5 septembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 54

- Cass. 5 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 825.
- Cass., 17 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 472
- Cass., 17 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 381.
- Cass., 2 février 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 165
- Cass., 4 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 14.
- Cass., 23 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1063.
- Cass., 20 octobre 1995, *Pas.*, 1995, n°448.
- Cass., 31 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 8
- Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n°531.
- Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 309.
- Cass., 25 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 101.
- Cass., 9 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 263.
- Cass., 4 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1336.
- Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1228.
- Cass., 3 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1228
- Cass., 16 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1161.
- Cass., 5 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 183
- Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 87.
- Cass., 27 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1162.
- Cass., 19 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 188
- Cass., 27 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 601
- Cass., 21 juillet 1986, *Bull. civ.*, II, n° 177.
- Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 485
- Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, n°97.
- Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 181
- Cass., 2 février 1993, *R.D.J.P/P & B*, 1996, p. 181.
- Cass., 7 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 532
- Cass., 24 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1111.
- Cass., 26 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 94.
- Cass. 13 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 695.
- Cass., 7 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 15
- Cass., 9 février 1978, *J.T.*, 1978, p. 361
- Cass., 10 novembre 1977, *J.T.*, 1978, p. 118).
- Cass., 5 février 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 631.
- Cass., 13 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 322.
- Cass., 13 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 986
- Cass., 9 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 781
- Cass., 26 février 1975, p. 665
- Cass., 15 février 1974, *Pas.*, I, 1974, p. 630
- Cass., 17 mars 1972, *Pas.*, 1972, p. 665.

- Cass., 27 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510.
- Cass., 22 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 408
- Cass., 22 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 182
- Cass., 27 février 1970, I, p. 564.
- Cass., 15 janvier 1970, *Pas.*, 1970, p. 403
- Cass., 19 décembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 359.
- Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.
- Cass., 30 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1131
- Cass., 12 janvier 1968, *Pas.*, I, p. 608
- Cass., 14 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 980
- Cass., 13 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 312
- Cass., 2 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 379
- Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712.
- Cass., 28 janvier 1957, *Pas.*, I, p. 626
- Cass., 12 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 851
- Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, I, 699
- Cass., 20 février 1947, *Pas.*, 1947, p. 74.
- Cass., 18 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 234.
- Cass., 24 mars 1927, *Pas.*, 1927, p. 187.

- Gand, 8 février 2013, *R.D.J.P/P&B*, 2014, p. 218.
- Bruxelles, 22 janvier 2013, *J.T.*, 2013, p. 245 ;
- Gand, 10 mars 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1524.
- Mons, 23 septembre 2008, R.G. n°2006/RF/62, www.juridat.be
- Bruxelles, 15 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1143 ;
- Gand, 4 octobre 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2004, p. 373.
- Bruxelles, 22 septembre 2004, R.G. 2001/KR/285, www.juridat.be.
- Liège, 12 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 172
- Liège, 15 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 302.
- Liège, 3 décembre 2003, R.G. n° 2001/RG/318, www.juridat.be
- Gand, 30 juin 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 949.
- Bruxelles, 26 juin 2003, R.G., n° 2000/AR/569, www.juridat.be.
- C. trav. Bruxelles, 13 novembre 2002, R.G. n°42603, www.juridat.be
- Bruxelles, 16 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 451.
- Liège, 18 avril 2001, *F.J.F.*, 2001, p. 515.
- Liège, 27 février 2001, *J.T.*, 2001, p. 614.
- C. trav. Liège, 7 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1157
- Liège, 20 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 186,
- Bruxelles, 12 janvier 1999, *E.J.*, 1999, p. 73, note B. Vanlerberghe, « Berusting en afstand inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten ».

- Bruxelles, 14 mai 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 269
- Liège, 23 mai 1997, *F.J.F.*, 1997, p. 582. I
- Mons, 23 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 969.
- C. trav. Anvers, 15 septembre 1995, *Chron. D. S.*, 1996, p. 448.
- Mons., 28 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 626.
- Anvers, 16 mars 1994, *Rev. gen. enr. not.*, 1996, p. 96
- Anvers, 1^{er} février 1994, *J.P.A.*, 1994, p. 238.
- Bruxelles, 26 janvier 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 152.
- C. trav. Mons 11 décembre 1992, *R.R.D.*, 1997, p. 325.
- Liège, 1^{er} décembre 1992, *Pas.*, 1993, I, p. 130.
- C. trav. Mons, 12 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 420.
- C. trav. Liège, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 331
- Mons, 22 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 204 ;
- Mons., 17 septembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 80.
- Anvers, 22 décembre 1989, *Pas.*, 1990, II, p. 135.
- Liège, 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 258.
- Mons, 3 novembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 96
- Mons, 13 septembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 31.
- Liège, 18 juin 1986, *F.J.F.*, n°87/134.
- Gand, 27 avril 1984, *F.J.F.*, n°85/37
- Liège, 26 mai 1983, *J.L.*, 1983, p. 337.
- Gand, 24 septembre 1982, *F.J.F.*, n°83/88.
- Bruxelles, 17 mars 1981, *J.D.F.*, 1982, p. 224.
- Mons, 9 janvier 1981, *Pas.*, 1991, II, p. 96
- Anvers, 12 novembre 1979, *J.D.F.*, 1980, p. 247
- Liège, 27 juin 1978, *Jur. Liège*, 1978, p. 41.
- Mons, 2 juin 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 95 ;
- Bruxelles, 22 janvier 1975, *R.W.*, 1974-75, p. 2098
- Bruxelles, 21 novembre 1974, *Pas.*, 1975, II, p. 75.
- C. trav. Liège, 18 juin 1973, *Jur. Liège*, 1973-1974, p. 227.
- Bruxelles, 20 avril 1972, *R.W.*, 1973-1974, col. 544.
- C. trav. Liège, 7 décembre 1972, *Jur. Liège*, 1971-1972, p. 226.
- Bruxelles, 17 octobre 1972, *R.W.*, 1973-1974, col. 478
- C. trav. Liège 25 mai 1972, *Pas.*, II, p. 155
- C. trav. Bruxelles, 11 février 1972, *J.T.*, 1972, p. 447.
- C. trav. Liège, 13 janvier 1972, *Pas.*, II, p. 68
- Bruxelles, 9 octobre 1970, *J.T.*, 1971, p. 57
- Liège, 5 février 1970, *Jur. Liège*, 1969-1970, p. 281.
- Bruxelles, 28 avril 1969, *Pas.*, II, p. 181.
- Bruxelles, 4 juin 1960, *J.T.*, 1960, p. 524

- Bruxelles, 24 décembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 196.
- Gand, 17 janvier 1959, *R.W.*, 1958-1959, p. 2063.
- Bruxelles, 10 mai 1958, *Pas.*, 1959, II, p. 46
- Bruxelles, 17 juin 1938, *Pas.*, 1939, II, p. 119.
- Bruxelles, 15 avril 1938, *Pas.*, 1939, II, p. 117
- Liège, 3 janvier 1900, *Pas.*, II, p. 225.

- Comm. Bruxelles, 6 février 2014, *J.T.*, 2014, p. 198 et la note de T. DE HAAN, « Quand le juge soulève une contestation inexistante ».
- Civ. Gand, 5 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013/1, p. 324.
- Civ. Gent, 5 janvier 2012, *T.G.R.*, 2012, p. 184
- Civ. Hasselt, 8 novembre 2010, *Limb. Rechts.*, 2012, p. 72.
- Civ. Gent, 10 mars 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1524.
- Civ. Malines, 14 février 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 719.
- Comm. Bruxelles, 28 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 550.
- Comm. Gand, 2 novembre 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 50.
- T. trav. Audenarde, 21 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2004, p. 732.
- Civ. Marche-en-Famenne, 29 juin 1995, *J.J.P.*, 1995, p. 228
- Civ. Bruxelles, 6 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1401
- Corr. Bruxelles, 6 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 19
- Civ. Arlon, 11 juillet 1991, *J.T.*, 1991, p. 843
- Civ. Liège, 19 décembre 1980, *J.L.*, 1973-1974, p. 258.
- Comm. Bruxelles, 15 septembre 1976, *J.C.B.*, 1976, p. 112.
- Civ. Liège, 1er septembre 1976, *J.T.*, 1977, p. 102.
- Civ. Liège, 1er septembre 1976, *J.T.*, 1977, p. 566.
- Civ. Arlon, 16 janvier 1976, *Jur. Liège*, 1975-1976, p. 252.
- Civ. Charleroi, 14 mars 1975, *J.T.*, 1976, p. 118.
- Civ. Charleroi, 14 mars 1975, *Pas.*, 1975, III, p. 68.
- T. trav. Bruxelles, 17 janvier 1975, *J.T.*, 1975, p. 265.
- T. trav. Anvers, 19 mars 1974, *R.W.*, 1974-1975, p. 955
- Civ. Bruxelles, 17 mai 1973, *Pas.*, 1973, III, p. 69.
- T. trav. Bruxelles, 24 avril 1972, *J.T.*, 1972, p. 216
- Civ. Nivelles, 20 janvier 1970, *Rec. jur. Niv.* 1971, p. 9
- Civ. Nivelles, 26 mars 1969, *J.T.*, 1969, p. 463.
- Comm. Bruxelles, 3 avril 1968, *Bull. ass.*, 1969, p. 67

- J.P. Tournai, 26 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 544
- J.P. Deinze, 22 décembre 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2012, p. 869
- J.P. Landen-Zoutleeuw, 2 octobre 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 188.

- J.P. Westerlo, 8 janvier 2007, *J.J.P.*, 2013, p. 203
- J.P. Messancy, 21 mai 1969, *Jur. Liège*, 1970-1971, p. 280.
- J.P. Leuze, 21 décembre 1956, *J.J.P.*, 1958

France

- Cass. fr., 19 avril 2005, *Bull. civ.*, I, n° 198
- Cass., fr., 8 juillet 2004, *Bull. civ.*, II, n°354.
- Cass. fr., 19 novembre 1998, *J.C.P.*, janv. 1999, p. 7.
- Cass., fr., 27 janvier 1993, *Bull. civ.*, II, n°29.
- Cass., fr., 29 mai 1991, *Bull. civ.*, II, n° 167.
- Cass. fr., 3 octobre 1984, *Bull. civ.*, II, n°139.
- Cass. fr., 22 octobre 1981, *J.C.P.*, 1982, IV, p. 15.
- Cass. fr., 1^{er} avril 1981, *Gaz. Pal.*, II, *pan. jurispr.*, p. 317
- Cass. fr., 5 janvier 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, 2, p. 601.
- Cass. fr., 19 juillet 1976, *Bull. civ. II*, n° 255.
- Cass. fr., 4 octobre 1966, *Bull. civ.*, III, n° 371.

- C.A. Paris, 19 septembre 1991, *D.* 1991, I.R., p. 289.
- C.A. Toulouse, 16 décembre 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, 2, sommaire n° 419,
- Paris, 25 mars, 1960, *J.C.P.*, 1960, II, 11562
- Lyon, 7 janvier 1957, *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, p. 135
- Bordeaux, 9 janvier 1956, *G.P.*, I, p. 305

Table des matières

Prologue.....	6
Acte I Planter le décor <i>Où il est question de la notion de désistement, de son fondement conceptuel et de son domaine d'application</i>	8
Chapitre I Un incident de l'instance de portée variable	9
Section 1. Désistement d'un acte de procédure	9
Section 2. Désistement d'instance	9
Section 3. Désistement d'action.....	11
Section 4. Institutions voisines	11
Chapitre II Le principe dispositif	13
Section 1. Le procès : apanage des parties	13
Section 2. Principe dispositif, désistement d'action et désistement d'instance.....	15
Chapitre III Ordre(s) public(s) et désistements	17
Section 1. L'ordre public, cette notion fluctuante	17
Section 2. Restrictions traditionnelles à l'admissibilité de l'acquiescement, du désistement d'action et du désistement d'instance	18
Section 3. La question de l'acquiescement et du désistement d'une voie de recours en matière de divorce et de séparation de corps	21
Section 4. Appréciation des interdictions traditionnelles au regard de la solution dégagée en matière de divorce et de séparation de corps	27
Acte II <i>Dramatis personae</i> <i>Où est esquissée l'entrée en jeu des protagonistes</i>	29
Chapitre I Lever de rideau La communication du désistement par son auteur ou son représentant.....	30
Section 1. Volonté libre et éclairée.....	30
Section 2. Capacité requise pour se désister	35
Section 3. Modalité d'expression de la volonté du demandeur	38
Chapitre II La volonté du destinataire du désistement : coup de théâtre ?	42
Section 1. Champ d'application de l'article 825 du Code judiciaire.....	42
Section 3. Modalités et effet de l'acceptation	47
Chapitre III Le juge, metteur en scène ou <i>deus ex machina</i> ?	49
Section 1. Constatation du désistement.....	49
Section 2. Admission ou refus judiciaire du désistement	52
Acte III Dénouement <i>Où il est question des désistements, en effets</i>	54
Chapitre I Effets des désistements	55
Section 1. Prise d'effet des désistements.....	55
Section 2. Effet d'extinction.....	55
Section 3. Effet de dessaisissement	62
Chapitre II Les dépens	64
Epilogue	66
Bibliographie.....	67
Table des matières	78

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

