

Lessen van de ‘ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure’ voor het Belgische recht – Leçons des ‘ELI-UNIDROIT Règles modèles européennes de procédure Civile’ pour le droit belge

Inleiding

Wannes VANDENBUSSCHE

Jachin VAN DONINCK¹

1. Dit themanummer vormt de schriftelijke neerslag van de bevindingen van een besloten seminarie dat op 2 juni 2023 plaatsvond in de Faculteit Recht en Criminologie van de UGent. Het seminarie werd georganiseerd binnen het kader van het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht.² De doelstelling was om een globale reflectie te wijden aan de lessen die uit de *ELI Unidroit Model Rules of Civil Procedure* kunnen worden getrokken voor het Belgische burgerlijk procesrecht. In tegenstelling tot in vele andere rechtsstelsels, was dat in België nog niet gebeurd.

2. De *Model Rules of Civil Procedure* vloeien voort uit een gezamenlijk initiatief van UNIDROIT en het European Law Institute (ELI), twee internationale instellingen voor rechtseenmaking en ontwikkeling.³ Zij sluiten aan een bredere tendens om via *soft-law*-projecten de rechtsregels van verschillende landen dicht bij elkaar te brengen.⁴ De modelregels hebben als specifieke doelstelling om op Europees niveau meer consistentie te creëren in het civiele procesrecht, in de hoop om een nuttig instrument te bieden om de versnipperde en willekeurige ontwikkeling van het Europees burgerlijk procesrecht tegen te gaan.⁵

3. Verschillende werkgroepen kregen van UNIDROIT en ELI de opdracht om Europese regels op te stellen voor de belangrijkste thema's van de *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*⁶, met nog een bijkomend deel over hoger beroep. Volgens de preambule was het niet de bedoeling om simpelweg de bestaande gemeenschappelijke praktijken bij elkaar te brengen, oftewel een ‘*restatement*’ van het Europese burgerlijk procesrecht voor te bereiden, maar om regels voor te stellen die de beste praktijken weerspiegelen voor de toekomstige evolutie van het procesrecht.⁷ Aldus hebben de werkgroepen, met de ALI/UNIDROIT-beginselen als uitgangspunt, de nationale rechtstradities van de verschillende Europese rechtsstelsels en de relevante EU-wetgeving in overweging genomen, maar waar nodig ook internationale wetgevingsbronnen bestudeerd, zoals die van de Haagse Conferentie, de werkzaamheden van de Storme-commissie, het Europees Verdrag voor de Bescherming van de Rechten van de Mens, de teksten van de Raad van Europa en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁸ In de preambule wordt verder benadrukt dat het uiteindelijke resultaat geen alomvattend modelwetboek is, maar een reeks modelbepalingen die variëren in de mate van gedetailleerdheid, afhankelijk van de reeds bestaande convergentie tussen de Europese rechtssystemen en de redelijkheid en haalbaarheid van een verdere harmonisatie.⁹

1. Prof. dr. Wannes Vandenbussche is docent Burgerlijk Procesrecht aan de UGent en advocaat bij de Nederlandstalige Balie van Brussel. Prof. dr. Jachin Van Doninck is docent gerechtelijk recht, internationaal privaatrecht en ADR aan de Vrije Universiteit Brussel en eveneens advocaat te Brussel.
2. Wij willen ook graag onze dank betuigen aan de voorzitters van het Interuniversitair Centrum, mevrouw Beatrijs Deconinck en prof. dr. Jean-François Van Droogenbroeck, evenals aan prof. dr. Piet Taelman, die samen met mevrouw Deconinck het seminarie heeft voorgezeten en ondersteund.
3. Voor de volledige tekst in het Engels, zie www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf. Voor de volledige tekst in het Frans, zie www.unidroit.org/wp-content/uploads/2022/09/15-ELI-FR-Black-letter-rules-septembre-2022.pdf (raadpleging 25 september 2023).
4. Dat is de zgn. ‘*Model Soft Law Approach*’, zie R. DAVID, “Ch 5: The International Unification of Private Law” in R. DAVID (ed), *International Encyclopedia of Comparative Law: 2. The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, Leiden, Brill Nijhoff, 1975, 3.
5. GOVERNING COUNCIL UNIDROIT, Item No. 8 on the agenda: *Transnational Civil Procedure, Adoption of ELI-Unidroit regional rules*, UNIDROIT 2020 C.D. (99) B.10 rev., 2, nr. 2.
6. Dit eenmakingsproject uit 2005 richtte zich op de ontwikkeling van uniforme principes en regels voor grensoverschrijdende civiele procedures, <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/> (raadpleging 13 oktober 2023).
7. ELI – UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), preambule, p. 4, nr. 2.
8. *Ibid.*, p. 4, nr. 3.
9. *Ibid.*, p. 6, nr. 12.

4. De auteurs die hebben meegewerkt aan dit themanummer, hebben telkens één specifiek onderdeel ('Part') van de modelregels bestudeerd. De verschillende bijdragen bevatten hun voornaamste bevindingen. Iedere auteur heeft daarbij zijn eigen taal gebruikt, zoals al vele jaren de traditie is binnen het Interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht. Het themanummer volgt dezelfde structuur als de *Model*

Rules. De tekst streeft geen exhaustieve analyse na¹⁰, maar richt zich veeleer op de meest opvallende aspecten van de modelregels. De auteurs formuleren in voorkomend geval ook een of meerdere concrete voorstellen tot aanpassing van het Belgisch burgerlijk procesrecht. De hoop is dat de bevindingen een inspiratiebron kunnen vormen voor de wetgever bij toekomstige aanpassingen van het Gerechtelijk Wetboek.

10. Zo ontbreken ook een analyse van 'Part II – Parties' en 'Part X – Provisional and Protective Measures'.

Part I – Principles

Jachin VAN DONINCK

1. De docent gerechtelijk recht ziet zich bij aanvang van het academiejahr telkens voor een uitdaging geplaatst. Aangezien het Gerechtelijk Wetboek door veelvuldige wetwijzigingen al lang niet meer de systematiek heeft die het ooit betrachtte¹, is het zaak om het verwerven van inzicht te laten verlopen via de methode van beginselenonderwijs.² Betracht wordt om beginselen bloot te leggen en die beginselen tegelijk als toetsingscriterium te laten fungeren. Een betrachting waaraan de auteurs van het Gerechtelijk Wetboek zich liever niet waagden: “[I]l n’appartient pas au législateur de formuler des théories et un code n’est point une oeuvre pédagogique.”³ Gevolg was onder meer het ontbreken in dat Gerechtelijk Wetboek van een beginselmatige benadering van de verhouding tussen rechter en partijen.⁴ Dat die betrachting om beginselen bloot te leggen en te toetsen geen academische *spielerei* uitmaakt, moge blijken uit de vele vormen van doorwerking van internationale en Europese, al dan niet grondrechtelijke, normen in het domein van het gerechtelijk recht. Dat dwingt tot een continue heroverweging van het gerechtelijk recht in het licht van die beginselen.⁵ Een waarnemer van recente discussies in het domein van het gerechtelijk recht kan zich verder niet van de indruk ontdoen dat die discussies aan helderheid zouden winnen indien minstens de beginselen zouden worden benoemd waarmee stelling wordt ingenomen.⁶

Die ambitie hebben de auteurs van de *Model Rules* uitdrukkelijk wel. Door dit *soft-law*-instrument krijgen de nationale wetgevers maatstaven aangereikt bij het verfijnen van hun procesrechtelijk wettenarsenaal in burgerlijke en handelszaken. Dat gebeurt niet door een loutere bundeling van “*the law as it is*” maar wel door naargelang de graad van cohesie minder of meer gedetailleerde procesrechtelijke beginselen en regels aan te reiken: “[T]he end result is not a Model Code of Civil Procedure, but a set of model Rules that contain varying degrees of detailed regulation depending on the prevailing degree of convergence and the reasonability and feasibility of future more detailed harmonisation.”⁷ Harmonisering door het naar elkaar doen toegroeien van nationale procesrechtsstelsels, convergentie dus.⁸ In *Part I (General Provisions)*, *Section 2 (Principles)* bieden de *Model Rules* daartoe een afdeling aan over de fundamentele beginselen waarop de *Model Rules* steunen. De preambule heeft het over overkoepelende procedurele verplichtingen die zich opdringen aan de rechter, de partijen en hun advocaten: “*The most significant of these duties are the duty of co-operation and that of proportionality.*”⁹ Op die beide beginselen ga ik hierna nader in.

1. Over die wordingsgeschiedenis M. VANKEERSBILCK, *Justitie in de steigers: gerechtelijke hervormingen in België: de moeizame weg naar het gerechtelijk wetboek*, doctoraal proefschrift faculteit recht en criminologie, Gent, Universiteit Gent, 2019.
2. R. FOQUE, “Grondslagen en methoden van juridisch onderwijs”, *Law and Method* 2012, vol. 2, (6) 21: “Regelgeving en precedentenrecht worden daarin niet gedecontextualiseerd aangeleerd en gememoriseerd, maar zij worden integendeel ingebed en begrepen vanuit de impliciete beginselen die hen normatieve kracht en samenhang verlenen.”
3. C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Moniteur belge, 1964, 28.
4. M. VANKEERSBILCK, *Justitie in de steigers: gerechtelijke hervormingen in België: de moeizame weg naar het gerechtelijk wetboek*, doctoraal proefschrift faculteit recht en criminologie, Gent, Universiteit Gent, 2019, 285, nr. 442.
5. J. VAN DONINCK, “De doorwerking van het Europees recht in het burgerlijk procesrecht: niets dan uitdagingen”, *RW* 2020-21, (763) 770.
6. Ik doel hier op de saga over het onderscheid tussen de eindbeslissing (art. 19, eerste lid Ger.W.) en de beslissing alvorens recht te doen (art. 19, derde lid Ger.W.) en de gevolgen hiervan voor de appellabiliteit (cfr. art. 1050, tweede lid Ger.W.). Daarover recent nog Cass. 16 september 2022, AR C.21.0405.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220916.1N.9, <https://juportal.be/>, concl. R. MORTIER, *JT* 2023, 319, *RABG* 2022, 1196, noot S. SONCK, *RABG* 2023, 69, *P&B* 2023, 15; Cass. 16 september 2022, AR C.22.0035.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220916.1N.10, <https://juportal.be/>, *JT* 2023, 322, *RABG* 2022, 1194, *P&B* 2022, 195, *TRV-RPS* 2023, 160, noot D. DEFERME en M. VERHULST; eerder W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK et al., “Cassatie beëindigt discussie over bepaling uit Potpourriwet I (noot onder Cass. 11 juni 2021, AR C.17.0412.N)”, *Juristenkrant* 2021, afl. 432, 2; P. Taelman, “Eén stap vooruit in de kwalificatie van rechterlijke beslissingen: het cassatie-arrest van 11 juni 2021 (AR C.17.0412.N)”, *RW* 2021-22, 230; M. DE POTTER DE TEN BROECK en C. VAN SEVEREN, “Eerherstel voor de beslissing alvorens recht te doen” (noot onder Cass. 11 juni 2021), *RW* 2021-22, 506; B. ALLEMEERSCH, K. BROECKX, G. CLOSSET-MARCHAL, G. DE LEVAL, M.-A. DELVAUX, F. GEORGES, A. HOC, S. MENETREY, D. MOUGENOT, P. Taelman, P. THIRIAR, J. VAN COMPERNOLLE, W. VANDENBUSSCHE, J. VAN DONINCK, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, P. VAN ORSHOVEN en S. VOET, “Un arrêt sans dire droit.” (noot onder Cass. 3 december 2020), *JT* 2021, 100; J. VAN DONINCK, “De eindbeslissing in het burgerlijk proces: tijd om te beslissen”, *RW* 2019-20, 1477.
7. Ik citeer uit de aanbeveling van de GOVERNING COUNCIL UNIDROIT tot het aannemen van de *Model Rules*: GOVERNING COUNCIL UNIDROIT, *Item No. 8 on the agenda: Transnational Civil Procedure, Adoption of ELI-Unidroit regional rules*, UNIDROIT 2020 C.D. (99) B.10 rev., 5, nr. 19; voor de eigenlijke preambule cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 6-7.
8. W. VAN GERVEN, “Over codificatie, convergentie en algemene beginselen in een meergelaagd privaatrecht” in *Van alle markten. Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (1007) 1022-1023.
9. Ik citeer uit de aanbeveling van de GOVERNING COUNCIL UNIDROIT tot het aannemen van de *Model Rules*: GOVERNING COUNCIL UNIDROIT, *Item No. 8 on the agenda: Transnational Civil Procedure, Adoption of ELI-Unidroit regional rules*, UNIDROIT 2020 C.D. (99) B.10 rev., 5, nr. 20; ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 34, nr. 2.

A. Belangwekkende aspecten

2. Part I (*General Provisions*), Section 2 (*Principles*) stelt onder de titel A. “Co-operation” als algemene regel (*Rule 2. General*) voorop dat partijen, hun advocaten en de rechtbank moeten samenwerken met het oog op een eerlijke, efficiënte en tijdige geschillenbeslechting.¹⁰ Die algemene regel wordt verbijzonderd in *Rule 3. Over de rol van partijen en hun advocaten*. De bepaling stelt – en ik parafraseer – dat partijen en hun raadslieden (a) redelijke en passende maatregelen moeten nemen om het geding minnelijk op te lossen, (b) moeten bijdragen aan het behoorlijk procesverloop, (c) feiten en bewijs moeten bijbrengen, (d) de rechtbank moeten bijstaan bij het bepalen van de feiten en erop toepasselijke rechtsregels, (e) te goeder trouw en zonder procesrechtsmisbruik moeten handelen jegens de rechtbank en de tegenpartij.¹¹ *Rule 4. Over de rol van de rechter*¹² legt onder de titel “the General Case Management Duty” de rechter de verantwoordelijkheid op om het geding actief en efficiënt te leiden. De rechter moet erover waken dat partijen gelijk behandeld worden en erop toezien dat door het proces heen de partijen en hun advocaten de verplichtingen die de *Model Rules* hun opleggen naleven.¹³

3. In de toelichting bij *Rule 2* valt over de afkondiging van die samenwerkingsgedachte als hoeksteen van de geschillenbeslechting te lezen dat hiermee de historische tweedeling tussen accusatoire en inquisitoire procesmodellen wordt overstegen.¹⁴ Verderop lezen we dat de historische tweestrijd tussen de verklaring

van het procesgedrag van partijen aan de hand van het toernooimodel (willen winnen) of de samenwerkingsgedachte niet veel bijbrengt bij het formuleren van een werkbaar procesmodel.¹⁵ STÜRNER, een van de intellectuele peetvaders van de *Model Rules*, verwijst naar die ogenschijnlijk onontwarbare knop waar hij erkent dat “*it turned out to be very challenging and demanding to bring together different procedural cultures – having varying relationships to procedural scholarship – in order to create a consistent, albeit differentiating, system and co-ordination of various principles.*”¹⁶

4. Biedt de keuze voor de driezijdige samenwerking tussen partijen, advocaten en rechter een uitweg? Eerder dan die ‘derde weg’ te bewandelen had een ander beginsel¹⁷ wat mij betreft meer nadruk verdiend. Dat beginsel is de taak van de rechter. Ongeacht of het geschil finaal nu zal worden beslecht of opgelost¹⁸, consequente nadruk op het perspectief van de rechter biedt meer duidelijkheid. Naar Belgisch recht is het de rechter die in elke stand van het geding een minnelijke oplossing van geschillen bevordert (art. 730/1, § 1 Ger.W.).¹⁹ Naar Belgisch recht rust op de rechter de taak om het geschil te beslechten aan de hand van de geëigende rechtsregel, taak die door het Hof van Cassatie is erkend als algemeen rechtsbeginsel.²⁰ Net omdat een en ander raakt aan het algemeen belang dat gemoeid is met de rechtsbedeling²¹, moet dat werk gebeuren en kan de rechter de medewerking van de partijen vereisen. De medewerkingsplicht van de partijen geldt met andere woorden jegens de rechter, omdat op hem die taken rusten.²² Het idee van de actieve rechter²³, dat internationaal²⁴ en zelfs

10. “Parties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute.” (ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 36).
11. Voor de officiële ENG. tekst cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 40.
12. De lezer zal opmerken dat ik hier niet langer rechtbank maar wel rechter gebruik. Ik personaliseer daarmee de verantwoordelijkheid die de rechter wordt toebedeeld.
13. Voor de officiële ENG. tekst cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 43.
14. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 36, Comment nr. 1.
15. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 38, Comment nr. 7.
16. R. STÜRNER, “The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An introduction to their basic conceptions”, *Rabelszeitung* 2022, afl. 86, (422) 452-453.
17. Hier te verstaan als uitgangspunt waarin kernwaarden van procesrecht verrekend zijn. Vgl. I. GIESEN, *Beginselen van burgerlijk procesrecht in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Procesrecht*, deel 3, Deventer, Kluwer, 2015, 11, nr. 8: ‘als uitgangspunt voor verder uitgewerkte regels’; R.H. DE BOCK, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2011, 69: een beginsel geeft op een abstract niveau aan wat een rode draad, kerngedachte of onderliggende waarde is in het (proces)recht; S. GUINCHARD, “L'accès au juge. Le point de vue de juriste” in D. COHEN (ed.), *Droit et économie du procès civil*, Parijs, L.G.D.J., 2010, (25) 34: ‘Principes structurants’.
18. Kernachtig over het onderscheid tussen ‘beslechten’ en ‘oplossen’, zie P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Gerechtiglijk recht voor bachelors*, Leuven, Acco, 2014, 24: “het eerste [beslechten, JVD] gebeurt met of tegen de zin van de partijen, het tweede [oplossen, JVD] betekent dat er geen geschil meer is, en impliceert hun instemming.”
19. A.M. WILMOT, J. VAN DONINCK en E. ALOFS, “Een evaluatie van de wet van 18 juni 2018 tot bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing” in E. ALOFS en J. VAN DONINCK (eds.), *Bruggen bouwen. De wet van 18 juni 2018 tot bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing geëvalueerd*, Antwerpen, Larcier-Intersentia, 2023, (13) 47 e.v.
20. Cass. 4 maart 2013, AR C.12.0056.F, *Arr.Cass.* 2013, 569; Cass. 30 maart 2015, AR S.14.0017.F, *Arr.Cass.* 2015, 894, nr. 229.
21. Cfr. C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, I, Brussel, Moniteur belge, 1964, 331: “l’oeuvre d’intérêt général qu’est celle de la justice”.
22. Vgl. E. GRAS, “De grondslag voor de medewerkingsplicht – en in het bijzonder de mededelingsplicht – van partijen in het burgerlijk proces” in M.L. HENDRIKSE en A.W. JONGBLOED (eds.), *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2004, (167) 187 en 191.
23. Cfr. over dat beginsel in België in het bijzonder B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351-352, nr. 36, 590 en het besluit op p. 603; eerder o.m. G. DE LEVAL, “Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité”, *Rev.dr.ULB* 2006, (afl. 2), (9) 24, die het situeert als een ‘principe directeur du procès’.
24. In NI. I. GIESEN, *Beginselen van burgerlijk procesrecht in Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Procesrecht*, deel 3, Deventer, Kluwer, 2015, 496, nrs. 518 et seq.; eerder R.H. DE BOCK, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer, Kluwer, 2011, 345, stellingen 21 et seq. van haar proefschrift onder de hoofding ‘Actieve rechter’; in FR. A. AYNES en X. VUITTON, *Droit de la preuve – Principes et mise en œuvre processuelle*, Parijs, LexisNexis, 2017, 81, nr. 133; C. LEFORT, “Contribution à l’étude du pouvoir d’office du juge dans le procès civil” in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l’humanisme processuel. Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Parijs, Dalloz, 2010, (807) 816-817. In rechtsvergelijkende zin eerder reeds G.A. MICHELI en M. TARUFFO, “Evidence in the procedure” in M. STORME en H. CASMAN (eds.), *Towards a Justice with a human face. The first international congress on the law of civil procedure*, Antwerpen, Kluwer, 1978, (123) 125, nr. 10.

transnationaal²⁵ ruime weerklank vindt en ook in de *Model Rules* wordt gepropageerd (*Rule 4*), verduidelijkt evenmin als de coöperatieve gedachte²⁶ of de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het procesverloop²⁷ welk doel de rechter voor ogen moet staan. Consequente nadruk op het perspectief van de rechter doet dat zoals gezegd wel.²⁸ Dat perspectief had ook in de *Model Rules* meer nadruk verdiend.

5. Andere hoeksteen van de *Model Rules* is zoals gezegd het beginsel van de proportionaliteit. Onder titel *B. Proportionality* staat in *Rule 5. Rol van de rechter* te lezen dat (1) de rechter erover moet waken dat de geschillenbeslechting proportioneel is en (2) dat de rechter bij de beoordeling van de proportionaliteit van een rechtspleging rekening moet houden met de aard, het belang en de complexiteit van de concrete zaak en met zijn algemene verantwoordelijkheid voor alle zaken, de behoorlijke rechtsbedeling daarbij in acht nemend.²⁹ Ook dat beginsel wordt uitgewerkt in nadere regels. In *Rule 6. Rol van de partijen en hun advocaten* luidt het dat partijen en hun advocaten moeten samenwerken met de rechtbank met oog op een proportionele geschillenbeslechting. *Rule 7. Proportionaliteit van sancties* stelt dat sancties wegens inbreuk op de *Rules* proportioneel moeten zijn met de ernst van de zaak en het nadeel door de inbreuk berokkend. Zij moeten ook rekening houden met de mate van betrokkenheid van een partij en het al of niet opzettelijk karakter van de inbreuk.³⁰ *Rule 8. Proportionaliteit van gedingkosten* stelt dat die, voor zover mogelijk, redelijk en in verhouding moeten zijn

met de inzet van de zaak, de aard en complexiteit van de rechtspleging, het belang ervan voor de partijen en het algemeen belang.³¹

6. MOUGENOT vroeg zich recent over die proportionaliteit in het burgerlijk procesrecht af of het wel opportuun zou zijn om daarin een algemeen rechtsbeginsel te onderkennen. “*En effet, la proportionnalité (...) est dépourvue de contenu spécifique. Il s’agit surtout d’une méthode pour résoudre des conflits entre droits et intérêts.*”³² Een afweging die niet vooraf bepaalt wat het relatieve gewicht is van wat in de weegschaal wordt gelegd, kan naar haar aard slechts arbitraire uitkomsten opleveren.³³ Toch mag de discussie over de aanwending van zulke beginselen niet worden geschuwd. Keer op keer wordt immers vastgesteld dat in het Belgisch gerechtelijk recht als algemeen rechtsbeginsel aanvaarde beginselen zoals het verbod van procesrechtsmisbruik niet goed tot uitdrukking brengen wat dan wél van partijen mag worden verwacht, of nog, dat in afwegingen de macrodimensie van het algemeen belang van de openbare dienst van het gerecht en de goede rechtsbedeling pleegt te ontbreken.³⁴ Te denken valt aan de rechtspraak over de toerekening van de meerkosten die met het gebruik van de dagvaarding als gedinginleidende akte gepaard gaat³⁵, of nog, de toekenning van bijkomende conclusietermijnen als rechtsherstel bij uitiem verweer.³⁶ Indien proportionaliteit louter een methode en daarom nog geen concrete maatstaven aanreikt om in dergelijke debatten klaarheid te helpen brengen, dan kunnen beginselen zoals loyale

25. Vgl. *Principle 14*, eerste lid van de in de inleiding vermelde ELI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure*: “Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed.” <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/eli-unidroit-principles/> (raadpleging 13 oktober 2023).
26. Gaven eerder transversaal en rechtsvergelijkend die richting aan L. CADIET, J. NORMAND en S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2013, 886.
27. In die zin m.n. W.D.H. ASSER, H.A. GROEN, J.B.M. VRANKEN, m.m.v. I.N. TZANKOVA, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2006, 48 et seq.
28. Vgl. ook de zgn. *Overriding Objective* in artikel 1.1 van de Civil Procedure Rules van Engeland and Wales: “These Rules are a procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.” <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01> (raadpleging 13 oktober 2023, ik onderlijn).
29. Voor de officiële ENG. tekst cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 44-45. “With due regard for the proper administration of justice” luiden de slotwoorden.
30. Voor de officiële ENG. tekst cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 47.
31. Voor de officiële ENG. tekst cfr. ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure, From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf> (2020), 48.
32. D. MOUGENOT, “Le principe de proportionnalité en droit judiciaire” in S. MENETREY (ed.), *Actualités de droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2023, (15) 19.
33. Vgl. C.E. SMITH, “Belangenafweging door gevalsafweging”, *RM Themis* 2006, (141) 142. Voor een problematisering in de context van onrechtmatig bewijs: J. VAN DONINCK, *Het lot van onrechtmatig bewijs*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 231 e.v. en 252.
34. P. TAELMAN en J. VAN DONINCK, “Loyale procesvoering: (g)een (algemeen) rechtsbeginsel” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, E. GOOSSENS en J. VAN DONINCK (eds.), *Redelijk eigenzinnig...: Liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, Erna Guldix & Bruno Maes*, Herentals, Knops Publishing, 2023, (831) 836.
35. Cass. 7 oktober 2013, AR S.11.0108.N, *Arr.Cass.* 2013, 2030, *NJW* 2014, 218, noot C. VAN SEVEREN, *RW* 2014-15, 1582: uit de artikelen 700, eerste lid en 704, § 1 en 3 Gerechtelijk Wetboek volgt dat geschillen inzake arbeidsovereenkomsten naar keuze van de eiser kunnen worden ingeleid bij dagvaarding of bij verzoekschrift op tegenspraak. Hieruit volgt dat het inleiden bij dagvaarding van een dergelijk geschil op zich geen fout uitmaakt. Opdat het inleiden bij dagvaarding wanneer dit ook bij verzoekschrift op tegenspraak kan geschieden, als een fout kan worden aangezien, is vereist dat een normaal voorzichtigte persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst, redelijkerwijze anders zou hebben gehandeld. Cfr. hierover verder de bijdrage van S. MENETREY.
36. Cass. 16 september 2013, AR C.12.0032.F, *Arr.Cass.* 2013, 1820: Hoewel de rechter, op vraag van een partij, een deloyale handelwijze die het recht van verdediging aantast mag bestraffen en op die grond een conclusie uit het debat mag weren, stelt de partij die een vordering instelt in de laatste conclusie van de, overeenkomstig voornoemd artikel 747, § 1 en § 2, bepaalde procedurekalender, niet noodzakelijk een dergelijke deloyale handeling. In het ingewilligde cassatiemiddel was aangevoerd dat “in dat geval mag de andere partij, met toepassing van artikel 748, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek, in combinatie met het algemeen rechtsbeginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging, om een nieuwe conclusietermijn verzoeken of ervoor kiezen zich mondeling te verdedigen.” Daarover eerder B. MAES en J. VAN DONINCK, “Snelheid, eenheid, doelmatigheid, Kernwaarden voor de civiele rechtspleging?” in J. VAN DONINCK, L. VAN DEN HOLE en VLAAMS PLEITGENOOTSCAP (eds.), *Civiel procesrecht vandaag en morgen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 17-19, nrs. 13-14.

procesvoering³⁷, proceseconomie³⁸ of een gelaagd en eigentijds begrip als duurzaamheid dat mogelijkkerwijze wel.³⁹

B. Voorstel voor het Belgische recht

7. In de eerder geciteerde bijdrage over loyale procesvoering schreven Taelman en ondergetekende het volgende: “Meer dan ooit is er behoefte aan het verstevigen van de conceptuele onderbouw van deze rechtstak via het herijken van de beginselen waarop

zij geschoeid is of behoort te zijn. Bij die omslag van gevalstyperend denken (door detailregels) naar een benadering op basis van hoofdlijnen en beginselen – onlangs nog met verve bepleit door de president van de Nederlandse Hoge Raad⁴⁰ – kan het beginsel van de loyale procesvoering wetgever en rechtspraak blijven inspireren.”⁴¹ Hetzelfde kan ongetwijfeld worden gezegd over de Model Rules en de erin opgenomen beginselen. Codificatie van zulke leidende beginselen in een voorafgaande titel van het Gerechtelijk Wetboek zou van die omslag naar beginselenjurisprudentie dan de ultieme bekroning kunnen zijn.⁴²

37. P. Taelman en J. Van Doninck, “Loyale procesvoering: (g)een (algemeen) rechtsbeginsel” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, E. GOOSSENS en J. VAN DONINCK (eds.), *Rechtelijk eigennig...: Liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, Erna Guldix & Bruno Maes*, Herentals, Knops Publishing, 2023, (831) 836 e.v.
38. B. DECONINCK, “Actuele tendenzen inzake proceseconomie: Loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief” in *Liber Alumnorum KULAK. Huldeboek G. Macours – Actualia vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2005, (727) 730-731; voor een principiële stellingname (met vele verwijzingen) met name B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 470, 617-619, nr. 38 en 627.
39. Voor lopend doctoraal onderzoek hierover cfr. A.M. WILMOT, “Duurzaamheid en de civiele rechtspleging. Kanttekening bij het Belgisch burgerlijk procesrecht”, *RW* 2023-24, 554; <https://researchportal.vub.be/en/projects/sustainability-in-civil-adjudication>.
40. G. DE GROOT, “Gedachten over de wettelijke regeling van de civiele procedure” in *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, (109) 113.
41. P. Taelman en J. Van Doninck, “Loyale procesvoering: (g)een (algemeen) rechtsbeginsel” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, E. GOOSSENS en J. VAN DONINCK (eds.), *Rechtelijk eigennig...: Liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, Erna Guldix & Bruno Maes*, Herentals, Knops Publishing, 2023, (831) 845.
42. STÜRNER maakte tijdens een besloten voorstelling van de Model Rules aan de leden van ELI niet toevallig de vergelijking met het afkondigen door de Franse wetgever van “principes directeurs” voor het civiele procesrecht in de in 1976 in werking getreden “Nouveau Code de procédure civile” (thans Code de procédure civile of CPC), cfr. verder R. STÜRNER, “The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An introduction to their basic conceptions”, *Rabels-zeitung* 2022, afl. 86, (422) 435.

Part III, IV, V – Case management, commencement of proceedings and proceedings preparatory to a final hearing

Jean-François VAN DROOGHENBROECK¹

Arnaud HOC

1. Sans révolutionner le processus de mise en état tel qu'il est actuellement conçu, l'inspiration trouvée dans les Model Rules of Civil Procedure élaborés sous l'égide d'UNIDROIT pourrait conduire à revaloriser, adapter ou modifier certaines règles en la matière. L'objectif est d'optimiser ce processus, en rappelant la responsabilité partagée des parties et du juge en la matière. Quatre pistes de réflexion, et le cas échéant d'action, peuvent être envisagées. Elles sont du reste corrélées entre elles.

A. Étoffer le contenu de l'acte introductif d'instance

2. L'article 53 des Règles modèles invite à concevoir l'acte introductif d'instance de la manière la plus complète possible. Cette conception tranche avec la rédaction actuelle des articles 702, 706 et 1034ter, C. jud., qui se bornent à exiger du demandeur qu'il identifie l'objet de sa demande et en expose sommairement les moyens de fait. Ce laxisme peut étonner, et l'exception « *obscuri libelli* », qui sanctionne de nullité l'acte introductif qui n'exposerait pas de manière assez claire l'objet de la demande, n'y pallie que très imparfaitement.

3. Chez nos voisins, l'on constate d'ailleurs une plus grande exigence quant au contenu de l'acte introductif. En droit français, l'acte introductif est assimilé à des conclusions et doit contenir l'exposé des « moyens en fait et en droit », outre l'énumération des pièces sur lesquelles la demande est fondée (art. 56 C. pr. civ. fr.). Le droit allemand comprend des dispositions similaires, et exige au surplus que la partie demanderesse fasse état, dans son acte introductif, des éventuelles tentatives préalables de règlement amiable du litige (§ 253 ZPO).

4. *De lege ferenda*, il pourrait donc être suggéré, en droit belge, que le contenu de l'acte introductif soit désormais calqué sur celui des conclusions (art. 744 C. jud.). Le non-respect de cette exigence pourrait alors entraîner la nullité de cet acte, sans préjudice d'une possibilité de réparation (art. 861 C. jud.)².

Au service du délai raisonnable, il nous semble en effet qu'un acte introductif plus élaboré ouvrirait la voie à un délestage des incidents, voire des questions litigieuses, dès la mise en état de la cause (*infra*, n° 8), ainsi qu'à la possibilité de mettre fin anticipativement à une instance vouée à l'échec (*infra*, n° 10).

5. Suivant l'exemple du droit allemand (*supra*, n° 3), il pourrait aussi être utile d'exiger du demandeur qu'il fasse état, dans l'acte introductif d'instance, des initiatives qui ont été prises en vue de tenter de régler le conflit par un mode amiable. Combinée à l'article 730/1 du Code judiciaire, une telle mesure est de nature à conscientiser les parties quant aux ressources offertes par les modes alternatifs de règlement des litiges avant d'envisager de recourir à la voie judiciaire.

B. Renforcer le rôle du juge dans la mise en état

6. L'article 49 des Règles modèles met en exergue le rôle actif attendu du juge en matière de mise en état, en l'invitant notamment à purger l'instance d'une série d'incidents, ou à en baliser optimalement le cours. L'article 66 des Règles modèles prévoit d'ailleurs expressément la possibilité pour le juge de rendre des décisions statuant sur une question de procédure préliminaire ou sur une question de fond spécifique, avant de rendre son jugement final.

1. Jean-François Van Drooghenbroeck est professeur ordinaire à l'UCLouvain, professeur invité à l'Université Paris-Panthéon-Assas et avocat au barreau de Bruxelles. Arnaud Hoc est professeur invité à l'UCLouvain et avocat au barreau de Bruxelles.
2. Voir *mutatis mutandis* la jurisprudence relative à la nullité de l'acte d'appel pour défaut d'énonciation des griefs et not. Cass., 6 février 2018, P.17.0457.N., cité par A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les voies de recours », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 72, n° 9.72.

Or en droit belge, la mission du juge en matière de mise en état est, en apparence du moins, cantonnée à l'application des articles 747 et 748 du Code judiciaire. Dans cette conception classique, son rôle en la matière serait donc de nature purement administrative.

7. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme invite pourtant le juge à adopter un rôle plus actif dans le processus de mise en état. La Cour de Strasbourg juge en effet « *du caractère raisonnable de la durée des procédures à l'aune du comportement des autorités judiciaires et, notamment, de celui du juge de la mise en état qui a, ou non, utilisé les pouvoirs que [la législation nationale] lui donne dans la conduite de la procédure [...]* »³ (nous soulignons).

8. À droit constant, une juste compréhension de ces principes devrait donc conduire à revaloriser le mécanisme de disjonction régi, et souvent imposé⁴, par les articles 868 et 869, C. jud.⁵. De nombreux incidents préliminaires⁶ pourraient ainsi être tranchés par le juge de la mise en état lui-même.

Ces incidents préliminaires, voire certaines questions de fond, pourraient aussi l'être moyennant l'adoption d'un calendrier de procédure adapté, selon la technique dite de la « bifurcation ». Bien que non explicitement prévu par le Code judiciaire, le recours à un tel mécanisme n'est en rien prohibé⁷.

La décision par laquelle le juge ordonne la disjonction constitue une mesure d'ordre, et n'est à ce titre pas susceptible de recours (art. 1046, C. jud.).

C. Oser mettre fin anticipativement à l'instance

9. L'article 65 des Règles modèles envisage la possibilité pour le juge de rendre un jugement final anticipé, de sa propre initiative ou à la demande des parties. Les droits français (art. 789 C. pr. civ.) et allemand (§ 278-280 ZPO), autorisent déjà le recours à de tels jugements anticipés.

10. Un mécanisme similaire pourrait donc être prévu en droit belge, par exemple en adjoignant un § 5 à l'article 747 C. jud. autorisant un tel « court-circuitage » du processus de mise en état lorsque l'irrecevabilité de la demande est patente, par exemple à raison de la prescription, d'un défaut de qualité ou d'intérêt, ou du dépassement d'un délai de recours.

La procédure à suivre à cet effet pourrait être calquée sur celle de la réouverture des débats (art. 772 et s. C. jud.). Le juge devrait ainsi pouvoir, sur simple requête motivée d'une des parties ou même de sa propre initiative, convoquer les parties pour qu'elles soient entendues sur le moyen susceptible de mettre fin anticipativement à l'instance, sans préjudice pour les parties de la faculté de conclure sur ce point si cela n'a pas été le cas précédemment. La décision par laquelle le juge ordonnerait cette audience anticipée ne serait pas susceptible de recours.

3. Cour eur. D.H., arrêt C.D. c. France du 7 janvier 2003, cité par C. CHAINAIS, Fr. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 35^e éd., Paris, Dalloz, 2020, p. 1198, n° 1650.
4. Dans une pléthore d'hypothèses, la disjonction est en effet obligatoire, voir not. : art. 705 C. jud. ; art. 703, al. 3 et 4, C. jud. ; art. 730/1 C. jud. ; art. 851 et s. C. jud. ; exception d'« incapacité » du demandeur ; art. 1725 C. jud. ; art. 1734, al. 2, C. jud. ; art. 1253ter/2 et 1253ter/3, C. jud. ; art. 4 TPCICr ; art. 4, § 1^{er}, al. 3, et art. 8 L. 15 juin 1935 ; art. I 1242-2 C.D.L.D. ; art. III.26 C.D.E.
5. CH. MARQUET, « Les pouvoirs du juge de la mise en état et le traitement des exceptions », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et Fr. GEORGES), CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 206 et s. ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, D. MOUGENOT et B. DECONINCK, « Le juge belge de la mise en état : un bon à rien (d'autres) ? », in *Redelijk eigenzinnig... : Liber amicorum E. Brewaeys Ph. Colle, E. Guldix et B. Maes*, Herentals, KnopsPublishing, 2023, pp. 901-918.
6. Exemples : jonction de causes connexes (Bruxelles (9^e ch.), 26 février 2016, R.G. n° 2015/AR/2183 ; Comm. Liège, 26 mai 1994, J.L.M.B., 1994, 1077 ; Comm. Hasselt, 12 novembre 1996, *Limb. Rechtsl.*, 1997, 6 ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 18 mars 2011, R.G. n° 2009/11647/A, inédit ; Civ. Bruxelles fr. (sais.), 12 mai 2021, R.G. n° 21/1828/A ; Comm. Termonde (2^e ch.), 20 février 2014, R.D.J.P., 2014, 74 ; T.G.R., 2014, 380) ; (Comm. Hasselt, 12 novembre 1996, *Limb. Rechtsl.*, 1997, 6 ; Ch. MARQUET, in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et Fr. GEORGES), CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, 212, n° 22) ; appel en garantie et intégration du futur intervenant (J.P. Marchienne-au-Pont, 10 février 1993, J.L.M.B., 1993, 355) changement de langue et traduction de pièces (Ch. MARQUET, o.c., 208, n° 20, citant Rapport fait au nom des Commissions de la Justice et de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale par M. DE BAECK, *Le Code judiciaire et son annexe*, 864) ; le criminel tient le civil en l'état (Ch. MARQUET, o.c., 211, n° 22) ; mesure d'instruction : G. DE LEVAL, Fr. GEORGES et P. MOREAU, « La loi ONKELINX du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », in *Le droit judiciaire en mutation - En hommage à Alphonse KOHL* (sous la dir. de G. DE LEVAL et Fr. GEORGES), CUP, vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, 183, n° 93 ; déclinatoires et incidents de compétence (Ch. MARQUET, o.c., 208, n° 20 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, t. III, 2^e partie, Bruxelles, Bruylant, 1977, 468-469).
7. G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », in *Droit du contentieux*, C.U.P., vol. IV, Liège, 1995, p. 34, n° 21.

D. Maîtriser la longueur des conclusions

11. Ainsi qu'en attestent les importantes réformes menées par les lois des 26 avril 2007⁸ et 19 octobre 2015⁹, le législateur belge n'est certes pas resté insensible à la nécessité d'œuvrer à la structuration et à la concentration des conclusions, qui participent elles-mêmes à la qualité de la motivation des décisions de justice. Songeons à l'article 744 du Code judiciaire, qui assigne une structure aux conclusions, ainsi qu'à l'article 748bis du même Code, qui impose l'établissement de conclusions de synthèse.

L'article 49, al. 2, 5°, des Règles modèles invite à aller plus moins en envisageant expressément la possibilité pour le juge, « *lorsque cela est nécessaire* » de « *limiter le nombre et la longueur des conclusions* ». Il s'agit selon nous d'une piste intéressante. Face à la persistance d'un arriéré judiciaire endémique, il n'est pas de sottes idées.

12. La réduction par le juge du nombre de conclusions proposé par les parties se conçoit déjà *de lege lata*. La

multiplication des échéances procédures concourant manifestement à l'inflation pathologique des écrits (et des honoraires...), il conviendrait du reste de ne s'écarter qu'avec circonspection du canevas standard : deux écrits de procédure par partie¹⁰.

13. En revanche, au-delà des progrès acquis quant à leur structure, la question de la limitation de la longueur des conclusions de synthèse fait encore débat¹¹. Une chose était d'œuvrer à l'amélioration de la structure et à la concentration des conclusions (art. 744 et 748bis C. jud.), une autre est de vouloir cantonner leur volume dans les limites du raisonnable¹². Les sanctions actuellement déployées pour conjurer la dérive de la longueur abusive des conclusions paraissent soit trop radicales (comme l'écartement des débats¹³), soit trop peu dissuasives (à l'instar de la modulation de l'indemnité de procédure en vertu des articles 1017, al. 4 et 1022, al. 3, du Code judiciaire)¹⁴.

14. De l'aveu désormais conjoint et convergent du barreau¹⁵ et de la magistrature¹⁶, le temps paraît objectivement venu de s'attaquer sérieusement au fléau rémanent¹⁷ de la longueur excessive des conclusions¹⁸.

8. Au sujet de cette loi sous l'angle spécifique de la concentration des écrits de procédure, voir B. ALLEMEERSCH et P. VAN ORSHOVEN, « Ingreedheidbrenging van de zaak », in *De Wet van 26 april 2007* (sous la dir. de P. Taelman et P. van Orshoven), Bruges, La Charte, 2007, pp. 78 et s., n°s 66 et s.; B. MAES et J. VAN DONINCK, « Snelheid, eenheid, doelmatigheid. Kernwaarden voor de civiele rechtspleging ? », in *Civiel procesrecht vandaag en morgen* (sous la dir. de J. Van Doninck et L. Van den hole), Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 34 et s., n°s 26 et s.; G. DE LEVAL (e.a.), « La loi Onkelinx du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire », in *Le droit judiciaire en mutation. En hommage à Alphonse Kohl* (sous la dir. de G. de Leval et Fr. Georges), CUP, vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, pp. 149-157; J. ENGLEBERT, « La mise en état des causes et l'audience des plaidoiries », in *Le droit judiciaire accéléré* (sous la coord. de J. Englebert), Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 142-147; B. MAES, N. CLIJMANS et S. VAN SCHEL, « Regels van het geding en van de rechtspleging », in *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd* (sous la dir. de P. Taelman et B. Allemeersch), Anvers-Cambridge, 2019, pp. 78-81; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « La concentration des écritures : rédaction des conclusions et extension de l'autorité de la chose jugée », in *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives* (sous la dir. de J.-Fr. van Drooghenbroeck), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 155-195; X. TATON et G. ELOY, « Structure des conclusions, chose jugée et mesures d'instruction : nouvelles responsabilités des parties », in *Le procès civil efficace ?* (sous la dir. de J. Englebert et X. Taton), Limal, Anthemis, 2015, pp. 78-96; A. DECROËS, E. DE DUVE et D. LÉONARD, « Conclusions mal structurées : motivation et office du juge », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1493 et suiv.
9. Au sujet de cette loi, à nouveau sous l'angle spécifique de la concentration des conclusions, cons. B. MAES, N. CLIJMANS et S. VAN SCHEL, « Regels van het geding en van de rechtspleging », in *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd* (sous la dir. de P. Taelman et B. Allemeersch), Anvers-Cambridge, 2019, pp. 78-81; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « La concentration des écritures : rédaction des conclusions et extension de l'autorité de la chose jugée », in *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives* (sous la dir. de J.-Fr. van Drooghenbroeck), Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 155-195; X. TATON et G. ELOY, « Structure des conclusions, chose jugée et mesures d'instruction : nouvelles responsabilités des parties », in *Le procès civil efficace ?* (sous la dir. de J. Englebert et X. Taton), Limal, Anthemis, 2015, pp. 78-96; A. DECROËS, E. DE DUVE et D. LÉONARD, « Conclusions mal structurées : motivation et office du juge », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, volume 2, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1493 et suiv.
10. B. MAES, « Conclusie en motivering : een overzicht van een voorstel », in *Finalité et légitimité du droit judiciaire* (sous la dir. de J. LINSMEAU et M. STORME), Coll. Centre interuniversitaire de droit judiciaire, Bruges, La Charte, 2005, p. 31, n° 12; H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles », *J.T.*, p. 516, n° 12.
11. En faveur de la limitation, cons. S. MOSSELMANS, « Conclusiepagina-beperking », *R.W.*, 2017-2018, p. 1442; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », in *Les conclusions en matière civile : actualités et perspectives* (sous la dir. de J.-Fr. van Drooghenbroeck), E-Conférences 4U, Limal, Anthemis, 2023, pp. 43-61. Contre la limitation du volume des conclusions; voir S. RUTTEN, « Een limiet op processtukken in civiele zaken van maximaal 25 pagina's : goed idee of schending van het recht op een eerlijk proces ? », in *Redelijk eigenzinnig... : Liber amicorum E. Brewaeys, Ph. Colle, E. Guldix et B. Maes, Herentals*, KnopsPublishing, 2023, pp. 783 et s.
12. S. MOSSELMANS, *op. cit.*, *R.W.*, 2017-2018, p. 1442. Dans le même sens, voir la très belle étude de A. DECROËS, E. DE DUVE et D. LÉONARD, *op. cit.*, spéc. p. 1500, n° 5 et p. 1512, n° 16.
13. Cass., 4 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 688; *R.A.B.G.*, 2010, p. 699; *R.W.*, 2011-2012, p. 531; *R.D.C.*, 2010, p. 685; Bruxelles, 25 janvier 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 1268; Cass., 11 juin 2015, *Pas.*, 2015, p. 1538; *Arr. Cass.*, 2015, p. 1541; *J.T.*, 2015, p. 694. Rapp. Bruxelles (1^{re} ch.), 25 janvier 2011, *R.W.*, 2013-2014, p. 1268.
14. Trib. trav. Liège (div. Namur, 2^e ch.), 11 octobre 2021, *R.G.* n° 20/485/A, inédit; B. MAES, « Potpourri van de civiele rechtspleging anno 2018 », *R.A.B.G.*, 2018, p. 64, n° 45.
15. Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, « Avançons ! Rapport d'activités 2020-2022 », rubrique 02. L'état de la Justice bruxelloise, pp. 12-13.
16. Audit de la Cour d'appel de Bruxelles par le Conseil supérieur de la Justice : <https://csj.be/fr/publications/2022/cour-dappel-bruxelles>, spéc. pp. 73 et 94. Adde Commission de la Justice mesure de la charge de travail des magistrats : *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc. n° 55-2857/001, p. 8.
17. Procureur général E. KRINGS, « Rapport sur l'application de la loi du 3 août 1992 et sur l'arriéré judiciaire », in *Le nouveau droit judiciaire privé. Commentaires*, Dossier n° 5 du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 15; G. DE LEVAL, « Introduction générale et état des lieux », in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger. Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 14; P. A. FORIERS, « Observations sur les articles 744, alinéa 1^{er}, et 780, alinéa 1^{er}, 3^e, du Code judiciaire en forme de billet d'humeur », in *Redelijk eigenzinnig... : Liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, E. Guldix en Bruno Maes*, Herentals, KnopsPublishing, 2022, spéc. pp. 425-426.
18. S. MOSSELMANS, *op. cit.*, *R.W.*, 2017-2018, p. 1442; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », *loc. cit.*, pp. 43-61. *Contra* : S. RUTTEN, « Een limiet op processtukken in civiele zaken van maximaal 25 pagina's : goed idee of schending van het recht op een eerlijk proces ? », *loc. cit.*, pp. 783 et s.

Récemment galvanisé par un arrêt retentissant du Hoge Raad des Pays-Bas^{19 20}, le droit comparé²¹, et la pratique contraignante des Cours suprêmes européennes²², enseignent qu'une telle proposition n'a rien d'inadmissible sur le principe. Ni les droits de la défense, ni l'accès au juge ne sont affectés par la limitation du nombre et volume des conclusions. Au contraire, d'autres garanties fondamentales du procès équitable en sortiraient renforcées, tel le droit à être jugé dans un délai raisonnable.

15. Sans doute conviendrait-il d'anticiper et de préparer cette petite révolution, en la testant par exemple au moyen de protocoles d'accord négociés entre les barreaux et les juridictions décidées à faire œuvre pionnière²³. On songe évidemment à l'arrondissement judiciaire de Bruxelles, où le problème est le plus aigu²⁴.

16. Qu'il s'agisse, à l'essai, d'un projet-pilote coulé dans un protocole d'accord ou, à plus long terme, d'un dispositif légal inscrit dans le Code judiciaire, la souplesse devrait selon nous rester de mise, comme

y invite d'ailleurs l'article 49, al. 2, 5°, des MRCP : une telle limitation, éventuellement calibrée au cas par cas, ne devrait s'imposer qu'en cas de nécessité et son non-respect n'être sanctionné qu'avec circonspection²⁵.

Concrètement, on pourrait prévoir qu'en vertu de l'article 747 du Code judiciaire, et « *lorsque cela lui paraît nécessaire* », le juge puisse imposer aux parties de s'en tenir à un nombre et un volume maximaux de conclusions. Dans la même perspective de souplesse « *sur mesure* », la sanction d'un dépassement de ces limites consisterait en un déstagement de l'obligation faite au juge de répondre pied à pied aux moyens de la partie coupable de ce dépassement au profit tout de même d'une « *motivation positive* » respectueuse de l'exigence constitutionnelle (art. 149 Const.)²⁶. Il s'agirait, en d'autres termes, de reprendre, en étendant son champ d'application, la sanction actuellement édictée par l'article 780, 3°, du Code judiciaire à l'encontre des conclusions irrespectueuses du canevas imposé par l'article 744, al. 1^{er}, du même Code²⁷.

19. Hoge Raad (civ. kamer), 3 juin 2022, aff. 21/02242 (ECLI:NL:HR:2022:824), concl. Procureur général R.H. DE BOCK (ECLI:NL:PHR:2021:1128, spéc. n°s 9.1 à 9.19) ; notamment publié in *A.B.*, 2022, p. 239, note R. STIJNEN. Statuant sur des questions préjudicielles posées par le *voorzieningsrechter* in de Rechtbank te Den Haag, la Cour suprême hollandaise a, par cet arrêt, dit pour droit que l'article 2.11 et 9.15 des *Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingzaken* bij de gerechtshoven et *Procesreglement voor verzoekschriftprocedures in handels- en insolventiezaken* promulgués le 1^{er} avril 2021, ne violait ni les droits de la défense ni le droit d'accès au juge garantis par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils imposent aux parties à l'instance d'appel, à peine d'écartement et sauf dérogation dûment justifiée et accordée par le juge, de cantonner le volume du *memorie van grieven* et du *memorie van antwoord* à 25 pages, celui du *mémoire en réplique* à l'appel incident, et celui et des *mémoires après mesures d'instruction* à 15 pages, en *polices Times New Roman*, *Courier* ou *Arial*, 11 points (notes de bas page, en 9 points), avec le respect de marges gauches de droites d'au-moins 2,5 cm.
20. Au sujet de cet arrêt, cons., en sens divers, S. RUTTEN, « Een limiet op processtukken in civiele zaken van 25 pagina's : goed idee of schending van het recht op een eerlijk proces ? », *loc. cit.*, spéc. pp. 766 et s. et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », *loc. cit.*, spéc. p. 52 et s. *Adde* M. DE SCHRYVER, « Paginalimieten in Nederlandse gerechtshoven », *R.W.*, 2020-2021, p. 1442.
21. Aux termes de conclusions conformes et remarquablement fouillées précédant cet arrêt, l'avocate générale R.H. DE BOCK dresse un tableau de droit comparé dont il résulte que plusieurs Etats ont adopté, validé ou laissé prospérer semblable limitation contraignante du volume des écrits de procédure (ECLI:NL:PHR:2021:1128. Voir spéc. les pts 9.1 à 9.19 de ces concl.). *Adde* S. RUTTEN, « Een limiet op processtukken in civiele zaken van 25 pagina's : goed idee of schending van het recht op een eerlijk proces ? » *loc. cit.*, spéc. pp. 767-778, ainsi que J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », *loc. cit.*, spéc. p. 53 et s.
22. Art. 58, 175, al. 2 et 190, al. 2, du Règl. de procédure de la C.J.U.E. (*J.O.U.E.*, 29 septembre 2012, L.265 ; art. 11, al. 2, du Traité Benelux et art. 5.18, al. 3 du Règlement de procédure de la C.J. Benelux ; art. 47 du Règl. de procédure de la Cour européenne des droits de l'homme. Au sujet de ces dispositions, voir J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », *loc. cit.*, p. 54 et s.
23. Voir déjà, suggérant la voie du dialogue et du protocole pour remédier au problème de la démesure des conclusions, Procureur général E. KRINGS, « Rapport sur l'application de la loi du 3 août 1992 et sur l'arriéré judiciaire », *loc. cit.*, p. 15. *Adde*, sur la figure de ces protocoles d'accord, H. FUNCK, « Les protocoles d'accord entre le barreau et la magistrature », in *De prijs van het civiele proces. Le procès civil : à quel prix ?* (sous la dir. de J. Laenens), Bruges, La Charte, 2007, P. 141 ; B. ALLEMEERSCH et E. VANDENSANDE, « De juridische aard van de protocolakorden in het Belgische procesrecht », *R.W.*, 2013-2014, pp. 403 et suiv.
24. Commission de la Justice mesure de la charge de travail des magistrats : *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2021-2022, doc. n° 55-2857/001, p. 8.
25. Voir les propositions formulées in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Réduire la longueur des conclusions ? », *loc. cit.*, spéc. p. 54, n° 11.
26. Voir p. ex. : Cass. (2^e ch.), 15 mai 2013, P.12.1994.F. : « l'obligation de motiver les jugements et arrêts et de répondre aux conclusions d'une partie est remplie lorsque la décision comporte l'énonciation des éléments de fait ou de droit à l'appui desquels une demande, une défense ou une exception sont accueillies ou rejetées ».
27. A. GILLET et A. HOC, « Forme, contenu et échange des conclusions : actualités jurisprudentielles », in *Les conclusions en matière civile : actualités et perspectives* (sous la dir. de J.-Fr. van Drooghenbroeck), Conférences 4U, Limal, Anthemis, 2023, pp. 15-22, n°s 8 à 12.

Part VI – Service and due notice of proceedings

Wannes VANDENBUSSCHE

1. De doelstelling van deel VI van de *Model Rules* is om te voorzien in een efficiënt en eigentijds systeem voor de betekening en kennisgeving van stukken. Het deel is niet bijzonder omvangrijk, wat waarschijnlijk te wijten is aan de complexiteit van het vaststellen van uniforme regels voor de betekening. Vooreerst bestaan er in Europa uiteenlopende rechtstradities. Enerzijds zijn er rechtssystemen, zoals in België, waar gerechtsdeurwaarders in opdracht van de partijen verantwoordelijk zijn voor de betekening. Anderzijds zijn er stelsels waar deze verantwoordelijkheid primair bij de rechtbanken berust, zoals in Duitsland.¹ Bovendien bestaan er ook reeds Unierechtelijke² en internationale³ instrumenten op het gebied van grensoverschrijdende betekening en kennisgeving, waar de opstellers ook rekening mee moesten houden.⁴

2. Evenals mijn medeauteurs zal ik niet overgaan tot een stelselmatige bespreking van iedere bepaling van deel VI. In de plaats daarvan zet ik een aantal belangwekkende aspecten in de verf (zie hierna, A) en beperk ik mij tot één specifiek voorstel voor het Belgische recht. Dit betreft de modernisering van de betekening aan de procureur des Konings als residuaire betekeningwijze (zie hierna, B).

A. Belangwekkende aspecten

3. Dagvaardingen bevatten in het Belgische recht overeenkomstig artikel 702 van het Gerechtelijk Wetboek een aantal verplichte vermeldingen. Ook de *Model Rules* besteden aandacht aan de informatie die het gedinginleidende stuk moet bevatten. *Rule 69* verduidelijkt welke informatie aan de beklaagde moet worden gegeven over de stappen die hij kan nemen om een vordering te betwisten. Vanzelfsprekend is er enige overlap met de verplichte vermeldingen van artikel 702 Gerechtelijk Wetboek (zoals de rechter voor wie de vordering aanhangig wordt gemaakt en de plaats, de dag en het uur van de terechtzitting), maar *Rule 69(b)* voegt daar nog een bijkomende informatieverplichting aan toe. Deze informatie is specifiek gericht op de partijen

die mogelijk verstek zullen laten gaan. Het document dat de procedure inleidt, moet hen op duidelijke wijze informeren over wat er kan gebeuren wanneer zij niet komen opdagen op de zitting, met name het risico dat er toch een beslissing wordt genomen en dat zij zullen instaan voor de kosten.

In België is er de afgelopen periode veel te doen geweest over de informatieverplichtingen bij betekening en kennisgeving. In navolging van een arrest van het Grondwettelijk Hof van 10 februari 2022⁵ werd er in burgerlijke zaken een algemene informatieverplichting ingevoerd over de toepasselijke rechtsmiddelen bij de betekening of kennisgeving van een rechterlijke uitspraak.⁶ Daarom is er momenteel allicht weinig enthousiasme voor het toevoegen van een bijkomende informatieverplichting aan het Gerechtelijk Wetboek. Niettemin zou deze regel uit de *Model Rules* voor onwetende partijen een meerwaarde kunnen vormen.

4. Net zoals in het Belgische recht, geldt in de *Model Rules* als uitgangspunt de betekening aan de persoon (*Rule 74(1)(a)*). Indien de geadresseerde niet beschikbaar is, is de alternatieve betekeningwijze gelijkaardig aan de oplossing in het Gerechtelijk Wetboek. In dat geval gebeurt de betekening aan personen die deel uitmaken van hetzelfde huishouden als degene voor wie het stuk bestemd is of die in zijn of haar dienst zijn, en die in staat en bereid zijn om het stuk in ontvangst te nemen (*Rule 78 (1) (a)*). Op twee punten is deze regel moderner dan de Belgische tegenhanger. Artikel 35, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek verwijst nog steeds naar de begrippen “bloedverwante” of “aanverwante”. Het gebruik van de neutralere term huishouden kan discussies vermijden over wie al dan niet een bloed- of aanverwant is.⁷ Daarnaast is de leeftijdsgrens van zestien jaar nogal arbitrair om te bepalen of de gerechtsdeurwaarder iemand een stuk al dan niet ter hand kan stellen (art. 35, derde lid Ger.W.). In Frankrijk is dat twaalf jaar, terwijl het in Luxemburg vijftien jaar is. De *Model Rules* stellen daarom een soepelere benadering voor. Degene die instaat voor de betekening moet in het concrete geval

1. *Rule 71(1)* bepaalt dan ook op algemene wijze dat de verantwoordelijkheid voor de betekening of kennisgeving bij het gerecht/de partijen berust.
2. Verordening (EU) 2020/1784 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (“de Betekeningsverordening”).
3. Verdrag 15 november 1965 inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken (“Het Haags Betekeningsverdrag 1965”).
4. Daarom is het nogal ongelukkig dat de opstellers betreffende de taalvereisten voor een andere benadering hebben geopteerd dan wat reeds meer dan twintig jaar gangbaar is op basis van de Betekeningsverordening (*Rule 82*).
5. GwH 10 februari 2022, nr. 23/2022.
6. Zie wet van 6 december 2022 betreffende de vermelding van de rechtsmiddelen en houdende diverse bepalingen in gerechtelijke zaken.
7. Hoewel uit de cassatierechtpraak blijkt dat de gerechtsdeurwaarder de familieband niet hoeft vast te stellen en ermee kan volstaan akte te nemen van de verklaring van de persoon die het afschrift in ontvangst neemt (Cass. 15 juni 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1226, *Pas.* 1979, I, 1188).

beoordelen of hij er redelijkerwijze van uit kan gaan dat de persoon die deel uitmaakt van het huishouden de stukken zal overmaken aan de bestemming.⁸

5. Anders dan het Belgische recht, benaderen de *Model Rules* de elektronische betekening op een geïntegreerde wijze, zowel bij de betekeningwijzen die de ontvangst garanderen (zoals in *Rule 74* (1) (b) en (c)) als bij de residuaire betekeningwijze (zoals in *Rule 80* (1) (b)).⁹ Als een gelijkwaardig alternatief voor de betekening aan de persoon, verwijst *Rule 74* (1) (b) naar de betekening via een geavanceerd elektronisch informatiesysteem dat voldoet aan hoge technologische normen, waarbij een automatisch gegenereerde ontvangstbevestiging wordt verkregen. Het Belgische systeem van elektronische betekening via het centraal register van gedematerialiseerde authentieke akten van gerechtsdeurwaarders (CREA), zoals beschreven in artikel 32*quater*/1 tot en met 32*quater*/4 van het Gerechtelijk Wetboek, voldoet ontegensprekelijk aan deze omschrijving. In tegenstelling tot het Belgische recht, dat de elektronische betekening facultatief maakt (art. 32*quater*/3, tweede lid Ger.W.), verplichten de *Model Rules* het gebruik van deze betekeningwijze voor rechtspersonen en voor natuurlijke personen die een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefenen in verband met geschillen gerelateerd aan hun beroepsactiviteit. Dit is ook voor België het overwegen waard en zou een nieuwe stap betekenen in de richting van een volwaardige digitale justitie.¹⁰

B. Voorstel voor het Belgische recht

6. Wanneer de betekening aan de persoon of een van de alternatieve betekeningwijzen niet mogelijk blijken te zijn, is er nood aan een residuaire betekeningwijze. Dit moet het recht van de eiser op toegang tot de rechter waarborgen wanneer hij de verweerder niet kan aantreffen. In het Belgische recht is dat de betekening aan de procureur des Konings. Deze betekeningwijze dringt zich op wanneer het materieel onmogelijk is om over te gaan tot betekening door achterlating van het afschrift van het exploit (art. 38, § 2, eerste lid Ger.W.), wanneer een persoon zijn woonplaats klaarblijkelijk heeft verlaten (art. 38, § 2, eerste lid Ger.W.), wanneer de persoon geen bekende woon- of verblijfplaats heeft in België of in het buitenland, of in het

geval van vereffening van vennootschappen zonder aangestelde vereffenaar (art. 42, 7° Ger.W.).

Hoewel de betekening aan de procureur des Konings bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek schijnbaar niet ter discussie stond, is men zich al meer dan 150 jaar bewust dat dit geen ideale oplossing is. Zo omschreef de commissie-Allard, die in 1869 een herziening van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering voorstelde, de afgifte van het stuk aan de procureur des Konings als een absoluut illusoire formaliteit. In de plaats daarvan stelde de commissie voor om een kopie van het stuk door de deurwaarder te laten publiceren in twee dagbladen.¹¹ Het klopt dat de betekening aan de procureur des Konings er de facto op neerkomt dat het stuk de bestemming nooit bereikt. Bovendien hoeft de procureur zich in het Belgische recht, anders dan in het Franse recht, niet in te spannen om de bestemming van het stuk te bereiken. Nochtans is het uiteindelijke doel van de betekening om de verweerder te informeren dat er een gerechtelijke procedure tegen hem is ingeleid. Als de betekening aan de procureur des Konings wordt gedaan, is dat evenwel nooit het geval.¹²

7. Wanneer de betekening aan de persoon of een van de alternatieve betekeningwijzen niet mogelijk blijkt te zijn¹³, stellen de *Model Rules* een tweevoudige kennisgevingsmaatregel voor als residuaire betekeningwijze (*Rule 80* (1) (a) en (b)). Vooreerst dient er een kennisgeving te worden gepubliceerd in een vorm die is voorgeschreven door de wet van de staat van het forum. Daarbij wijzen de opstellers van de *Model Rules* de betekening aan de procureur des Konings uitdrukkelijk van de hand.¹⁴ Niettemin voelen zij geen noodzaak om de regels op dat punt nog verder te harmoniseren. Zij gaan ervan uit dat de bekendmaking in elektronisch registers die toegankelijk zijn voor het ruime publiek de standaardbenadering zal worden. Zij vinden echter dat de regel breed genoeg is geformuleerd om ook kennisgeving via sms, Facebook, WhatsApp of andere sociale media te omvatten, hoewel het dan niet gaat om een publicatie in de strikte zin van het woord.¹⁵ Ten tweede moet een kennisgeving worden gestuurd naar het laatst bekende adres of in voorkomend geval e-mailadres van de geadresseerde. Beide kennisgevingen moeten op duidelijke wijze vermelden dat het te betekenen stuk een gerechtelijk stuk betreft, wat het rechtsgevolg van de

8. Comment bij *Rule 78*, p. 190, nr. 5.

9. Art. 32*quater*/1 t.e.m. 32*quater*/4 zijn in 2016 toegevoegd aan het Gerechtelijk Wetboek zonder oog te hebben voor de integratie met de bepalingen die de verschillende betekeningwijzen regelen (art. 33 t.e.m. 35 Ger.W.).

10. Daarnaast vormen de betekening via elk ander elektronisch middel indien de geadresseerde vooraf uitdrukkelijk heeft ingestemd met het gebruik ervan (*Rule 74* (1) (c)) en de betekening per post met ontvangstbewijs (*Rule 74* (1) (d)) twee gelijkwaardige alternatieven voor de betekening aan de persoon. Uit de toelichting blijkt dat deze mogelijkheden vooral bedoeld zijn voor rechtsstelsels die niet bekend zijn met het ambt van de gerechtsdeurwaarder (Comment bij *Rule 74*, p. 185, nr. 11).

11. *Projet de Révision du Code de Procédure Civile, Parl.St. Kamer 1894-1895*, nr. 10, 107.

12. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile. L'introduction de la demande – Première partie*, tome 2, Brussel, Bruylant, 1975, 312, nr. 381.

13. Dat is het geval wanneer het adres van de geadresseerde onbekend is of de betekening anderszins mislukt is. Een adres is onbekend indien de rechtbank of de partij die verantwoordelijk is voor de betekening alle redelijke inspanningen heeft gedaan om het huidige adres van de geadresseerde te achterhalen. Inspanningen om het desbetreffende adres te achterhalen moeten worden gedocumenteerd in het dossier voor de rechtbank (*Rule 80* (2)).

14. Comment bij *Rule 80*, p. 194, nr. 3.

15. *Ibid.*, p. 194, nr. 3.

kennisgeving is, waar het stuk of een afschrift ervan kan worden opgehaald door de bestemming en binnen welke termijn dat moet gebeuren (*Rule* 80 (1) (c)).

8. Het loslaten van de betekening aan de procureur des Konings en vervangen door deze tweevoudige kennisgevingsmaatregel zou ertoe bijdragen dat de balans beter in evenwicht is tussen de rechten van verdediging van de ontvanger en het recht op toegang tot de rechter van de afzender. Op dit moment vinden waarschijnlijk jaarlijks duizenden betekeningen in België plaats waarbij niet eens wordt geprobeerd om de ontvanger op de hoogte te stellen van de inhoud van het stuk. Het zou zelfs overwogen kunnen worden om de bekendmaking in het openbare register te combineren met een melding via sociale media, omdat dit beter aansluit bij het dagelijks leven van vele mensen.¹⁶

Een laatste belangrijk aspect waar rekening mee moet worden gehouden, is natuurlijk ook de noodzaak van een vaste datum bij het implementeren van deze residuaire betekeningswijze. Ook hiervoor kan inspiratie worden geput uit de *Model Rules*. Overeenkomstig *Rule* 80 (3) wordt de betekening of kennisgeving geacht te zijn verricht binnen twee weken na publicatie van de kennisgeving en na verzending van de kennisgeving aan het laatst bekende adres of e-mailadres, al naargelang het geval. Als er geen laatst bekend adres of e-mailadres is, wordt de betekening of kennisgeving geacht te zijn verricht binnen twee weken na publicatie van de kennisgeving.¹⁷ Indien de bestemming zijn laatste bekende woonplaats had in een andere lidstaat van de Europese Unie of zelfs daarbuiten, wordt de termijn verlengd tot vier weken (*Rule* 84 en 85).

16. Zie in dat verband ook C. VANLEENHOVE, "Service of Process via Social Media: Exploring the Use of Social Media Platforms to Provide Notice to Defendants in Civil Cases in Belgium", *Vand. J. Ent. & Tech. L.* 2019, 71-119.

17. De opstellers beschouwen 14 dagen als de meest geschikte redelijke termijn, waarbij de belangen van eisers, verweerders en de efficiënte afwikkeling van de procedure tegen elkaar worden afgewogen.

Part VII – Access to information and evidence

Dominique MOUGENOT¹

1. Cette partie est divisée en quatre sections :
 - une section générale, qui reprend les règles de base régissant la matière de la preuve, couvrant les articles 87 à 99,
 - une section relative aux décisions du juge concernant l'accès aux informations, couvrant les articles 100 à 110,
 - une section relative aux différents modes de preuve, couvrant les articles 112 à 127,
 - une courte section relative aux situations transfrontalières, couvrant les articles 128 et 129.

Le commentaire relève la grande variété des règles en Europe à ce sujet et la difficulté de les harmoniser. Le droit comparé démontre qu'il y a de fortes différences entre les États européens, par exemple en ce qui concerne le degré de formalisme de la preuve, la réalisation du principe d'immédiateté (le fait que les preuves soient reçues ou pas par le juge qui rendra la décision finale), la facilité ou la difficulté d'accès aux preuves détenues par la partie adverse. Ces divergences rendent délicate la réception des preuves transfrontalière.

2. Vu sous l'angle du droit belge, le contenu de ces règles n'apparaît cependant pas trop surprenant. En particulier, les règles générales sont très proches de celles que l'on retrouve actuellement en droit civil et procédural belge, sauf peut-être en ce qui concerne l'utilisation en justice des preuves recueillies de manière irrégulière. La principale divergence touche aux méthodes d'accès à l'information détenue par un tiers ou une partie adverse. C'est donc ce point qui retiendra davantage notre attention.

A. Aspects importants

1. Partie générale

3. Comme en droit belge, le standard probatoire est celui de la conviction raisonnable du juge. Les faits reconnus, non contestés ou notoires n'ont pas à être prouvés. Seules les preuves pertinentes peuvent être retenues. Le juge apprécie librement les preuves. Les

parties entendues ou invitées à produire des preuves peuvent se retrancher derrière le secret ou la confidentialité pour s'opposer à la mesure.

L'administration de la preuve est normalement réalisée directement par le juge qui va trancher, au cours d'audiences auxquelles les parties sont présentes. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que les règles ELI/Unidroit autorisent que la preuve soit reçue en un autre lieu ou par une autre personne. En cela, ces règles veillent à faire respecter le principe d'immédiateté. La réception des preuves peut se faire par vidéoconférence et doit en principe être enregistrée, si l'équipement audiovisuel adéquat est disponible.

Le juge est autorisé à prendre des sanctions, dont la nature n'est pas précisée, en cas d'entrave à l'administration de la preuve par une partie ou un tiers. Lorsqu'une partie ne répond pas en temps utile à une allégation de la partie adverse, le juge peut décider que ce fait constitue un fondement suffisant pour considérer l'allégation comme admise ou acceptée. Il doit toutefois en informer préalablement les parties. Cela correspond de manière générale aux règles admises en droit belge par la Cour de cassation, en cas d'absence de dénégation d'un fait².

4. En revanche, les règles ELI/Unidroit tranchent nettement par rapport au droit belge en ce qui concerne les preuves illégalement obtenues. En effet, l'article 90.1 indique que, sauf exception, les preuves illégalement obtenues sont écartées de la procédure. Il s'agit donc du principe inverse de celui qui est admis en droit belge dans la jurisprudence « *Antigone* »³. L'article 90.2 admet toutefois des exceptions, qui doivent rester limitées. Le juge peut déclarer recevable une preuve illégalement obtenue si elle constitue (a) le seul moyen d'établir les faits. Lors de sa décision sur l'admissibilité de la preuve, le juge tient compte (b) du comportement de l'autre partie ou de tiers ainsi que de (c) la gravité de la violation.

Les critères repris à l'article 90.2 constituent en fait une application du principe de proportionnalité⁴. Ils correspondent dans les grandes lignes aux critères secondaires proposés par la Cour de cassation dans

1. Juge au Tribunal de l'entreprise du Hainaut, Maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCLouvain.

2. Voir à ce sujet, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Une théorie (belge) du fait constant ? », in *L'office du juge, Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 283 et s. ; W. VANDENBUSSCHE, « Het in twijfel trekken van niet-betwiste feiten door de rechter », *N.J.W.*, 2023, p. 556.

3. Voir réf. *infra*, à la note 8.

4. D. MOUGENOT, « Le principe de proportionnalité en droit judiciaire », in *Actualités de droit judiciaire* (S. MENÉTREY coord.), Bruxelles, Larcier, 2023, p. 48.

son arrêt du 14 juin 2021⁵. Dans cet arrêt, la Cour précise que : « à cet égard, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment [...] de la manière dont la preuve a été obtenue, des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, de (point c ci-dessus) la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse, du (point a ci-dessus) besoin de preuve de la partie qui a commis l'illégalité et (point b ci-dessus) de l'attitude de la partie adverse ».

On peut donc en déduire deux conséquences. D'une part, dans le cadre de l'application des règles ELI/Unidroit, l'admissibilité des preuves irrégulières devrait être exceptionnelle et certainement moins large qu'en droit belge. D'autre part, comme les principes de base admis dans ces règles et en droit belge sont diamétralement opposés, en cas de doute, le juge devrait écarter la preuve s'il applique les règles Unidroit et l'accepter s'il applique le droit belge. En revanche, lors de l'examen de l'admissibilité d'une preuve irrégulière, le juge devra appliquer des critères qui sont assez convergents tant en droit belge que dans les règles ELI/unidroit.

2. Décisions du juge relatives à la preuve

5. Le commentaire des règles indique que, dans cette matière, le but a été de trouver une voie moyenne entre la procédure de *discovery* à l'américaine⁶ et les procédures continentales plus classiques de production de documents :

- « [Rule 101] has to be read in the light of the following Rules, where strict requirements are established in order to prevent an interpretation of them that could lead to the introduction of US-style discovery » ;
- « the requirements specified in [Rule 102] are intended to prevent potential applicants from using it as means to carry out fishing expeditions, i.e., when applications are too premature or speculative, and to ensure that the system, as a whole, is fair and just. »

6. Le principe figure à l'article 100 des règles modèles. À la demande d'une partie, le juge doit pouvoir ordonner la production des preuves pertinentes, non couvertes par le secret et suffisamment identifiées, qui sont en possession ou sous le contrôle d'une autre partie ou éventuellement d'un tiers, même si cette production peut-être défavorable aux intérêts de cette personne.

Tout demandeur ou défendeur ou tout demandeur éventuel qui envisage d'engager une action en justice peut donc demander au juge de prendre une décision à ce sujet. La demande peut contenir une demande de mesures visant à protéger ou préserver les preuves.

Toutefois, il faut que la partie identifie de façon aussi précise que possible les éléments particuliers de preuve ou, à tout le moins, les catégories précises de preuve en faisant référence à leur nature, le contenu ou leur date. La demande doit convaincre le juge de la plausibilité du bien-fondé de la demande ou de la défense, en établissant la nécessité de cette preuve et l'impossibilité d'y accéder sans l'aide du juge. La mesure ordonnée par le juge doit être raisonnable et proportionnée.

Si la demande d'accès aux preuves est faite avant qu'une action en justice soit introduite, le demandeur doit indiquer avec suffisamment de précision tous les éléments nécessaires pour permettre au juge d'identifier sa prétention. Dans ce cas, le juge peut exiger du demandeur qu'il intente la procédure dans un délai déterminé.

Toute demande portant sur une recherche d'informations vagues et spéculatives ou dont l'étendue n'est pas justifiée doit être rejetée. Le juge doit aussi veiller à la protection des informations confidentielles, en adoptant des mesures qui, en réalité, sont assez similaires à celles proposées par la directive sur les secrets d'affaires⁷.

En principe, ces décisions ne peuvent être rendues que dans des cas exceptionnels et au terme d'une procédure contradictoire. Si la demande d'accès aux preuves est formée avant le début de la procédure, le juge ne se prononce en principe qu'après avoir mis les parties ou les tiers concernés en mesure de présenter leurs observations. Ce dernier point paraît difficile à respecter, dès lors que ce type de mesure est généralement demandé par requête unilatérale, en vue de créer un effet de surprise.

En cas de non-respect de la décision d'accès aux preuves, le juge peut considérer que les faits litigieux sont reconnus ou que le défendeur ou le demandeur éventuel a admis la pertinence de la demande. Le juge peut également prononcer une astreinte. Ces sanctions doivent toutefois être proportionnées.

5. Cass., 14 juin 2021, *J.T.*, 2021, p. 551, note D. MOUGENOT ; *J.T.T.*, 2022, p. 200 ; *R.A.B.G.*, 2021, p. 1509, note F. MOURLON BEERNAERT ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 232 ; *R.W.*, 2021-22 (sommaire), p. 1108, note J. VAN DONINCK ; *Chr. D.S.*, 2022, p. 320, note X. ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 305 ; *R.D.C.*, 2021, p. 2031, note M. SCHELKENS ; *R.D.J.P.*, 2021, p. 175 ; *C.R.A.*, 2022, p. 7, note L. BREWAEYS.

6. J.A. JOLOWICZ, « Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems », in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 535 et s. ; R.L. MARKUS, « Extremism in the pursuit of truth is our 'virtue': the American infatuation with broad discovery », in *Truth and Efficiency in Civil Litigation*, Cambridge, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 165 et s.

7. Directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.*, L 157 du 15 juin 2016, p. 1-18.

3. Modes de preuve

7. Le premier mode de preuve évoqué est la preuve documentaire. Il est rappelé à ce sujet que les documents admissibles peuvent être conservés sur tout support, en ce compris électronique.

8. Ensuite, les règles abordent la preuve par témoin. Le témoin est tenu de dire la vérité et le juge peut exiger de lui qu'il s'exprime sous serment. Les témoignages sont en principe reçus oralement mais les témoignages écrits sont admissibles. La vidéoconférence peut être utilisée pour l'audition. Dans le but de réaliser un équilibre entre le droit continental et le droit de la Common Law, les règles prévoient que la personne peut être interrogée en premier lieu par le juge ou la partie qui a proposé les témoignages. Si le témoin est d'abord interrogé par le juge ou par la partie adverse, la partie présentant le témoignage a le droit de poser des questions directement au témoin. Le principe de l'interrogatoire croisé est donc maintenu.

9. Les règles traitent également de la comparution personnelle des parties. Les déclarations faites par les parties qui comparaissent devant le juge peuvent être retenues comme preuve. Le juge peut aussi tirer toutes les conclusions qu'il juge adéquates du refus non justifié de comparaître.

10. Les règles ELI/Unidroit font la part belle à l'expertise, puisqu'elles consacrent sept articles à ce mode de preuve.

À nouveau, pour réaliser l'équilibre entre le droit continental et le droit de la Common Law, les règles rappellent que l'expert peut être désigné soit par les parties soit par le juge. Le juge doit tenir compte de l'accord des parties sur le nom d'un expert.

Le juge fixe la mission et la durée de celle-ci. La mission peut être modifiée par le juge sur demande d'une des parties. Sauf autorisation du juge, l'expert ne peut déléguer sa mission à des tiers. On trouve ici en filigrane la problématique des sapiteurs, réglée de la même manière en Belgique.

En principe, le rapport d'expertise est rendu sous forme écrite mais, dans les affaires simples, le juge peut ordonner que l'expert présente son rapport oralement. Cela correspond donc au principe de l'expertise simplifiée, admis en droit belge.

Même lorsque le rapport est écrit, l'expert peut être amené à devoir s'expliquer devant le juge.

Tout comme en droit belge, les honoraires et frais d'expert font partie des frais du procès. L'avance de ces frais peut être ordonnée à la partie qui a sollicité l'expertise.

11. Le dernier mode de preuve envisagé est la vérification du juge. Une partie peut demander au juge d'ordonner la vérification de biens ou l'examen d'une personne. Le juge peut procéder à des vérifications personnelles ou ordonner des vérifications par un expert désigné judiciairement ou nommé par une partie. Sauf décision contraire du juge, les parties ou leurs représentants peuvent assister à toute vérification ou examen ordonné par le tribunal.

Dans notre droit, la vérification personnelle du juge correspond essentiellement à la descente sur les lieux, au cours de laquelle le juge peut se faire assister par un expert. En ce qui concerne les vérifications des personnes, elles s'inscrivent dans notre droit dans le cadre des expertises, essentiellement médicales.

4. Situations transfrontalières

12. Les règles ELI/Unidroit consacrent enfin deux articles à la problématique de l'obtention des preuves transfrontalières. Ces articles font une référence de principe au Règlement n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, pour ce qui est des situations internes à l'Union européenne. Elles se réfèrent également à la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, lorsque le règlement européen ne s'applique pas.

Toutefois, les règles ajoutent que :

- un témoin peut être cité à comparaître dans un autre État ;
- le juge peut désigner un expert pour réaliser des investigations dans un autre État ;
- les décisions d'accès aux preuves peuvent être adressées à une personne résidant dans un autre État.

B. Propositions pour le droit belge

13. Comme je l'ai indiqué dans l'introduction, la plupart des principes affirmés dans les règles ELI/Unidroit sont assez conformes au droit belge et ne commandent donc pas de modification de notre droit. Les textes les plus différents du droit belge concernent l'utilisation des preuves irrégulières et l'accès aux informations.

14. En ce qui concerne l'utilisation des preuves irrégulières, la règle admise par les principes ELI/Unidroit est diamétralement opposée à celle admise par la jurisprudence en Belgique, en matière civile. Il est toutefois probable qu'un changement n'interviendra pas sur ce point, dès lors que l'utilisation des preuves irrégulières en justice est actuellement admise par deux arrêts de la Cour de cassation en matière civile⁸ et est intégrée dans la loi en matière pénale⁹. En revanche, il est intéressant de constater que les critères proposés au juge pour déterminer si une preuve peut être admise ou pas sont assez convergents dans les règles ELI/Unidroit et la jurisprudence belge.

15. Là où le droit belge pourrait évoluer, c'est certainement en matière d'accès aux informations détenues par la partie adverse ou des tiers. En effet, les critères d'application de l'article 877 du Code judiciaire, en matière de production de documents, sont assez stricts, puisqu'il faut déterminer de manière précise la ou les pièces dont la production est demandée. Ils ont été confirmés récemment par la Cour de cassation¹⁰. Or les règles ELI/Unidroit permettraient la production non pas d'une pièce précise mais d'une catégorie de pièces limitativement définie (par exemple la correspondance échangée dans la période précédant immédiatement la naissance du litige). En dehors du cadre limité de l'article 877, la jurisprudence reste assez réticente à admettre des mesures d'investigation auprès de la partie adverse, qui puissent reposer sur un autre fondement¹¹. En particulier, la procédure de

saisie en matière de contrefaçon est limitée à la matière des droits intellectuels et ne peut être généralisée¹².

Certaines décisions se fondent sur l'article 584 du Code judiciaire pour désigner un séquestre chargé de conserver des preuves, à utiliser dans le cadre d'une procédure déjà introduite ou à introduire¹³. L'article 584, al. 5, 3°, autorise en effet le président à « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des droits de ceux qui ne peuvent y pourvoir, y compris la vente des meubles délaissés ou abandonnés. » Cela pourrait constituer une piste pour une extension de la jurisprudence. Il est intéressant de noter qu'aux Pays-Bas, les mesures de recherche et de conservation des preuves, dénommées « *bewijsbeslag* » (saisie preuve), ne ressortent pas de la loi mais d'une interprétation par le *Hoge Raad* des dispositions classiques relatives à la saisie conservatoire et à la production de documents¹⁴. L'inconvénient de cette base légale est qu'elle est limitée à la compétence des présidents de tribunaux. Elle permettrait cependant d'utiliser le mécanisme de la requête unilatérale.

À défaut de pouvoir compter sur une interprétation large de la jurisprudence, il faudra modifier la loi. La source d'inspiration pourrait venir de l'action *in futurum* existant en France, qui permet également d'obtenir et sécuriser des éléments de preuve, de manière plus large que la procédure classique de production de documents¹⁵.

8. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; *N.J.W.*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK ; *Orientations*, 2008, p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER ; Cass., 14 juin 2021, *J.T.*, 2021, p. 551, note D. MOUGENOT ; *J.T.T.*, 2022, p. 200 ; *R.A.B.G.*, 2021, p. 1509, note F. MOURLON BEERNAERT ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 232 ; *R.W.*, 2021-22 (sommaire), p. 1108, note J. VAN DONINCK ; *Chr. D.S.*, 2022, p. 320, note X. ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 305 ; *R.D.C.*, 2021, p. 2031, note M. SCHELKENS ; *R.D.J.P.*, 2021, p. 175 ; *C.R.A.*, 2022, p. 7, note L. BREWAEYS.
9. Art. 32 T.P.C.P.C.
10. Cass., 27 janvier 2022, *R.D.J.P.*, 2022, p. 75 ; *R.D.C.*, 2022, p. 931, note M. SCHELKENS et N. VERMEULEN.
11. Anvers, 19 mai 2020, *T. Not.*, 2021, p. 595 ; Comm. Anvers (div. Anvers), 19 juin 2018, *R.W.*, 2018-19, p. 1195 ; Anvers (fam.), 21 octobre 2015, *R.D.J.P.*, 2016, p. 23 ; Civ. Bruxelles, 23 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1778 ; Civ. Bruxelles, 3 février 2011, *T.R.V.*, 2011, p. 199 ; Comm. Bruxelles (prés.), 12 janvier 2011, *I.R.D.I.*, 2011, p. 26.
12. K. NEEFS, « Over vissers in bewijsnood : Bewijsbeslag & bedrijfsgeheimen », *I.R.D.I.*, 2018, p. 222.
13. Gand, 30 juin 2022, *R.D.C.*, 2022, p. 1066, note ; *R.D.J.P.*, 2022, p. 199, note ; Civ. Flandre occidentale, 19 octobre 2021, *R.D.C.*, 2022, p. 529, note J. BUSSE ; Anvers, 7 septembre 2021, *R.A.B.G.*, 2022, p. 581, note P. RENIER ; *R.W.*, 2022-23, p. 32 ; *T.F.R.*, 2022, p. 500, note E. VAN MALDER ; Gand, 4 novembre 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 713 ; Prés. Comm. Malines, 18 août 2000, *T.R.V.*, 2002, p. 317, note D. BLOMMAERT ; Bruxelles, 27 octobre 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 207, note G.L. BALLON ; *T.R.V.*, 1995, p. 193, note H. VAN GOMPEL.
14. W. VANDENBUSSCHE et N. DE LATHAUWER, « Een veralgemeend bewijsbeslag in de burgerlijke procedure », *R.D.C.*, 2015, p. 717 ; E. DIRIX, « Van beslag inzake namaak naar algemeen bewijsbeslag », *R.W.*, 2015-16, p. 882.
15. G. VAN DOOSSELAERE, « De l'utilité de prouver préventivement : étude comparative des mesures d'instruction *in futurum* en France et en Belgique », *J.T.*, 2023, pp. 229 et s.

Part VIII – Judgment, res judicata and lis pendens

Hakim BOULARBAH¹

Sarah BENZIDI²

A. Le jugement

1. Introduction

1. Les articles 130 à 141 des Règles modèles contiennent des dispositions générales relatives au jugement (différentes catégories, mentions, contenu, conditions préalables au jugement au fond, notification) et ensuite des dispositions spéciales relatives au jugement par défaut et aux transactions judiciaires.

2. Dispositions générales

2. Parmi les dispositions générales, la plus intéressante est certainement l'article 130 relatif aux catégories de jugements. A l'instar de l'article 19 du Code judiciaire, cette disposition prévoit la possibilité pour le juge de prononcer différents types de jugement. Mais l'article 130 va plus loin en prévoyant expressément le pouvoir du tribunal de statuer par des jugements interlocutoires. Le tribunal peut ainsi statuer sur la totalité de la ou des prétention(s) ou sur une partie de celle(s)-ci. Il peut également, de sa propre initiative ou à la requête d'une partie (art. 66), prononcer un jugement « *tranchant des questions procédurales préliminaires ou des questions de fond spécifiques* ».

3. Cette reconnaissance expresse de la faculté de bifurcation et du traitement de questions préalables est fort heureuse. Même si elle n'est pas exclue par le Code judiciaire et y est même implicitement reconnue (art. 869 C. jud.)³, il serait toutefois judicieux de la consacrer, à l'instar des Règles modèles, en des termes exprès en droit belge. Il conviendrait également de prévoir que lorsqu'il statue sur la mise en état d'une cause, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie, inviter les parties à conclure d'abord sur une question de procédure (par exemple, le pouvoir de juridiction des tribunaux belges) ou une question de fond spécifique (telle l'existence d'une faute). Ceci constituerait une application judicieuse du principe d'économie procédurale qui commande une juste célérité dans le procès,

et participerait ainsi d'une bonne administration de la justice.

3. Jugement par défaut

4. Les articles 135 à 140 des Règles modèles traitent des conditions du jugement par défaut mais aussi du recours en opposition contre un tel jugement. Tant en ce qui concerne les pouvoirs du juge statuant par défaut que les conditions d'ouverture et d'exercice de l'opposition, ces dispositions s'écartent très fortement des réformes récemment apportées à ces questions en droit belge par les lois du 19 octobre 2015 et 6 juillet 2017. Alors que ces dernières ont respectivement réduit le contrôle du juge statuant par défaut à la contrariété à l'ordre public (art. 806 C. jud.) et limité l'opposition aux seuls jugements rendus par défaut en dernier ressort (art. 1047 C. jud.), les Règles modèles prévoient un contrôle très étendu du juge en cas de défaut du défendeur (art. 138) et une ouverture très large du droit de former opposition (art. 139) ainsi qu'un délai d'opposition exceptionnel lorsqu'un motif légitime a empêché le défendeur d'agir (art. 140-2). Cette différence fondamentale d'approches semble limiter toute possibilité d'influence des Règles modèles sur le droit belge en la matière.

4. Transactions judiciaires

5. Comme l'article 1043 du Code judiciaire, l'article 141 des Règles modèles permet au juge de donner effet à un accord conclu pendant l'instance mais il étend de manière fort intéressante cette possibilité aux accords conclus avant tout procès. Pour le surplus, le juge peut refuser une homologation de l'accord si celui-ci est contraire à la loi ou si son objet ne peut donner lieu à une décision du juge. En cas de refus, la décision du juge peut faire l'objet d'un appel.

Même si elle reconnaît la possibilité pour les parties d'acter leur transaction dans un procès-verbal de conciliation en dehors de tout procès (art. 733 C. jud.), la loi belge pourrait utilement consacrer un

1. Professeur à l'Université de Liège, avocat au Barreau de Bruxelles.

2. Assistante à l'Université de Liège, avocate au Barreau de Bruxelles.

3. Voir B. BIEMAR, H. BOULARBAH, F. LAUNE en C. MARQUET, « Section 2 – La mise en état (« circuit long ») » in H. Boularbah et F. Georges (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2013, p. 207, n° 17 ; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « La justice civile transformée par les lois 'pots-pourris' sera-t-elle de meilleure qualité ? » in J. De Codt, B. Deconinck, D. Thijs et J.-Fr. van Drooghenbroeck (éd.), *Le Code judiciaire à 50 ans. Et après ?/50 jaar Gerechtelijk Wetboek. Quoi de neuf ?*, Brussel, Larcier, 2018, p. 401.

régime comparable aux Règles modèles et permettre aux parties de saisir le juge afin d'homologuer une transaction judiciaire, même lorsqu'aucun litige n'est pendant devant lui⁴.

B. Litispendance et chose jugée

1. Introduction

6. Les liens entre litispendance et autorité de la chose jugée sont connus : dans les deux cas, il s'agit d'éviter que des décisions inconciliables ou contradictoires soient rendues. Malgré ces objectifs communs, la majorité des membres du groupe de travail chargé de rédiger la section des Règles modèles consacrée aux « Effets de la litispendance et du jugement » n'ont pas recommandé une harmonisation totale du régime des deux matières⁵. Par ailleurs, les règles relatives à la litispendance et à la chose jugée ont été rédigées sans faire de distinction entre les affaires nationales et les affaires transfrontalières.

2. Litispendance et connexité

7. La litispendance et la connexité font l'objet, aux articles 142 à 146 des Règles modèles, d'un régime détaillé qui tranche avec la brièveté des dispositions qui leur sont consacrées par le Code judiciaire⁶.

8. Les articles 142 à 146 des Règles modèles sont largement inspirés des dispositions du Règlement Bruxelles I refonte n° 1215/2012 (ci-après, le « Règlement Bruxelles I bis »), ce qui peut surprendre quand on se souvient que les Règles modèles ont vocation à s'appliquer à des litiges purement nationaux. Les auteurs des Règles modèles justifient ce choix par le fait que l'application, par les juridictions nationales, des articles 29 à 32 dudit Règlement et de la jurisprudence de la Cour de justice y relative fonctionne relativement bien et que certains juges nationaux, en Europe, n'hésitent pas à faire usage du Règlement pour trancher des affaires de droit interne.

9. En vertu de l'article 142, il y a litispendance lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions différentes. Le Commentaire précise que les Règles modèles consacrent à cet égard la jurisprudence européenne fondée sur la notion de « *same cause of*

action »⁷. Seront ainsi considérées comme identiques la procédure par laquelle une partie cherche à obtenir d'une autre des dommages-intérêts contractuels et celle qui vise, dans le même rapport contractuel, à faire constater l'absence de faute. C'est donc une interprétation large qui prévaut.

Comme l'article 29 du Règlement Bruxelles I bis, l'article 142 des Règles modèles donne la priorité à la juridiction saisie en premier lieu. La juridiction saisie en deuxième ou troisième lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction premièrement saisie soit établie. Ce système est donc très différent de celui mis en place en Belgique par l'article 565 du Code judiciaire.

Par exception au principe de priorité « chronologique », l'article 143 prévoit, comme l'article 31(1) du Règlement Bruxelles I bis, qu'en cas de compétence exclusive de la juridiction n° 2⁸, la juridiction n° 1 se dessaisit en sa faveur⁹.

10. La connexité est définie de façon tout à fait classique à l'article 144 mais compte tenu de la définition large de litispendance fondée sur la notion précitée de « *same cause of action* », l'article 144 concerne essentiellement des litiges multipartites où plusieurs demandes sont formées, dans le cadre de procédures distinctes, contre le(s) même(s) défendeur(s) sur la base de mêmes faits.

En cas de connexité, le principe de priorité « chronologique » prévaut également mais uniquement à titre facultatif. La juridiction saisie en second lieu est en effet libre d'apprécier s'il convient ou non de suspendre la procédure, une suspension pouvant entraîner des conséquences négatives importantes pour les parties qui doivent attendre l'issue d'une demande connexe dans laquelle elles ne sont pas impliquées. Si la juridiction n° 1¹⁰ joint les deux instances connexes, la juridiction n° 2 se dessaisit.

11. L'article 145 détermine la date de la saisine. Comme le Règlement Bruxelles I bis, cette disposition distingue selon le système national en vigueur :

- si l'acte introductif d'instance doit d'abord être déposé auprès de la juridiction avant d'être notifié à l'adversaire, la date de la saisine correspond à celle du dépôt de l'acte introductif d'instance auprès de la juridiction ;

4. Sur ce qu'une telle possibilité n'existe pas à l'heure actuelle, voir J.-F. VAN DROOGHENBROECK et A. HOC, Droit judiciaire, Tome 2 – Procédure Civile, Volume 2 – Voies de recours, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 23, n° 9.11.

5. Voir ci-dessous, n° 13 et 18.

6. Le chapitre V de la première partie du Code judiciaire, intitulé « De la litispendance et de la connexité », n'est composé que de deux articles relativement brefs, les articles 29 et 30 du Code judiciaire.

7. Sur la notion de « *same cause of action* » dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, voir le Commentaire de l'article 142, point 2 et les références citées.

8. Le même principe prévaut si la compétence exclusive découle d'une convention de prorogation de for.

9. Voir dans le même sens, l'article 565, al. 3, du Code judiciaire (« Toutefois lorsque l'une des demandes relève de la compétence exclusive d'un tribunal, seul ce tribunal est compétent pour connaître de l'ensemble des demandes »).

10. Statuant au premier degré.

- dans le cas inverse, la date de la saisine est celle de la réception de l'acte par l'autorité chargée de la notification¹¹.

12. En vertu de l'article 146, la jonction de plusieurs instances pour litispendance ou connexité *peut* être ordonnée par la juridiction n° 1 (a) à la demande d'une partie, (b) si elle est compétente pour statuer sur toutes les demandes, (c) si les instances sont pendantes au premier degré et (d) après avoir entendu les parties et communiqué avec la ou les autres juridictions saisies. Le Commentaire précise aussi que la jonction doit être ordonnée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La jonction est facultative, ce qui devrait permettre à un juge de la refuser si les procédures sont déjà à un stade trop avancé.

Si la juridiction n° 1 joint les procédures, toute autre juridiction se dessaisit. Sinon, la juridiction n° 2 peut se saisir, moyennant les mêmes conditions. La jonction d'instances se fait sans préjudice de toute conséquence procédurale ou matérielle liée à l'existence de l'autre instance (par exemple, le bénéfice d'une interruption de prescription)¹². Enfin, les Règles modèles laissent au droit national le soin de déterminer si après consolidation, les parties doivent recommencer toute la procédure transférée ou si elles peuvent se contenter de transférer leurs écrits.

3. Autorité de la chose jugée

13. La chose jugée fait l'objet des articles 147 à 152 des Règles modèles. De façon surprenante, l'autorité de la chose jugée n'est pas définie, la condition classique de triple identité d'objet, de cause et de parties n'est reprise nulle part – contrairement à la litispendance¹³ – et aucune disposition n'est en tant que telle consacrée aux effets (positif et négatif) de la chose jugée. En revanche, l'article 148 prend la peine

de définir la force de chose jugée, comme étant celle qu'un jugement acquiert lorsqu'aucun recours ordinaire n'est (plus) recevable¹⁴. Cela est d'autant plus surprenant que les Règles modèles ne tirent aucune conséquence de cette définition¹⁵.

14. L'article 147 précise que sont revêtus de l'autorité de la chose jugée les jugements définitifs¹⁶. Les décisions ordonnant des mesures provisoires en sont dépourvues¹⁷. Cette disposition ne concerne que les décisions rendues par les tribunaux étatiques. Aucune autorité de la chose jugée n'est donc reconnue aux sentences arbitrales, au contraire de ce que prévoit le droit belge¹⁸.

15. Les Règles modèles ne distinguent pas entre le dispositif et les motifs. Les motifs peuvent donc être revêtus de l'autorité de la chose jugée. Le Commentaire reconnaît que cela induit plus de complexité qu'un système limitant l'autorité de la chose jugée au seul dispositif mais estime que cet inconvénient est contrebalancé par sa contribution à l'amélioration de l'économie procédurale¹⁹.

16. En vertu de l'article 149, la chose jugée s'étend aux questions juridiques préalables expressément tranchées dans le jugement par un juge compétent. Les « questions juridiques préalables », ou, dans la version anglaise des Règles modèles, les « *necessary and incidental legal issues* », sont définies par le Commentaire comme les étapes juridiques nécessaires à l'issue de l'affaire, ses antécédents logiques dont la décision dépend (par exemple, l'existence et la validité du contrat concerné dans le cadre d'une demande en responsabilité contractuelle). Plusieurs conditions doivent, pour ce faire, être réunies :

- Il faut qu'il y ait eu un débat entre les parties ou à tout le moins l'opportunité d'un débat sur la question en jeu.

11. L'article 145 détermine encore (ce que le Règlement Bruxelles I bis ne fait pas) la date pour une demande formée en cours d'instance (soit la date de l'audience, des conclusions ou de la notification).

12. Ces règles diffèrent du régime instauré par le Règlement Bruxelles I bis. En effet, ce dernier n'a, à l'égard de la litispendance et de la connexité, qu'une approche négative (il n'envisage que la suspension ou le rejet d'une demande identique ou connexe à une autre déjà en cours), là où les Règles modèles adoptent en outre une approche positive en abordant la jonction.

13. Voir l'article 142 des Règles modèles.

14. Bien que cette définition semble *a priori* identique à celle retenue en droit belge (voir l'article 28 du Code judiciaire qui dispose que « [t]oute décision passe en force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice des effets des recours extraordinaires »), il n'en est rien car le recours ordinaire est défini, par les Règles modèles, comme visant tant un premier appel, portant sur le droit et les faits, qu'un second appel, limité au droit.

15. Certes, le Code judiciaire ne déduit pas non plus de conséquence de la force de chose jugée qu'il prend pourtant la peine de définir mais 1) il définit auparavant l'autorité de la chose jugée et 2) la Cour de cassation, elle, lui réserve un traitement particulier puisqu'elle considère que la force de chose jugée, à l'inverse de l'autorité de la chose jugée, peut – et même doit – être soulevée d'office par le juge (Cass., 27 janvier 1978, *Arr. Cass.*, p. 640 ; Cass., 1^{er} mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 679 ; Cass., 1^{er} décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 312).

16. La notion de jugement définitif est précisée par l'article 130(1) des Règles modèles. Il peut s'agir de jugements définitifs statuant sur la totalité de la prétention (art. 130(1)(a)), de jugements partiels (art. 130(1)(b)-(c)), de jugements tranchant des questions procédurales préliminaires ou des questions de fond spécifiques (art. 130(1)(d)) comme une décision constatant le défaut de juridiction du tribunal saisi, et de jugements par défaut (art. 130(1)(e)). Cette définition est familière au juriste belge mais elle ne se retrouve pas forcément dans tous les droits. C'est ainsi que par son arrêt *Gothaer* du 15 novembre 2012, la Cour de justice a considéré que les juridictions allemandes étaient liées par la constatation relative à la validité d'une clause attributive de juridiction qui figurait dans les motifs d'un jugement, devenu définitif, par lequel la Cour d'appel d'Anvers avait décliné sa compétence sur le fondement de cette clause (C.J.U.E., 15 novembre 2012, aff. C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung e.a.*).

17. Le Commentaire précise que ces décisions n'ont qu'une autorité de la chose jugée très limitée, les parties et le juge n'étant liés par elles que tant que les circonstances ne changent pas.

18. Voir en effet l'article 1713, § 9, du Code judiciaire : « La sentence, a, dans les relations entre les parties, les mêmes effets qu'une décision d'un tribunal ».

19. Le système belge est un peu intermédiaire : en principe, l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif et non aux motifs, sauf les motifs décisifs, c'est-à-dire ceux qui énoncent une décision du juge sur une question litigieuse (Cass., 28 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 418) et ceux qui sont inséparables du dispositif en ce qu'ils en constituent le soutien nécessaire (Cass., 22 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 857).

- Cette question doit être un élément nécessaire (« *necessary reason* ») pour la décision elle-même.
- Le juge doit avoir la compétence pour statuer sur les questions juridiques préalables, ce qui revient à se demander si le tribunal aurait pu connaître de cette décision à titre principal²⁰.
- Enfin, il faut une décision *explicite* sur la question juridique préalable²¹.

17. L'article 149(1), relatif à l'étendue matérielle de la chose jugée, aborde l'effet positif de la chose jugée²². L'effet négatif, lui, n'est pas abordé dans le chapitre sur la chose jugée mais dans celui sur l'instance. En vertu de l'article 22 des Règles modèles, « [i]l incombe aux parties, en demande ou en défense, de présenter en même temps, au cours de la même instance, l'ensemble des moyens de fait et de droit relatifs à la même prétention. Le manquement à la disposition de l'alinéa précédent rend irrecevable toute nouvelle prétention fondée sur les mêmes faits ». Les parties ont donc l'obligation de concentrer leurs moyens de fait et de droit²³. Cette obligation doit cependant être mise en perspective avec l'article 26(2) des Règles modèles qui impose au juge d'examiner et d'appliquer d'office toutes les dispositions légales pertinentes²⁴. Le Commentaire précise qu'il n'y a en revanche pas d'obligation de concentrer ses demandes²⁵.

18. Les Règles modèles n'énoncent pas les conditions d'application de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Le Commentaire nous apprend toutefois que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la « *same cause of action* », que les Règles modèles consacrent pour la litispendance²⁶, n'est pas retenue en matière de chose jugée. Il explique cela par le fait qu'une conception large de la « *cause of action* » a un effet beaucoup plus

drastique *ex post* qu'*ex ante*. Dans la phase précédant l'ouverture de la procédure, les parties sont encore en mesure de s'adapter afin d'assurer la concentration totale de leur litige auprès d'une seule juridiction, ce qui n'est pas le cas après le prononcé d'un jugement définitif. Le Commentaire justifie aussi ce choix par le fait que la notion de « *cause of action* » développée par la Cour de justice a acquis, en matière de litispendance, des contours clairs au cours des dernières décennies alors qu'elle reste « floue et sous-développée » en matière de chose jugée.

19. Enfin, l'article 152 dispose : « Le juge relève d'office le moyen tiré de la chose jugée ». Il s'agit d'un pouvoir mais aussi d'un *devoir* du juge. Le droit belge est très différent sur ce point : en vertu de l'article 27, alinéa 2, du Code judiciaire, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée « ne peut être soulevée d'office par le juge ». Il suit toutefois d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que cette fin de non-recevoir peut et même doit être soulevée d'office lorsqu'elle se rapporte à un jugement ou un arrêt constitutif ou déclaratif de l'état des personnes²⁷ et à une décision passée en force de chose jugée²⁸. Comme à d'autres auteurs²⁹, il nous semble que le législateur belge devrait prévoir de façon générale, à l'instar des Règles modèles, le relevé d'office de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée (que la décision définitive invoquée soit revêtue de l'autorité de la chose jugée ou passée en force de chose jugée, et indépendamment de la matière tranchée par le juge)³⁰. Plusieurs arguments poussent toutefois à considérer que le juge devrait avoir la *faculté* – et non l'*obligation*, comme c'est le cas dans le cadre des Règles modèles – de relever d'office le moyen tiré de la chose jugée³¹.

20. Ce ne sera pas le cas si la question juridique préalable avait, à titre principal, dû être tranchée par la juridiction d'un tribunal pénal ou administratif ou si le montant en jeu excède le plafond déterminant la compétence de la juridiction saisie.
21. On rappellera que la Cour de cassation de Belgique considère que l'autorité de la chose jugée s'attache non seulement à ce que le juge a décidé sur un point litigieux mais aussi « à ce qui, en raison de la contestation portée devant lui et soumise à la contradiction des parties, constitue, *fût-ce implicitement*, le fondement nécessaire de la décision » (Cass., 9 janvier 2020, C.19.0188.N.; Cass. (1^{re} ch.), 16 avril 2015, RG C.13.0338.F; Cass., 4 décembre 2008, Pas., 2008, n° 698; nous soulignons).
22. Il dispose : « L'étendue matérielle de la chose jugée est déterminée par référence aux demandes formulées dans les conclusions des parties, y compris dans les modifications qui leur sont apportées, et tranchées par le jugement ».
23. La même obligation incombe aux parties en droit belge depuis que la loi pot-pourri I du 19 octobre 2015 a consacré, à l'article 23 du Code judiciaire, la conception factuelle de la cause (voir aussi *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-1219/001, p. 5).
24. En Belgique aussi, l'obligation de concentrer ses moyens doit être nuancée (en principe) par une règle similaire, mais de nature jurisprudentielle. En effet, depuis l'important arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2005, le juge a le devoir de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits de la cause (Cass., 14 avril 2005, Pas., 2005, liv. 4, p. 862, concl. P. DE KOSTER; Arr. Cass., 2005, liv. 4, p. 868; J.T., 2005, liv. 6197, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE; J.L.M.B., 2005, liv. 20, p. 856, note G. DE LEVAL (« Un arrêt fondamental et attendu »); R.A.B.G., 2005, liv. 18, 1663, note R. VERBEKE).
25. En Belgique, on peut penser qu'en l'état du droit actuel, la conception factuelle de l'objet de la demande retenue par la Cour de cassation entraîne pour les parties une obligation de concentrer leurs demandes (Cass. (aud. plén.), 14 décembre 2017, C.16.0296.N, concl. contraires de l'Avocat général H. Vanderlinden; R.C.J.B., 2020/1, p. 5; Cass., 9 mars 2018, R.C.J.B., 2020/1, p. 7).
26. Voir *supra*, note infrapaginale n° 7.
27. Cass., 8 mars 1968, Pas., 1968, I, p. 858; Cass., 19 février 1953, Pas., 1953, I, p. 471.
28. Cass., 27 janvier 1978, Arr. Cass., p. 640; Cass., 1^{er} mars 1974, Pas., 1974, I, p. 679; Cass., 1^{er} décembre 1972, Pas., 1973, I, p. 312.
29. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Chapitre 6 – L'autorité de la chose jugée » in G. de Leval (dir.), *op. cit.*, pp. 959-960, n° 8.52; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le régime de l'exception de chose jugée », in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *op. cit.*, p. 219, n° 72.
30. Pour une présentation des arguments devant conduire à un relevé d'office de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée par le juge, voir S. BENZIDI, « L'exception de chose jugée », in F. Balot et A. Hoc (coord.), *Le point sur les défenses en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2023, pp. 148 et ss.
31. Cette solution, qui est celle retenue par le droit français, présenterait en effet l'avantage de permettre la réitération d'un jugement qui aurait tenu pour vrai ce qui est faux et d'empêcher que l'« exception » de chose jugée, quoique d'ordre public, puisse être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (un moyen de cassation ne pouvant pas viser une disposition légale qui ne confère qu'une simple faculté au juge du fond d'appliquer la règle qu'elle contient) (G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Chapitre 6 – L'autorité de la chose jugée » in G. de Leval (dir.), *op. cit.*, pp. 959-960, n° 8.52; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le régime de l'exception de chose jugée », in H. Boularbah et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *op. cit.*, p. 219, n° 72).

Part IX – Means of review

Beatrix VANLERBERGHE¹

Stefan RUTTEN²

Lauranne CLAUS³

Aurélié HENDRICKX⁴

1. Deel IX van de *Model Rules* bevat de regels betreffende het instellen van rechtsmiddelen. Deze regels gaan uit van de idee dat er een recht op hoger beroep bestaat.⁵ Daarbij wordt evenwel gezocht naar een doeltreffend evenwicht tussen enerzijds de private belangen van de procespartijen, zoals “*the principles of finality in litigation, accuracy in decision-making, expedition and proportionality*” en anderzijds de publieke belangen, zoals het bevorderen van de geschillenbeslechting binnen een redelijke termijn, en daarmee samenhangend het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht.⁶

2. Hierna worden enkele belangwekkende aspecten belicht uit deel IX van de *Model Rules*. Achtereenvolgens komen de volgende procesrechtelijke regels aan bod: (1) de aanleggrens (*Rule 166*), (2) afstand van het recht om een rechtsmiddel in te stellen (*Rule 154*), (3) de omvang van het hoger beroep (*Rule 167*), de concentratie van het verweer (*Rule 168*) en de motiveringsverplichting van de rechter in hoger beroep (*Rule 171*) en tot slot (4) de figuur van ‘*leapfrog appeal*’ of sprongcassatie (*Rule 177*). Op basis van een vergelijking tussen het huidige Belgische recht en de betrokken *Model Rule* worden per *Rule* voorstellen geformuleerd voor het Belgische procesrecht, telkenmale met de zogenaamde ‘inpassingsvraag’⁷ in het achterhoofd. Het recht op hoger beroep en de balans tussen de private en publieke belangen fungeren daarbij als rode draad door de besproken bepalingen heen.

A. *Rule 166*. Het recht op hoger beroep – De aanleggrens

1. Belangwekkende aspecten

3. Er bestaat geen grondwettelijk gewaarborgd recht op een dubbele aanleg, noch bestaat er een algemeen rechtsbeginsel in die zin.⁸ Evenmin kan men een dergelijk recht afleiden uit artikel 6.1 EVRM.⁹ Ondanks het feit dat er geen fundamenteel recht op een dubbele aanleg bestaat, kan men naar Belgisch recht in beginsel tegen elk vonnis hoger beroep instellen.¹⁰

Hierop bestaan een aantal uitzonderingen/nuanceringen. Een van die nuanceringen/uitzonderingen betreft de aanleggrens. Krachtens artikel 617 Gerechtelijk Wetboek worden de vonnissen waarin uitspraak wordt gedaan over een vordering die een bepaalde waarde niet overschrijdt, gewezen in laatste aanleg. Ook deze regel kent op zijn beurt een aantal uitzonderingen. De niet in geld waardeerbare vorderingen, zoals een vordering tot nietigverklaring of ontbinding van een overeenkomst, worden in eerste aanleg bevestigd.¹¹ Ook wanneer de vordering een gemengde vordering is die deels in geld waardebaar is en deels niet in geld waardebaar is, wordt het geschil in eerste aanleg bevestigd.¹²

De beperking van het hoger beroep op grond van de waarde van het geschil houdt eerder rekening met het privaat belang van de procespartijen. Dit criterium zegt immers niets over bijvoorbeeld het fundamenteel

1. Hoogleraar Universiteit Antwerpen en advocaat bij het Hof van Cassatie.

2. Hoofddocent Universiteit Antwerpen en advocaat.

3. Postdoctoraal medewerker Universiteit Antwerpen en advocaat.

4. Doctoraatsbursaal Universiteit Antwerpen.

5. Introduction part. IX – means of review, 297, nr. 2. Cfr. *infra* randnr. 4.

6. Introduction part. IX – means of review, 297, nr. 2. Zie uitvoeriger *infra* randnr. 4.

7. Deze vraag betreft de idee dat “nodig gebleken wijzigingen zodanig moeten worden ingepast dat zij de orde en de systematiek van het recht niet verstoren” (F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 793, nr. 616 die op zijn beurt het begrip ontleende aan C.H. VAN RHEE, “Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap!”, *RMThemis* 2004, (196) 199).

8. GwH 17 maart 2016, nr. 44/2016, overw. B.4.3; GwH 17 september 2015, nr. 122/2015, overw. B.7; Cass. 2 november 1989, AR 6286; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 698, nr. 1430.

9. Zie o.m.: EHRM 17 juli 2012, nr. 24197/10, Muscat/Malta, § 42; EHRM 18 december 2007, nr. 3738/2, Marini/Albanië, § 120; EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65, Delcourt/België, § 25-26.

10. Art. 616 en 1050 Ger.W.

11. Art. 619 Ger.W.

12. J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 740, nr. 1528.

karakter van de rechtsvraag die in het geschil aan de orde is of over het belang van het geschil in het licht van de rechtsvorming.

4. De *Model Rules* zoeken, zoals gezegd¹³, wat het recht op hoger beroep betreft een balans tussen enerzijds de private belangen en anderzijds de publieke belangen. Geschillen moeten beslecht worden binnen een redelijke termijn en met redelijke kosten en dit zowel voor de partijen als voor de Staat. Volgens de *Model Rules* kan een dergelijke balans niet worden bereikt wanneer er een onbeperkte toegang is tot het hoger beroep. Bovendien zou een dergelijke onbeperkte toegang de status van de rechtscollages in eerste aanleg ondermijnen hetgeen op zijn beurt het vertrouwen van de burger in het rechtssysteem aantast. Het beperken van de toegang tot het hoger beroep moet bijgevolg bijdragen aan de herwaardering van de rechtscollages in eerste aanleg en het inperken van het idee dat er een mogelijkheid tot herkansing bestaat.¹⁴

Gelet op deze uitgangspunten worden er in de *Model Rules* een aantal regels voorgesteld die het publiek belang beklemtonen, in het bijzonder door het recht op hoger beroep te onderwerpen aan beperkingen.

In de zoektocht naar deze beperkingen kwamen de opstellers van de *Model Rules* tot de vaststelling dat er in Europa drie categorieën van rechtssstelsels onderscheiden kunnen worden wat de toegang tot het hoger beroep betreft. In de *Common Law*-landen geldt een eerder verregaande beperking. Partijen moeten toestemming krijgen om hoger beroep in te stellen, hetzij van het rechtscollege dat in eerste aanleg uitspraak deed, hetzij van het rechtscollege in hoger beroep. In een tweede groep landen bestaan er (quasi) geen beperkingen. België en Frankrijk vallen onder deze categorie.¹⁵ De derde groep landen zoekt een evenwicht tussen de strikte en de vrije benadering en tracht de private en publieke belangen in evenwicht te brengen, door ook een aantal criteria te voorzien die rekening houden met het publiek belang.¹⁶ Ook de *Model Rules* kiezen voor deze tussenoplossing.¹⁷

De *Model Rules* voorzien een recht op hoger beroep in twee gevallen:

- De waarde van het geschil overstijgt een zeker bedrag. In de *Model Rules* wordt een waarde van tweemaal het gemiddeld maandloon gesuggereerd.

- Het rechtscollege in hoger beroep verleent toestemming om hoger beroep in te stellen op grond van de akte van hoger beroep en de daarin vermelde redenen voor het hoger beroep.¹⁸

In het tweede geval moet het rechtscollege in hoger beroep rekening houden met een aantal criteria om te bepalen of de toestemming om hoger beroep in te stellen wordt verleend. Meer bepaald zal het rechtscollege in hoger beroep rekening houden met de vraag of:

- de rechtsvraag van fundamenteel belang is;
- de rechtsontwikkeling of de rechtseenheid een be-rechting in hoger beroep vereisen;
- fundamentele procedurele regels werden geschonden.¹⁹

Deze criteria houden dus voornamelijk rekening met de publieke belangen. Het privaat belang speelt enkel een rol in de beoordeling wanneer fundamentele regels van procedurele aard werden geschonden.²⁰

5. Opvallend is dat de aanleggrens anders wordt benaderd dan naar huidig Belgisch recht het geval is. De waarde van het geschil wordt niet bepaald aan de hand van de waarde van de vordering, maar wel door het verschil te berekenen tussen het bedrag dat werd gevorderd en het bedrag dat uiteindelijk werd toegekend door het rechtscollege in eerste aanleg.²¹ In geschillen waarin de vordering niet in geld waardeerbaar is, is er volgens de *Model Rules*, in tegenstelling tot het Belgisch recht, geen automatisch recht op hoger beroep. Geschillen met geen of een te beperkte financiële waarde, dan wel geschillen waarin de financiële waarde moeilijk of niet te bepalen is, vereisen steeds dat toestemming wordt gevraagd aan het rechtscollege in hoger beroep. Bij het beoordelen van deze vraag zal het rechtscollege in hoger beroep rekening houden met de drie hierboven besproken criteria.²² Het gaat bijgevolg om een gevoelige inperking van het recht om hoger beroep in te stellen in zaken waarin vorderingen aan de orde zijn die niet in geld waardeerbaar zijn.

2. Voorstel voor het Belgische recht

6. De nieuwe benadering van de aanleggrens voorgesteld door de *Model Rules* zou betekenen dat de aanleggrens fors verhoogt. Uit cijfers van Statbel blijkt dat het gemiddeld maandloon in 2021 € 3886 bedraagt.²³

13. Cfr. *supra* randnr. 1.

14. Comments bij Rule 166, nr. 1.

Zie in dit verband ook: B. DECONINCK en P. TAELEMAN, "Rechtsmiddelen moeten efficiënter", *TPR* 2012, (27) 34, nr. 8.

15. Voor Frankrijk, zie art. 543 Code de procédure civile.

16. Zie bijvoorbeeld in Duitsland: § 511 ZPO.

17. Comments bij Rule 166, nr. 3.

18. Rule 166 (1).

19. Rule 166 (2).

20. Comments bij Rule 166, nr. 5.

21. Comments bij Rule 166, nr. 5.

22. Comments bij Rule 166, nr. 5.

23. <https://statbel.fgov.be/nl/themas/werk-opleiding/lonen-en-arbeidskosten/gemiddelde-bruto-maandlonen>.

Het verschil tussen het door de eiser gevorderde bedrag en het door de eerste rechter toegekende bedrag zou bijgevolg minstens € 7772 moeten zijn opdat men hoger beroep zou kunnen instellen.²⁴ Er wordt in de *Model Rules* ook geen onderscheid gemaakt wat het bedrag van de aanleggrens betreft naargelang het rechtscollege dat uitspraak deed.

De door de *Model Rules* voorgestelde benadering in zoverre de aanleggrens bepaald wordt door het verschil tussen het door de eiser gevorderde bedrag en het door de eerste rechter toegekende bedrag komt logisch en evenwichtig over. Rekening houdende met de publieke belangen die meespelen bij de rechtsbedeling kan men zich immers afvragen waarom een partij die een vordering heeft van bijvoorbeeld € 10 000, waarvan er uiteindelijk € 9500 wordt toegekend, hoger beroep zou moeten kunnen instellen. Overeenkomstig artikel 617 Ger.W. is naar geldend Belgisch recht de aanleggrens bereikt. Het belang van deze partij om hoger beroep in te stellen is echter eerder beperkt en weegt niet op tegen de impact op de gehele rechtsbedeling.

7. De vraag of de invoering van een verlofsysteem wenselijk is, is minder eenvoudig te beantwoorden. Een dergelijk verlofsysteem zou een drastische breuk betekenen met onze huidige rechtstraditie, waar het bijvoorbeeld voor niet in geld waardeerbare vorderingen steeds mogelijk is om hoger beroep in te stellen.²⁵ Bepaalde rechtsleer stelt zich vragen bij de efficiëntiewinst die bereikt kan worden middels een dergelijk systeem. Het al dan niet verlenen van het verlov vergt immers een zeker onderzoek. Bovendien rijst de vraag of men tegen een afwijzende beslissing een rechtsmiddel moet kunnen aanwenden.²⁶ Anderen stellen zich vragen over de verzoenbaarheid van een dergelijk systeem met het rechtsgevoel van de justitiabele.²⁷

Het streven naar een meer efficiënte procesvoering waarbij ook de nodige aandacht wordt besteed aan de publieke belangen die meespelen, is een toe te juichen doelstelling. Er zijn echter tal van verschillende manieren om dit doel te bereiken. Een eventuele hervorming van de rechtsmiddelen met het oog op de verhoging van de efficiëntie moet gebeuren na diepgaande discussie. Deze maatregelen elk afzonderlijk beoordelen geeft een te beperkt beeld en kan ervoor zorgen dat het evenwicht tussen private en publieke belangen verloren dreigt te gaan. Men moet daarentegen de rechtspleging in zijn geheel beschouwen.

Gelet op het feit dat er geen onderzoek bestaat dat het verlofsysteem evalueert in al zijn aspecten (bv. wat de werklast betreft voor de appelrechter die een dergelijk verlov moet toekennen) lijkt de implementatie van een dergelijk systeem zonder meer niet meteen aangewezen. Het bepalen van de aanleggrens aan de hand van het verschil tussen het gevorderde en toegekende bedrag is echter wel een logisch en billijk voorstel. Bij gebrek aan verlofsysteem blijven vonnissen waarin uitspraak wordt gedaan over niet in geld waardeerbare vorderingen steeds appellabel. Het verhogen van de aanleggrens naar bijvoorbeeld tweemaal het gemiddeld maandloon lijkt ook geen wondermiddel te zijn. In de eerste plaats wordt de aandacht voor het publiek belang door deze ingreep niet per definitie vergroot, aangezien de waarde van het geschil niets zegt over de aard van de onderliggende rechtsvraag. In de tweede plaats zou dit aanleiding kunnen geven tot een toename van het aantal cassatieberoepen.²⁸ De beperking van het hoger beroep op grond van de waarde van het geschil is geen geschikt middel om het publiek belang te versterken, zodat eerder gekeken moet worden naar andere maatregelen om het hoger beroep (of beter nog, het geheel van de rechtspleging) te hervormen.

B. Rule 154. Afstand van het recht om een rechtsmiddel in te stellen

1. Belangwekkende aspecten

8. Rule 154 bepaalt dat een partij afstand kan doen van haar recht om een rechtsmiddel in te stellen. Deze afstand moet vrij, geïnformeerd en uitdrukkelijk zijn. Zij kan schriftelijk ter kennis van de rechtbank gebracht worden voor of tijdens de zitting. Zij kan ook mondeling ter zitting geformuleerd worden. *Het is mogelijk om afstand te doen van het recht om rechtsmiddelen in te stellen vooraleer het vonnis werd uitgesproken.* Een dergelijke afstand is echter slechts mogelijk met akkoord van alle partijen. Echter kan een consument voor de uitspraak geen afstand doen van het recht om een rechtsmiddel in te stellen. De afstand van het recht om een rechtsmiddel in te stellen wordt vermeld in het vonnis of in een officieel register.

Deze regel voorziet in de mogelijkheid om nog voor er in eerste aanleg uitspraak werd gedaan afstand te doen van het recht om een rechtsmiddel in te stellen.

24. Vgl. met art. 617 Ger.W. voor de huidige bedragen naar Belgisch recht.

25. Een dergelijk verlofsysteem is uitzonderlijk wel voorzien in artikel 1050, tweede lid Ger.W. dat de rechter de mogelijkheid geeft om toestemming te geven om het hoger beroep tegen een beslissing alvorens recht te doen (waartegen in beginsel enkel hoger beroep mogelijk is samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis) toch onmiddellijk toe te laten.

26. B. DECONINCK en P. TAELEMAN, "Rechtsmiddelen moeten efficiënter", *TPR* 2013, (27) 40-41, nr. 16.

27. I. VEROUGSTRATE, "Een efficiënte rechtspleging in graad van beroep" in VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BALIE BRUSSEL (ed.), *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, Antwerpen, Kluwer, 1984, (109), nr. 15.

28. B. DECONINCK en P. TAELEMAN, "Rechtsmiddelen moeten efficiënter", *TPR* 2013, (27) 39, nr. 15.

Gelet op het feit dat afstand van het recht om een rechtsmiddel in te stellen belangrijke gevolgen heeft voor de partijen, moet er sprake zijn van een geïnformeerde en uitdrukkelijke afstand die ook als zodanig geacteerd moet worden.

Rule 154 bepaalt dat de voorafgaande afstand moet gebeuren met instemming van alle partijen. Deze regel kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Enerzijds zou deze regel zo gelezen kunnen worden dat er slechts sprake is van een rechtsgeldige afstand door een partij wanneer deze door de andere partij wordt aanvaard. Anderzijds zou deze regel zo gelezen kunnen worden dat er slechts sprake is van een rechtsgeldige afstand wanneer alle partijen eenstemmig afstand doen van de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen. Gelet op de gevolgen die een dergelijke voorafgaande afstand heeft voor de partijen, dient de tweede interpretatie te worden aangenomen.

9. De mogelijkheid om afstand te doen van hoger beroep (of enig ander rechtsmiddel) nog vooraleer het vonnis werd uitgesproken draagt niet alleen bij tot de proceseconomie, maar ook tot een mogelijk sneller herstel van de relaties tussen de partijen en tot een herwaardering van de procedure in eerste aanleg. In het voorgestelde systeem zijn zowel de partijen als de rechtbank op de hoogte van het feit dat er geen hoger beroep zal kunnen worden ingesteld. Er wordt daarbij een grote verantwoordelijkheid bij de eerste rechter gelegd die het geschil op een bijzonder zorgzame en efficiënte wijze zal moeten afhandelen.

10. In Frankrijk²⁹, Nederland³⁰ en Duitsland³¹ wordt de toelaatbaarheid van appellabiliteitsovereenkomsten na het ontstaan van het geschil aanvaard op voorwaarde dat partijen bekwaam zijn tot het sluiten van een dading en betreffende aangelegenheden waarover zij vrije beschikking hebben.

De uitwerking van deze mogelijkheid om afstand te doen is echter in elk van bovenvermelde rechtsstelsels verschillend. Zo kan, anders dan in Frankrijk en Nederland, de afstand in Duitsland eenzijdig gebeuren, maar is de bijstand van een advocaat verplicht.³²

2. Voorstel voor het Belgische recht

11. Het Gerechtelijk Wetboek bevat niet als dusdanig de mogelijkheid om afstand te doen van het recht om hoger beroep in te stellen nog voor het vonnis is gewezen. De artikelen 820-827 van het Gerechtelijk Wetboek voorzien in verschillende vormen van afstand. Bij afstand van geding ziet de partij af van de rechtspleging die zij is begonnen. Deze afstand van geding heeft niet tot gevolg dat het recht zelf wordt prijsgegeven (art. 820 Ger.W.). Bij afstand van rechtsvordering ziet de eiser af zowel van de rechtspleging als van het recht zelf. Afstand van rechtsvordering doet het recht teniet om te handelen met betrekking tot de aanspraak die voor de rechter was gebracht (art. 821 Ger.W.). Bij afstand van proceshandeling ziet de partij af van de gevolgen die er voor haar uit voortvloeien (art. 822 Ger.W.). De artikelen 1044 en 1045 bevatten de regels inzake de berusting. Berusten in een beslissing is afstand doen van rechtsmiddelen die een partij tegen alle of sommige punten van die beslissing kan aanwenden of reeds heeft aangewend (art. 1044 Ger.W.).

In de huidige rechtsleer wordt overwegend aangenomen dat deze bepalingen inzake afstand en berusting niet toelaten dat een partij afstand doet van het recht om een rechtsmiddel in te stellen nog voor er een vonnis gewezen is.³³ Daarbij wordt aangenomen dat het recht om hoger beroep in te stellen van dwingend recht is zodat daarvan geen afstand kan worden gedaan voor dit recht daadwerkelijk ontstaat, dit is na de uitspraak.

Toch bestaat er hierover geen eensgezindheid in de rechtsleer. Vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek en in oudere rechtsleer werd aangenomen dat appellabiliteitsclausules principieel geldig zijn en dat partijen derhalve nog voor het ontstaan van het geschil geldig kunnen overeenkomen afstand te doen van het recht op hoger beroep.³⁴ Bepaalde rechtsleer argumenteert ook dat partijen in elk geval kunnen afzien van het recht op hoger beroep na het ontstaan van het geschil, maar voor de eerste rechter een beslissing heeft gewezen. Op dat ogenblik is het geschil immers duidelijk omlijnd, zodat het voorwerp van de overeenkomst voldoende bepaald is.³⁵

29. Art. 41 CPC: "Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort"; art. 556 CPC: "Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition"; art. 575 CPC: "La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige."

30. Art. 333 Rv.: "Geen hoger beroep staat open in zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan en waarbij partijen zijn overeengekomen van hoger beroep af te zien. In zaken als bedoeld in artikel 96 staat hoger beroep slechts open indien partijen zich dat beroep, binnen de grenzen van artikel 332, hebben voorbehouden." Cfr. HR 4 juni 2010, 09/00219, NJ 2010, 312.

31. § 515 ZPO: "Die Wirksamkeit eines Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, dass der Gegner die Verzichtsleistung angenommen hat". Zie hierover: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, 2018, § 136, 42 e.v.

32. Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck, 2018, § 136, 43-45.

33. G. CLOSSET-MARCHAL en J.F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Brussel, Bruylant, 2009, 9, nr. 11; G. DE LEVAL, "Les voies de recours ordinaires" in G. DE LEVAL, *Droit judiciaire, Tome 2, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 762-763, 8.10; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk recht*, Intersentia, 2020, 706, nr. 1443.

34. *Pand. Belges*, v° Appel civil, nr. 17; J. LAENENS, "Geschillenbeslechttingsovereenkomsten en de grondrechten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 282, nr. 6, 293, nr. 28; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1995, 332 e.v., nr. 740.

35. K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1995, 339, nr. 755.

Een afstand van het recht om hoger beroep in te stellen lijkt maar realistisch wanneer de partijen precies de draagwijdte van het geschil kunnen inschatten en weten welke rechter over hun geschil uitspraak zal doen. Het lijkt dan ook niet opportuun om afstand te doen van de rechtsmiddelen reeds van bij het ontstaan van het geschil. Een dergelijke afstand van het recht om hoger beroep in te stellen is daarentegen wel denkbaar wanneer de context voor de partijen voldoende duidelijk is, dit is wanneer zowel de omvang van het geschil als door partijen aangevoerde middelen duidelijk zijn en de partijen weten welke rechter over het geschil uitspraak zal doen.

Een dergelijke afstand van het recht om hoger beroep in te stellen nog vooraleer het vonnis werd uitgesproken vereist een geïnformeerde toestemming en het akkoord van alle partijen. Naar analogie met de berusting zou aangenomen kunnen worden dat een dergelijke afstand van het recht om hoger beroep in te stellen niet mogelijk is ingeval rechtsregels van openbare orde op het geschil van toepassing zijn.³⁶ Partijen kunnen ervoor opteren om alle rechtsmiddelen uit te sluiten, dan wel om enkel het rechtsmiddel van het hoger beroep uit te sluiten.³⁷

Het lijkt niet ondenkbaar dat partijen gebruik zouden maken van de mogelijkheid om afstand te doen van het recht om hoger beroep in te stellen zodra zij voldoende inzicht hebben in de volledige context van de zaak. Zoals gezegd, kan dit leiden tot een snellere normalisatie van de relaties tussen de partijen en tot een herwaardering van de eerste aanleg. Partijen spreken daarbij hun vertrouwen uit ten aanzien van de eerste rechter. Het is niet uitzonderlijk dat de beslissingen van de eerste rechter van zeer goede kwaliteit zijn. Er is geen enkele garantie dat de rechter in hoger beroep een 'betere' rechter zal zijn.

Er kan dan ook overwogen worden om in artikel 1044 van het Gerechtelijk Wetboek een derde lid toe te voegen dat luidt als volgt:

“Partijen kunnen ook vooraleer de beslissing werd gewezen eenstemmig afstand doen van het recht om één of meerdere rechtsmiddelen in te stellen. Deze afstand geschiedt uitdrukkelijk door het indienen ter griffie of op de zitting van een eenvoudige akte, ondertekend door de partijen of hun bijzonder gevolmachtigde of mondeling ter zitting door de partijen of hun bijzonder gevolmachtigde. De afstand wordt op het zittingsblad of in het vonnis geacteerd nadat de rechter heeft vastgesteld dat de partijen de gevolgen van de afstand hebben begrepen”.

C. Rules 167, 168 en 171. De omvang van het hoger beroep, concentratie van het verweer en de motiveringsverplichting van de rechter in hoger beroep

1. Belangwekkende aspecten

12. De *Model Rules* trekken het principe van concentratie van het geding consequent door naar het hoger beroep. Als uitgangspunt geldt dat de reikwijdte van de toetsing in hoger beroep in de regel beperkt dient te blijven tot vorderingen en verweermiddelen die in eerste aanleg zijn behandeld. Slechts uitzonderlijk kan de rechter in hoger beroep in het belang van een behoorlijke rechtsbedeling nieuwe feiten en nieuw bewijsmateriaal in overweging nemen.

13. De *Model Rules* bevatten in tegenstelling tot het Belgische recht een bijzondere regeling omtrent het instellen van nieuwe eisen en tegeneisen in hoger beroep. *Rule 167 (2)* stelt als principe voorop dat het hoger beroep beperkt is tot de vorderingen en de verweermiddelen in eerste aanleg opgeworpen. Dit principe is echter niet absoluut. Eisen kunnen in hoger beroep toch worden uitgebreid of gewijzigd ofwel indien alle partijen bij het hoger beroep daarmee instemmen³⁸ ofwel wanneer de appelrechter het passend acht voor een behoorlijke rechtsbedeling (*Rule 167 (3)*). Bij zijn beoordeling of een uitbreiding of wijziging van de eis toelaatbaar is in het licht van een behoorlijke rechtsbedeling houdt de appelrechter onder meer rekening met de vraag of er sprake is van nalatigheid door de partij die haar vordering wil uitbreiden of wijzigen en met de procedurele rechten van de wederpartij.

14. Overeenkomstig *Rule 168 (1)* kunnen en moeten nieuwe feiten in hoger beroep alleen in aanmerking worden genomen voor zover zij niet voor de rechter in eerste aanleg konden worden aangevoerd of voor zover de rechter in eerste aanleg heeft nagelaten partijen te verzoeken de feiten te verduidelijken of aan te vullen.³⁹ Deze beperking zorgt ervoor dat partijen feiten en bewijsmateriaal niet kunnen achterhouden als onderdeel van hun processtrategie. Deze regel waarborgt een loyale procesvoering via een verdere concentratie van het geding.

15. Anders dan naar Belgisch recht volstaat onder de *Model Rules* een positieve motivering en is er geen antwoordplicht.⁴⁰ De rechter volstaat met de opgave van het voorwerp van de vorderingen en met

36. Hoewel er vragen gesteld kunnen worden bij de onmogelijkheid om te berusten in zaken waarop regels van openbare orde van toepassing zijn.

37. Cfr. de Nederlandse regeling. Zie ook *infra* randnr. 21.

38. Ook naar Belgisch recht wordt aangenomen dat de beperkingen die art. 807 Ger.W. stelt betreffende uitbreiding of de wijziging van de vordering niet dwingend of van openbare orde zijn (Cass. 18 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 54; Cass. 17 juni 2002, AR S.99.0144.F, *Arr.Cass.* 2002, 1531; Cass. 13 september 2012, AR C.11.0172.F, *Arr.Cass.* 2012,1926).

39. Overeenkomstig *Rule 24 (1)* moeten de partijen de feiten naar voren brengen die hun vordering of verweer ondersteunen, maar kan de rechter de partijen verzoeken deze feiten te verduidelijken of aan te vullen.

40. Overeenkomstig art. 780 Ger.W. daarentegen dient het vonnis op straffe van nietigheid niet alleen de gronden in feite en in rechte te bevatten, maar tevens ook het antwoord op de in de door partijen in conclusie uiteengezette middelen.

de redenen in feite en in rechte waarop hij steunt om ze al dan niet in te willigen (*Rule* 131 (f)). Verder bouwend op het uitgangspunt dat een positieve motivering volstaat, voorziet *Rule* 171 een wettelijke basis voor een beperkte motivering in hoger beroep, wanneer de uitspraak in hoger beroep de uitspraak in eerste aanleg bevestigt. Voor zover hij het eens is met het vonnis van de rechter in eerste aanleg kan de appelrechter in zijn uitspraak volstaan met te verwijzen naar de juridische en feitelijke overwegingen van dat vonnis.⁴¹ In zijn meest radicale toepassing laat deze bepaling toe dat de uitspraak van de appelrechter zich beperkt tot het ongegrond verklaren van het ingestelde beroep. De appelrechter wordt dan geacht om zich aan te sluiten bij de feitelijke beoordeling, toegepaste rechtsgronden en de motieven van de eerste rechter. *Rule* 171 bepaalt voorts dat wanneer de appelrechter de uitspraak bevestigt en zijn uitspraak wél motiveert, de appelrechter wordt geacht de juridische en feitelijke overwegingen van het vonnis in eerste aanleg die niet in strijd zijn met zijn eigen redenering te hebben bekrachtigd.

2. Voorstel voor het Belgische recht

16. De mogelijkheid om in hoger beroep nieuwe vorderingen of tegenvorderingen in te stellen wordt thans begrensd door de voorwaarden opgelegd in artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek⁴² en door het verbod op rechtsmisbruik (art. 780bis Ger.W.). Bijkomende beperkingen aan de mogelijkheid om een vordering in hoger beroep te wijzigen (uitbreiden, aanpassen, ...) of aan de mogelijkheid, voor het eerst, een tegenvordering in hoger beroep in te stellen werden reeds in het verleden uitvoerig onderzocht.⁴³ Vastgesteld moet worden dat er hier geen *quick wins* kunnen worden behaald. Anders dan de *Model Rules* is het uitgangspunt van de Belgische wetgever nog steeds dat het hoger beroep niet alleen strekt tot herziening van de uitspraak in eerste aanleg, maar tevens ook een verderzetting is van het geding in eerste aanleg. Bijkomende beperkingen lijken enkel zinvol, wanneer ze voortvloeien uit een totale hervorming van het hoger beroep.

17. Naar geldend recht is de mogelijkheid voor een partij om nieuwe feiten of stukken aan te voeren in de procedure in eerste aanleg beperkt tot het ogenblik van het sluiten van de debatten (art. 771 Ger.W.) en eigenlijk tot de laatste conclusietermijn van een partij (art. 740 Ger.W.). Op die tijdsbeperking bestaan evenwel uitzonderingen. Zo bepaalt artikel 748, § 2 Gerechtelijk Wetboek dat een partij die conclusie heeft genomen, ten laatste dertig dagen vóór de rechtsdag om een nieuwe conclusietermijn mag verzoeken, indien zij gedurende de termijn die aan de rechtsdag voorafgaat, een nieuw en ter zake dienend stuk of feit heeft ontdekt dat nieuwe conclusies rechtvaardigt. Voorts laat artikel 772 Gerechtelijk Wetboek toe dat een verschijnende partij die gedurende het beraad een nieuw stuk of feit van overwegend belang ontdekt, zolang het vonnis niet uitgesproken is, de heropening van de debatten kan vragen. In het licht van een loyale procesvoering en een verdere concentratie van het geding, kan men overwegen om de lijn uitgezet door artikel 748, § 2 en artikel 772 Gerechtelijk Wetboek door te trekken naar het hoger beroep. In navolging van de *Model Rules* zou een wettelijke bepaling kunnen worden opgenomen in titel III gewijd aan het hoger beroep die het principe bevestigt dat partijen in de procedure in eerste aanleg worden geacht alle nuttige stukken en feiten aan te voeren en dat wanneer zij dit nalaten, deze stukken of feiten in principe niet voor het eerst in hoger beroep kunnen worden aangevoerd.⁴⁴ De bepaling naar Belgisch recht zou kunnen luiden als volgt: “*Een nieuw en ter zake dienend stuk of feit is in hoger beroep alleen toelaatbaar voor zover dit bewijs niet voor de rechter in eerste aanleg kon worden aangevoerd of wanneer de rechter in eerste aanleg het aangeboden bewijs onterecht ontoelaatbaar heeft verklaard of heeft nagelaten de gevorderde bewijsmaatregel te bevelen.*” Eventueel gecombineerd met de verplichting om in de akte van hoger beroep alle nieuw aan te voeren feiten en nieuwe bewijsmiddelen uitdrukkelijk te vermelden, met opgave van de redenen waarom zij moeten worden toegelaten.⁴⁵

41. Naar Belgisch recht geldt niet alleen een motiveringsplicht, maar ook een antwoordplicht. Een motivering door verwijzing naar de redenen van het vonnis in eerste aanleg wordt daarom door het Hof van Cassatie maar aanvaard indien de rechter in hoger beroep, die verwijst naar de redenen van de eerste rechter, daarmee de voor hem genomen conclusie beantwoordt. De redenen waarnaar verwezen wordt, moeten dus een passend antwoord bevatten op de in hoger beroep voorgedragen eisen of verweermiddelen (Cass. 21 december 1971, *Arr.Cass.* 1972, 414; Cass. 26 oktober 1972, *Arr.Cass.* 1972-73, 203; Cass. 19 oktober 1973, *Arr.Cass.* 1974, 208; Cass. 2 oktober 1978, AR 6515, *Arr.Cass.* 1978-79, 141; Cass. 7 februari 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 661; Cass. 14 juni 1979, AR 5915, *Arr.Cass.* 1978-79, 1222; Cass. 11 oktober 1999, AR S.99.0047.N, *Arr.Cass.* 1999, nr. 523; Cass. 21 december 2015, AR C.14.0475.N; Cass. 5 december 2019, AR C.19.0244.N; Cass. 5 maart 2020, AR C.19.0290.N). De appelrechter is daarbij niet verplicht de motieven van het beroepen vonnis weer te geven, voor zover duidelijk is over welke redenen het gaat (Cass. 21 december 2015, AR C.14.0475.N).

42. Nieuwe eis in hoger beroep: zie bv. Cass. 19 februari 2016, AR C.15.0205.F, *Arr.Cass.* 2016, 429; Cass. 5 april 2019, AR C.18.0074.N, *TBO* 2019, 383; Cass. 17 oktober 2019, AR C.18.0537.N, concl. VAN INGELGEM; Cass. 9 oktober 2020, AR C.17.0706.N, *P&B* 2021, 26; tegeneis in hoger beroep: Cass. 10 september 1982, AR 3444, *Arr.Cass.* 1982-83, 55, *Pas.* 1983, I, 52 en *RW* 1983-84, 524; Cass. 14 oktober 2005, AR C.04.0408.F, *Arr.Cass.* 2005, nr. 513; Cass. 23 februari 2006, AR C.04.0048.N, *Arr.Cass.* 2006, nr. 106; Cass. 5 december 2014, AR C.14.0061.N, *RABG* 2015, 411 en Cass. 19 maart 2021, AR C.20.0333.N, *RW* 2021-22, 516.

43. G. CLOSSET-MARCHAL, “Demandes additionnelles, nouvelles et reconventionnelles en appel” in P. Taelman (ed.), *Het hoger beroep opnieuw bekeken*, Brugge, die Keure, 2012, 83-102; F. LAUNE, “Réflexion sur l'évolution du litige en degré d'appel: qu'en est-il notamment du sort des demandes additionnelles, nouvelles et reconventionnelles?” in P. Taelman (ed.), *Het hoger beroep opnieuw bekeken*, Brugge, die Keure, 2012, 103-123.

44. B. DECONINCK en P. Taelman, “Rechtsmiddelen moeten efficiënter!”, *TPR* 2012, (27) 46, nr. 24.

45. Zie de verplichting in *Rule* 157 (2) (d). Hiertoe zou dan een 9^e punt kunnen worden toegevoegd aan art. 1057, eerste lid Ger.W.

18. Het creëren van een wettelijke basis die, zoals *Rule 171*, de appelrechter, die de beslissing van de eerste rechter bevestigt, toelaat om zijn beslissing niet of slechts verkort te motiveren kan ook naar Belgisch recht worden overwogen.⁴⁶

D. Rule 177. 'Leapfrog appeal'

1. Belangwekkende aspecten

19. *Rule 177* van de *Model Rules* voorziet in de mogelijkheid van een zogenaamde 'leapfrog appeal'. Dit betekent dat in tegenstelling tot de reguliere procedurele weg, zoals die ook naar Belgisch recht bekend is, de rechterlijke beslissing niet eerst voor 'the first appeal court' wordt bestreden, maar wel onmiddellijk voor 'the second appeal court'. Deze figuur biedt aldus de mogelijkheid om hoger beroep over te slaan en sneller een rechtsvraag voor het hoogste gerechtshof beslecht te zien.

Opdat een *leapfrog appeal* ontvankelijk is, dient krachtens *Rule 177* het *second appeal court* toelating te verlenen overeenkomstig de voorwaarden opgenomen in het tweede lid van deze bepaling:

- 1) Het verzoek moet rechtstreeks voor het *second appeal court* worden ingediend met opgave van redenen waarom toelating verleend zou moeten worden en dit binnen de termijnen die gelden voor een *first appeal*.
- 2) Het verzoekschrift moet voldoen aan de voorschriften overeenkomstig *Rule 158*. Deze bepaling bevat de vereisten inzake inhoud en motivering waaraan elk verzoekschrift tot *second appeal* dient te voldoen. Zo moet het verzoekschrift vermelden (1) dat beroep wordt ingesteld, (2) de beslissing waartegen beroep wordt ingesteld, (3) evenals de redenen ("legal arguments") waarom beroep wordt ingesteld.
- 3) Tot slot dient aan de vereisten van *Rule 172* te zijn voldaan. Het gaat om de inhoudelijke vereisten op basis waarvan er een recht op *second appeal* ontstaat. Dit is het geval indien het beroep

noodzakelijk is om (a) een schending van een fundamenteel recht te verhelpen, (b) de rechtseenheid te waarborgen, (c) een fundamentele vraag te beantwoorden die niet tot de betrokken zaak beperkt is of (d) de rechtsontwikkeling te bevorderen. Het *second appeal* is met andere woorden beperkt tot rechtsvragen van algemeen belang.

20. Zowel vanuit het algemeen belang als vanuit de belangen van de betrokken partijen kan gepleit worden voor een regeling die voorziet in de mogelijkheid om, indien gewenst en aangewezen, een aanleg over te slaan. Proceseconomisch komt het de rechtbanken ten goede om zaken zo spoedig mogelijk af te ronden; bovendien zijn ook de betrokken partijen gebaat bij een rechtsoplossing die zo snel mogelijk rechtszekerheid brengt en waarbij zo min mogelijk tijd en kosten verloren gaan.⁴⁷

21. Diverse rechtssystemen, zoals deze van het Verenigd Koninkrijk⁴⁸, Duitsland⁴⁹ en Italië⁵⁰, zijn vandaag reeds bekend met de figuur van *leapfrog appeal*. Ook het Nederlandse rechtssysteem, dat bovendien een cassatiesysteem kent dat sterke gelijkenissen vertoont met ons Belgisch systeem, voorziet reeds lang in de mogelijkheid van 'sprongcassatie', zoals dit in Nederland wordt genoemd. Deze mogelijkheid werd in 1963 ingevoerd met het oog op tijd- en kostenbesparing voor de procespartijen en om de efficiëntie te vergroten.⁵¹ Sprongcassatie staat open voor procespartijen die (1) na een vonnis op tegenspraak (2) (vormvrij) overeenkomen dat ze hoger beroep wensen over te slaan.⁵² Terwijl de *Model Rules* de ontvankelijkheidsbeslissing in handen leggen van het *second appeal court*, staat de partijautonomie in Nederland voorop.⁵³ Hoewel uit de praktijk blijkt dat sprongcassatie voornamelijk voorkomt in zaken waar rechtsvragen van algemeen belang of "principiële rechtsvragen" spelen, staat de Nederlandse sprongcassatie ook open voor andere rechtsvragen; dezelfde cassatiegronden als in geval van een regulier cassatieberoep gelden.⁵⁴ Niettemin zal sprongcassatie maar overwogen worden wanneer er over de feiten geen discussie meer bestaat tussen de partijen.⁵⁵

46. P. VANLERSBERGHE, R. VERBEKE, B. VANLERBERGHE, S. RUTTEN, N. CLIJMANS en B. MAES, "Dubbele aanleg: oorsprong en grondslag voor het behoud of de afschaffing van het hoger beroep?" in P. Taelman (ed.), *Het hoger beroep opnieuw bekeken*, Brugge, die Keure, 2012, (1) 27, nr. 15. Pleiten eveneens voorzichtig voor motiveringsbesparende technieken: B. DECONINCK en P. Taelman, "Rechtsmiddelen moeten efficiënter!", *TPR* 2012, (27) 49, nr. 28.

47. G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 105; P. DAUW, "Wondertools voor de wetgever. Cassatie in het belang van de wet – prejudiciële vraag – afstandsovereenkomst – prorogatie – sprongcassatie", *NJW* 2015, nr. 330, (718) 741, nr. 113.

48. Sections 12-16 Administration of Justice Act 1969.

49. § 566 Zivilprozessordnung.

50. Art. 360 Codice di procedura civile.

51. MvT wijziging van de regelen met betrekking tot het geding in cassatie, *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, 3, 5, § 3; G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 105.

52. Art. 398, 2° Rv.; W.D.H. ASSER, *Civiele cassatie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2018, 61; G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 105-106.

53. G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 105. Niettemin kan ook naar Nederlands recht worden aangenomen dat er een overeenkomst tot sprongcassatie tot stand is gekomen, wanneer er door een partij onmiddellijk cassatieberoep werd ingesteld en appel aldus werd overgeslagen en de verweerder bij conclusie van antwoord in cassatie te kennen geeft hier geen bezwaar tegen te hebben (W.D.H. ASSER, *Civiele cassatie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2018, 61).

54. G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 107.

55. MvT wijziging van de regelen met betrekking tot het geding in cassatie, *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, 3, 5, § 3; W.D.H. ASSER, *Civiele cassatie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2018, 61; G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, "Sprongcassatie en de prejudiciële procedure", *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 107; P. DAUW, "Wondertools voor de wetgever. Cassatie in het belang van de wet – prejudiciële vraag – afstandsovereenkomst – prorogatie – sprongcassatie", *NJW* 2015, nr. 330, (718) 738, nr. 108.

Wat dit laatste betreft, kan opgemerkt worden dat precies het gegeven dat partijen sprongcassatie maar zullen overwegen indien er geen discussie meer bestaat over de feiten, mede verklaart waarom een overeenkomst tot sprongcassatie niet kan gesloten worden vooraleer het vonnis is uitgesproken. Om diezelfde reden zou dit bovendien ook niet aangewezen zijn. Op dit punt verschilt de Nederlandse figuur van de 'sprongcassatie' van de mogelijkheid naar Nederlands recht om overeenkomstig artikel 333 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering het hoger beroep uit te sluiten. Terwijl sprongcassatie maar openstaat na een vonnis op tegenspraak, voorziet het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering expliciet in de mogelijkheid om in zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van de partijen staan, hoger beroep uit te sluiten nog voordat de eerste rechter uitspraak heeft gedaan.⁵⁶ Indien zodanig is overeengekomen, kan het uitsluiten van het hoger beroep overeenkomstig artikel 333 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot gevolg hebben dat enkel nog cassatieberoep mogelijk is, wat *de facto* neerkomt op sprongcassatie.⁵⁷

2. Voorstel voor het Belgische recht

22. De figuur van *leapfrog appeal* of sprongcassatie is in het Belgisch rechtssysteem niet bekend. Het Belgisch recht kent thans wel overeenkomstig de artikelen 1044 en 1045 van het Gerechtelijk Wetboek de eenzijdige⁵⁸ rechtshandeling 'berusting'.⁵⁹ Deze figuur houdt in dat een partij uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand kan doen van de rechtsmiddelen die hij of zij tegen alle of sommige punten van een beslissing kan aanwenden of reeds heeft aangewend.⁶⁰ ⁶¹ Het is

vandaag echter niet mogelijk om enerzijds op basis van deze rechtsfiguur afstand te doen van het recht op hoger beroep, maar zich anderzijds de mogelijkheid voor te behouden om cassatieberoep in te stellen. Een partij die berust aanvaardt immers de beslissing waarin hij of zij berust.⁶² Daarnaast en in tegenstelling tot de wettelijke berustingsmogelijkheid die een eenzijdige rechtshandeling uitmaakt, vereist sprongcassatie, minstens naar Nederlands voorbeeld⁶³, een overeenkomst tussen de betrokken procespartijen. De vraag rijst of een dergelijke 'procesovereenkomst'⁶⁴, d.i. een overeenkomst waarbij partijen afwijken van het procesrecht⁶⁵, met het oog op *leapfrog appeal* of sprongcassatie onder het huidige Belgische recht geldig is en dus in rechte afdwingbaar.

Vanuit het duaal karakter dat een zogenaamde 'procesovereenkomst' kenmerkt, dient deze vraag beantwoord te worden overeenkomstig zowel de basisbeginselen van het verbintenissenrecht als de regels van het burgerlijk procesrecht, zoals terug te vinden in het Gerechtelijk Wetboek.⁶⁶ Verbintenissenrechtelijk dient de procesovereenkomst inzake *leapfrog appeal* of sprongcassatie onder meer een bepaalbaar en geoorloofd voorwerp te hebben.⁶⁷ Aan de eerste voorwaarde is voldaan. Een procesovereenkomst inzake sprongcassatie, gesloten nadat het vonnis is uitgesproken, heeft een voldoende bepaald voorwerp; na het vonnis is het geschil duidelijk afgebakend.⁶⁸ Overeenkomstig het huidige recht is het evenwel sterk te betwijfelen of een procesovereenkomst met het oog op *leapfrog appeal* of sprongcassatie een geoorloofd voorwerp kan hebben.⁶⁹ Hoewel thans wordt aanvaard dat afstand van het recht op hoger beroep mogelijk is nadat het

56. Cfr. *supra* randnr. 10, vn. 30.

57. W.D.H. ASSER, *Civiele cassatie*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2018, 61; P. DAUW, "Wondertools voor de wetgever. Cassatie in het belang van de wet – prejudiciële vraag – afstandsovereenkomst – prorogatie – sprongcassatie", *NJW* 2015, nr. 330, (718) 738, nr. 108.

58. Wanneer de berusting voorwaardelijk is, moet zij wel door de tegenpartij aanvaard worden (art. 1044, lid 2 Ger.W.).

59. Daarnaast kent het Belgische recht de figuur van 'afstand', waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen afstand van geding, afstand van rechtsvordering en afstand van proceshandeling (art. 820-827 Ger.W.) (zie ook *supra* randnr. 11). Aangezien afstand van het rechtsmiddel hoger beroep dat een partij kan aanwenden of reeds heeft aangewend tegen alle of sommige punten van een bestreden beslissing, neerkomt op berusting, wordt op dit onderscheid verder niet ingegaan (zie uitvoeriger over de figuur van 'afstand': J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 547-548, nrs. 1143-1145).

60. Berusting is echter niet mogelijk in zaken waarin het materiële recht waarop het geschil betrekking heeft de openbare orde aanbelangt (F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 24 en 428-430, nrs. 11 en 340 en de verwijzingen aldaar naar o.m. cassatierechtspraak).

61. Art. 1044, lid 1 en 1045 Ger.W.

62. B. VANLERBERGHE en S. RUTTEN, "De regel van de dubbele aanleg en de mogelijke beperking van het hoger beroep in het licht van artikel 6.1 EVRM" in P. TAELMAN (ed.), *Het hoger beroep opnieuw bekeken*, Brugge, die Keure, 2012, (17) 23, nr. 9.

63. Cfr. *infra* het volgend randnummer voor een verantwoording van deze keuze.

64. Zie ook: J. LAENENS, "Geschillenbeslechtingsovereenkomsten en de grondrechten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (279) 281, nr. 2, die de term 'geschillenbeslechtingsovereenkomst' hanteert. Hij omschrijft een dergelijke overeenkomst als volgt: "een meerzijdige rechtshandeling waarbij de partijen zich over en weer jegens elkaar verbinden hun materiële aanspraken op een welbepaalde wijze te realiseren". DUPON maakt op zijn beurt een onderscheid tussen geschillenbeslechtingsovereenkomsten in de enge en in de ruime zin. De eerste soort omschrijft hij als "overeenkomsten over een aspect van het procesverloop waarvan de wetgever de regeling aan de partijen toevertrouwt". Geschillenbeslechtingsovereenkomsten in de ruime zin, zijn dan, wat KNIGGE benoemt als 'procesovereenkomsten', "overeenkomsten waarbij partijen afwijken van het geldende procesrecht" (F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 378-379, nrs. 309-310).

65. M.W. KNIGGE, "De toelaatbaarheid van procesovereenkomsten naar Nederlands en Belgisch recht", *TPR* 2014, (1117) 1119, nr. 1.

66. J. LAENENS, "Geschillenbeslechtingsovereenkomsten en de grondrechten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (279) 282, nrs. 4 en 6.

67. Art. 5.27, 3°, 5.49, lid 1 en 5.51 BW; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1995, 335, nrs. 747-748; J. LAENENS, "Geschillenbeslechtingsovereenkomsten en de grondrechten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (279) 282, nr. 7.

68. Volgens BROECKX volstaat het dat het geschil is ontstaan en is het geschil dus ook voor de uitspraak van het vonnis duidelijk omlijnd, zodat het voorwerp van de overeenkomst ook dan voldoende bepaald zou zijn (K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1995, 339, nr. 755). Zie ook *supra* randnr. 11.

69. Art. 5.51 BW luidt dat "de prestatie (...) ongeoorloofd (is) wanneer zij een toestand doet ontstaan of in stand houdt die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen".

vonnissen werd uitgesproken⁷⁰, vereisen de artikelen 608 en 609, 1° van het Gerechtelijk Wetboek dat de betrokken beslissing waartegen cassatieberoep wordt ingesteld (onder meer) in laatste aanleg gewezen is.⁷¹ Deze bepalingen zijn terug te vinden in de eerste titel van het derde deel van het Gerechtelijk Wetboek, met opschrift ‘volstreckte bevoegdheid’ en kunnen dus gecategoriseerd worden als materiële bevoegdheidsregels.^{72 73} Zoals de meeste materiële bevoegdheidsregels, raken ook deze bepalingen de openbare orde waardoor er contractueel niet van kan worden afgeweken.^{74 75} Ingevolge een cumulatieve toepassing van de verbintenisrechtelijke regels en de regels inzake burgerlijk procesrecht is een procesovereenkomst die *leapfrog appeal* of sprongcassatie tot voorwerp heeft, thans niet geldig en bijgevolg niet in rechte afdwingbaar.⁷⁶ Een dergelijke overeenkomst zal immers nietig zijn, omdat het voorwerp in strijd is met een rechtsregel van openbare orde.⁷⁷

Niettemin kan vanuit de doelstelling die de regels van procesrecht beogen, d.i. “*a reasonable justice within reasonable delays at a reasonable cost*”⁷⁸ de vraag gesteld worden of deze strikte visie houdbaar is. Terwijl het openbare-orde-karakter van de artikelen 608 en 609, 1° Gerechtelijk Wetboek thans in de weg staat aan de mogelijkheid om *leapfrog appeal* of sprongcassatie in te stellen, zou precies vanuit het algemeen belang en inzonderheid de behoorlijke rechtsbedeling eveneens gepleit kunnen worden voor een regeling in het Gerechtelijk Wetboek die procespartijen de mogelijkheid moet geven om hoger beroep over te slaan en onmiddellijk cassatieberoep in te stellen.⁷⁹

23. De loutere toevoeging van een lid *1bis*° aan artikel 609 van het Gerechtelijk Wetboek naar Nederlands voorbeeld⁸⁰, zou ‘sprongcassatie’ thans ook naar Belgisch recht mogelijk moeten maken. Artikel 609, lid *1bis*° van het Gerechtelijk Wetboek zou kunnen luiden als volgt:

“*Het Hof van Cassatie doet uitspraak over de voorzieningen in cassatie: (...) 1bis° tegen de beslissingen van de hoven en rechtbanken die in eerste aanleg op tegenspraak gewezen zijn, indien partijen nadien zijn overeengekomen het hoger beroep over te slaan*”.

De keuze voor de Nederlandse regeling schuilt erin dat ze naar Belgisch recht eenvoudig uitwerking zou kunnen krijgen. Deze wijziging is verenigbaar met het huidige cassatiesysteem en laat de toepassing van de overige cassatieregels op het sprongsgewijs cassatieberoep onverlet. De ‘toegangspoort’ blijft even ruim als in geval van een reguliere cassatieprocedure naar Belgisch recht; ook in geval van sprongcassatie geldt onder meer nog steeds de filterfunctie van de cassatiebalie. De ‘toegangspoort’ is evenwel ruimer dan in vergelijking met de beperkingen overeenkomstig Rule 177 en 172: ‘Sprongcassatie’ staat namelijk open op basis van een vormvrije overeenkomst tussen de partijen en na een vonnis gewezen op tegenspraak, terwijl de ontvankelijkheidsvereisten en formaliteiten voor een *leapfrog appeal* krachtens Rule 177 de toepassing van deze figuur onnodig inperken. Precies omdat sprongcassatie maar overwogen zal worden wanneer er tussen de partijen over de feiten geen discussie meer bestaat en de partijen bovendien een aanleg ‘verliezen’, zal, zoals ook blijkt uit de Nederlandse praktijk⁸¹, sprongcassatie steeds de uitzondering blijven. Een wijziging

70. G. DE LEVAL, “Les voies de recours ordinaires” in G. DE LEVAL, *Droit judiciaire, Tome 2, Manuel de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2015, 762-763, 8.10. Zie ook *supra* randnr. 11 over de vraag naar de mogelijkheid om afstand te doen van het recht op hoger beroep voor er een vonnis is gewezen of zelfs nog voor het ontstaan van het geschil.
71. K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Appeldoorn, Maklu, 1995, 340, nr. 758 met verwijzing in vn. 101 naar: Cass. 19 oktober 1989, AR 8465, *Arr.Cass.* 1989-90, 228, *Bull.* 1990, 203, *Pas.* 1990, I, 203, *RW* 1989-90 (verkort), 1027; B. MAES, “Het cassatieberoep” in N. CLIJMANS (ed.), *Bestendig Handboek Burgerlijk Procesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbladig, 2006, afl. 7, (VIII.4-1) VIII.4-4, nr. 34220 en de verwijzingen aldaar o.m. naar Cass. 22 oktober 2001, AR S.00.0118.F, S.00.0131.F, *Arr.Cass.* 2001, afl. 8, 1743, *JTT* 2002, 61, *Pas.* 2001, afl. 9-10, 1680.
72. Zie ook: Cass. 22 april 1875, *Pas.* 1874-75, I, 236: “Vu l'article 15 de la loi du 4 août 1832, ainsi conçu: ‘La cour de cassation prononce: 1° sur les demandes en cassation contre les arrêts et les jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux; (...) Considérant que la disposition de l'art. 15 de la loi de 1832 règle la compétence de la cour de cassation; qu'elle est d'ordre public; qu'il s'ensuit que, d'office, la cour doit prononcer la non-recevabilité du pourvoi”.
73. De artikelen 608 en 609, 1° Ger.W. zouden ook gezien kunnen worden als ‘rechtsregels van gerechtelijke organisatie’ die in beginsel van openbare orde zijn. Het gaat om “wettelijke bepalingen met betrekking tot de rechterlijke organisatie die het goed functioneren van de rechtsbedeling beogen” (F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 885-886, nr. 705 met verwijzing naar MvT ontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl.St.* Senaat 1990-91, nr. 1198-1, 18). Zie uitvoeriger over de criteria op basis waarvan besloten kan worden dat er sprake is van een rechtsregel van gerechtelijke organisatie: F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 885-890, nrs. 705-708.
74. Zie ook: Cass. 22 april 1875, *Pas.* 1874-75, I, 236: “Vu l'article 15 de la loi du 4 août 1832, ainsi conçu: ‘La cour de cassation prononce: 1° sur les demandes en cassation contre les arrêts et les jugements rendus en dernier ressort par les cours et tribunaux; (...) Considérant que la disposition de l'art. 15 de la loi de 1832 règle la compétence de la cour de cassation; qu'elle est d'ordre public; qu'il s'ensuit que, d'office, la cour doit prononcer la non-recevabilité du pourvoi”.
75. Art. 9 Ger.W.: “Volstreckte bevoegdheid is de rechtsmacht bepaald naar het onderwerp, de waarde en in voorkomend geval het spoedeisend karakter van de vordering of de hoedanigheid van de partijen. Zij kan niet worden uitgebreid, tenzij de wet anders bepaalt”; Art. 5.51 BW; J. LAENENS, D. SCHEERS, P. THIRIAR, S. RUTTEN en B. VANLERBERGHE, *Handboek Gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 40, nr. 58; F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 25, 375, 380, 936-939 en 985-986, nrs. 12, 302, 311, 746, 748 en 799; J. LAENENS, “De bevoegdheid. Overzicht van rechtspraak (1970-1978)”, *TPR* 1979, (247) 253 en 331-332, nrs. 1-2, 173 en 175.
76. Zie ook over de rechterlijke toets in dit verband: F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 156 en 379-381, nrs. 110 en 311.
77. F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 25 en 1119, nrs. 12 en 965: “Naar Belgisch recht verhindert de openbare orde dat het Hof van Cassatie kennis zou kunnen nemen van een cassatieberoep tegen een vonnis waartegen nog hoger beroep openstaat” met verwijzing naar Cass. 12 mei 1826, *Pas.* 1826, I, 146: “Considérant que l'emploi de tel ou tel moyen admis par la loi, soit d'appel, soit de cassation, est d'ordre public, et qu'il n'est pas loisible aux parties d'y déroger.” en Cass. 22 april 1875, *Pas.* 1874-75, I, 236.
78. F. DUPON, *De rol en betekenis van de openbare orde in het burgerlijk procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 28, nr. 14 geciteerd uit P. VAN ORSHOVEN, “Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfjagers van het burgerlijk procesrecht”, *P&B* 2002, nr. 1, (3) 3, nr. 1.
79. Cfr. *supra* randnr. 20 ‘proceseconomie’.
80. Artikel 398 Rv. luidt: “Partijen kunnen beroep in cassatie instellen van: 1°. Uitspraken, die hetzij in eerste en hoogste ressort hetzij in hoger beroep zijn gewezen; 2° vonnissen die in eerste ressort op tegenspraak zijn gewezen, indien partijen nadien zijn overeengekomen het hoger beroep over te slaan.”
81. G.R. DEN DEKKER en L. VAN DEN ESHOF, “Sprongcassatie en de prejudiciële procedure”, *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2015, afl. 4, (105) 106-107.

naar Belgisch recht overeenkomstig *Rule 177* zonder wijziging van de ontvankelijkheidsvereisten van het reguliere cassatieberoep, zou er in het huidige systeem toe leiden dat de toegangspoort van de sprongcassatie beperkter is dan deze van het reguliere cassatieberoep.

In het licht van de voordelen die de idee van *leapfrog appeal* of sprongcassatie in zich dragen, verdient deze figuur ook naar Belgisch recht aanbeveling, in het huidige cassatiesysteem evenwel naar Nederlands voorbeeld.

Part XI – Collective proceedings

Benoît ALLEMEERSCH¹

1. Deel XI van de *Model Rules* beoogt het regelen van de collectieve rechtshandhaving. Het opzet ervan is geïnspireerd op de aanpak van de Europese Unie.² Het deel is opgesplitst in 4 secties:

- een sectie over injuncties van collectief belang;
- een sectie over collectieve procedures; dit is de meest omvangrijke sectie;
- een sectie over de grensoverschrijdende aspecten van collectief procederen; en
- een laatste sectie over kosten en financiering.

2. De opstellers van de *Model Rules* hechtten duidelijk een groot belang aan dit onderwerp, dat ze omschreven als “*the most pressing issue for the development of European civil procedure and its future function within the European societies*”.³ Een en ander verklaart de aanzienlijke graad van detail waarmee het thema werd uitgewerkt, gespreid over niet minder dan 35 artikelen. Een gedetailleerde bespreking ervan zou ons te ver leiden. In de plaats daarvan zet ik een aantal belangwekkende aspecten in de verf (zie hierna, A) en trek ik enkele lessen voor de nationale, Belgische, context (zie hierna, B).

A. Belangwekkende aspecten

3. Voor de Belgische lezer is ongetwijfeld de tweede sectie van deel XI het meest interessant. Deze bevat een vrij gedetailleerde regeling van een collectieve rechtspleging (“*class action*”). In wat volgt, belicht ik de aspecten van deze regeling die het interessantst zijn vanuit ons, Belgisch, perspectief.

4. Wat weinig verbazing wekt, is dat de ELI en Unidroit het materieel toepassingsgebied van de collectieve procedure niet zo scherp aflijnen als de Belgische wetgever heeft gedaan voor de rechtsvordering tot collectief herstel in boek XVII titel 2 van het Wetboek van Economisch Recht. De collectieve procedure in deel XI is dus geen (loutere) *consumer class*

action. In het opzet van de ELI en Unidroit lenen alle gevallen waarin eenzelfde voorval (of een reeks van met elkaar verbonden voorvallen) massaschade doet ontstaan, zich tot een collectieve procedure, ongeacht de materieelrechtelijke norm die ten grondslag ligt aan de aansprakelijkheidsdiscussie.

5. Wel valt op dat de *Rules* een duidelijke keuze maken tussen het optiesysteem met inclusie, de zgn. *opt-in*, en het optiesysteem met exclusie (*opt-out*). Uit de regels van de ELI en Unidroit spreekt duidelijk een voorkeur voor de *opt-in*, die geldt als het *quod plerumque fit*. Dit impliceert dat de samenstelling van de groep in principe altijd vereist dat de leden uitdrukkelijk de wil uiten om deel uit te maken van de groep. De rechtbank kan hiervan enkel afwijken en kiezen voor een optiesysteem met exclusie indien dat in de gegeven omstandigheden meer effectief is, met name indien de monetaire waarde van de claims te klein is of een *opt-in* weinig kans maakt op succes.⁴ Dit is helemaal anders in de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel. De Belgische wetgever heeft geen voorkeur uitgedrukt voor inclusie of exclusie. Hij laat de rechter in alle omstandigheden vrij kiezen, behalve indien de procedure strekt tot vergoeding van lichamelijke en morele schade en/of voor zij die niet gewoonlijk in België verblijven (waar de *opt-in* steeds verplicht is).⁵ Dat is allicht de betere keuze.⁶

6. Wanneer een schadevergoeding wordt toegekend en het blijkt dat aan het einde van de procedure niet alle groepsleden hun aandeel in de vergoeding hebben opgeëist, waardoor een saldo overblijft, dan stelt zich de vraag wat de bestemming moet zijn van dat saldo. In de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel kan de rechter daarover oordelen.⁷ De rechter kan bijvoorbeeld beslissen dat het saldo teruggegeven moet worden aan de schadeverwekker. Of hij kan kiezen voor zgn. *cy-près*-oplossingen, waarbij het saldo een alternatieve maar aan de collectieve procedure verwante bestemming krijgt (“*aussi près que possible*”),

1. Prof. dr. Benoît Allemeersch is deeltijds hoogleraar, Leuven Centre for Public Law, Faculteit Rechtsgeleerdheid KU Leuven en advocaat aan de Nederlandstalige Balie van Brussel.

2. De opstellers haalden de mosterd bij de aanbeveling van de Europese Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (2013/396/EU), en bij het toenmalige voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG (COM/2018/184 final – 2018/0089 (COD)). Intussen is dat laatste voorstel uitgemond in de Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG.

3. ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. Preamble, p. 24.

4. Rule 215.

5. Art. XVII.38 WER.

6. Zie bv. Brussel 10 januari 2018, *TBH* 2018, 702, noot F. DANIS en E. FALLA.

7. Art. XVII.61 WER, § 2, eerste lid.

bijvoorbeeld een organisatie die begaan is met het onderwerp van de zaak.⁸ In de *Model Rules* ligt dat moeilijker. De opstellers waren van oordeel dat daarvoor een rechtsbasis in het materieel recht (*substantive law*) van het forum nodig is, en achtten zich niet bevoegd om daarover standpunt in te nemen.⁹ Daarom beperken de *Rules* zich ertoe het mogelijk te maken voor partijen om daarover conventioneel een afspraak te maken in een eventuele schikking, en geven ze de rechter de bevoegdheid om een dergelijke afspraak desgevallend goed te keuren indien de keuze van partijen fair en adequaat is. De Belgische regeling op dit punt is mijns inziens te verkiezen boven de benadering in de *Model Rules*.

7. Vernieuwend zijn de *Rules* vooral op het stuk van de groepsvertegenwoordiger. Zo zijn de voorwaarden om als groepsvertegenwoordiger te kunnen aangewezen worden, erg soepel. De ELI-Unidroit *Model Rules* laten toe dat de rol van groepsvertegenwoordiger wordt ingevuld door een particulier lid van de groep, of door een *ad-hoc*belangenvereniging. Voor rechtspersonen geldt geen anciënniteitsvoorwaarde noch een verbod op winstgevend doel. Dat steekt schril af tegen de veel restrictievere Belgische regeling, die de hoedanigheid van groepsvertegenwoordiger voorbehoudt aan bepaalde consumentenverenigingen, erkende rechtspersonen, de federale ombudsdienst en representatieve instanties erkend door een andere EU-lidstaat. Particulieren, recent opgerichte organisaties of rechtspersonen met een winstgevend doel duldt de Belgische wetgever niet. De *Rules* zijn in dit opzicht overigens ook soepeler dan de Europese richtlijn.¹⁰ Die soepele benadering komt wel met een kostprijs. De mogelijkheid dat meerdere personen zich opwerpen als groepsvertegenwoordiger en de vereiste dat men “voldoende bekwaamheid” moet aantonen om gekozen te worden, zet de deur open voor eindeloze opportuniteitsdiscussies.

8. Verder zetten de *Model Rules* sterk in op rechtsbescherming voor de groepsleden, o.a. door sterk ontwikkelde publiciteitsvereisten. Een bijkomende garantie zijn de uitgebreide *case management* machten die de opstellers aan de rechter toekennen. Zo schrijven ELI en Unidroit voor dat de rechter vrij de inclusietermijn kan bepalen, per uitzondering exclusies kan toelaten na het verstrijken van de exclusietermijn, een groepsvertegenwoordiger van zijn functie kan ontheffen, de beschrijving van de groep kan wijzigen, de groepsprocedure kan omzetten in een individuele rechtspleging, het register van collectieve procedures kan (laten) verbeteren en kan beslissen welke personen hij

wenst te horen. Dat gaat verder dan de bevoegdheden van de Belgische rechter in een rechtsvordering tot collectief herstel.

9. Opmerkelijk is nog dat in de *Rules* een oplossing ontbreekt voor een zogenaamd “*carriage fight*”. Dat is de situatie waarin meerdere groepsvertegenwoordigers elk een afzonderlijke collectieve procedure inleiden voor eenzelfde schadegeval, of voor overlappende schadegevallen. Die hypotetische situatie dreigt zich nochtans vaker voor te doen in rechtssystemen waar de hoedanigheidsvoorwaarden voor prospectieve groepsvertegenwoordigers zo soepel zijn als in het voorstel van de ELI en Unidroit.

B. Voorstel voor het Belgische recht

10. Alles wel beschouwd, valt een vergelijking tussen deel XI van de *Model Rules* en de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel niet al te zeer in het nadeel van de Belgische wetgever uit. Integendeel, als we deel XI mogen beschouwen als de internationale standaard, de *benchmark* zeg maar, dan doet België het vrij goed. Soms zelfs beter, bijvoorbeeld door de ruimere mogelijkheden voor de Belgische rechter op het vlak van inclusie (vrij keuze tussen *opt-out* en *opt-in*) of de aanwending van een eventueel batig saldo (*cy-près*). Toch kunnen we wel degelijk inspiratie putten uit de *Rules*. In wat volgt, wordt dit nader (doch beknopt) toegelicht.

11. Ten eerste is er het voor de hand liggende punt van het materieel toepassingsgebied. België moet afscheid nemen van de materieelrechtelijke rechtsbasis als ontvankelijkheidsvoorwaarde, zoals nu nog het geval is in art. XVII.36 en XVII.37 WER. Het beslissend criterium voor het toepassen van de collectieve rechtspleging hoort niet te zijn welke juridische inbreuk aanleiding heeft gegeven tot het schadegeval. Wat telt, is dat er massaschade is ontstaan, die voortvloeit uit eenzelfde oorzaak, en die aanleiding geeft tot een veelvoud van claims die alle gelijkaardig zijn vanuit feitelijk en juridisch oogpunt en veel efficiënter kunnen behandeld worden als men ze in één procedure bundelt.

12. Wat betreft de groepsvertegenwoordiger, doet België er goed aan om het vigerende systeem van de groepsvertegenwoordiger grondig te evalueren. Ons land hanteert de aanwijzingsvoorwaarden voor de groepsvertegenwoordiger thans vooral als filter tegen een ongewenst aantal *class actions*. Het doet dat

8. Raadpl. E. DE BAERE, *De Belgische class action. Een grondige commentaar op de Wet van 28 maart 2014 tot invoering van de rechtsvordering tot collectief herstel, in recht en praktijk*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2017, 155; C. LACROIX, “Action collective: si loin, cy-près” in A. LEGENDRE, *L'action collective ou action de groupe. Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Brussel, Larcier, 2010, 103-112.

9. ELI/UNIDROIT *Model European Rules of Civil Procedure*, p. 365.

10. Richtlijn (EU) 2020/1828 legt immers aan rechtspersonen die groepsvertegenwoordiger willen zijn, wél een anciënniteitsvoorwaarde op (nl. daadwerkelijk openbaar actief geweest zijn op het gebied van de bescherming van consumentenbelangen gedurende twaalf maanden) (art. 4, derde lid, *littera a*), evenals een verbod op het hebben van een winstgevend doel (*littera c*).

door de rol van de groepsvertegenwoordiger voor te behouden voor een heel klein kransje gegadigden¹¹, die slechts een beperkt aantal zaken aankunnen.¹² Het verdient aanbeveling om van de aanwijzing van de groepsvertegenwoordiger een echte meerwaarde voor de zaak te maken. De bedoeling zou moeten zijn om de best mogelijke groepsvertegenwoordiger voor een gegeven schadegeval te selecteren. Vertegenwoordigd zijn in de een of andere commissie, of een erkenning van de minister op zak hebben, zijn op zich geen criteria die garanderen dat de groepsvertegenwoordiger uitermate geschikt is. Daarenboven zou België ook aandacht moeten hebben voor de deontologie van de groepsvertegenwoordiger, incl. een regeling inzake belangenconflicten, en in regels moeten voorzien voor gedwongen vervanging.

13. Verder valt in België veel efficiëntiewinst te boeken door, naar het voorbeeld van de ELI en Unidroit, de *case management powers* van de rechter in een rechtsvordering tot collectief herstel uit te breiden, en in groter detail te omschrijven. Te denken valt aan de volgende zaken:

- een ruimere mogelijkheid voor de rechter om uitzonderingen op laattijdige *opt-outs* te aanvaarden;
- de bevoegdheid om de beschrijving van de groep ambtshalve te wijzigen;
- de groepsprocedure kunnen omzetten in een individuele procedure, en de zaak ambtshalve door te verwijzen naar de bevoegde rechter;
- de lijst van personen die deel uitmaken van de groep te verbeteren;
- de mogelijkheid van homologatie van een akkoord onder voorwaarden;

- een ruimere bevoegdheid voor de rechter om aanvullende publiciteit op te leggen in geval van een te homologeren en/of gehomologeerd akkoord.

14. Een cruciaal werkpunt voor de Belgische wetgever, ten slotte, is het versterken van de publiciteit inzake collectieve rechtsgedingen. De groepsvertegenwoordiger kan weliswaar optreden namens de groep, maar de collectieve dimensie vereist dat men actief de hand uitreikt naar alle actieve en potentiële leden ervan. Wat schadelijders vooral nodig hebben, is informatie. Informatie over het schadegeval, over hun rechten, over de procedure, over eventuele incidenten, en over de uitkomst ervan. ELI en Unidroit wijzen de weg: we moeten de publiciteitsverplichting aanzienlijk uitbreiden. Zo hoort bijvoorbeeld publiciteit ook verplicht te zijn voor de neerlegging van een (gedinginleidend) verzoekschrift tot collectief herstel, een verzoek tot homologatie van een collectief akkoord en van een akte houdende afstand van geding. Groepsleden hebben er immers belang bij om daarvan geïnformeerd te worden. Daarbij komt dat ook de kwaliteit van de publiciteit aanzienlijk beter kan. Op dit moment rekent de wetgever voor de publiciteit vooral op het Belgisch Staatsblad en de website van de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie.¹³ Die kanalen bereiken onvoldoende mensen. Wie wel zijn weg vindt naar deze bronnen, zal vaststellen dat de inlichtingen die daarop ter beschikking worden gesteld onvoldoende zijn, weinig praktisch en niet toegankelijk voor de leek. Kortom, dat kan veel beter. De aanpak in de *Model rules* kan ook op dit vlak richtinggevend zijn.

11. Zie art. XVII.39 WER.

12. Wat het Grondwettelijk Hof er niet van weerhouden heeft art. XVII.39 WER als grondwettig te beschouwen: GwH 17 maart 2016, nr. 41/2016 ("Door op exhaustieve wijze de rechtspersonen en openbare dienst op te sommen, doet het bestreden artikel XVII.39 het in het geding zijnde verschil in behandeling steunen op een objectief criterium. [...] Overigens is die beperking van de rechtspersonen en openbare dienst die gemachtigd zijn om een groep consumenten te vertegenwoordigen in het kader van de betrokken rechtsvordering pertinent in het licht van de voormelde doelstellingen die door de wetgever worden nagestreefd. De wetgever kon immers ervan uitgaan dat de kwalitatieve en kwantitatieve filter die aldus werd ingevoerd, ertoe zou bijdragen dat de rechtsvorderingen tot collectief herstel echt zouden zijn toegespitst op het belang van de consumenten.").

13. Zie bv. art. XVII.40, art. XVII.43, § 3, art. XVII.50 en art. XVII.55 en art. XVII.62 WER.

Part XII – Costs

Séverine MENETREY¹

1. La partie XII des Règles modèles sur les frais du procès est concise puisqu'elle ne contient que sept articles. Cette concision ne surprend guère. D'abord, les frais du procès sont considérés comme une question très technique. Puis, et c'est ce qui explique non seulement la concision mais aussi le caractère très général des articles 239 à 245 des Règles modèles, la répartition des coûts du procès est intimement lié à l'organisation institutionnelle propre à chaque système, à la structuration des professions judiciaires et aux choix politiques de financement de la justice. Enfin, le coût du procès est un impensé du droit judiciaire, en particulier dans notre système de droit où la justice est financée par l'impôt indirect de tous, et non par la contribution directe des parties². Le coût de l'accès à la justice reste encore tabou, des remboursements forfaitaires de frais d'avocat en témoignent³.

Pourtant la question des frais du procès et de leur recouvrement est beaucoup plus fondamentale qu'il n'y paraît tant pour l'accès à la justice que le bon fonctionnement d'un système procédural donné⁴. C'est pourquoi malgré l'approche minimale des dispositions des Règles modèles en matière de frais du procès, il convient de les mettre en relation avec les principes de coopération et de proportionnalité dont la sanction est financière. L'article 8 porte précisément sur la proportionnalité des frais du procès : « [l]es frais du procès doivent, dans la mesure du possible, être raisonnables et proportionnés au montant du litige, à la nature et à la complexité de la procédure, à leur importance pour les parties et à l'intérêt public ». La notion de proportionnalité des frais du procès et plus généralement la dimension nécessairement économique de la proportionnalité est essentielle dans les Règles modèles. L'autre point des Règles modèles qui mérite attention concerne les modes de financement du procès puisque l'article 245 encourage nettement les financements privés et les honoraires de résultat

par rapport à l'aide juridictionnelle (A). Faut-il pour autant introduire un principe de proportionnalité en droit judiciaire belge et favoriser le financement privé du contentieux civil ? S'il est délicat d'apporter une réponse tranchée, les Règles modèles sont une invitation à (re) penser l'accès à la justice pris dans sa dimension économique (B).

A. Aspects importants

1. Sur la proportionnalité des frais du procès

2. Sur les frais du procès et leur proportionnalité, il convient de se reporter aux articles 239 à 241. L'article 239 se lit comme suit : « *Sauf accord contraire des parties, le juge qui prononce un jugement définitif ou qui met fin à la procédure de toute autre manière détermine la partie tenue de rembourser à l'autre partie ou aux autres parties les frais du procès. Seuls les frais raisonnables et proportionnés peuvent donner lieu à remboursement* ». Les Règles modèles optent pour une solution simple selon laquelle une seule décision doit statuer sur frais en indiquant la partie tenue de rembourser les frais et un partage de ceux-ci en cas de règlement amiable, sous réserve en toute hypothèse de l'accord contraire des parties⁵.

3. L'article 240 concerne la nature et le montant des frais du procès : « 1) *Les parties peuvent demander le remboursement des frais du procès, notamment :*
a) *les frais raisonnables et proportionnés occasionnés par leur représentation en justice,*
b) *les frais judiciaires et autres frais tels que ceux des experts judiciaires, des interprètes, des sténographes,*
c) *les autres dépenses raisonnables résultant de la conduite de la procédure, telles que les frais des experts nommés par les parties, les frais de déplacement et les frais de notification* »⁶.

1. Professeur titulaire en droit judiciaire à l'Université du Luxembourg et l'Université Libre de Bruxelles.
2. Voir A. DORI & V. RICHARD, « Litigation Costs and Procedural Cultures – New Avenues For Research in Procedural Law », in *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, 2017, p. 311.
3. La Cour de justice a jugé que « l'exigence selon laquelle la partie qui succombe doit supporter les frais de justice 'raisonnables' ne saurait justifier [...] une réglementation imposant des tarifs forfaitaires largement inférieurs aux tarifs moyens effectivement appliqués aux services d'avocat dans cet État membre », C.J.U.E., 28 juillet 2016, C-57/15, *United Video Properties Inc. c. Telenet NV*, pt 26. Voir sur ce sujet spécifique de la propriété intellectuelle, J.D. LINDEMANS, « Verhaalbaarheid van (redelijke) erelonen van advocaten in geschillen over intellectuele eigendom : even'geduld a. u.b. », *I.R.D.I.*, 2009, p. 376 ; J. DEENE, « De rechtsplegingsvergoeding in procedures inzake intellectuele rechten : een sui generis-regime ? », *R.W.*, 2010-2011, p. 948. Voir également C.J.U.E., 28 avril 2022, C-531/20, *NovaT-ext GmbH c. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, pt 55 : « il convient de répondre à la question posée que les articles 3 et 14 de la directive 2004/48 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale ou à une interprétation de celle-ci qui ne permet pas au juge saisi d'une procédure relevant de cette directive de tenir dûment compte, dans chaque cas qui lui est soumis, des caractéristiques spécifiques de ce dernier aux fins d'apprécier si les frais de justice exposés par la partie ayant obtenu gain de cause sont raisonnables et proportionnés ».
4. Voir N. ANDREWS, « Fundamentals of costs law : loser responsibility, access to justice, and procedural discipline », *Uniform Law Review*, Vol. 19, Issue 2, June 2014, p. 295.
5. L'alinéa 2 de l'article 239 indique que « Si les parties concluent une transaction ou tout autre accord amiable, elles supportent leurs propres frais, à moins qu'elles n'en conviennent autrement ».
6. Italiques ajoutées, voir *Infra*.

La catégorie « *des frais raisonnables et proportionnés occasionnés par leur représentation en justice* » fait écho à notre article 1022 C. jud.⁷. Les catégories sont englobantes mais somme toute relativement précises – frais de représentation, d'expertise, de traduction, de transmission des actes⁸ – et ne règlent pas la répétabilité des frais de conseil technique⁹.

Le paragraphe 2) de l'article 240 ajoute que « *les frais du procès visés au paragraphe précédent peuvent également comprendre les frais raisonnables engagés avant l'introduction de l'instance en vue de la préparation de la procédure* ». Cette disposition a une portée bien plus large que les frais liés à la médiation¹⁰.

Le paragraphe 3), nous y reviendrons, précise que « *3) Seuls peuvent être recouverts les frais raisonnables et proportionnés eu égard à la valeur du litige, à la nature et à la complexité des questions et à l'importance de l'affaire pour les parties* ». Plus largement, « *4) [l]orsque le droit national prévoit des tarifs pour le recouvrement de certains frais, tels que, le cas échéant, les frais judiciaires, les frais de représentation juridique des parties, les frais d'expertise extrajudiciaire ainsi que d'interprétariat, la décision du juge relative aux frais doit néanmoins être conforme aux dispositions de la présente Partie* ».

4. L'article 241 qui assure la mise en œuvre de l'article 239 prévoit que « *1) [l]orsqu'il décide quelle partie est tenue de rembourser les frais du procès en vertu de l'article 239, le juge tient compte des circonstances de la procédure, en particulier du sort réservé aux demandes des parties* ». La condamnation de la partie perdante n'est pas automatique. Le paragraphe 2 ajoute à cet effet que « *le juge peut également tenir compte du comportement des parties, en particulier de la bonne foi dont elles ont fait preuve dans la conduite de l'instance, ainsi que de leur contribution à un règlement équitable, efficient et rapide du litige* ». Cette exigence est en lien direct avec les principes de coopération et de proportionnalité qui s'imposent aux parties et au juge. C'est sur cette question qu'il conviendra d'interroger l'apport des Règles modèles à notre droit judiciaire.

2. Sur les modes de financement

5. Les Règles modèles consacrent les articles 244 et 245 aux modes de financement, le premier porte sur le financement public via l'aide juridictionnelle et le second sur le financement privé par les financeurs professionnels, par le financement participatif et indirectement par les avocats *via* les honoraires de résultats.

S'il est bien clair que les Règles modèles ne pouvaient rien proposer en matière d'aide juridictionnelle et que le renvoi aux droits nationaux est inévitable, force est de constater que le financement public est perçu de manière très limitée. Ce n'est que si « *leur droit d'accès à la justice et à un procès équitable l'impose* », que les parties devraient avoir droit à l'aide juridictionnelle¹¹. Le commentaire sous 244 est très clair : une partie n'a droit à l'aide judiciaire que s'il n'existe pas d'autres moyens de financer le litige, c'est-à-dire l'autofinancement, l'assurance de protection juridique, le financement par des tiers ou les accords sur les honoraires de résultat. Le financement des litiges privés par le contribuable ne devrait toujours être qu'un moyen subsidiaire de garantir le droit d'accès à la justice et à un procès équitable¹².

Notre tradition juridique et humaniste ne saurait partager une position aussi libérale que radicale. Toutefois cette approche nous oblige à ouvrir les yeux sur la question du financement de l'accès à la justice et sur ce qui constitue le plus haut coût pour les parties dans le procès... les frais d'avocats. Dans la continuité, l'article 245 a le mérite de mettre en avant des modes de financement privés qui ne sont pas toujours perçus positivement et énonce des principes qui pourraient être considérés comme généralement acceptables, tout en fournissant une base pour un développement du financement privé de contentieux civil.

7. Voir J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK & B. DE CONINCK, « La loi du 21 avril 2007 sur la répétabilité des frais et honoraires d'avocat », *J.T.*, 2008/3, p. 37.

8. Voir Q. DEBRAY, « Le tarif de l'huissier de justice dans le viseur », *Ius & actores*, 2022/1, p. 51-149.

9. Voir Cass., 1^{er} mars 2012, *J.T.*, 2012, p. 462 (P. KNAEPEN, « Le point sur la répétabilité des frais et honoraires de conseil technique », *For. ass.*, 2013, n° 130, p. 16) ; J. HUBIN, « La Cour de justice relance la saga de la répétabilité », *R.D.T.I.*, 2016/2-3, n° 63-64, p. 73, sur C.J.U.E., 28 juillet 2016, C-57/15, *United Video Properties Inc. c. Telenet NV*.

10. Voir C.J.U.E., 28 avril 2022, C-559/20, *Koch Media GmbH c. FU*, pt 45 : « l'article 14 de la directive 2004/48 doit être interprété en ce sens que les frais exposés par un titulaire de droits de propriété intellectuelle au titre de sa représentation par un conseil en vue d'assurer le respect de ces droits par la voie extrajudiciaire, tels que les frais liés à une mise en demeure, relèvent de la notion d'autres frais, au sens de cette disposition ».

11. Article 244. Aide juridictionnelle : « 1) Les parties ont droit à l'aide juridictionnelle, conformément au droit national, si leur droit d'accès à la justice et à un procès équitable l'impose.

2) Cette aide doit permettre d'assurer de manière raisonnable et proportionnée la représentation en justice des parties lorsque les dispositions légales, la complexité de l'affaire ou la vulnérabilité d'une partie le requièrent ».

12. Commentaire sous article 244 : [...] 3. Given the above, Rule 244(1) specifies that a party is entitled to legal aid « if their right of access to justice and to a fair trial so requires ». A party, however, is only entitled to legal aid on such grounds if there are no other available means of financing the litigation, i.e., self-funding, legal expenses insurance, third-party funding or success fee arrangements, are unavailable. Taxpayer funding of private litigation should always only be a subsidiary means of guaranteeing the right of access to justice and a fair trial.

B. Proposition pour le droit belge

1. Introduction d'un principe de proportionnalité

6. Si on reprend les articles 239, 240 et 241, on ne peut être que frappé par l'utilisation systématique de l'expression « frais raisonnables et proportionnés ». L'article 240, (3) : « Seuls peuvent être recouvrés les *frais raisonnables et proportionnés* eu égard à la valeur du litige, à la nature et à la complexité des questions et à l'importance de l'affaire pour les parties ». L'expression « *frais de justice raisonnables et proportionnés* » est également utilisée en droit européen¹³. L'article 240 (3) décline en pratique l'article 8 sur la proportionnalité des frais du procès¹⁴. Si les articles 239 et 241 se rapprochent de l'article 1017¹⁵, les Règles modèles vont plus loin que notre Code judiciaire. L'article 1017 prévoit que les frais inutiles sont mis à charge, même d'office, de la partie qui les a causés fautivement et abusivement¹⁶. Par contraste, en vertu de l'article 241 (2), le juge, indépendamment de la faute, tient compte « du comportement des parties, en particulier de la bonne foi dont elles ont fait preuve dans la conduite de l'instance, ainsi que de leur contribution à un règlement équitable, efficient et rapide du litige ». On se rapproche l'article 1022, alinéa 3, C. jud. qui permet au juge de réduire ou d'augmenter le montant de l'indemnité de procédure en tenant compte du caractère *manifestement déraisonnable* de la situation¹⁷. Cependant la formulation des Règles modèles est plus générale en ce qu'elle permet de garantir l'effectivité des obligations procédurales des parties découlant des principes de coopération et de proportionnalité¹⁸.

Ces principes imposent aux parties des obligations positives, en particulier l'obligation d'éviter les litiges et les coûts inutiles en divulguant les informations pendant la phase précédant l'ouverture de l'instance ainsi que l'obligation de faciliter les mesures de mise en état¹⁹. Et ces obligations sont potentiellement assorties de sanctions financières en vertu de l'article 241 (2)²⁰.

Le levier économique – i.e. la sanction financière liée aux frais du procès – donne toute sa portée au principe de proportionnalité qui est la « traduction juridique de la recherche d'efficience économique »²¹. La justice certes mais pas à n'importe quel prix²² ! En érigeant la proportionnalité comme principe, les Règles modèles, à l'instar du droit anglais, imposent une obligation aux parties de limiter le coût de la résolution de leur litige à peine de sanctions financières des litigants qui n'auraient pas fait tout leur possible pour atteindre un accord hors tribunal ou qui n'auraient pas employé la procédure la moins coûteuse. On sait qu'en Belgique, la Cour de cassation a jugé que le choix de recourir à la procédure judiciaire ordinaire en lieu et place de la procédure de recouvrement de dettes d'argent non contestées n'est pas en soi un motif suffisant pour mettre les dépens à charge de la demanderesse²³. Il en irait vraisemblablement autrement avec l'introduction d'un principe de proportionnalité des coûts du procès²⁴.

7. Est-ce souhaitable²⁵ ? Répartir les moyens des systèmes judiciaires nationaux de manière proportionnelle, en fonction de l'importance économique et de la valeur sociale des questions en jeu n'est pas déraisonnable²⁶ même si cette approche économique voire économe de la justice peut heurter la conception classique d'un accès à la justice égal pour tous. La proportionnalité peut apparaître comme une limite au droit

13. Voir article 14 de la Directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : « Les États membres veillent à ce que les frais de justice raisonnables et proportionnés et les autres frais exposés par la partie ayant obtenu gain de cause soient, en règle générale, supportés par la partie qui succombe, à moins que l'équité ne le permette pas ». Voir C.J.U.E., 28 juillet 2016, C-57/15, *United Video Properties Inc. c. Telenet NV*; C.J.U.E., 28 avril 2022, C-559/20, *Koch Media GmbH c. FU*; CJUE, 28 avril 2022, C-531/20, *NovaText GmbH c. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*.
14. Article 8 : « Les frais du procès doivent, dans la mesure du possible, être raisonnables et proportionnés au montant du litige, à la nature et à la complexité de la procédure, à leur importance pour les parties et à l'intérêt public ».
15. Voir A. DECROËS, « Condamnation aux dépens : principe et exceptions », *J.T.*, 2019/10, n° 6764, p. 200-202.
16. Comme l'a relevé D. MOUGENOT, « si l'abus de la procédure est sanctionné, en revanche, le fait de formuler des moyens dépourvus de fondement n'a, jusqu'à présent, pas fait l'objet de condamnation, si ce n'est qu'il peut aboutir à un partage des frais de justice », faisant référence à Cass., 23 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1316. D. MOUGENOT, « Le principe de proportionnalité en droit judiciaire » in S. MENÉTREY (dir.), *Actualités de droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 25.
17. Voir H. BOULARBAH, « 6 – Les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure » in H. BOULARBAH & F. GEORGES, (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 347. Voir également J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le montant de l'indemnité de procédure due par le bénéficiaire de l'aide juridique », obs. sous Cass. (2^e ch.), 22 décembre 2021, *J.T.*, 2022, p. 96 ; A. GILLET, « Seul le caractère déraisonnable de la situation peut justifier la majoration de l'indemnité de procédure à charge du bénéficiaire de l'aide juridique », *J.T.*, 2022, p. 527.
18. Sur les principes de coopération et de proportionnalité, voir *supra*, la contribution de J. VAN DONINCK.
19. Voir Commentaires sous l'article 2.
20. Voir Commentaires sous les articles 2, 5, 4, 8 et 51.
21. A. GUILMAIN, « Sur les Traces du Principe de Proportionnalité : Une Esquisse Généalogique », *McGill L. J.*, 2015, p. 124 et la thèse de l'auteur *Le principe de proportionnalité procédurale*, LexisNexis, 2018.
22. J. BENTHAM, « Principles of Judicial Procedure with the Outlines of a Procedure Code ». Voir G. J. POSTEMA, « The Principle of Utility and the Law of Procedure : Bentham's Theory of Adjudication », *Ga. L. Rev.*, 1977, p. 1393 ; A. GUILMAIN, *op. cit.*, note 5, p. 118 de la thèse dactylographiée.
23. Cass., 12 octobre 2017, RG C.17.0120.N, voir L. DE MOL, J. RODRIGUEZ & Y. CANTELI, « La procédure extrajudiciaire de recouvrement de créances incontestées (RCI) : bilan et perspectives », *Ius & actores*, 2020/2-3, p. 491.
24. Voir C.C., 28 juin 2018, n° 2018/81 not. B.6.5. Comparer M. AHMED, « Bridging the Gap between Alternative Dispute Resolution and Robust Adverse Costs Orders », *Notern Ireland Legal Quarterly*, 2015, p. 71.
25. Voir S. MENÉTREY, « Propos introductifs : faut-il ramener le droit judiciaire à de plus justes proportions ? » in S. MENÉTREY, (dir.), *Actualités de droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 7.
26. A. UZELAC & C.H. VAN RHEE, « The Metamorphoses of Civil Justice and Civil Procedure : The Challenges of New Paradigms – Unity and Diversity », in A. UZELAC & C.H. VAN RHEE (eds.), *Transformation of Civil Justice*, Springer, 2018, p. 13.

à un procès juste et équitable et aux acquis du droit processuel, alors qu'en réalité, elle en est la condition première. « La bonne justice n'est pas qu'une justice juste dans l'absolu du cas particulier dont est saisi le juge, c'est aussi une justice juste au regard de l'ensemble des cas dont l'institution judiciaire est saisie »²⁷.

Le principe de proportionnalité n'est ni exempt de critique, ni la panacée, mais le concept de proportionnalité a l'avantage d'inviter à « parler ouvertement et en pleine connaissance de cause de ce que la justice coûte »²⁸ et permet aussi d'interroger plus directement « l'évolution de l'économie des services juridiques [qui] restreint l'accès à la justice de plus en plus de justiciables »²⁹.

Cela conduit au deuxième apport des Règles modèles pour notre droit judiciaire concernant le financement du procès.

2. L'encadrement du financement privé

8. L'article 245 énonce des principes qui pourraient être considérés comme généralement acceptables pour encadrer (et promouvoir) le financement privé qu'il soit le fait de professionnels du financement de contentieux, de financement participatif ou encore de l'avocat. Les sources de financement du procès n'a jusqu'à récemment suscité aucune question. L'apparition pour des contentieux, en réalité bien particuliers (arbitrage, actions de groupe notamment) de conventions de financement par des financeurs privés qui titrisent leur investissement procédural a changé la donne et suscité diverses critiques³⁰. C'est assez surprenant car si le *litigation funding* est une activité relativement récente, il y a toujours eu des situations où des tiers ont financé des procédures sans que cela ait suscité d'inquiétudes ou un besoin d'encadrement. Face aux inquiétudes notamment de la Commission européenne³¹, les Règles modèles sont bienvenues en ce qu'elles présentent le financement

par des tiers comme une opportunité qui ne constitue pas un danger *per se* dès lors que la rétribution du financeur n'est pas inappropriée et qu'il n'exerce pas d'influence injustifiée sur le déroulement de la procédure (article 245 (2)³²).

9. L'obligation d'information sur la source de financement sans pour autant divulguer l'accord de financement paraît raisonnable (article 245 (1)³³), tout comme la faculté reconnue aux parties de conclure des accords d'honoraires de résultats (245 (3)³⁴). Si l'article 446ter C. jud. prohibe « tout pacte sur honoraires exclusivement lié au résultat de la contestation », les success fees sont autorisés³⁵. Par ailleurs, un avocat qui fait du pro bono au service d'une cause finance assurément la procédure sans que cela ne suscite d'indignation particulière, tout au contraire.

Le paragraphe (4) est assurément le plus innovant en ce qu'il prévoit un contrôle a posteriori du financement, en l'occurrence après que la décision soit rendue. Ainsi « le juge peut tenir compte de tout manquement au droit applicable ou du caractère inéquitable de ces accords lorsqu'il se prononce, dans sa décision sur les frais du procès, sur la part des frais du demandeur à rembourser »³⁶.

10. Comme pour l'exigence de proportionnalité, il ne s'agit pas ici de prendre parti en faveur du financement privé et de l'introduction d'une disposition analogue à celle de l'article 245 dans notre Code judiciaire. Il importe en revanche de souligner que ces Règles modèles qui reflètent somme toute des tendances de la procédure civile en Europe (avec certes un tropisme vers le droit anglais) témoignent que le modèle économique de la justice civile qu'il s'agisse de la répartition des coûts de la procédure ou du financement de celle-ci mérite sinon d'être repensé, d'être au moins pensé³⁷. En Belgique, les débats politiques se focalisent sur le sous-financement de la justice en tant qu'administration judiciaire, mais il serait sans doute temps de s'intéresser davantage au

27. L. CADIET, « Efficience versus équité ? », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 41.

28. Y.-M. MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions », *C. de D.*, 2009, p. 387.

29. *Ibid.*, p. 386.

30. Voir C. KESSEDIAN (dir.), *Financement de contentieux par un tiers*, Ed. Panthéon-Assas, 2012.

31. Voir *Financement privé responsable du règlement de contentieux*. Résolution du Parlement européen du 13 septembre 2022 contenant des recommandations à la Commission sur le financement privé responsable du règlement de contentieux (2020/2130(INL)).

32. Article 245. Financement du procès par un tiers et honoraires de résultat : 2) Un tel accord doit être conforme au droit applicable et ne doit pas prévoir une rétribution inappropriée du tiers financeur, ni lui permettre d'exercer une influence injustifiée sur le déroulement de la procédure.

33. Article 245. Financement du procès par un tiers et honoraires de résultat : 1) Dès le début de l'instance, une partie dont l'action est financée par un tiers investisseur professionnel ou par un mécanisme de financement participatif en informe le juge et la partie adverse auxquels elle communique l'identité du tiers financeur. Les détails de l'accord de financement ne sont toutefois pas soumis à cette obligation de révélation.

34. Article 245. Financement du procès par un tiers et honoraires de résultat : 3) Les parties peuvent conclure des accords d'honoraires de résultat avec un avocat ou un tiers financeur. Ces accords doivent respecter le droit applicable, l'accès des parties à une représentation en justice équitable ainsi que la légalité de la procédure.

35. J.-P. BUYLE, « Détermination du moment de l'exigibilité d'un success fees », *J.L.M.B.*, 2021/4, p. 170.

36. Article 245. Financement du procès par un tiers et honoraires de résultat : 4) La partie se prévalant du financement par un tiers ou d'un accord d'honoraires de résultat ne peut se voir opposer une violation des paragraphes précédents du présent article comme motif de rejet de sa demande. Cependant, après avoir rendu sa décision sur le fond du litige, le juge peut requérir toute information pertinente au regard de l'instance sur les accords financiers conclus avec un tiers ou un avocat et, après consultation des parties, il peut tenir compte de tout manquement au droit applicable ou du caractère inéquitable de ces accords lorsqu'il se prononce, dans sa décision sur les frais du procès, sur la part des frais du demandeur à rembourser.

37. Voir, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Indemnité de procédure et principe dispositif », *J.T.*, 2023/10, p. 175 ; V. DE WULF, « Une première indexation à la baisse des indemnités de procédure ? », *J.T.*, 2023/12, p. 197.

coût de la justice pour le justiciable avant qu'il ne soit trop tard³⁸. Le principe de proportionnalité s'impose comme une nécessité dans un environnement marqué par une diminution de l'accès à la justice civile causée par l'augmentation des coûts et des délais³⁹,

il importe, sans mauvais jeux de mots, de trouver les moyens de promouvoir l'accès à la justice à un coût proportionné – « *to promote access to justice at proportionate cost* » –⁴⁰ comme l'ont fait de nombreux Etats à travers le monde⁴¹.

38. Voir S. GIBENS & J.-M. DUBOIS (Dir.), *Pauvreté et Justice en Belgique*, SPF Justice, SPF Intégration, 2022 ; B. OPESKIN, « Rationing Justice : Tempering Demand for Courts in the Managerialist State », *University of New South Wales Law Journal*, 2022, vol. 45, p. 531.
39. Voir C. HANYCZ, « More Access to Less Justice : Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform », (2008) 27:1, *C.J.Q.*, p. 106.
40. L.J. JACKSON, *Review of Civil Litigation Costs*, <https://www.judiciariruk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>. Voir N. Andrews, « On Proportionate Costs », *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper N° 22/2014*, p. 1 ; J. SORABJI, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms. A Critical Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 en particulier « Theory of proportionate justice », p. 197.
41. Ex. UK, Japon, Corée du Sud, Brésil, Ontario, Québec. Selon sa disposition préliminaire, le Nouveau Code de procédure civile du Québec « vise à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, *proportionnée et économique de la procédure* et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ». L'article 2 alinéa 2 impose aux parties et aux « tiers auxquels elles font appel [de] veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend ». L'article 18 figurant au Chapitre III de la Première Partie du NCPC intitulé « les principes directeurs de la procédure civile » se lit comme suit : « Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice ».