

# LE NOUVEAU DROIT JUDICIAIRE, EN PRINCIPES

JEAN-FRANÇOIS VAN DROOGHENBROECK

*Professeur à l'Université Catholique de Louvain  
Professeur invité aux Facultés universitaires Saint-Louis  
Avocat honoraire*

Il suffisait, et il suffira toujours, d'un peu d'optimisme...

1.- En contre-poids, et à contre-sens, de l'improbable réforme du Code judiciaire qui s'annonçait en 2002, nous plaidions en faveur d'un état des lieux, d'une (re)découverte, et – le cas échéant – d'une revalorisation des principes directeurs du procès civil<sup>1</sup>. Voici nos vœux copieusement exaucés. Car l'encre processuelle qui, depuis lors, a coulé sous les ponts, a prioritairement servi à l'écriture du *corpus principiorum* dont l'émergence n'avait jusque-là cessé de balbutier. Unissant leurs plumes, doctrine et jurisprudence ont, ces trois dernières années, conféré aux principes généraux du droit judiciaire privé, une visibilité, une clarté, que quarante années de flottement et d'opacité n'avaient pas auguré. Fallait-il que le législateur s'empare des acquis de cette remarquable évolution, en les codifiant à la manière des principes directeurs clichés dans le tout premier chapitre du Nouveau Code de procédure civile français ? Au cœur du processus, nous avons défendu l'opinion que le façonnage des piliers et des digues de l'instance civile devait rester l'œuvre de leurs usagers, et ne point se trouver dicté ou corsetté par la loi<sup>2</sup>. Aussi ne pouvons-nous que saluer l'option récemment prise par le législateur, dans la foulée des *Dialogues Justice* de Georges de LEVAL et Fred ERDMAN<sup>3</sup>, de servir lesdits principes et de tendre à l'équilibre qui doit régir leurs tensions, sans jamais les nommer. A la lecture de la loi du 26 avril 2007 réformant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, on est gagné par la conviction que, cette fois, le Gouvernement aura compris l'équation de toute bonne réforme : qu'elle fasse table rase, ou qu'elle opère par frappes chirurgicales, la réécriture d'un code de procédure civile ne se conçoit guère sans une réflexion menée en termes de promotion et d'articulation de principes essentiels.

La fulgurance du phénomène actuel de révélation desdits principes est telle qu'il serait hasardeux d'en prédire le terme. Elle commande à tout le moins d'en dresser un nouveau bilan intermédiaire et, tant que faire ce pourrait, d'assigner quelques balises à sa progression future. Car en matière de principes, comme en toute chose, il faut raison garder. Si la modernisation des principes classiques, et l'essor de nouvelles grandes lignes de force, ne peut que réjouir, il faut tout de même se garder de verser dans l'hypertrophie<sup>4</sup>. Les principes directeurs du procès civil ne régissent point toute la Justice. La précaution n'est pas oratoire : praticiens et processualistes se doivent toujours de réserver à la procédure, même lorsqu'il est question de ses principes essentiels, la place logistique qui est la sienne. Une procédure civile balisée par de grands et nobles principes n'est rien sans l'œuvre sociale et pacificatrice dont elle n'est jamais que le théâtre<sup>5</sup>. Le texte de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

<sup>1</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Justice rapide, justice hâtive », in *La réforme judiciaire en question*, actes de la journée d'étude organisée à la Chambre des Représentants le 17 janvier 2003, Bruxelles, Centre d'études Jacques Georgin, pp. 14 et s.

<sup>2</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « A juge actif, législateur passif. Le juge et la loi », in *Propositions de réforme de la procédure civile* (sous la dir. de B. MAES), Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 41 et s.

<sup>3</sup> F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Dialogues Justice*, Bruxelles, éd. S.P.F. Justice, juillet 2004, ici spéc. pp. 217-219.

<sup>4</sup> G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile : un délicat équilibre entre efficacité et égalité », leçon inaugurale à la Chaire Française au titre belge tenue à l'U.L.B. aux mois de novembre et décembre 2006, ici spéc. n°7.

<sup>5</sup> *Idem*, citant d'une part K.D. KERAMEUS, « Quelques réflexions sur la longueur et la complexité des textes normatifs », in *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, p. 97 (qui souligne opportunément l'atomisation et la complexification des règles du droit positif), et d'autre part L. CADIET, « La légalité procédurale en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation de France*, Paris, éd. des Journaux de France, 15 mars 2006, n°636, p. 19 (qui proclame, à plus juste titre encore, « quelle serait désespérante une société se contentant pour cimenter le lien social » (que le procès à pour vocation de préserver et de restaurer) « d'un accord de ses membres sur des valeurs procédurales communes »).

rappelle du reste, si besoin en était, qu'au-delà et au-dessus du procès équitable, il y a la dignité humaine. Celle-ci passe par le *fair trial*, mais ne s'y accomplit certainement pas. Ces postulats invitent, plus fondamentalement, à réaliser que le droit processuel et ses axes fondamentaux ne gagnent leur crédibilité qu'à raison de leur modestie. Nous maintenons aujourd'hui plus encore qu'hier que «la procédure ne peut, dans la symphonie du procès, excéder le rôle d'un second violon. Sa partition doit offrir l'harmonie de la musique, mais s'abstenir d'investir le devant de la scène. La bonne procédure est celle qui se pratique les yeux fermés, celle dont on n'a pas à se soucier en permanence, celle qui porte sans se signaler le dossier vers l'émergence d'une solution juridique apaisante et constructive »<sup>6</sup>.

Si elle ne résume pas aux principes directeurs du procès, la Justice se perd tout autant dans leur usage abusif. S'il faut donc se garder d'une survalorisation « extrinsèque » des principes directeurs du procès, il convient d'être tout autant attentif au risque d'instrumentalisation, ou d'hypertrophie, auquel s'expose chacun d'entre eux. Ce risque est réel : l'analyse révèle souvent, nous y reviendrons, la mobilisation abusive, par excès d'engouement ou par sollicitude tacticienne<sup>7</sup>, de tel ou tel (nouveau) principe de procédure. La plupart du temps, l'outrance d'un principe opère du reste au détriment d'un autre. Ici encore, la recherche d'un équilibre s'avère indispensable.

2.- Décrire, articuler, contenir et baliser des principes directeurs en plein essor : telles sont donc les ambitions de cette modeste étude, avantageusement précédée de travaux visionnaires, et plus experts<sup>8</sup>. Encore convient-il aussi, dans le sillage de ces études pionnières, d'identifier les quelques tendances qui, de manière très nette, caractérisent le phénomène d'ébullition à disséquer.

3.- On relève dès l'abord, on l'a déjà esquissée, la dimension essentiellement prétorienne de l'émergence et de l'essor des principes directeurs du procès civil belge. Partant, c'est surtout à l'analyse de la jurisprudence - récente - que sont consacrées les pages qui suivent. Surtout, mais point exclusivement. Dans la mesure – très judicieuse - où elle reflète ces principes prétoriens sans les expliciter, où il les prolonge sans les corsetter, la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire appelle elle aussi le commentaire. L'articulation des sources du droit sera, ici, chose aisée car il appert que les dispositions nouvelles traduisent très fidèlement les plus récentes conquêtes du droit vivant.

4.- Il se trouve ensuite que le processus de construction du socle des principes directeurs du procès intègre deux générations, unies entre elles par des rapports teintés, tantôt par la complémentarité, tantôt par la tension. A côté des principes désormais classiques – qui, de longue date ont formellement acquis le rang de principes généraux du droit (tels le principe dispositif, le principe prescrivant le respect des droits de la défense, ainsi que toutes les garanties du procès équitable issues de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme) -, ont désormais pris place des postulats nouveaux, complétifs ou correctifs, tels le principe dit « du juge actif », la célérité, l'efficacité, l'égalité et encore la loyauté.

5.- Cette dualité de générations amène à l'observation d'une autre tendance fondamentale. Dans bien des cas, l'émergence des jeunes principes précités procède d'un affinement des principes dits « classiques » avec lesquels l'accommodation demeure parfaite. En d'autres situations, on l'a dit, l'hypertrophie d'un principe peut conduire à la méconnaissance d'un autre. C'est sur ces hypothèses d'affrontement qu'est d'ailleurs articulé le plan de la présente contribution. Songeons déjà, intuitivement, qu'un juge trop actif s'expose au reproche de violer le principe dispositif, ou de

<sup>6</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Justice rapide, justice hâtive », in *La réforme judiciaire en question*, actes de la journée d'étude organisée à la Chambre des Représentants le 17 janvier 2003, Bruxelles, Centre d'études Jacques Geogin, ici spéc. p. 14 in fine-15.

<sup>7</sup> Voy. déjà, sur ce thème, l'étude magistrale de G. de LEVAL, « Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi ? », in *Les droits de la défense*, actes du colloque Jacques Henry organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège le 28 mars 1997, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1997, pp. 181 et s.

<sup>8</sup> M. STORME, « Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering », in *Algemene recgtsbeginselen-Referaten van de lezincyclis door de Interuniversitaire Kontaktgroep Rechts Theorie*, Anvers, Kluwer, 1991, pp. 159 et s. ; G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile : un délicat équilibre entre efficacité et égalité », leçon inaugurale à la Chaire Francqui au titre belge tenue à l'U.L.B. aux mois de novembre et décembre 2006, ici spéc. n°s 5-7 ; G. de LEVAL, « Les institutions judiciaires et l'accès à la justice civile : entre modernité et égalité », deuxième leçon de Chaire Francqui, précitée, ici spéc. n°s 28 et s. ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure civile à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, pp. 1135 et s. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 201 et s. ; L. CADIET, in *Mélanges Normand*, Paris, Litec, 2003.

se départir de son impartialité ; que les exigences des droits de la défense et de la contradiction des débats énervent naturellement les réquisits de la célérité et de l'efficacité, traduits par l'exigence du délai raisonnable ; qu'une mobilisation stratégique du principe dispositif dénotera parfois un manque de loyauté procédurale, etc...

6.- Un dernier avertissement s'impose, qui procède d'une considération d'ordre plus personnel. Il se trouve que, dans la foulée de notre thèse de doctorat<sup>9</sup> et pour rendre compte de leur fulgurante émergence, nous avons, ces deux dernières années, déjà consacré aux principes directeurs du procès civil, tout particulièrement au thème du juge actif et aux droits de la défense, plusieurs contributions enthousiastes<sup>10</sup>. Ces textes, et les idées que l'on tentait d'y véhiculer, ont connu un prolongement lumineux sous la plume du Conseiller Albert-L. FETTWEIS<sup>11</sup>. Postérieurement à la publication de ces études, la théorie du procès civil fut encore marquée par d'autres avancées spectaculaires, dont il n'a pas encore été rendu compte. Pour conférer à cette actualité fébrile toute la visibilité qu'elle requiert, il était préférable de ne point la diluer dans un rappel des acquis un peu moins récents. Aussi nous a-t-il paru souhaitable d'écrire ici la suite de notre chronique sur les principes directeurs du procès civil, sans la reprendre *ab initio*, ni la reproduire. Il va cependant de soi que dans un souci pédagogique de clarté, nous renverrons systématiquement le lecteur auxdits acquis, et aux références bibliographiques idoines, avant de traiter de leurs tout derniers développements.

7.- Tels sont les phénomènes, tendances, précautions et options méthodologiques au bénéfice desquels un plan de travail peut être à présent ébauché. Il s'agira, dans un premier temps (*infra*, I), de tracer la cartographie actuelle des principes directeurs du procès civil : en dresser sommairement l'inventaire d'une part ; esquisser leurs tensions internes et possibles affrontements, d'autre part. Cette présentation, en termes de confrontation, guide naturellement le choix et l'articulation des thèmes assignés aux chapitres qui suivront. Le postulat du juge actif, élaboré à la lisière du principe dispositif et des principes d'efficacité et de célérité, retiendra le premier l'attention, et se taillera du reste – actualité oblige... - la part du lion (*infra*, II). La réflexion sur la dévolution des rôles respectivement assignés au juge actif et aux parties maîtresses de leurs droits, s'oriente de plus en plus vers la recherche d'un point d'équilibre entre le respect des droits de la défense et les exigences de l'économie de la procédure. Les récents développements législatifs et jurisprudentiels (*infra*, III) dénotent la progression très nette de cette tentative de conciliation, que certaines hésitations viennent toutefois ralentir. Notre dernier chapitre sera dédié à la plus spectaculaire, et la plus innovante, manifestation de la montée en puissance des « jeunes » principes directeurs. De la combinaison de l'efficacité, de la célérité et de la loyauté, résulterait une exigence (un principe ?) de concentration du litige : qu'en est-il de ce tout jeune trublion? (*infra*, IV).

## I. CARTOGRAPHIE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES CIVIL

8.- On l'a signalé en introduction (*supra*, n°s 4-5), l'ensemble des règles ou idées aujourd'hui hissées au rang de principes directeurs du droit processuel se caractérise en réalité par la cohabitation, plus ou moins sereine (*infra*, n°28 et s.), de deux générations qu'il échet discerner, sans toutefois les opposer. Si, parmi les « jeunes continents » (*infra*, B), certains procèdent d'idées et de besoins radicalement neufs, d'autres, par contre – comme le principe du juge actif – ne constituent jamais qu'un prolongement, voire un regroupement, des « vieux continents » (*infra*, A).

<sup>9</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura novit curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, 919 p. Pour un petit résumé de cette dissertation, voy. J.-Fr. van DROOGHENBROECK, "Casser, juger et toujours dire le droit", *Ann. dr. Louvain*, 2004, pp. 473 et s.

<sup>10</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de G. de Leval), Formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, pp. 141-227 ; G. de LEVAL et J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Principe dispositif et droit judiciaire fiscal, numéro spécial de la R.G.C.F.*, Bruxelles, Larcier, 2004, 45 p. ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « A juge actif, législateur passif. Le juge et la loi », in *Propositions de réforme de la procédure civile* (sous la dir. de B. Maes), Bruxelles, La Chartre, 2006, pp. 41-109 ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « *Le juge et le contrat* », texte d'une conférence donnée à Bruxelles le 19 octobre 2006 et à Mons le 26 octobre 2006 dans le cadre du Recyclage en droit organisé par les Facultés universitaires catholiques de Mons et le Centre des Facultés universitaires Catholique pour le Recyclage en droit, 35 p., à paraître prochainement in *R.G.D.C.*

<sup>11</sup> A. FETTWEIS, « Le rôle du juge actif balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 127-159.

On le répète, il ne s'agit certainement pas de refaire ici l'analyse minutieuse et systématique, déjà menée par ailleurs, de ces continents jeunes et moins jeunes. Il importe seulement d'en cliquer la photographie, qui suffira à faire comprendre les mouvements tectoniques qui animent leur articulation sur la planète Procès (*infra*, C).

9.- Cela étant, comment, sinon par choix arbitraire, tracer la frontière entre principes directeurs classiques et principes directeurs nouveaux ? Il nous a semblé que la démarcation la plus visible, et la plus consensuelle, devait sans doute être recherchée dans le critère « officiel » de la consécration normative. On distingue alors les principes directeurs auxquels la Cour de cassation reconnaît le statut de principe général du droit applicable en droit judiciaire, de ceux que la Cour n'a pas – encore – adoubés comme tels. On précise immédiatement qu'il n'y pas là, à notre estime ni d'ailleurs aux yeux de la Cour, un jugement péjoratif sur la valeur normative des principes nouveaux. Songeons au demeurant, et par exemple, que la célérité n'est rien d'autre que la traduction de la garantie supranationale du droit au jugement de la cause dans un délai raisonnable offerte par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'Homme ; notons également que le principe dit « de loyauté », s'il se voit provisoirement dénier le rang de principe général du droit<sup>12</sup> – comme tel ou par le canal d'un principe dit de « bonne foi dans le procès »<sup>13</sup> – , peut néanmoins être appréhendé comme la transposition, en droit processuel, du principe général de l'exécution de bonne foi<sup>14</sup>, du principe de la confiance légitime, ou – plus sûrement encore – de la théorie de l'abus de droit<sup>15,16</sup>. C'est sous la réserve de cette importante précision que peut se dessiner la frontière entre jeunes et vieux continents.

## **A/ LES VIEUX CONTINENTS**

Les principes directeurs du procès civil gratifiés du statut de principe général du droit ne sont que trop connus<sup>17</sup>, ce pourquoi l'on s'en tiendra à une description très sommaire.

10.- **1. L'IMPARTIALITÉ ET L'INDÉPENDANCE DU JUGE<sup>18</sup>.**

11.- **2 LE PRINCIPLE RELATIF À LA MOTIVATION DES JUGEMENTS ET ARRÊTS,** consacré par l'article 149 de la Constitution, et par l'article 780 du Code judiciaire<sup>19</sup>. C'est à la lumière de ce principe que doit se lire la contribution de Jacques Englebert au présent ouvrage.

### **3. LE PRINCIPLE DU CONTRADICTOIRE, ENCHEVÊTRÉ DANS LE PRINCIPLE RELATIF AU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE.**

12.- La contradiction constitue l'une des garanties fondamentales du procès équitable découlant de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Elle peut s'analyser comme constituant la transposition nécessaire, en science du procès, de la stricte égalité (*infra*,

<sup>12</sup> Cass., 5 mars 2002, P.001204.N. Comp., en France, Cass. fr., 6 juillet 2005, *Rev. crit. D.I.P.*, 2006, p. 602, note H. MUIR WATT.

<sup>13</sup> Cass., 6 décembre 1991, *Pas.*, 1992, n°187 ; A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », in *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2002-2003*, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 2003, p. 461.

<sup>14</sup> Voy. en ce sens, l'étude de référence de P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, ici spéc. p. 108, n°15

<sup>15</sup> Telle est du reste la jurisprudence de la Cour : Cass., 21 juin 2000, *Pas.*, 2000, n°392. Adde, la démonstration très convaincante de M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : un modèle pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, ici spéc. pp. 103 et s.

<sup>16</sup> Laquelle constitue un principe général du droit : A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », in *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2002-2003*, Bruxelles, éd. du Moniteur belge, 2003, p. 450 et les nombreuses réf. citées.

<sup>17</sup> A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, ici spéc. pp. 727-729, nn°s 13 à 25 ; A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *o.c.*, *I.c.*, pp. 127 et suiv. ; M. STORME, « *Algemene beginselen...* », *o.c.*, *I.c.*, pp. 159 et s. ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *o.c.*, ici spéc. pp. 303-351.

<sup>18</sup> A. BOSSUYT, « Les principes généraux... », *o.c.*, *J.T.*, 2005, pp. 727-728, nn°s 13-18, et les multiples réf. citées ; Proc. Gén. J.-M. PIRET, « Impartialité du juge et suspicion légitime », in *Présences du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 857

<sup>19</sup> A. BOSSUYT, « Les principes généraux... », *o.c.*, *J.T.*, 2005, pp. 728, n°21, et les multiples réf. citées ; Prés. I. VEROUGSTRAETE, « Het hof van cassatie en de motiveringsplicht », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1061 et s. ; Proc. Gén. J. du JARDIN, concl. précéd. Cass., 7 décembre 2001, *J.T.*, 2002, pp. 516 et s. ; B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Kluwer, Diegem, 1990.

n°18 et s.)<sup>20</sup> des citoyens devant la loi<sup>21</sup>. Ces vertus philosophiques qu'on lui prête valent au principe du contradictoire d'être hissé au rang de droit naturel<sup>22</sup>. L'hommage est parfaitement légitime.

13.- Sur le plan normatif, on enseigne que le principe du contradictoire forme un principe général de droit<sup>23 24</sup>. Cela étant, le statut de ce principe doit être précisé au regard d'un autre principe, de spectre plus étendu: celui du respect des droits de la défense. Le second - qui trouve aujourd'hui ancrage dans l'article 6, § 1er, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme - est plus large que le premier, en ce sens que "*la défense englobe la contradiction, mais ne se réduit pas à elle*"<sup>25 26</sup>. En d'autres termes, le principe du contradictoire s'analyse comme une

<sup>20</sup> Pour un rapprochement entre égalité, droits de la défense, et respect de la contradiction, G. DOMEZ, "L'égalité dans le procès civil", in *L'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 54.

<sup>21</sup> Sur le principe du contradictoire en général, et notamment sur sa densité philosophique, voy. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire* (Droit processuel), thèse, Paris II, 1988 (version dactylographiée); I. ZAKINE, "L'exigence du contradictoire", in *les nouveaux développements du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 69; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel, P.U.F.*, Paris, 1999, n°287; O. SCHRAMECK, "Quelques observations sur le principe du contradictoire", in *Mélanges Braibant*, Dalloz, 1996, p. 629; B. BOCCARA, "La procédure dans le désordre, I: Le désert du contradictoire", *J.C.P.*, 1981, I, 3004; G. COUCHEZ, "Principe de la contradiction", *Jurisclesseur*, proc. civ., 1991, fasc. 114; A. LEBORGNE, "L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe", *R.T.D.Civ.*, 1996, 535; H. MOTULSKY, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense", in *Mélanges Roubier*, t. II, pp. 175 et suiv.; R. PERROT, "L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne et les garanties des droits de la défense", in *L'efficacité de la justice civile en Europe* (sous la dir. de M.-Th. CAUPAIN et G. DE LEVAL), Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 417 et suiv.; G. WIEDERKEHR, "Le principe du contradictoire", *D.*, 1974, 95; du même auteur, "Droits de la défense et procédure civile", *D.*, 1978, 36; G. FLECHEUX, "Le droit d'être entendu", in *Mélanges P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 149 et suiv.; P. RAYNAUD, "L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction", in *Mélanges Hébraud, I.c.*, 1981, pp. 715 et suiv. En Belgique, cons. Proc. Gén. J. DU JARDIN, "Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *o.c.*, *J.T.*, 2003, spéc. pp. 620 et suiv., nn°s 4.1 et suiv.; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, éd. 1987, pp. 13 et suiv., n°9 et suiv.; Proc. Gén. E. KRINGS, "L'office du juge...", *o.c.*, *J.T.*, 1983, pp. 520 et suiv., nn°s 37 et suiv.; Proc. Gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le droit de la défense, principe général de droit", in *Mélanges J. Dabin*, t. II, pp. 595 et suiv.; E. KRINGS et B. DE CONINCK, "Het ambtshalve...", *T.P.R.*, 1982, p. 667, n°17; B. MAES, "De onpartijdige rechter", *R.W.*, 1983-1984, 1857; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, Liège, 1992, p. 567; G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 311 et suiv., nn°s 11 et suiv. Comp. J. KIRKPATRICK, "Un principe général du droit plus fort que la loi...", *o.c.*, *I.c.*, pp. 281 et suiv.

<sup>22</sup> H. MOTULSKY, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le respect des droits de la défense", in *Mélanges Roubier*, t. II, pp. 175 et suiv.; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 117; G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 322, n°23. La Cour de cassation de France avait déjà eu recours à la qualification de "*droit naturel*" dans un arrêt ancien (Cass. fr. (civ.), 7 mai 1828, S., 1828, 1, 93).

<sup>23</sup> Le Conseil constitutionnel français le considère et le présente comme tel: Déc. n°85-142 L., du 13 novembre 1985, *Rec.*, 116; *R.C.J.*, L, 115; *Rev. dr. publ.*, 1986, 385, note FAVOREU.

<sup>24</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 312, n°13; Proc. Gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Propos...", *o.c.*, *J.T.*, 1970, p. 567. Jadis, la Cour contraignait le demandeur en cassation à rattacher la violation du principe à celle de l'article 2 du décret sur la presse du 20 juillet 1831 (voy. à ce sujet Proc. gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, "Un aspect du droit de la défense", *Bull.*, 1956, pp. 3 et suiv.; Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Le droit de la défense, principe général de droit", *o.c.*, in *Mélanges J. Dabin*, pp. 603-607).

<sup>25</sup> Ces rapports entre les deux principes font l'objet d'une présentation très claire en France: cons. H. MOTULSKY, "Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense", in *Mélanges Roubier*, t. II, pp. 175 et suiv., spéc. nn°s 12 et 13 ainsi que la note (27); du même auteur, "Prolégomènes...", *o.c.*, *D.*, 1972, Chron., 91, spéc. n°10; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26ème éd., p. 499, n°608; G. BOLARD, "Les principes directeurs...", *o.c.*, *J.C.P.*, 1993, I, 3693, nn°s 14 et suiv.; du même auteur, Dalloz-Action, *o.c.*, 1998, p. 548, n°2368, et les réf. citées; G. COUCHEZ, *Procédure civile, o.c.*, n°238; G. WIEDERKEHR, "Droits de la défense et procédure civile", *D.*, 1978, chron., 36; A. PERDRIAU, "Les droits de la défense devant la Cour de cassation", *J.C.P.*, 1993, I, 3650; P.-J. CIAUDO, "Les déficits des droits de la défense dans les procédures fiscales", *Droit et patrimoine*, 2000, n°79, p. 30. Il semble toutefois que cette présentation ne fasse pas encore l'unanimité en doctrine française: voy. p.ex. L. CADIET, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 3ème éd., 2000, p. 461, n°1081 ou R. MARTIN, v° "Principes directeurs du procès civil", *Rép. Proc. Civ.*, nn°s 18 et suiv. ainsi que nn°s 176 et suiv.; J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", texte d'une conférence donnée à l'U.C.L. le 10 avril 2003, à paraître in *Ann. Dr. Louvain*, 2003, spéc. p. 13 du stencil provisoire. A notre connaissance, la doctrine belge ne s'est guère intéressée à la question - somme toute assez formelle - des positions hiérarchiques respectives des principes, l'un et l'autre bien établis, du respect des droits de la défense et du contradictoire (voy. toutefois les quelques lignes judiciaires qu'y consacrent CH. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, t. 1er, pp. 254-255, F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, pp. 66-67, n°42 et enfin, sous l'angle de la délimitation de l'autorité de la chose jugée, G. CLOSSET-MARCHAL,

conséquence du principe prescrivant le respect des droits de la défense, tandis que ce dernier principe connaît d'autres applications, non moins cruciales<sup>27</sup>, que la règle de la contradiction des débats. Cette présentation, en cercles concentriques, est largement répandue en France. Elle est moins familière en droit processuel belge<sup>28</sup>; il est toutefois permis de considérer que notre Cour de cassation l'a implicitement consacrée. Aux termes de plusieurs arrêts, elle a en effet décidé qu'il "n'existe pas de principe général du contradictoire qui se distingue du principe général du droit relatif aux droits de la défense"<sup>29</sup>. Le moyen de cassation à l'origine de l'arrêt du 24 mars 1999 faisait grief à la décision attaquée de n'avoir pas respecté le droit du demandeur à être entendu à raison de la manière dont son conseil avait pris connaissance de la convocation. Ce moyen se décomposait en deux branches identiquement motivées, la première prise de la violation du principe général relatif aux droits de la défense, la seconde prise de la violation du principe du contradictoire. La Cour rejette la première branche comme manquant en droit et la seconde, sur la base du motif reproduit ci-avant, comme manquant en droit par voie de conséquence au rejet de la première branche. Eu égard à ces circonstances, on peut affirmer sans risque d'erreur que notre Cour de cassation rejoint la doctrine majoritaire française, en tant que celle-ci considère que le principe prescrivant le respect des droits de la défense "englobe" le principe du contradictoire<sup>30</sup>. D'autres arrêts entraînaient des conséquences moins bénignes pour le demandeur en cassation. Celui-ci s'étant borné à viser la violation du principe général du droit "du contradictoire" à l'appui de son moyen reprochant au juge du fond de s'être fondé sur un moyen<sup>31</sup> (ou sur une pièce<sup>32</sup>) non débattu(e), la Cour déclare ce moyen irrecevable au motif qu'"il n'existe pas, dans ce cas de principe général du droit 'du contradictoire' qui se distinguerait du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense". La sanction est sévère mais confirme que la Cour de cassation de Belgique considère, à l'instar du droit français, que le principe général du droit relatif aux droits de la défense englobe le principe dit "du contradictoire".

---

"L'autorité de la chose jugée...", o.c., R.C.J.B., 2002, p. 312, n°12, et enfin J. KIRKPATRICK, "Un principe général du droit plus fort que la loi...", o.c., I.c., spéc. p. 286, n° 7 *in fine*.

<sup>26</sup> Ceci étant, la Cour européenne de droits de l'homme n'a pas manqué d'identifier, au départ de l'article 6, § 1er, de la Convention, un principe spécifique en vertu duquel "le droit à un procès contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre ainsi que d'en discuter" (voy. not., parmi de multiples arrêts, Cour. eur. D.H., 24 février 1995, en cause de Me Michaël c° Royaume Uni, D., 1995, 449, note HUYETTE, ainsi que Cour eur. D.H., 21 mars 2000, en cause de Dulaurans c/ France, J.T., 2000, p. 773, note P. LAMBERT, "L'examen effectif des moyens de cassation ».Adde, S. GUINCHARD (e.a.), *Droit processuel...*, o.c., 1ère éd., 2001, p. 555, n° 454.

<sup>27</sup> Ainsi, selon le classement auquel s'essayent les auteurs français, il est proposé de ranger dans le droit de la défense, outre le principe du contradictoire, l'impartialité du juge, la loyauté minimale des débats, les immunités de la défense, le principe de la publicité des débats, l'obligation de motiver les décisions, la cohérence des voies de recours, et même parfois la relativité de la chose jugée au civil. Sur ce classement, voy. p.ex. G. BOLARD, *Dalloz-Action*, o.c., 1998, p. 549, n°2371; du même auteur, "Les principes directeurs...", o.c., J.C.P., 1993, I, 3693,, n°16; H. MOTUKSKY, "Le droit naturel...", o.c., in *Mélanges Roubier*, I.c., t. II, nn°s 12 et suiv.

<sup>28</sup> Voy. toutefois les judicieuses distinctions proposées par G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", o.c., R.C.J.B., 2002, p. 312, n°12. L'auteur énonce que "le principe du contradictoire est, à la fois, plus étendu et plus limité que le respect des droits de la défense. Plus étendu en ce qu'il concerne toute partie à l'instance, quelle que soit sa situation procédurale. Plus limité en ce qu'il constitue un moyen parmi d'autres, le plus important sans doute, de protéger les droits des parties". Voy. ég. M. VAN QUICKENBORNE, "La logique juridique et l'activité judiciaire. La partie logique de l'obligation de motiver", in *Rapports belges* aux XIème congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Bruxelles, 1982, p. 168, ainsi que Proc. Gén. J. DU JARDIN, "Le droit de la défense...", o.c., J.T., 2003, p. 620, n°4.1.

<sup>29</sup> Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 180; Cass., 4 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1102; Cass., 17 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 536 et la note (1). Voy. également et comp. Cass., 14 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 53; Cass., 17 mars 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 353; Cass., 16 mai 2001, *Larcier Cass.*, 2001, p. 222, n°1114 et Cass., 31 juillet 2001, *Larcier Cass.*, 2001, p. 278, n°1404. Voy. déjà, Cass., 17 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 536. Comp. ég. avec Cass., 23 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, 398 qui, sur le plan formel à tout le moins, paraît distinguer "le principe du contradictoire et le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense".

<sup>30</sup> Voy. une autre confirmation implicite in Cass., 13 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 455; R.C.J.B., 2001, obs. S. VAN DROUGHENBROECK, dont il résulte que "l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit à toute personne le droit à un examen équitable de sa cause par une instance judiciaire indépendante et impartiale; il suit de cette règle et du principe général relatif au respect des droits de la défense que les parties au procès doivent se voir offrir la possibilité de contredire toute pièce ou tout argument de nature à influencer la décision du juge".

<sup>31</sup> Cass., 17 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 536.

<sup>32</sup> Cass., 4 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1102.

14.- Ledit principe, ainsi présenté, est, quant à sa portée, assez polymorphe. On sait en effet que les parties se doivent entre elles et en son nom, la transparence et la contradiction (art. 15 N.C.P.C. et, par exemple, art. 736 et 740 C. jud.<sup>33</sup>), que le juge doit au besoin faire observer le principe par les parties (art. 16, al. 1er, *initio* N.C.P.C.), et enfin que ce principe s'impose au juge lui-même, dans ses rapports avec les parties (art. 16, al. 1er, *in fine* et al.3 N.C.P.C., et art. 774, al. 2, C. jud.)<sup>34</sup>. A ces trois dimensions classiques du principe du contradictoire, s'en ajoute aujourd'hui une quatrième: eu égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de ces vingt dernières années, on ne peut à présent traiter de la contradiction des débats civils sans postuler qu'elle doit aussi présider aux rapports entre les parties et le ministère public<sup>35</sup>.

#### 4. LE PRINCIPE DISPOSITIF

15.- De tous les principes classiques du droit processuel, le principe dit « dispositif » est certainement celui que les évolutions récentes retracées dans la présente contribution ont le plus affiné, lorsqu'elles n'ont pas bousculé les idées reçues à son sujet. Le lieu n'est pas de retracer l'hagiographie de ce principe cardinal, ni d'en décrire l'impressionnante mutation. Nous nous y sommes déjà essayés dans des écrits auxquels nous nous permettons de renvoyer le lecteur<sup>36</sup>. Il importera, dans les lignes qui suivent, de montrer en quoi cette mutation n'est point mutilation ; qu'en d'autres termes, la figure du juge actif (*infra*, n°35 et s.) n'obère nullement les exigences du principe dispositif, pour autant que l'on accepte de lui restituer sa véritable portée. Pour l'heure, dans les limites de notre « cartographie », contentons-nous de rappeler l'idée fondamentale dont il procède.

16.- Le principe est présenté comme un "*postulat fondamental de notre droit judiciaire auquel les praticiens de notre pays sont très attachés*"<sup>37</sup>.

Il reste qu'à biens des égards, ledit principe, en dépit de la fascination qu'il exerce<sup>38</sup>, demeure insondable, lorsqu'il ne sert pas – on y insiste – de prétexte ou d'étendard à des idées qu'il n'impose point.

<sup>33</sup> Sur l'importance de la contradiction dans la mise en état de la cause, cons. G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 313, n°14; G. DE LEVAL, "La mise en état de la cause", in *Le nouveau droit judiciaire privé*, Dossier n°5 du *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 59 et suiv.; du même auteur, "La mise en état des causes", in *Le droit judiciaire rénové*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 109-111; H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La mise en état des causes...perdue ?", *J.T.*, 2000, pp. 813 et suiv.; H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles", *J.T.*, 2001, pp. 513 et suiv.; Proc. Gén. J. DU JARDIN, "Le droit de la défense...", *o.c.*, *J.T.*, 2003, pp. 623-624, n°4.6.

<sup>34</sup> Sur ces trois dimensions de la contradiction, voy. p.ex. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26ème éd., 2001, pp. 503-514, nn°s 611-624-1 et, en Belgique, G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 312 et suiv., nn°s 12 et suiv.

<sup>35</sup> Sur ce thème plus récent, cons. notamment. G. DE LEVAL, "L'avis du ministère public en matière civile: une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge", in *Amice curiae, quo vadis ?*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2002, pp. 39 et suiv.; D. PIRE, "Le point sur l'avis du ministère public et les droits de la défense" in *C.U.P.*, décembre 2000, pp. 251 et suiv.; S. VAN DROOGHENBROECK, "La réplique au ministère public: quousque tandem ?", notes sous Cass., 13 septembre 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 748 et suiv.; P. LEMMENS, "De amicus curiae en het Europees verdrag over de rechten van de mens", in *"Amicus curiae, quo vadis ?"*, Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2002, pp. 19 et suiv.; Proc. gén. J. DU JARDIN, "L'intervention du Ministère public dans la procédure en cassation telle qu'elle est réglée par la loi du 14 novembre 2000", in *Liber amicorum L. Simont*, pp. 89 et suiv.; K. VAN DAMME, "Het repliekrecht van partijen op het advies / de conclusie van het Openbaar Ministerie : een verkenning van de nieuwe wettelijk regeling", *A.J.T.*, 2000-2001, pp. 713-717. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26ème éd., 2001, pp. 514-516, n°624-2; S. GUINCHARD, in *Droit processuel/Droit commun du procès*, Dalloz, 2001, nn°s 386, 462 et 466.

<sup>36</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura novit curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, ici spéc. pp. 306 et s.; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire (sous la dir. de G. de Leval)*, *Formation permanente C.U.P.*, vol. 83, Bruxelles, Larcier, ici spéc. pp. 147 et s.; G. de LEVAL et J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Principe dispositif et droit judiciaire fiscal*, numéro spécial de la *R.G.C.F.*, Bruxelles, Larcier, 2004, 45 p.; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « A juge actif, législateur passif. Le juge et la loi », in *Propositions de réforme de la procédure civile (sous la dir. de B. MAES)*, Bruxelles, La Charte, 2006, ici spéc. pp. 58-59; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », texte d'une conférence donnée à Bruxelles le 19 octobre 2006 et à Mons le 26 octobre 2006 dans le cadre du Recyclage en droit organisé par les Facultés universitaires catholiques de Mons et le Centre des Facultés universitaires Catholique pour le Recyclage en droit, 35 p., à paraître prochainement in *R.G.D.C.*

<sup>37</sup> Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire, Doc. Parl.*, Sénat, 1963-1964, n°60, pp. 157-158.

<sup>38</sup> Les recherches menées sur ce thème ne se limitent évidemment pas aux modestes réflexions que nous y avons consacrées (*supra*, note (36)). L'on ne peut toutefois prétendre à l'exhaustivité. Sur le principe dispositif,

17.- Son rang dans la hiérarchie des normes n'importe guère en pratique<sup>39</sup> ; c'est donc presque à des fins cosmétiques et pour en souligner l'importance qu'on doit signaler que le principe jouit du statut de principe général du droit<sup>40</sup>.

Cette place n'est pas usurpée et l'ampleur de l'engouement est pleinement justifiée; il suffit de mesurer la portée de l'option philosophique et politique prise par un Etat de droit qui soumet sa justice civile au principe dispositif. Celui-ci véhicule l'idée de liberté. Le pouvoir de disposer est indissociablement lié aux valeurs de liberté et, dans une moindre mesure, de propriété. Le principe dispositif se présente comme une véritable déduction de la liberté<sup>41</sup>. On pourrait dire qu'il est au droit judiciaire privé ce que le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la convention-loi (art. 1134 C. civ.) sont au droit des obligations; qu'il est au procès civil, ce que l'*abusus* est aux droits des biens. A s'en tenir à des parallèles plus modernes, le principe dispositif serait alors le voile derrière lequel les parties abriteraient leur vie privée (leur «*privacy*») des indiscretions du juge étatique. Dans l'un et l'autre cas, il y va de la manifestation de l'émergence d'une société libérale, où le particulier détient une part plus grande de liberté, tenant en respect toute incursion de la puissance publique. Dans ce contexte philosophique, le système juridique fait de ses sujets des titulaires de droit. Il leur accorde des droits subjectifs dont ils peuvent librement «*disposer*». Le *ius agendi* est au nombre de ces droits; il se distingue toutefois de tous les autres dans la mesure où il

---

cons. en Belgique, A. FETTWEIS, « *Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense* », *o.c., l.c.*, pp. 127 et s. ; P. Van ORSHOVEN, « Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen' over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter in fiscalibus », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 821 et s. ; Proc. Gén. J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1er septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 6223, n°4.5; Proc. Gén. E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation du 1er septembre 1983, *J.T.*, 1983, pp. 513 et suiv.; Proc. Gén. E. KRINGS, « L'office du juge. Evolution - Révolution ou tradition », discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour de cassation le 1er septembre 1993, *J.T.*, 1993, pp. 17 et suiv.; J. VAN COMPERNELLE, « L'office du juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978 et sous Cass., 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 5 et suiv.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966., pp. 46-70, n°32 et suiv.; F. RIGAUX, « L'objet et la cause de la demande », *R.C.J.B.*, 1973, pp. 239 et suiv.; A. BERNARD et E. GUTT., « Examen de jurisprudence (1953-1954)-Procédure civile », *R.C.J.B.*, 1955, p. 148; W. RAUWS, « Jura novit curia », *R.W.*, 1985-1986, pp. 900 et suiv.; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, « De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problematiek van de samenlopen van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid », *R.W.*, 1985-1986, pp. 903 et suiv.; A. FETTWEIS, « Da mihi factum, dabo tibi ius », *Jur. Liège*, 1983, pp. 179 et suiv.; H. BOULARBAH, « La cause. Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. Linsmeau et M. Storme), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1998 », spéc. pp. 101-102, nn°s 10-12; E. KRINGS et B. DE CONINCK, « Het ambtshalve aanvullen van rechtgronden », *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et suiv., spéc. pp. 655-667, nn°s 2-16; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », note sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 306 et suiv.; V. VANNES, « Le rôle du juge dans le contentieux social », in *L'espace judiciaire et social européen* (sous la dir. de G. de Leval et J. Hubin), Bruxelles, Larcier, 2003, spéc. pp. 369-370, nn°s 4-5; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Absens indefensus est », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil, l.c.*, pp. 210-212, nn°s 63-64.

<sup>39</sup> Puisqu'il est de toute façon consacré par un texte : l'article 1138 du Code judiciaire (voy. Proc. Gén. E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour de cassation le 1er septembre 1983, *J.T.*, 1983, pp. 513 et suiv., n°12 bis; F. RIGAUX, « L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé », note sous Cass., 4 mai 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 243; H. BOULARBAH, « La cause. Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. Linsmeau et M. Storme), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1998, p. 101, n°10.

<sup>40</sup> Voy. Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, n°97 qui, pour la première fois, reconnaît au principe dit «*dispositif*», le statut de principe général de droit. Cons. également Cass., 27 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 601 qui «*a accueilli pour la première fois, un moyen pris seulement de la violation du principe dispositif*»: J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit », in *Liber amicorum E. KRINGS*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 637; du même auteur, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *o.c., l.c.*, p. 282, n° 3 et la note (5). *Adde*, B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gand, Mys en Breesch, p. 103 et les réf. citées aux notes (477) à (480). Comp. avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui, comme le rappelle F. RIGAUX, ne cassait pas sur le visa de la violation du principe dispositif, mais sur celui, jugé plus «*artificiel*» de la violation de la foi due aux écrits de procédure, ou encore sur celui, aujourd'hui suranné, de la violation du «*contrat judiciaire*» noué entre parties (F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 48, n°33 *initio* et p. 49, n°33 *in fine*, et les arrêts cités en notes).

<sup>41</sup> Pour un exposé d'ensemble de ces idées, H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1959.



les coiffe pour en assurer le respect et l'effectivité. Le *ius agendi*, qui n'appartient qu'à son titulaire, constitue même une prérogative, dont il est seul à pouvoir «disposer»<sup>42</sup>.

## 5. L'ÉGALITÉ DES ARMES

18.- Issue, elle aussi, de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'égalité des armes constitue une garantie fondamentale du procès équitable digne d'être hissée au rang de principe général du droit processuel. L'idée est essentielle, que résume parfaitement le phrasé que lui donne la Cour de Strasbourg : il échet que « chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »<sup>43</sup>. Il y va, en d'autres termes, de l'impérieuse nécessité d'aménager « un juste équilibre entre les parties »<sup>44</sup>. Ici non plus, il n'est question d'explorer de manière exhaustive toutes les avancées justifiées par la promotion de ce principe directeur qui, au demeurant, n'est pas propre à la procédure civile<sup>45</sup>. Dans les limites de cette seule discipline, on se contentera d'accentuer les connexions du principe d'égalité avec le thème central de notre étude : l'activisme du juge. C'est, en effet, qu'il ne saurait être question que le juge actif, dans l'exercice de ses devoirs et prérogatives nouveaux, ne traite pas les justiciables à l'identique.

Deux réflexions viennent alors à l'esprit.

19.- Tout d'abord, comme le souligne très justement Georges de LEVAL, l'égalité des parties, et plus généralement la non-discrimination entre justiciables, appelaient une exigence d'« application égalitaire du droit » : « il ne peut y avoir de déséquilibre entre les parties suivant qu'elles sont plus ou moins bien informées de leurs droits ou plus ou moins bien assistées en justice »<sup>46</sup>. De telles distorsions étaient cependant « assumées » par les conceptions juridiques de la cause et de l'objet de la prétention, interdisant au juge de venir au secours du justiciable qui ne lui présentait pas le bon sésame, le bon « habillage », juridique. C'est dire l'immense mérite des arrêts historiques aux termes desquels, depuis 2005, la Cour de cassation, oblige le juge à appliquer aux faits invoqués la solution juridique commandée par le droit sans se tenir lié par les suggestions, plus ou moins habiles, pertinentes et professionnelles, des parties (*infra*, n°48 et s.).

20.- Cette nouvelle configuration de l'office du juge rencontre pleinement une autre exigence de l'égalité entre parties. Lorsqu'ils traitaient de l'office et de l'activisme du juge civil, les auteurs et les arrêts visaient la cause (et l'objet) *Ade la demande@*. On s'interrogeait, la plupart du temps, sur le pouvoir qu'avait, ou n'avait pas, le juge de requalifier le fondement juridique *Ade la demande@*, de substituer une autre base légale à l'appui *Ade la demande@*, ou encore de soulever d'office un moyen permettant d'accueillir *Ala demande@*. Fallait-il en déduire qu'il y aurait eu place, à côté de la problématique du rôle du juge face à la cause et à l'objet de la demande, pour une réflexion distincte portant spécifiquement sur les devoirs et prérogatives de ce même juge quant au traitement des défenses (moyens, exceptions et fins de non-recevoir) opposées à la demande, ou susceptibles de l'être ?<sup>47</sup> Et, le cas échéant, aurait-on conçu que ces deux réflexions poursuivies comme étant étanches puissent déboucher sur des solutions différentes ? Ne fallait-il pas à l'inverse, de promouvoir l'idée d'une égalité entre parties ?<sup>48</sup>

<sup>42</sup> Sur ces liens forts entre liberté, principe dispositif, droit à l'action et prérogative sur l'action, voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972.

<sup>43</sup> Parmi beaucoup d'autres, voy. Cour eur. D.H., arrêt Ernst et autres c. Belgique du 15 juillet 2003, § 60.

<sup>44</sup> Cour eur. D.H., arrêt Yvon c. France du 24 avril 2003, § 31.

<sup>45</sup> J.-P. MARGUENAUD, v° « égalité des armes », in Dictionnaire de la justice (sous la dir. de L. Cadiet), Paris, P.U.F., 2004 ; A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit... », o.c., *J.T.*, 2005, p. 729, n°24 et les réf. citées ; S. van DROOGHENBROECK, La convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2002-2004), vol.1, *Dossier n°57 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 155 et s.

<sup>46</sup> G. de LEVAL, « Les institutions judiciaires et l'accès à la justice civile : entre modernité et égalité », deuxième leçon à la Chaire Franqui au titre belge tenue à l'U.L.B. aux mois de novembre et décembre 2006, ici spéc. n° 28.

<sup>47</sup> Voy. p. ex. l'étude de L. DU CASTILLON, « Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. LINSMEAU et M. STORME), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 147 et suiv.

<sup>48</sup> Sur le principe de l'égalité des parties devant le service public de la justice, voy. L. FAVOREU et L. PHILIP, obs. sous Cons. const. fr., 23 juillet 1975, in *Les grands arrêts du Conseil Constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1979, pp. 328-329 : « non seulement les citoyens ont le droit de s'adresser au juge et d'être jugés par les tribunaux composés de manière identique, mais ils doivent être jugés selon la même procédure ». *Adde*, sur le même thème, G. CORNU et J. FOYER, o.c., t. 1er, p. 79.

21.- Ces questions revêtent une grande importance parce qu'elles mettent en jeu le devoir de neutralité et d'impartialité que l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, fait peser sur le juge. En effet, comme le souligne avec pertinence le professeur VAN QUICKENBORNE, ce devoir serait méconnu, s'il fallait tenir pour acquis que ledit juge peut, voire doit, relever d'office tout moyen ou toute qualification au secours du demandeur, tandis qu'il ne pourrait jamais pallier les carences de la défense<sup>49</sup>.

22.- Il est heureusement offert de constater l'existence d'un principe d'égalité entre parties, et corrélativement d'un principe de neutralité du juge, en droit processuel belge. Il se trouve en effet, qu'avant même de consentir « la clarification décisive de sa jurisprudence » sur l'office du juge (*infra*, n°50) notre Cour de cassation avait déjà résolu de traiter à l'identique la cause de la demande et la cause de la défense.

On trouve déjà trace de l'assimilation, sous l'angle de l'office du juge, de la demande et de la défense, dans un arrêt du 27 septembre 1963. Celui-ci constate que la décision attaquée, ayant soulevé d'office un moyen de droit conduisant au rejet de la demande, n'a, ce faisant, *ni soulevé un moyen contredisant la défense de la défenderesse, ni modifié la cause ou l'objet de la demande et énonce, en termes plus généraux que le juge peut, sous les réserves qui viennent d'être indiquées, suppléer d'office, même lorsque la matière n'est pas d'ordre public, aux moyens proposés par les parties, lorsqu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation*<sup>50</sup>.

Plusieurs arrêts ultérieurs vinrent implicitement confirmer que la Cour de cassation de Belgique entend soumettre au même régime processuel la demande et la défense, en énonçant qu'*il appartient au juge, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits dont il est régulièrement saisi et sans modifier ni l'objet ni la cause de la demande, la règle de droit en vertu de laquelle il fera droit à la demande ou la rejettera*<sup>51</sup>. Cette assimilation trouve également appui implicite mais certain dans les arrêts qui rappellent que le juge est amené à vérifier telle ou telle condition d'application de la disposition légale alléguée au soutien de la demande (ex. art. 1382 C. civ.), et le cas échéant rejeter celle-ci au motif que cette condition (ex. le lien de causalité) fait défaut, alors même que la question de l'existence de cette même condition d'application n'a pas été soulevée *expressis verbis* par le défendeur<sup>52</sup>.

Mais c'est d'un arrêt du 31 octobre 1996<sup>53</sup> qu'allait venir la confirmation la plus nette de ce que notre Cour de cassation entend ne faire aucune différence selon que le juge s'immisce dans le soutènement d'une demande ou dans celui d'une défense, et de ce qu'elle est résolue à appliquer les mêmes solutions (en l'occurrence, l'incorporation à la cause de la base légale proposée) dans l'une et l'autre hypothèses. Il n'est pas nécessaire de relater par le détail les circonstances de l'affaire, ni d'apprécier si sont justifiées les vives critiques dont cet arrêt a, sur le fond du problème (i.e. l'office du juge dans l'allégation du droit), fait l'objet<sup>54</sup>. Pour l'heure, il importe seulement de noter que la Cour casse ici la décision déferée à sa censure au motif qu'« *en examinant l'exception [de nullité] proposée par la demanderesse [défenderesse originaire] sous l'angle des dispositions légales alors que cette dernière ne fondait ses conclusions que sur les dispositions contractuelles, l'arrêt modifie la cause de cette exception au mépris des articles 702, 807 et 1138, 2°, du Code judiciaire* ».

23.- On ne peut que se réjouir de la collaboration décisive de la Cour de cassation à l'émergence d'un véritable principe d'égalité en procédure civile, venant s'adjoindre aux autres garde-fous de l'activisme juridictionnel. Le mérite de cette jurisprudence est d'autant plus grand qu'une application littérale de loi elle-même aurait pu donner lieu à discrimination. On s'en explique.

<sup>49</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, o.c., p. 27, n°23.

<sup>50</sup> Cass., 27 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 93. Signalons au passage qu'il s'agit là d'un arrêt qui, nonobstant son ancienneté, constitue à nos yeux un modèle de modernité et de rigueur dans l'application des principes qui devraient gouverner l'office du juge.

<sup>51</sup> P.ex. Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1308; Cass., 15 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 54.

<sup>52</sup> Ex. Cass., 5 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 763, et les arrêts cités en note (1); Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, p. 332.

<sup>53</sup> Cass., 31 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1041.

<sup>54</sup> H. BOULARBAH, *La cause...*, o.c., l.c., pp. 130-133, n°45.

L'article 774, alinéa second, du Code judiciaire oblige le juge à rouvrir les débats lorsqu'il se propose de « *rejeter la demande en tout ou partie sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui* ».

Ce texte portait les germes de deux discriminations.

La première différence de traitement saute aux yeux. Alors qu'il fut question, dans le projet du Bâtonnier VAN REEPINGHEN, d'étendre son application au relevé d'office « *de tout moyen conduisant à l'accueil ou au rejet de la demande* »<sup>55</sup>, le législateur a finalement cantonné l'article 774 au relevé d'office d'une exception opposée à la demande. Mais il demeure que ce faisant, il a, dans les textes, porté le juge au secours du seul défendeur en autorisant - implicitement mais nécessairement - le premier à pallier la distraction du second. La loi favorisant le défendeur en associant le juge à la « *cause de la défense* », il s'offrait à la doctrine et à la jurisprudence de rétablir l'égalité d'avec le demandeur et la symétrie avec la « *cause de la demande* ».

On mesure alors que l'enseignement classique déniait au juge tout pouvoir d'accueillir la demande sur le fondement d'une autre base légale et/ou d'une autre qualification que celles suggérées par son auteur, cautionne une rupture d'égalité difficilement admissible : pourquoi, au nom de quel principe, le Code judiciaire dans une matière aussi primordiale que l'office du juge, favoriserait-il le défendeur ? La Cour de cassation n'a pas manqué d'apercevoir et de corriger l'anomalie, allant précisément jusqu'à déduire de l'article 774 bien plus que ce que sa lettre énonce et, ce faisant, corriger la rupture d'égalité entre « *cause de la demande* » et « *cause de la défense* ». On songe en particulier à celui qu'elle a prononcé le 27 juin 1988<sup>56</sup>. La Cour y reproche au juge d'appel de s'être abstenu d'apprécier et d'accueillir la demande à l'aune du fondement juridique adéquat, auquel le demandeur originaire n'avait pas songé. Et surtout de poursuivre que l'« *obligation* » méconnue par la décision attaquée « *constitue un principe général du droit qui trouve application notamment dans l'article 774 du Code judiciaire* ». A juste titre, la Cour suprême fait ici explicitement primer l'esprit de l'article 774 sur ses termes et, ce faisant, force l'égalité entre demande et défense que menace la portée étroite et littérale donnée au texte par la thèse maintenant l'interdiction classique du relevé d'office des moyens de droits favorables à la demande.

C'est encore la Cour de cassation qui, cette fois de manière progressive, corrigea la seconde rupture d'égalité entre demande et défense, contenue en germes dans l'article 774, al. 2, du Code judiciaire. Au départ de cette autre discrimination, on retrouve à nouveau l'exiguïté de la disposition, ne visant que l'exception *opposée* d'office à la demande. Lorsque l'hypothèse qu'il vise (relevé d'office d'une exception (de nullité, d'incompétence, de prescription, de forclusion, d'irrecevabilité) à l'encontre de la demande), est rencontrée, le texte commande la réouverture des débats. Mais que devait-il advenir, au regard des droits de la défense, du cas où, cette fois, le juge *accueille* la demande en relevant d'office un moyen au soutien de celle-ci ? Dans un premier temps, contrainte par les limites étroites tracées par le texte, la Cour de cassation dut s'abstenir d'en appliquer les exigences en ce cas.<sup>57</sup> Une autre discrimination prenait ainsi corps, avec à présent pour enjeu le bénéfice des garanties fondamentales du procès équitable, et pour victime le défendeur à l'action.<sup>58</sup> Quelques années durant, il fallut attendre l'heureuse émergence, dans la jurisprudence de la Cour, d'un principe général du droit « *plus fort que la loi* »<sup>59</sup> prescrivant le respect des droits de la défense pour que l'égalité entre demande et défense soit rétablie sur ce point (*supra*, n°13).

## B/ LES NOUVEAUX CONTINENTS

<sup>55</sup> *Rapport sur la réforme judiciaire, Pasin.*, 1967, pp. 427-428.

<sup>56</sup> Cass., 27 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1308.

<sup>57</sup> Voy. p. ex. Cass., 3 février 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 646; Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 814. Adde, J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *o.c.*, *I.c.*, pp. 288-289, n° 10.

<sup>58</sup> F. RIGAUX, note sous Cass., 19 décembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, spéc. p. 210, n° 35. Rapp. J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *o.c.*, *I.c.*, spéc. p. 288, n° 9.

<sup>59</sup> Telle est l'expression éloquente qu'utilise J. KIRKPATRICK, *in* « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *o.c.*, *I.c.*, pp. 281 et suiv., dans une étude originale où l'auteur, tout en exprimant sa sympathie pour le mouvement de protection des droits de la défense contre les surprises du juge, critique la consécration « *contra legem* » du principe par la Cour de cassation.

24.- Aux principes dits « classiques » en raison de leur désignation comme principes généraux du droit, viennent désormais s'ajouter deux postulats qui, quel que soit leur actuelle identification normative, n'en sont pas moins prégnants. La célérité et la loyauté dictent des exigences qui ne peuvent plus être ignorées.

### 1. LA CÉLERITÉ

25.- L'arrêt prononcé le 28 septembre 2006 par la Cour de cassation l'a affirmé de manière fracassante : le droit du justiciable à obtenir jugement dans un délai raisonnable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>60</sup> et vitalisé par l'article 13 de cette même Convention, appelle une protection effective de la part de tous les acteurs du procès civil, jusqu'à exposer la responsabilité du législateur dont les directives sont censées enchasser leurs activités. On ne peut mieux faire, pour illustrer l'intensité de cette exigence de célérité<sup>61</sup> (on parle indifféremment de l'économie de la procédure) que de reprendre les récents propos de Georges de Leval pour qui « s'il est évident que la justice doit être rendue sans précipitation, ce qui ne permet pas de faire coïncider temps judiciaire et temps social et encore moins temps judiciaire et temps économique ou financier, cette exigence temporelle ne peut devenir un alibi confortable pour couvrir d'injustifiées inerties procédurales voire la volonté des parties ou de leur conseil d'entraver la marche de la justice dans une intention dilatoire ». Et l'auteur, rappelant le bon mot de Montesquieu (« souvent l'injustice n'est pas dans le jugement ; elle est dans les délais »), de suggérer avec raison que ce principe de célérité impose d'avoir « le courage de nuancer voire de reconsidérer certains principes très ancrés dans notre système juridique sur le rôle des parties et l'office du juge [...] »<sup>62</sup>.

Telle est, très précisément, l'ambition de la présente étude : tenter d'établir un équilibre entre le droit à la célérité et les autres principes directeurs du procès civil aux réquisits parfois chronophages. On songe au premier chef à l'inévitable confrontation des contraintes de la célérité avec les exigences du respect de la contradiction des débats. Où et comment placer le curseur du *fair trial* entre ces deux postulats?<sup>63</sup> (*infra*, n°77 et s.)

### 2. LA LOYAUTÉ

26.- Qu'importe finalement sa traduction normative (*supra*, n°9), car nul ne contestera l'avènement du postulat de loyauté au nombre des principes directeurs du procès civil d'aujourd'hui. Au demeurant, nous verrons que son irrésistible ascension se trouve déjà jalonnée d'étapes importantes. Force sera même de constater qu'on lui doit sans doute les innovations les plus audacieuses et, à ce titre, les plus étonnantes (*infra*, n°97 et s.).

27.- Qu'en dire en peu de mots ?<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, 594 concl. Proc. Gén. J.-Fr. LECLERCQ (alors Prem. av. gén.) ; *J.L.M.B.*, 2006, 1548, obs. J. WILDEMEERSCH et obs. M. UYTENDAELE).

<sup>61</sup> Au sujet du principe de célérité en procédure civile, cons. J. van COMPERNOLLE, Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome in « Justice et droits fondamentaux », Etudes offertes à Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, 471 à 483., ainsi que S. van DROGHENBROECK, Délai raisonnable, recours effectif ; en attendant la Cour de cassation, *J.T.*, 2005, p. 484 et 485 et réf. cit. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », o.c., in *Mélanges Jacques van COMPERNOLLE*, l.c., pp. 236 et s. ; L. CADIET, « Efficience versus équité », in *Mélanges Jacques van Compennolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, ici spéc. pp. 33 et s. ; S. GUINCHARD, « Le temps dans la procédure civile », rapport au XVème colloque des I.E.J., Annales Clermont-Ferrand, 1983 ; D. CHOLET, La célérité de la procédure en droit processuel, thèse, Paris, *L.G.D.J.*, 2006, 712 p. ; S. AMRANI-MEKKI, Le temps et le procès civil, thèse, Paris, Dalloz, 2002 ; G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Mélanges Pierre Draï*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 242-252 ; B. DEFFAINS, v° « Economie de la justice », in *Dictionnaire de la justice*, o.c., Paris, P.U.F., 2004 ; J. FOYER, « La judiciarisation en délire ou de l'abus de droit en un nouveau sens », in *Mélanges Terré*, Paris, Dalloz-P.U.F., 1999, pp. 749 et s. ; J. HÉRON, « Le temps et la procédure », rapport aux états généraux de la profession d'avocat sur la réforme de la procédure civile, *Rev. jur. Ile de France, D.*, oct.-déc. 1997 ; J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la justice civile », in *Mélanges Pierre Draï*, Paris, Dalloz, 2000 ; Y. STRICKLER, « Les lenteurs de la justice, le procès », Annales Toulouse, 1998, pp. 33 et s. ; Ph. THÉRY, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 2000, 30, pp. 89 et s.

<sup>62</sup> G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile : un délicat équilibre entre efficacité et égalité », leçon inaugurale à la Chaire Francqui au titre belge tenue à l'U.L.B. aux mois de novembre et décembre 2006, ici spéc. n°6.

<sup>63</sup> Voy. sur cette question la superbe étude de L. CADIET, « Efficience versus équité », in *Mélanges Jacques van Compennolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s.

<sup>64</sup> Sur la loyauté en droit processuel, cons. P. TAELEMAN « Loyale procesvoering », in *Propositions de réforme de la procédure civile* (sous la dir. de B. Maes), Bruxelles, La Chartre, 2006, pp. 121 et s. ; B. DECONINCK, « Actuele

« La loyauté est la correction attendue du juge, des auxiliaires du juge et des parties »<sup>65</sup>. Lorsqu'elle ne prend pas la forme d'une règle déontologique disciplinairement sanctionnée (ex. l'art. 495, C. jud.), cette règle de bon comportement sert à l'appréciation de la validité d'un acte de procédure, jusqu'à en neutraliser les conséquences pourtant induites par sa régularité formelle<sup>66</sup>. Tantôt cette règle prescrit un devoir positif (comme la collaboration à l'administration de la preuve<sup>67</sup>). Tantôt vient-elle sanctionner, au nom de la répression de l'abus de droit, un comportement procédural empreint de déloyauté.

C'est alors que sa portée prend une allure très spectaculaire. Car voici des procédés peu sympathiques que l'on pouvait jusqu'ores abriter derrière le voile d'une implacable légalité mais qui, par l'effet du principe de loyauté, se trouveront désormais neutralisés.

Mais ne voit-on pas, ici encore, s'annoncer un conflit entre principes directeurs ? Comment concilier, par exemple, le postulat du juge actif, invitant celui-ci à dire la solution commandée par le droit en cas de silence ou d'erreur des parties, avec l'obligation qui leur serait faite, au nom de la loyauté, de présenter dès l'entame du procès tous leurs moyens de droit ? L'ordre public, dit-on, tient en échec tout accord procédural aux termes desquels les parties entendent conjointement lier le juge sur tel point de droit : comment combiner cet axiome - qui jusqu'ici a toujours accrédité les revirements renégats - avec la facette la plus étincelante du principe de loyauté, à savoir l'interdiction de se contredire au détriment de son adversaire<sup>68</sup> ? Comment canaliser l'énergie, pour reprendre la jolie métaphore du Professeur Perrot, de ce « bélier destructeur de textes dont on mesure mal les conséquences »<sup>69</sup> ? Autant de questions – délicates – sur lesquelles il nous faudra revenir (*infra*, n°111 et s.).

## C/ UNE NOUVELLE TECTONIQUE

28.- Déjà esquissée à plusieurs reprises, la principale question que suscitent les phénomènes interdépendants de la mutation des principes classiques et de l'émergence de principes nouveaux, est celle de leur articulation ; de leur conciliation.

Intuitivement, l'on s'accorde aujourd'hui, assez aisément, sur la signification et sur l'importance de tous ces principes directeurs, considérés isolément. La belle affaire...Le professeur Loïc CADIET l'a lumineusement démontré dans une étude intitulée « Equité versus efficience »<sup>70</sup> : ce qui

---

tendensen inzake proceseconomie : loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief », *Actualia Vermogensrecht. Liber Alumnorum Kulak. Als hude aan Prof. dr. Georges Marcours*, Bruges, La Chartre, 2005, pp. 719 et s. ; M.-Th. CAUPAIN et E. LEROY, « La loyauté : pour un petit supplément d'âme ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 67 et s. ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse, Paris, Dalloz, 2003 ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, l.c., ici spéc. pp. 211 et s., et les réf. citées ; H. MUIR WATT, obs. sous Cass. fr., 6 juillet 2005, *Rev. crit. D.I.P.*, 2006, pp. 602 et s. ; R. PERROT, « Droit judiciaire privé (chronique) », *R.T.D.Civ.*, 2006, pp. 152 et s. ; L. CADIET, o.c., in *Bulletin d'information de la Cour de cassation de France*, 15 mars 2006, pp. 12 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Evolution de la notion de loyauté du procès : quel concept ? », in *colloque organisé les 26 et 27 septembre 2001 à la Maison du Barreau de Paris par l'Ecole nationale de la magistrature et le Barreau sur le thème de la loyauté du procès et des comportements professionnels* (disponible sur le site [http://www.enm.justice/Centre\\_de\\_ressources](http://www.enm.justice/Centre_de_ressources)).

<sup>65</sup> G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile : un délicat équilibre entre efficacité et égalité », leçon inaugurale à la Chaire Franqui au titre belge tenue à l'U.L.B. aux mois de novembre et décembre 2006, ici spéc. n°6.

<sup>66</sup> Voy. E. LEROY, « Repenser le formalisme » ; note sous Cass., 19 avril 2002, *R.C.J.B.*, 2003, p. 317 ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, o.c., pp. 161-163, n°147 et les réf. citées.

<sup>67</sup> F. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », Petites affiches, 17 mai 2002, p. 6 ; L. RAISON-REBUFFAT, « Le principe de loyauté en droit de la preuve », *Gaz. Pal.*, doct., 27 juillet 2002.

<sup>68</sup> Au sujet de laquelle, cons. O. HILLEL et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *Actes du colloque sur le thème du Principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, organisé le 13 janvier 2000 par l'Université Paris 5, Paris, Economica, pp. 49 et s. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs... », o.c., l.c. pp. 212 et s. Adde H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 303 et s.

<sup>69</sup> R. PERROT, o.c. *R.T.D.Civ.*, 2006, pp. 152-153.

<sup>70</sup> L. CADIET, « Efficience versus équité », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 et s. Dans le même ordre d'idées, voy. ég. les études de G. CANIVET, « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec le flux d'affaires dont sont saisies les juridictions », in *La qualité*

aujourd'hui appelle à la réflexion procède bien davantage du constat que ces principes effervescents se télescopent. Le défi est celui de la conciliation. Nombreux sont les antinomies (apparentes ou réelles) à lever, ou les arbitrages à opérer. On l'a dit (*supra*, n°1), le danger d'hypertrophie et le risque d'instrumentalisation guettent tous et chacun de ces principes directeurs. Il échet de les canaliser, de les contenir, les uns par les autres. C'est dans la collectivité, dans le socle des valeurs processuelles, qu'ils forment, que gît la richesse des principes directeurs du procès civil.

Facile à dire...

Car une fois campées dans la réalité des cabinets et des prétoires, les situations de conflits entre principes ne permettent pas d'apercevoir aussi aisément la boussole apte à les débrouiller.

Prenons quelques exemples, pour en approfondir ensuite certains d'entre eux.

29.- Principe dispositif et principe du contradictoire n'ont pas toujours entretenu des relations équilibrées, tant s'en faut. En effet, si l'on entend circonscrire l'étendue des pouvoirs du juge dans l'articulation du droit au fait, économie ne peut être faite de la question d'une éventuelle hiérarchie entre les deux principes fondamentaux qui balisent cet office. Cette question se présente en termes simples: lequel des deux principes l'emporte sur l'autre lorsqu'il s'agit d'expliquer l'interdiction faite au juge de modifier d'office la cause de la demande ou de la défense ? Le principe du contradictoire n'intervient-il qu'en second lieu, pour indiquer les modalités d'exercice de pouvoirs dont les limites sont préalablement et prioritairement tracées par le principe dispositif ? Ou faut-il considérer qu'à l'inverse, les exigences du principe dispositif s'épuisent dans celles du principe du contradictoire lorsque le juge prend soin de mettre en débat ses interventions et initiatives personnelles ? Aujourd'hui que notre droit processuel est de part en part imprégné par le souci de la contradiction et pourvu de textes et/ou de principes généraux qui en prescrivent le respect en toutes situations, la question de la préséance entre principe dispositif et principe du contradictoire ne se résume point à des considérations esthétiques. Au contraire, elle expose la réflexion sur les pouvoirs du juge à des options radicalement différentes. Désormais, le principe du contradictoire et l'article 774, alinéa 2, de notre Code judiciaire permettent, commandent même, au juge de rouvrir les débats dès qu'il envisage de prendre une décision susceptible de prendre les parties par surprise. Partant, si l'on défend l'idée que les pouvoirs du juge tiennent leur légitimité du respect de la contradiction, lesdits pouvoirs s'en trouveront plus débridés que si la primauté théorique est accordée au principe dispositif. Dans cette perspective, il suffira en effet au juge d'exercer son devoir général d'avertissement pour mettre sa décision à l'abri de tout reproche d'excès de pouvoir. En revanche, si l'on considère que ce devoir n'a d'autre fin, subalterne, que d'aménager *a posteriori* les modalités d'exercice de pouvoirs subordonnés au principe dispositif, seul ce dernier principe donnera la mesure, très approximative mais certainement plus réduite, desdits pouvoirs. Cette seconde option n'emporte pas que des enjeux théoriques: indexer prioritairement les initiatives du juge au principe dispositif, c'est aussi, en termes de politique juridictionnelle, réduire les hypothèses de réouverture de débats, dont la surconsommation risquerait de freiner la progression de l'instance et de nuire à une autre garantie, non moins fondamentale, du procès équitable, celle de la célérité (*supra*, n°25)<sup>71</sup>. Au vu de cette divergence d'options, la question de la hiérarchie entre principes ne peut être négligée.

30.- Il importe également de signaler la tension qui, *prima facie*, anime la cohabitation du principe dispositif avec la figure du juge actif qui serait traduite dans une acception large de la règle "*iura novit curia*". On sait que le principe dispositif est, en lui-même, muet sur la question de son étendue au choix de la règle de droit<sup>72</sup>. Dans ce contexte déjà gagné par l'indétermination, on aperçoit d'emblée le conflit dont les principes en cause peuvent être les sujets, et - dans les discours - les objets. Si l'on pose - rien ne le commande, mais ne l'interdit non plus - que le principe dispositif recouvre le choix de la règle de droit et partant que la cause s'entend du fondement juridique ou du titre juridique invoqué à l'appui des faits générateurs de la prétention, on oppose frontalement ledit principe à l'idée que le juge connaît et dit le droit en toutes situations.

---

de la justice (sous la dir. de M.-L. Cavrois, H. Dalle et J.-P. Jean), Paris, La Documentation française, pp. 213 et s. ; G. CANIVET, « Economie de la justice et procès équitable », *J.C.P.*, 2001, I, p. 361

<sup>71</sup> A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile...*, éd. 1987, Liège, p. 77, n°62 c); G. CLOSSET-MARCHAL, "L'autorité de la chose jugée...", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2002, p. 322, n°23.

<sup>72</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, in *Actualités en droit judiciaire*, *I.c.*, pp. 148 et s.

Dans cette conception, le principe dispositif limite considérablement la marge de manœuvre du juge actif.

Ce conflit théorique entre principes constitue un facteur supplémentaire d'opacification de la théorie de la cause et de l'objet car, on le répète, aucun de ces principes ne fournit de définition dogmatique qui incorporerait la règle de droit dans la cause ou dans l'objet, ou l'en excluerait<sup>73</sup>. La finitude des principes est la raison même de leur affrontement. Eluder cette présentation revient à pécher par un dogmatisme. Aussi, nous ne pouvons souscrire, par exemple, au discours qui, confrontant le principe dispositif à l'adage "*iura novit curia*" et limitant la portée du second par les exigences du premier, propose de tenir pour acquis incontesté un postulat selon lequel "*le principe dispositif étend son empire à l'application du droit*"<sup>74</sup>. Cette affirmation n'est pas plus légitime ni plus exacte que l'affirmation du contraire. Il s'agit, ni plus ni moins, que d'une option doctrinale, de l'adhésion à une tendance plutôt qu'à une autre. Mais la relativité des principes dont elle se revendique interdit de la hisser au rang de vérité première.

31.- On aurait tort de penser que seuls les principes classiques s'englueraient dans ce type de conflits. Au demeurant, les collisions entre vieux et nouveaux continents, voire entre nouveaux continents eux-mêmes, interpellent bien davantage encore, dans la mesure où, de manifestation plus récente, ces rencontres n'ont pas encore permis l'élaboration de *modi vivendi* éprouvés.

32.- Semblables affrontements se nouent par exemple au cœur même des garanties fondamentales du procès équitable issues de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

On le sait, l'interprétation dynamique et extensive de ces garanties de l'article 6 par la Cour de Strasbourg est parfois très accentuée. Trop accentuée, selon certains<sup>75</sup>.

Le plaidoyer en faveur d'une interprétation plus étroite, plus mesurée, de l'article 6, est assurément impopulaire à l'heure de la religion des droits de l'Homme. Il ne s'agit évidemment pas de le soutenir au nom de considérations purement esthétiques attachées à préserver la superbe du concept en évitant sa trop large distribution. Il s'agit plutôt d'apercevoir qu'une interprétation trop extensive de chacune des garanties, lorsqu'elle n'est pas menée dans un souci d'équilibre d'ensemble, risque, à terme, de déboucher sur la contradiction desdites garanties. Soutiendrait-on par exemple que l'article 6 emporte, devant les juridictions de fond, droit de réponse illimité au ministère public dans les causes qui lui sont communicables ? Admettrait-on, dans le même ordre d'idées, que toute initiative du juge actif sur le terrain du droit l'obligerait à rouvrir (et donc à prolonger) les débats au nom du respect du contradictoire ? La procédure s'allongerait indubitablement par le jeu des remises, au point de mettre en péril cette autre garantie du procès équitable qu'est le droit au délai raisonnable, traduite dans le principe de célérité (*supra*, n°25)... L'on objectera que les conflits ici aperçus n'ont pas lieu d'être, la partie exerçant le droit de réplique étant réputée, dans le premier cas souhaiter et dans le second accepter, un dépassement du "délai raisonnable". Il s'agit là, cependant, d'une vision trop étroite : en effet, l'allongement d'une procédure particulière ne concerne pas uniquement celui qui s'y trouve partie, mais également, et indirectement, la communauté des justiciables impliqués dans un litige passible de la même juridiction. Objectera-t-on, alors, qu'il appartient à l'État de mettre en oeuvre les moyens budgétaires suffisants pour permettre à ses juridictions d'assumer de front l'ensemble des garanties du procès équitable ? Certes, la Cour de cassation l'ayant du reste admis dans son fameux arrêt, précité, du 28 septembre 2006 (*voy. supra*, note (60)). Mais ledit État, las de la contradiction des exigences entre lesquelles il se trouve écartelé, pourrait tout aussi bien décider de réduire l'arriéré judiciaire sans effort financier, c'est-à-dire, en supprimant purement et simplement tout ou partie des recours qu'il offre aux justiciables. Or, et paradoxalement, une telle suppression ne serait pas, contraire à l'article 6, qui n'impose pas la création d'instances d'appel ou

<sup>73</sup> Sur ce risque de conflit entre principe dispositif et "*iura novit curia*", cons. H. MOTULSKY, "Prolégomènes...", *o.c.*, p. 98, n°33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 9-10, n° 11; H. BOULARBAH, "La cause...", *o.c.*, *l.c.*, pp. 101-102, n°11.

<sup>74</sup> F. RIGAUD, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, pp. 50-51, n°34

<sup>75</sup> Voy. en ce sens, l'opinion dissidente jointe par M. le Juge PETTITI à Cour eur. D.H., arrêt *Higgins c. La France* du 19 février 1998, *Rec.*, 1998-I, p. 71; l'opinion dissidente jointe par le Juge MARTENS à Cour eur. D.H., arrêt *Borgers c. La Belgique* du 30 octobre 1991, Série A, n° 214-B, p. 49, pt. 4.4. Voy. également, de manière plus générale, E.A. ALKEMA, "*De minimis curat praetor*- verregaande verfijning in de rechtsspraak", *Grenzen aan Mensenrechten*, sous la dir. de N.J.H. Hulst, Leiden, N.J.C.M.-Boekerij, 1995, pp. 63-76

de cassation<sup>76</sup>. L'on dira que le risque ici envisagé est tout à fait fantaisiste; que l'on se rappelle cependant que ce fut exactement la solution que prôna une partie du Parquet Général italien, il y a quelques années, en réaction à la libération de mafiosi dont le recours en appel n'avait pas pu être tranché dans un délai raisonnable...

Une telle éventualité invite dès lors à une vigilance constante, tant de la part du juge européen que du juge national<sup>77</sup>, dans l'interprétation qu'ils donnent de l'article 6. Celle-ci doit demeurer équilibrée, conciliante.

33.- Elle doit également ne pas faire obstacle à ce que puisse être mise en place une série de sanctions réprimant les "abus du procès équitable"<sup>78</sup>, ce qui nous amène à d'autres affrontements, suscités par la promotion du principe de loyauté (voy. déjà *supra*, n°26 et s.). Comment concilier harmonieusement les exigences de ce postulat en pleine expansion avec le leitmotiv du principe dispositif, selon lequel la conduite du litige (en termes de sélection des parties à mettre en cause, de présentation des moyens de fait et de droit) relève de la liberté des plaideurs ? Où situer la frontière entre stratégie procédurale librement et légalement développée et manœuvre répréhensible ? La loyauté condamne l'idée du revirement tardif ; mais comment combiner ce précepte avec le dogme selon lequel l'appartenance du moyen à l'ordre public autorise à le soulever de manière renégate, après avoir soutenu son contraire (*infra*, n°111 et s.) ? Joignant ses vertus à celle du principe de célérité et d'économie de la procédure<sup>79</sup>, le principe de loyauté cautionne certes l'idée d'imposer aux parties d'exposer *ab initio* tous ses moyens de fait et de droit<sup>80</sup> : où trouver la compatibilité entre cette idée et celle selon laquelle il ressortit à la mission juridictionnelle du juge actif de dire le droit en l'absence de tout moyen, ou de recalibrer d'office les moyens de droit inappropriés aux faits de la cause ?

34.- Fidèle à notre option méthodologique de n'approfondir que les développements législatifs et prétoriens les plus récents, il nous a semblé que l'analyse, et la tentative de solution, de tous ces conflits entre principes directeurs du procès civil, gagnaient en clarté à s'articuler sur les trois thèmes génériques suivants : définir les contours de l'office le juge actif ; tenter la conciliation entre l'économie (la célérité) de la procédure et les exigences des droits de la défense (du contradictoire) ; de manière plus diffuse, assigner quelques balises à l'incroyable prospérité du principe dit de « concentration », issu de l'union entre la célérité et la loyauté.

## II. POUR UN JUGE ACTIF : REDECouvrir LE PRINCIPE DISPOSITIF

35.- Le principe du juge actif (ou l'activisme du juge) effraye parce qu'il est perçu comme la négation du principe dispositif « auxquels les praticiens de notre pays sont [et resteront] très attachés ».

Osons d'emblée, avec Georges de LEVAL notamment<sup>81</sup>, l'affirmation brutale de l'idée : au nom et sous couvert du principe dispositif, on a par trop souvent entretenu une regrettable confusion entre la maîtrise du litige et la conduite du procès. L'œuvre juridictionnelle et la tâche procédurale

<sup>76</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. van DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, "Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 87-89.

<sup>77</sup> L'on sait en effet que, par application du principe de subsidiarité de l'article 53 de la Convention, rien ne s'oppose à ce que le juge national adopte une interprétation de l'article 6 plus généreuse que celle que retient, pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme. Voy. sur ce thème, S. van DROOGHENBROECK, "Les paroles s'envolent, les écrits restent. À propos du principe de l'égalité des armes dans les procédures abrégées devant le Conseil d'État", obs. sous C.E., 4 juin 1997, *A.P.T.*, 1997, spéc. p. 219, n° 5 et 221, n° 21.

<sup>78</sup> Voy., *mutatis mutandis* sur ce thème l'étude de référence de G. de LEVAL, "Les droits de la défense en droit judiciaire privé : granit ou alibi ?", *Les droits de la défense. Actes du colloque J. Henry organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 27 mai 1997*, éd. du Jeune barreau de Liège, 1997, spéc. pp. 203 et 208.

<sup>79</sup> B. DECONINCK, « Actuele tendensen inzake proceseconomie : loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomisch perspectief », *Actualia Vermogensrecht. Liber Alumnorum Kulak. Als hude aan Prof. dr. Georges Marcours*, Bruges, La Charte, 2005, pp. 719 et s.

<sup>80</sup> On parle alors (on y reviendra évidemment : *infra*, n°97 et s.) d'un principe de concentration du litige : cons. P. Taelman, « Loyale procesvoering », *o.c.*, in Propositions de réforme de la procédure civile, *I.c.*, ici spéc. pp. 143 et s., nn°s 26 et s. *Adde*, sur ce même thème, J. LAENENS, Art. 747, § 2, Ger. W. en de concentratie van het verweer », *G.I.D.S. N. Ger. R.*, 1993, pp. 2 et s.

<sup>81</sup> G. de LEVAL, « Les institutions judiciaires et l'accès à la justice civile : entre modernité et égalité », deuxième leçon de Chaire Francqui, précitée, ici spéc. n° 28.



n'obéissent ni aux mêmes logiques ni aux mêmes enjeux. Aujourd'hui plus que jamais, il convient de ne point leur assigner la même dévolution des rôles. Distinguons-les donc (*infra*, A). Et scrutons ensuite, pour chacune d'entre elles (*infra*, B et C), leurs plus récents développements.

## **A/ OFFICE JURIDICTIONNEL ET MISSION PROCÉDURALE : DEUX ACTIVITÉS, UN ACTIVISME**

36.- La promotion de l'activisme du juge bénéficiait déjà de plumes expertes et pionnières, en particulier celle du professeur Marcel STORME, à qui revient du reste la paternité du concept d'« activisme »<sup>82</sup>. Mais le mérite revient aux *Dialogues Justice* de MM. ERDMAN et de LEVAL de formaliser une *summa divisio* entre les deux activités propices au déploiement de l'activisme du juge<sup>83</sup>. Ces travaux, on le sait, ont inspiré et guidé la rédaction de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire. Les travaux préparatoires de cette loi portent donc la marque, très forte, de cette distinction<sup>84</sup>. A notre humble avis, cette distinction essentielle est porteuse des enjeux et, potentiellement, des issues d'un débat appelé à bouleverser d'ici peu la structure et la place de la fonction de juger dans un Etat de droit. Il s'agit de la distinction à tracer absolument entre la mission procédurale et la mission juridictionnelle, toutes deux dévolues au juge. Et tout respect gardé pour le principe dispositif...

## **B/ L'ACTIVISME DU JUGE DANS L'EXERCICE DE SA MISSION PROCÉDURALE**

Cantonné jusqu'il y a peu dans l'éther des idées et des débats (*infra*, a), l'activisme procédural du juge jouit aujourd'hui d'un relais prétorien bien nourri (*infra*, b), et, lorsque la loi du 12 avril 2007 entrera en vigueur, d'une consécration normative (*infra*, c).

### **1. LES IDÉES**

38.- L'assignation d'une mission procédurale au juge repose sur l'idée fondamentale que si, en vertu du principe dispositif, le procès est « la chose des parties », il n'en va pas nécessairement de même de (toute) la procédure qui le cadence. La lecture des *Dialogues Justice* ne laisse aucun doute sur la conception que MM. DE LEVAL et ERDMAN entretiennent de cette mission procédurale : il y a matière au renforcement de l'activisme, voire du dirigisme<sup>85</sup>, attendu du service public de la justice. Et les auteurs de citer TISSIER, dont les propos conservent une allure prophétique : « *sans doute l'objet du procès appartient aux parties, mais la procédure ne leur appartient pas. Elles peuvent ne pas plaider ; mais, si elles s'adressent au juge, c'est à lui de diriger la marche du procès. L'Etat doit la justice ; il la doit rapide et simple ; il ne peut donc laisser les plaideurs ou les avoués, libres d'allonger, de compliquer le procès, et ainsi d'entraver et de retarder le cours de la justice à l'égard de tous les justiciables...Le juge dirigeant la procédure, c'est là, à notre avis, la clé de la réforme, le seul moyen de diminuer les lenteurs et les périls du procès, de ramener la*

<sup>82</sup> M. STORME, « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure. Etude comparative », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de M. Storme et J. Linsmeau), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1998, pp. 1-31 ; M. STORME, « De aktieve rol van de rechter », in *Liber amicorum van Houtte*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Elsevier-Sequoia, 1975, pp. 967 et suiv.

<sup>83</sup> F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice*, o.c., p. 217.

<sup>84</sup> Projet de loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, 14 déc. 2006, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n°51-2811/01, p. 11, citant J.-Cl MAGENDIE, « Célérité et qualité de la Justice », *Gaz. Pal.*, 22-23 sept. 2005, p. 11) : « si les parties ont effectivement la maîtrise de la matière litigieuse, c'est bien le juge qui règle le déroulement de la procédure. Il est logique que le service public de la justice – qui engage la responsabilité de l'Etat en cas de dysfonctionnement – ait la capacité de fonctionner normalement pour apporter une réponse judiciaire dans un délai raisonnable ».

<sup>85</sup> Bien comprise, l'expression perd sa connotation péjorative : voy. – déjà ! - G. DE LEVAL, « La loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire (art. 16 à 26 et 31 à 33) : la mise en état des causes », in *Le droit judiciaire rénové. Premier commentaire de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire*, Bruxelles, Kluwer, 1992, ici spéc. pp. 116-117. Adde, sur le même thème (le renforcement du dirigisme procédural) et sur le même ton, G. DE LEVAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Principe dispositif et droit judiciaire fiscal*, o.c., p. 44, titre VI.

*procédure à sa fonction qui est le service du droit, du bien public, de la paix sociale* »<sup>86</sup>. Ces propos n'ont pas pris une ride. Ils auraient même gagné en pertinence.

Car quand cessera-t-on, une fois ressassé l'axiome selon lequel le principe dispositif forme un «*postulat fondamental de notre droit judiciaire auquel les praticiens de notre pays sont très attachés*»<sup>87</sup>, de confondre, sous l'angle et le joug de ce postulat, le procès et la procédure. Le déclenchement du litige, son articulation par le réseau des prétentions et défenses, son alimentement par les faits issus du vécu conflictuel des parties, relèvent certes de l'apanage des parties. Mais cette privatisation du litige n'est plus – seule - de mise au regard de la cadence, du rythme, de l'efficacité de la procédure offerte par le service public de la Justice...et de la célérité qu'on attend de lui (*supra*, n°25) Il y va alors d'intérêts qui transcendent les parties litigantes, à commencer par ceux des autres justiciables en attente de (bons) procès<sup>88</sup>.

39.- On ne pouvait donc que souscrire au plaidoyer des *Dialogues Justice* en faveur d'un net renforcement, au besoin par l'intervention du législateur, de cet activisme-là. Nombreux et cruciaux étaient – et demeurent - *a priori* les segments de l'instance où cette réforme peut porter ses fruits : on songe évidemment, et principalement, à la mise en état des causes, ainsi qu'aux mesures d'instruction, auxquelles MM. ERDMAN et de LEVAL ont du reste consacré des pages déterminantes de leurs *Dialogues Justice*<sup>89</sup>.

Au demeurant, cet activisme-là, plébiscité sur le terrain de la mission procédurale du juge, avait ensuite été appuyé par d'autres discours enthousiastes, comme ceux d'Ernest KRINGS<sup>90</sup>, de Jeanine WINDEY<sup>91</sup> et de Guy DELVOIE<sup>92</sup>. On songe également au remarquable article de Christine MATRAY et Louise-Marie HENRION<sup>93</sup>.

C'est toujours de ce même activisme renforcé, à connotation procédurale, dont il était déjà question dans l'avis du Conseil Supérieur de la Justice du 9 octobre 2002 relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure<sup>94</sup> : le juge «*actif*» est celui qui «*prend toutes les initiatives, les mesures et les décisions utiles et nécessaires afin de gérer la procédure qui lui est soumise et d'apporter au litige une solution dans un délai raisonnable soit par un règlement amiable, soit par une décision judiciaire, dans le respect des droits de la défense, du contradictoire et de l'égalité des armes*».

40.- C'est dire, devant tous ces discours convergents, si le temps était venu – et le fruit mûr – pour l'inscription, dans le Code judiciaire, de l'activisme procédural du juge.

Il appartenait évidemment, *ultima ratio*, au législateur, le soin d'apprécier la pertinence de toutes et chacune des propositions libellées dans ces discours au nom de l'activisme procédural. L'on pouvait espérer, en toute hypothèse, que prospérerait le postulat qui leur est commun, étant l'indispensable distinction entre la mission procédurale et la mission juridictionnelle du juge. Car

<sup>86</sup> A. TISSIER, « Le rôle social et économique des règles de procédure civile. Les méthodes juridiques », leçon faite au Collège libre des sciences sociales en 1910, Giard et Brière, 1911, pp. 121-122.

<sup>87</sup> Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire, Doc. Parl., Sénat, 1963-1964, n°60*, pp. 157-158.

<sup>88</sup> Rappr. de Cass. fr., 24 novembre 1989, *Ann. dr. Liège*, 1990, p. 195, obs. G. DE LEVAL : « si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable. La faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée relève du pouvoir discrétionnaire du juge, dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral ».

<sup>89</sup> Voy. la boîte à idées distillées au fil des pp. 153 et suiv. desdits *Dialogues Justice*.

<sup>90</sup> E. KRINGS, « Het optreden van de rechter bij het in staat stellen van het rechtsgeding », *T.P.R.*, 2004, pp. 369-395.

<sup>91</sup> J. WINDEY, « Le juge actif », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, actes du forum tenu les 4 et 5 juillet 2004 sous l'égide du Conseil Supérieur de la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 191 et suiv.

<sup>92</sup> G. DELVOIE, « De actieve rechter. Over vadsige, lijdzame en actieve rechters: three of a kind ? », in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, actes du forum tenu les 4 et 5 juillet 2004 sous l'égide du Conseil Supérieur de la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 217 et suiv. *Adde*, dans le même ouvrage collectif, l'intéressante contribution de P. ANDRIAENSSENS, « De actieve rechter in het hof van beroep te Antwerpen », *l.c.*, pp. 265 et suiv.

<sup>93</sup> Ch. MATRAY et L.-M. HENRION, « L'art de la communication : conclure et juger », *J.T.*, 1991, p. 187.

<sup>94</sup> Disponible sur le site <http://www.csj.be>. Au sujet de cet avis, voy. l'excellente synthèse de K. GERARD, « Avis du Conseil Supérieur de la Justice relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure », in *La réforme du Code judiciaire en question*, actes de la matinée d'étude du 17 janvier 2003 à la Chambre des Représentants, Bruxelles, éd. Centre d'études Jacques GeorGIN, pp. 7 et suiv.

comme aux auteurs des *Dialogues Justice*, il nous paraît indispensable de prendre toute la mesure, et de déduire toutes les conséquences utiles, quant aux rôles respectifs du juge et des parties, de la spécificité du droit de la procédure et des moyens qui en sont issus.

En France<sup>95</sup> comme en Belgique<sup>96</sup>, de belles études furent consacrées à la mission du juge en situation de soulever des moyens dits « de procédure ». Mais, probablement soucieuses de ne pas gauchir l'intégrité de leur objet, ces études n'ont que peu ou prou comparé leurs fruits à ceux de la recherche menée parallèlement sur la mission juridictionnelle du juge, dont il est question ci-après (*infra*, n°48 et s.). A notre estime, l'approfondissement de l'analyse des rapports entre le juge et le droit exige pourtant de prêter attention soutenue aux différences de statuts et de régimes pouvant apparaître entre moyens de droit substantiel et moyens de procédure<sup>97</sup>.

Les deux types de moyens présentent des *finalités* et des *logiques* distinctes. En matière de fonction de juger comme à tous autres égards, les règles du procès ne revêtent ni la même nature ni la même finalité que le droit substantiel. Le régime des moyens de procédure doit être directement orienté vers la satisfaction d'un principe nouveau d'économie et d'efficacité de la procédure (voy. *supra*, n°25)<sup>98</sup>, tandis que les liens entre ce principe émergent et l'application du droit matériel sont plus indirects.

Il s'agit aussi de souligner la distinction essentielle à tracer entre le statut des faits de la cause aptes à fonder des moyens de droit matériel, et celui des faits de la procédure donnant lieu à des moyens éponymes<sup>99</sup>. Les faits de la cause appartiennent exclusivement aux parties, à leur histoire, à leur intimité; ils se sont produits en dehors du prétoire, hors la vue du juge; aux plaideurs reviennent donc leur sélection, et leur narration. C'est là toute l'essence du principe dispositif (*supra*, n°15 et s.). En revanche, le juge n'est pas étranger aux faits de la procédure; lorsqu'il n'en est pas l'acteur, il n'en demeure pas moins le spectateur direct et, d'une certaine manière, le comptable. Ces faits-là concernent la trame du procès, dont le bon déroulement est affaire d'un service public confié au juge. Partant, il est normal qu'en termes de pouvoirs assignés au juge, l'on ne raisonne pas à l'identique les moyens de fond et les moyens de procédure.

Il y a enfin, et peut-être surtout, des considérations touchant au rôle joué par l'*intensité* des règles applicables aux faits. Progressivement estompée, voire complètement diluée quant au droit substantiel (*infra*, n°111 et s.)<sup>100</sup>, la distinction entre moyens d'ordre public et moyens d'ordre privé continue à rythmer l'office du juge aux prises avec la procédure. Là où elle ne donne plus, comme ce fut peut-être le cas jadis, la clé des pouvoirs attribués au juge dans la recherche de la solution juridique appropriée aux faits de la cause, la *summa divisio* entre ordre public et ordre privé reste à l'origine de presque tous les textes et jurisprudences qui, sans ambiguïté, se prononcent sur ce que le juge doit, peut et ne peut faire en matière de moyens de procédure. A côté d'un ordre public substantiel, dont le caractère protéiforme contribue sans aucun doute à la perte de ses vertus de

<sup>95</sup> G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 2002, spéc. pp. 348-357, nn°s178-181. Comme l'indique le titre de son ouvrage, l'auteur s'intéresse plus particulièrement au cas des fins de non-recevoir. On note par ailleurs qu'il livre de substantiels développements de droit belge, dans une perspective comparative.

<sup>96</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, « Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire », note sous Cass., 27 mai 1994, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 643-662; L. DU CASTILLON, « Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire », in *Le procès au pluriel* (sous la dir. de J. LINSMEAU et M. STORME), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 147 et suiv.

<sup>97</sup> Outre par la contribution de référence de A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, *chron.*, pp. 59-66, cette question est envisagée avec un intérêt plus appuyé en France dans les études (paradoxalement) plus générales de J. NORMAND, « Principes directeurs du procès - Détermination des éléments de l'instance », éd. du Jurisclasseur, 1995, fasc. n°152, spéc. nn°s 19-22, de L. CADIET, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 3<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 488, n°1133 et la note (208), de R. PERROT, obs. sous Cass. fr. (2<sup>ème</sup> édiv.), 2 décembre 1992 et sous Cass. fr. (civ. 2<sup>ème</sup>), 10 mars 1993, in *R.T.D.Civ.*, 1993, p. 889, et de J. HERON, « Rapport français », in *L'ordre public, o.c.*, L.G.D.J., 2001, pp. 943 et suiv. *Adde*, J. HERON, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, 2002, pp. 203-206, n°s 273-274.

<sup>98</sup> Voy. sur ce thème des finalités propres et nouvelles (qui sont autant de défis) du droit processuel, G. DE LEVAL, « Principes généraux d'organisation judiciaire et de procédure », in *L'expertise judiciaire*, Bruxelles, La Charte, 2003, spéc. p. 25, n°47 et M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, *chron.*, p. 53.

<sup>99</sup> Sur la distinction essentielle entre faits de la cause et faits de la procédure, voy. P.-A. FORIERS, « La preuve du fait devant la Cour de cassation », in *La preuve en droit* (sous la dir. de Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 123 et suiv. *Adde*, J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd. par Th. Le Bars, Paris, Montchrestien, 2002, pp. 628-629, n°813.

<sup>100</sup> Voy. à cet égard J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction, o.c.*, spéc. nn°s 481-494, 546-553, 755-783 et 1039-1061)

réfèrent, se dessine de plus en plus nettement un *ordre public procédural*, dont les contours plus précis indiquent clairement au juge et aux plaideurs ce qui, dans le déroulement du procès, ne peut être abandonné à la disposition des seconds.<sup>101</sup> Et à côté d'un ordre privé substantiel, dont on constate qu'il est de plus en plus source d'intervention obligatoire dans le chef du juge, il y a un ordre privé procédural, identifié par des textes qui *interdisent* expressément le relevé d'office du moyen de procédure<sup>102</sup>.

Les espoirs étaient vifs, les idées foisonnantes. Voyons ce qu'il est advenu de la mission procédural du juge actif dans la jurisprudence récente, puis dans la réforme du 12 avril 2007.

## 2. UNE JURISPRUDENCE AVANT-GARDISTE

41.- A tout seigneur, tout honneur. Il faut avant tout reconnaître à la Cour européenne des droits de l'Homme d'avoir, ces derniers temps, consolidé de manière déterminante les justifications théoriques du renforcement de l'activisme procédural du juge civil. Cette jurisprudence s'est, l'on s'en doute, élaborée sur le socle du délai raisonnable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge strasbourgeois n'a pas longtemps hésité à trancher le conflit mettant aux prises le principe de célérité consacré par cette disposition (*supra*, n°25) et une certaine (fausse) lecture du principe dispositif. La question en débat tient en ces termes : une partie peut-elle encore se plaindre du dépassement du délai raisonnable, et le cas échéant demander compte de cette violation, lorsqu'elle a, de conserve avec son adversaire, ralenti la cadence du procès là où le droit national lui offrait la possibilité de l'accélérer ?

Certes, la règle demeure que la passivité procédurale de semblable justiciable l'empêche de se plaindre d'un manquement à l'exigence de célérité dont les autorités auraient à répondre<sup>103</sup>.

Mais ce principe vaut désormais « jusqu'à un certain point »<sup>104</sup>.

Il résulte en effet d'une jurisprudence récente, mais tout aussi affirmée, que « même dans les systèmes juridiques consacrant le principe de la conduite par les parties, l'attitude des intéressés ne dispense pas les juges d'assurer la célérité voulue par l'article 6, § 1<sup>er</sup> »<sup>105</sup>.

Voici donc confirmée, de manière limpide, que le principe dispositif ne dépossède pas le juge de la direction de l'instance. Au contraire, ce dernier expose la responsabilité de l'Etat s'il n'assume point cette mission procédurale au prétexte que les parties n'en auraient pas sollicité l'activation.

42.- Au vu de la jurisprudence récente de certaines de nos juridictions de fond, tout porte à croire que l'idée a déjà fait son chemin.

Voici un litige multipartite où, comme souvent, se succèdent les demandes de fixation sur la base de l'article 751 du Code judiciaire (opportunément abrogé par la loi du 26 avril 2007). Aux termes des notifications qui leur sont adressées sur cette base, la Cour d'appel de Bruxelles « demande expressément aux parties d'être présentes à l'audience fixée [...] au cas où l'affaire ne serait pas encore en état, et ce pour pouvoir prendre à ce moment les mesures qui s'imposent au niveau de la mise en état », le tout « dans un souci d'efficacité, la cour [se devant] d'éviter autant que possible tout renvoi au rôle inutile, susceptible de provoquer de nouvelles procédures de mise en état contentieuses ». En vain, car, en dépit de ces convocations, aucun avocat ne comparait, l'un

<sup>101</sup> Sur ce thème, voy. les contributions consacrées à l' « *ordre public dans le procès* », in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, 1998, t. XLIX, Paris, L.G.D.J., 2001, et tout particulièrement les excellents « Rapport général » de K.D. KERAMEUS (pp. 859 et suiv.) et « Rapport français » de J. HERON (pp. 943 et suiv.).

<sup>102</sup> Sur l'émergence et les contours d'un ordre public procédural, voy. ég. notre commentaire de Cass., 10 octobre 2002, in J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », o.c., *Formation permanente C.U.P.*, vol. 83, déc. 2005 *I.c.*, n° 109.

<sup>103</sup> S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence..., o.c., 2006, p. 163, n° 259 citant Cour eur. D.H., arrêt *Liadis c. Grèce* du 27 mai 2004.

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Liadis c. Grèce*, du 27 mai 2004, précité, ici spéc § 20 ; Cour eur. D.H., arrêt *Litoselitis c. Grèce* du 5 février 2004, § 30 ; Cour eur. D.H., arrêt *Patrianakos c. Grèce* du 15 juillet 2004, § 22 ; Cour eur. D.H., arrêt *O'Reilly et autres c. Irlande*, du 29 juillet 2004, § 32 ; Cour eur. D.H., arrêt *Berlin c. Luxembourg* du 15 juillet 2003, § 58.

d'entre eux se bornant à solliciter par écrit le renvoi de l'affaire au rôle général. Face à ces atermoiements et redoutant de nouvelles demandes de fixation sur la base de l'article 751, la cour « décide de convoquer les parties, non pas en application de l'article 751 du Code judiciaire, mais en vue d'un débat global sur la mise en état et l'imposition éventuelle d'un calendrier de mise en état tel que prévu à l'article 747, § 2, du Code judiciaire ». La motivation qui soutient cette décision est édifiante : « s'il est certain que les parties peuvent demander toutes les fixations qui leur semblent opportunes, la juridiction n'est cependant pas obligée de faire droit à ces demandes sans avoir égard à un juste équilibre entre l'intérêt des parties, d'une part et, d'autres part, l'intérêt commun et les exigences du bon fonctionnement du service public »<sup>106</sup>. Où l'on retrouve traits pour traits les justifications d'un renforcement de mission procédurale autonome du juge actif, désormais appuyées par la Cour européenne des droits de l'Homme (*supra*, n°41). Nous ne sommes donc pas de ceux que cette décision a pu heurter. Osera-t-on expliciter en outre ce que celle-ci laisse entrevoir en termes élégants : l'intérêt procédural du justiciable ne coïncide pas nécessairement avec celui de son avocat.

43.- Des circonstances procédurales très semblables sont à l'origine d'une ordonnance prononcée le 14 septembre 2006 par la 1<sup>ère</sup> chambre *bis* de la Cour d'appel de Bruxelles<sup>107</sup>. A deux reprises, et aux mêmes fins que dans la précédente affaire, la Cour d'appel de Bruxelles convoque « avec insistance » les parties à l'audience fixée sur la base de l'article 751 à la demande de l'une d'elles, puis à une audience de remise expressément fixée à ces mêmes fins. Las. Personne ne comparaît ni demande le renvoi au rôle général dans les dix jours précédant ces audiences, comme le prévoit cette disposition. Par contre, les avocats des parties sollicitent conjointement et par écrit, mais hors délai, le renvoi au rôle en se fondant « sur le caractère accusatoire de la procédure civile et le principe dispositif ». La Cour considère qu'il y va d'une « interprétation trop étendue » de ces principes et poursuit que « la direction du procès au niveau de la procédure et au niveau de la mise en état n'est pas laissée purement et simplement aux parties, ni par les principes généraux régissant la matière, ni par les dispositions particulières du Code judiciaire ». Constant que « l'instruction de l'affaire révèle un retard anormal », la cour décide dès lors qu'il « y a lieu de l'omettre d'office du rôle des audiences en application de l'article 730, § 2, b, du Code judiciaire ».

44.- Deux adversaires sollicitent conjointement du tribunal, sur la base de l'article 747, § 2, du Code judiciaire, la fixation de quatre audiences de plaidoiries, de trois heures chacune. Le juge de se demander « dans quelle mesure le juge dispose de la faculté de décider à la place des parties du temps dont elles disposeront pour faire valoir leurs arguments, ou même la méthode de travail qu'elles seront tenues de suivre » ; et de répondre, à juste titre selon nous, par l'affirmative : si le magistrat « n'est pas tenu de suivre la demande des plaideurs au sujet des délais dont elles souhaitent bénéficier pour conclure, on n'aperçoit pas pourquoi il en irait autrement lorsqu'il s'agit d'arrêter le temps dont elles disposeront à l'audience ». Fort d'une conception nouvelle et interactive de l'audience de plaidoiries sur laquelle nous reviendrons (*infra*, n°47 et n°93 et s.), le tribunal décide « que l'affaire sera examinée au cours de deux audiences qui se dérouleront ainsi qu'il suit : lors d'une première audience, chaque plaideur disposera de trente minutes pour attirer l'attention du tribunal sur les spécificités du dossier et pour présenter les pièces qu'il déposera ce jour-là. L'affaire sera néanmoins fixée pour deux heures pour permettre aux juges de poser l'une ou l'autre question » étant entendu que « lors d'une seconde audience, qui se tiendra trois mois plus tard, les plaideurs se présenteront pour répondre aux questions du tribunal. Pour parer à toute éventualité, l'affaire sera fixée pour trois heures. Elle sera prise en délibéré ce jour-là »<sup>108</sup>.

Saine et juste conception que voilà du rôle procédural actif d'un juge en charge de réaliser le délicat équilibre entre principe dispositif et principe de célérité.

Cette conception irradie désormais le droit positif.

### 3. LA RÉFORME DU 26 AVRIL 2007

<sup>106</sup> Bruxelles (1<sup>ère</sup> ch. bis), 17 novembre 2005, *J.T.*, 2005, p. 810.

<sup>107</sup> Bruxelles (1<sup>ère</sup> ch. bis), 14 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 35 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1511. G. de LEVAL approuve également cette décision in « Les institutions judiciaires et l'accès à la justice civile : entre modernité et égalité », deuxième leçon de Chaire Francqui, précitée, n°29, note (57).

<sup>108</sup> Civ. Bruxelles (16<sup>ème</sup> ch.), 10 février, *J.T.*, 2006, p. 310.

45.- Ainsi que l'annonçaient sans fard ses travaux préparatoires, la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire entend clairement renforcer les pouvoirs et l'autonomie confiés au juge dans l'accomplissement de sa mission de direction de la procédure.

Cette tendance se manifeste à deux niveaux où la réforme a pu porter : la mise en état des causes et la conduite de l'audience.

46.- « Sans écarter une possibilité de contractualiser la mise en état et en maintenant la mise en état consensuelle de l'article 747, § 1, il s'agit d'insister sur les prérogatives du juge en matière de mise en état »<sup>109</sup>. Ces nouvelles prérogatives, imprégnées par l'idée d'un dirigisme mesuré et responsable, sont commentées, dans le présent ouvrage, par la contribution consacrée par Georges de Leval au tout nouvel article 747, § 2, du Code judiciaire. On y renvoie le lecteur.

47.- L'article 756ter du Code judiciaire, inséré lui aussi par la loi du 26 avril 2007, dispose quant à lui que « lors de l'audience de plaidoiries, ou préalablement à celle-ci, le juge peut proposer de remplacer les plaidoiries par un débat interactif. En cas d'accord des parties, le juge dirige le débat au cours duquel il a la possibilité d'orienter les parties sur des questions qu'il estime être pertinentes et de nature à l'éclairer. Les parties peuvent introduire dans ce débat des questions non soulevées par le juge pour autant qu'elles soient, soit invoquées dans leurs écrits, soit liées à l'application de l'article 735, soit en rapport avec une irrégularité affectant la procédure de mise en état. Si une partie s'oppose à ce qu'un débat interactif remplace les plaidoiries, le débat peut néanmoins avoir lieu après les plaidoiries ».

Inspirée, elle aussi, par la promotion du rôle du juge actif<sup>110</sup>, cette disposition réalise un parfait équilibre entre les principes directeurs du procès. La célérité et l'efficacité y trouvent leur compte : une meilleure maîtrise, et le cas échéant l'économie, du temps judiciaire ; réduction du nombre des coûteuses et chronophages réouvertures des débats (voy. ég. *infra*, n°97 et s.), etc...

Ainsi que Xavier MALENGREAU<sup>111</sup> l'avait, dès 2000, parfaitement mis en lumière, un débat interactif rondement et intelligemment mené par le juge<sup>112</sup> ne méconnaît nullement l'obligation d'impartialité, pas plus que le principe dispositif ou les droits de la défense. Comme le note judicieusement cet auteur, « poser une question ne peut, pour le juge, constituer l'expression d'une opinion faite par la seule circonstance qu'elle manifeste une inclination dans une direction », tandis que « le principe dispositif limite l'étendue des débats mais ne détermine pas la manière de les tenir »<sup>113</sup>, et enfin que « si le juge a des impressions, des appréciations, des incompréhensions, différentes de celles de chacun des plaideurs, il peut être nécessaire, pour le respect des droits de la défense, qu'il en fasse part aux parties de manière à leur permettre de s'en défendre, de les contester et de faire valoir toutes observations utiles »<sup>114</sup>. En termes courageux et élégants, M. MALENGREAU conclut sa belle étude en pointant la seule véritable difficulté suscitée par l'instauration d'un débat interactif : « il y a une réelle tentation pour les avocats de préférer un juge silencieux ou, du moins, intervenant le moins possible. [...] La question du juge à l'audience est redoutable pour l'avocat. Si elle concerne les faits, elle met directement en lumière la connaissance qu'il a de son dossier ou le contraire. Redoutable. Si elle concerne le droit ou le raisonnement, elle met directement en lumière ses connaissances et ses capacités professionnelles. Redoutable. Mais surtout, chaque question du

<sup>109</sup> Projet de loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, 14 déc. 2006, Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2006-2007, n°51-2811/01, p. 11, citant J.-Cl MAGENDIE, « Célérité et qualité de la Justice, *Gaz. Pal.*, 22-23 sept. 2005, p. 11) : « si les parties ont effectivement la maîtrise de la matière litigieuse, c'est bien le juge qui règle le déroulement de la procédure. Il est logique que le service public de la justice – qui engage la responsabilité de l'Etat en cas de dysfonctionnement – ait la capacité de fonctionner normalement pour apporter une réponse judiciaire dans un délai raisonnable ».

<sup>110</sup> Projet de loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, 14 déc. 2006, Exposé des motifs, Doc. parl., Chambre, sess. ord. 2006-2007, n°51-2811/01, p. 11, citant J.-Cl MAGENDIE, « Célérité et qualité de la Justice, *Gaz. Pal.*, 22-23 sept. 2005, p. 3.

<sup>111</sup> X. MALENGREAU, « A propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », *J.T.*, 2000, pp. 673-676

<sup>112</sup> Il le sera d'autant mieux que l'article 756, nouveau, du Code judiciaire impose désormais aux parties, sauf dérogation, de déposer leurs pièces au greffe au moins quinze jours avant l'audience fixée pour les plaidoiries.

<sup>113</sup> D'autant qu'en l'espèce, l'article 756ter laisse aux parties la liberté de refuser le remplacement des plaidoiries par le débat interactif suggéré par le juge. En cas de refus ledit débat peut néanmoins se tenir, mais alors à l'issue des plaidoiries « classiques ».

<sup>114</sup> Les droits de la défense seront d'autant mieux ménagés, et le débat d'autant plus utile, si, comme l'autorise le texte, le juge prend soin de soumettre ses questions aux parties « préalablement » à l'audience (voy. *infra*, n°95).

juge peut mettre en lumière des faiblesses que l'adversaire lui-même n'avait peut-être pas vues. C'est le pire. C'est une réelle épreuve pour les plaideurs ». Et l'auteur de conclure la question des questions en posant les bonnes questions : « où est l'intérêt du justiciable, du vrai et du juste ? Qu'est-ce qui permet d'aboutir au meilleur jugement ? La protection du plaideur ne risque-t-elle pas de prévaloir sur la découverte de ce qui est vrai et juste ? ».

Poser ces questions, c'était y répondre. Anticipée par les bonnes pratiques déjà observées devant bon nombre de juridictions<sup>115</sup>, cette réponse jouit désormais de l'appui d'un texte, l'article 756ter du Code judiciaire.

## **C/ L'ACTIVISME DU JUGE DANS L'ACCOMPLISSEMENT DE SON OFFICE JURIDICTIONNEL**

48.- A côté de l'activisme que le juge doit, ou devrait, manifester dans l'exercice de sa mission procédurale, il y a aussi – et tout autant – l'énergie et l'audace (l'activisme, à nouveau) qu'il doit consacrer à l'accomplissement de sa fonction primordiale et constitutionnelle : trancher le litige et sceller la paix sociale et judiciaire par l'application aux faits de la solution commandée par le droit. Ici non plus, les *Dialogues Justice* ne s'étaient rendus coupables d'aucune dérobade. Il appert au contraire que leurs auteurs affichent une position très nette au cœur d'un débat pourtant très controversé.

MM. ERDMAN et de LEVAL nous avaient fait l'honneur de reprendre, sur ce thème, les idées et propositions libellées dans notre dissertation doctorale<sup>116</sup>. Y aurait-il alors péché d'orgueil, ou conflit d'intérêts, à commenter les derniers développements de ce thème ? Probablement, non. Force est tout d'abord de constater que, sur le sujet, notre thèse était grandement redevable à l'oeuvre de Georges DE LEVAL<sup>117</sup> ; une occasion supplémentaire nous était ainsi donnée de lui rendre hommage, l'auteur s'étant modestement gardé, dans les *Dialogues Justice*, de se référer à ses propres travaux. Il y a ensuite que, dans l'intervalle, M. Albert FETTWEIS, conseiller à la Cour de cassation, M. le Procureur Général Ernest KRINGS et Me Jeanine WINDEY, membre de la Commission d'avis et d'enquête du Conseil Supérieur de la Justice, avaient, la seconde sous l'égide de cette même institution, soutenu et relayé une part essentielles des mêmes vues<sup>118,119,120</sup> : nous n'avions plus à nous reprocher de nous engluer dans un débat d'initiés. Il se trouve enfin, et surtout, qu'entre la publication des *Dialogues Justice* et le moment où ces lignes-ci furent écrites, soit en l'espace d'à peine quelques mois, le pari que les auteurs desdits *Dialogues*<sup>121</sup> et nous-mêmes avions lancé en guise de « réforme » de l'activisme juridictionnel du juge, fut admirablement tenu par celle dont nous attendions qu'elle le relève. Les uns et les autres, nous formions le vœu que la Cour de cassation saisisse prestement toutes les occasions de clarifier l'étendue et les contours de l'acte de juger, et d'ainsi démontrer que, sous la réserve d'une adaptation législative d'ordre logistique, il valait mieux « abandonner » le cours, l'évolution et l'adaptation, de la fonction de juger à la politique jurisprudentielle du juge suprême, que de corseter celle-ci dans des textes légaux<sup>122</sup>. Pari

<sup>115</sup> Voy. not. Civ. Bruxelles (16<sup>ème</sup> ch.), 10 février, *J.T.*, 2006, p. 310, déjà commenté *supra*, n°44.

<sup>116</sup> F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice, o.c.*, pp. 217-219.

<sup>117</sup> G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, éd. de la Conférence du jeune barreau de Liège, 1981, n°s 89 et suiv.; G. DE LEVAL, "Les droits de la défense en droit judiciaire privé: granit ou alibi?", in *Les Droits de la défense, actes du colloque "Jacques HENRY" organisé par le Jeune barreau de Liège le 28 mars 1997*, éd. du Jeune barreau de Liège, 1997, pp. 195-196; G. DE LEVAL, «Droit judiciaire privé. Le miroir de la procédure», formation permanente C.U.P., septembre 1995, spéc. n°36 *in fine*, note (50); G. DE LEVAL, «L'avis du ministère public en matière civile: une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge», in *Amice Curiae, quo vadis ?* (sous la dir. de P. Van Orshoven et M. Storme), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 2002, p. 46; G. DE LEVAL, «Principes généraux d'organisation judiciaire et de procédure», in *L'expertise judiciaire: l'expert-comptable et le conseil fiscal* (sous la dir. de G. de Leval et B. Tilleman), actes de la journée d'étude organisée au Palais des Congrès de Bruxelles le 12 décembre 2002 par l'Institut des Experts-comptables et des conseils fiscaux, Bruxelles, La Charte, 2003, spéc. pour notre sujet, p. 32, n°62

<sup>118</sup> A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 127 et s.

<sup>119</sup> E. KRINGS, « Het optreden van de rechter bij het in staat stellen van het rechtsgeding », *T.P.R.*, 2004, pp. 369-395.

<sup>120</sup> J. WINDEY, « Le juge actif », *o.c.*, in *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité, l.c.*, actes du forum tenu les 4 et 5 juillet 2004 sous l'égide du Conseil Supérieur de la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 191 et suiv, ici spéc. pp. 193 et suiv., nn°s 4 et suiv.

<sup>121</sup> F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice, o.c.*, p. 218.

<sup>122</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction, o.c.*, pp. 881-884, nn°s 1141-1142.

tenu : ces deux dernières années virent la Cour prononcer une poignée d'arrêts dont l'incidence sur l'office du juge est, du constat de tous leurs commentateurs, proprement historique. Nous avons proposé une analyse de ce grand millésime jurisprudentiel, arrêtée à la fin de l'année 2005<sup>123</sup>, en formulant le vœu que ce remarquable mouvement de clarification amorcé par la Cour de cassation se confirme et s'amplifie. Là encore, pari tenu. En effet, les années 2006 et 2007 ont vu la Cour de cassation, non seulement affermir les revirements opérés en 2004 et 2005, mais également éclaircir les dernières zones d'ombre.

On se propose, dans les lignes qui suivent d'approfondir ces ultimes développements, au bénéfique, çà et là, d'un rappel des premiers acquis. Face au constat de la densité de cette jurisprudence, l'idée maîtresse se confirme qu'il n'est plus nécessaire, voire qu'il ne serait pas opportun, d'inscrire les principes directeurs du procès civil dans les tables de la loi belge.

Sachant que leur propos est antérieur à ce cru jurisprudentiel inespéré, c'était donc presque de manière divinatoire que MM. ERDMAN et DE LEVAL définissaient l'activisme juridictionnel en ces termes : « [...] dans le respect scrupuleux des droits de la défense [et] dans les limites de la demande, il [...] appartient [au juge] de dire le droit en donnant aux faits qui lui sont soumis leur qualification exacte et en déterminant la norme juridique applicable à la demande qui lui est soumise, indépendamment des qualifications données par les parties et des normes juridiques suggérées par celles-ci »<sup>124</sup>. Tout était dit, ou presque, sur l'activisme (à dire vrai, l'activité) juridictionnel(le) du juge et sur l'inutilité de le couler en droit positif.

Chronique d'une réforme prétorienne attendue...

## 1. A PROPOS DE LA CAUSE

49.- La consécration de la conception factuelle de la cause, acquise avec le prononcé de l'arrêt historique du 14 avril 2005, fut accueillie sans peine par les juridictions de fond, et s'est trouvée consolidée par les arrêts des 16 mars, 24 mars et 12 octobre 2006.

### A. LE JUGE ET LES PARTIES APRES L'ARRET DU 14 AVRIL 2005<sup>125</sup>

50.- Rarissimes sont les décisions de justice auxquelles les grands auteurs reconnaissent les mérites d'un arrêt « *fondamental* », « *historique* » et « *révolutionnaire* ». C'est pourtant bien ce fantasme du *leading case* qu'est venu assouvir, en notre matière, l'arrêt du 14 avril 2005, déjà gratifié des analyses dithyrambiques de Georges de LEVAL et de Jacques VAN COMPERNOLLE<sup>126</sup>. Il y a en effet qu'à lui seul, cet arrêt écrit dans le marbre, jusque dans leurs plus subtils aspects, les rôles respectifs du juge et des parties dans le procès civil.

Les circonstances de l'espèce n'éloignaient guère la Cour du terrain de prédilection de la théorie de la cause : le domaine des responsabilités traversé de « passages » jusque-là (souvent) prohibés.

L'exploitant d'un garage charge un entrepreneur de la construction d'un hangar attenant à ses bâtiments. Ledit entrepreneur a recours aux services de deux sous-traitants dans le cadre des opérations de montage. Au cours de celles-ci, une poutrelle s'effondre accidentellement d'une grue et sa chute endommage le bâtiment. Cité en paiement de factures impayées par l'entrepreneur général, le liquidateur du maître de l'ouvrage sollicite reconventionnellement la condamnation dudit entrepreneur à l'indemniser du préjudice subi par la faute de l'intéressé et de ses sous-traitants.

<sup>123</sup> Voy. notre étude « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, *Formation permanente C.U.P.*, déc. 2005, n°83, ici spéc. nn°s 54-64, 73 et 99-100.

<sup>124</sup> F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Dialogues Justice*, *o.c.*, pp. 217 in fine-218.

<sup>125</sup> Ce paragraphe est tiré de J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *in Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de G. de Leval), *Formation permanente C.U.P.*, vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 193-197, nn°s 58-64.

<sup>126</sup> Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL, « Un arrêt fondamental et attendu » ; *J.T.*, 2005, p. 659, obs. J. VAN COMPERNOLLE, « La cause de la demande : une clarification décisive ».



L'application de l'article 1797 du Code civil était évidemment, en filigrane, au cœur du débat. Réformant sur ce point le jugement du tribunal de commerce de Bruxelles, la cour d'appel de Bruxelles rejette cette prétention reconventionnelle aux motifs qu'au soutien de sa prétention, le maître de l'ouvrage n'avait pas invoqué la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur général mais seulement sa responsabilité quasi-délictuelle.

Accueillant le second moyen libellé à l'appui du pourvoi du maître de l'ouvrage débouté pour n'avoir pas présenté le bon « sésame » juridique, la Cour de cassation énonce solennellement « *que le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ; qu'il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions* ». Et la Cour de casser derechef la décision soumise à sa censure car « *sans rechercher si sur la base des faits que la demanderesse invoquait à l'appui de sa demande, la responsabilité contractuelle de la défenderesse n'était pas engagée, l'arrêt attaqué n'a pas justifié légalement sa décision* ».

Exit la conception classique, dite « juridique » de la tâche juridictionnelle. L'arrêt consacre la conception factuelle de la cause, jusque que dans ses plus subtils détails. La clarification est copernicienne : non seulement le juge du fond jouit du *pouvoir* de défaire les qualifications juridiques et corriger les bases légales inopportunément proposées par les parties, mais – au départ des faits « *spécialement invoqués* » -, il en a même le *devoir*.

Les formules parfaitement ciselées par la Cour aux fins d'exprimer et préciser cette équation sont, quant au fond et sur la forme, directement et ostensiblement empruntées aux principes directeurs du Nouveau Code de Procédure civile français (ici spéc. art. 7 et 12) que les discours les plus récents de la conception factuelle de la cause tentaient de promouvoir en Belgique.

L'arrêt du 14 avril 2005, et le nouveau visage de l'office du juge configuré par cette décision historique, empruntent à ces principes et discours la distinction essentielle entre *obligation* et *faculté* d'appliquer aux faits de la cause la solution commandée par le droit, elle-même indexée à la distinction, aux seins des faits de la cause, entre « *faits spécialement invoqués au soutien des prétentions des parties* » et faits « *simplement allégués* » par celles-ci.

Le système, équilibré et cohérent, dose admirablement les prérogatives et responsabilités revenant respectivement aux juges et aux parties. Il institue, entre ces protagonistes, une synergie au vu de laquelle les tâches de chacun sont certes polarisées, mais non étanches pour autant. Ce système repose sur un principe d'intense coopération entre juge et parties. Dès lors qu'il s'agit de leur histoire, de leur vécu, de leur quête d'apaisement, il n'y a rien de plus normal que les plaideurs et leurs avocats assument la charge de l'allégation et de l'invocation des faits qui sont à la source de leur affrontement. Il est sain que le devoir du juge soit quant à lui taillé à la mesure dont les parties s'acquittent de cette charge. Les faits que les parties invoquent, ceux qu'elles lui mettent sous les yeux, n'autorisent pas la déroboade du juge en charge d'appliquer le droit. S'agissant de ces faits-là, auxquels sont assimilés ceux qu'il aura lui-même montés en épingle, la cécité juridique du juge est coupable et ne peut être excusée par la circonstance que les parties auraient doté ces faits de couleurs juridiques le détournant de la solution commandée par les règles idoines. Aux faits que le justiciable place au cœur du litige, et qu'il ressent comme tels, il est juste de faire correspondre une obligation de (bien) dire le droit.

Les premières retombées de ce principe dans la jurisprudence des juridictions de fond laissent augurer que nos juges auront à cœur de s'acquitter activement de leur devoir juridictionnel<sup>127</sup>.

Mais là n'est pas le seul apport de l'arrêt dit « Spinoit ». Il était grand temps de cesser de raisonner l'œuvre juridictionnelle sur un mode binaire où l'interdiction était la seule alternative offerte à cette obligation.

C'est là l'autre grande avancée, implicite mais tout à fait certaine, de l'arrêt du 14 avril 2005 : si la solution adaptée au litige lui est révélée par des faits d'arrière-plan, étrangers aux préoccupations immédiates des parties, il serait dommage, et parfaitement contre performant, de priver le juge de la possibilité de consacrer cette solution. Plutôt que de lui interdire l'initiative, il est souhaitable de lui en reconnaître la faculté. Mais s'il s'abstient de l'exercer, les parties ne pourront se plaindre de son manque de zèle ou de sagacité, devant ne s'en prendre qu'à elles-mêmes de n'avoir pas mieux présenté, avec plus d'emphase, les faits de leur histoire.

<sup>127</sup> Voy. p. ex. Liège, 10 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 247.

Sur le plan de la cosmétique des concepts, ces distinctions, désormais consacrées par la Cour de cassation, entre faits spécialement invoqués obligeant le juge à y appliquer la solution commandée par le droit et faits allégués ou « *adventices* » l'y autorisant, gagneraient selon nous à être traduites dans la distinction classique, héritée de la technique de cassation, entre moyen « *de pur droit* » et moyen « *mêlé (ou mélangé) de fait et de droit* ».

Ces notions seraient, de surcroît, dotées de contenus constants, en ce sens que leurs définitions ne varieraient point selon que les concepts seraient envisagés devant le juge du fond ou devant la Cour de cassation<sup>128</sup>.

Ces dernières suggestions paraissent au demeurant, elles aussi, avoir récemment frappé l'oreille de la Cour de cassation puisque, renouant avec les distinctions et terminologie classiques évoquées ci-dessus, et consolidant ce faisant notre équation fondée sur les synergies entre juridiction et cassation, la Cour de cassation a par arrêt du 16 septembre 2004, très clairement énoncé que « *n'est pas nouveau un moyen de pur droit pris de la violation d'une disposition légale que le juge était tenu d'appliquer à la contestation qui lui était soumise* »<sup>129</sup>.

Ce système logique, équilibré et économe, hérité de la pensée de MOTULSKY, et dont Jacques NORMAND nous a récemment gratifiés d'une présentation limpide<sup>130</sup>, peut somme toute être résumé comme il suit : le juge n'excède jamais ses pouvoirs (i.e. ne méconnaît point le principe dispositif) lorsqu'il fonde, même d'office, sa décision sur des faits régulièrement portés aux débats par les parties. Une distinction s'impose ensuite, articulée sur l'intensité de la présentation des faits par les parties. Les faits spécialement invoqués par celles-ci, ceux qu'elles ont « *montés en épingle* » à l'appui de leurs argumentations, obligent le juge à dire et appliquer la solution commandée par le droit, quand même s'écarterait-il ce faisant du canevas juridique tissé par les parties ; s'abstiendrait-il de s'acquitter de ce devoir que le juge verra sa décision réformée ou cassée. On parlera alors, aussi bien devant le juge du fond que devant la Cour de cassation, de *moyen de pur droit*. Mais les écrits de procédure et les dossiers de pièces abritent aussi, dans la pénombre, des faits plus *adventices*, que les parties allèguent, énoncent, produisent, incidemment voire inconsciemment : ces faits-là n'entraînent évidemment aucun devoir dans le chef du magistrat, si bien qu'il ne pourra lui être fait grief, devant la Cour de cassation, de ne pas en avoir déduit d'office tel ou tel moyen influant sur l'issue du litige, qu'on dira alors *mêlé (ou mélangé) de fait et de droit*. Il n'empêche que s'il ne le doit pas, le juge peut procéder de la sorte<sup>131</sup>, si bien que son initiative, pas plus que son abstention, ne pourra être censurée par la juridiction suprême. Elle le sera par contre, lorsque le juge du fond se sera aventuré à fonder sa décision sur des faits étrangers aux débats, ni « *montés en épingle* » ni même simplement allégués par les parties. C'est alors, et alors seulement, que la cause et le principe dispositif sont mis en péril. Pourvu qu'il veille au respect des droits de la défense, le juge peut adosser ses motifs sur des faits qui lui ont été régulièrement soumis mais dont les parties n'auraient pas spécialement fait état dans leurs conclusions. Ce sont précisément aux droits de la défense qu'il revient d'orienter la suite du propos.

#### B. LA CONCEPTION FACTUELLE DE LA CAUSE AU SERVICE DE LA REQUALIFICATION JUDICIAIRE DES CONTRATS : L'APPORT DE L'ARRÊT DU 16 MARS 2006

51.- L'extraordinaire clarification des rôles respectifs du juge et des parties apportée par l'arrêt du 14 avril 2005 ne devait logiquement pas beaucoup bouleverser la solution prévalant de longue

<sup>128</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction, o.c.*, pp. 764 et suiv., nn°s 1009 et suiv. Dans le même sens, PH. GERARD, « Retour sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme relative à la Cour de cassation. Plaidoyer pour un revirement », in *Imperat lex, l.c.*, pp. 74-75, n°29 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, o.c., p. 125, n°107 ; F. RIGAU, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, o.c.*, pp. 203-205, n°128 ; A. MEEUS, « L'interprétation de la décision attaquée », o.c., l.c., pp. 313-316. Ces équations et recoupements prévalent également en doctrine française : J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 445, n°20 et p. 1020, n°1527 ; PH. BLONDEL, « Le juge et le droit », in *Le Nouveau Code de Procédure civile : vingt ans après, l.c.*, pp. 135-137 et pp. 149-150 ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>ème</sup> éd. par TH. LE BARS, o.c., pp. 200-202, n°269.

<sup>129</sup> Cass., 16 septembre 2004, *R.G.C.F.*, 2004/6, p. 45.

<sup>130</sup> J. NORMAND, « Les principes directeurs du procès civil en droit français », *Ann. dr. Louvain*, 2003, pp. 3 et suiv.

<sup>131</sup> Voy. du reste Cass., 27 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 93 ; Cass., 24 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 121 ; Cass., 5 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1116 ; Cass., 21 décembre 2001, C.99.0239.F. ; Cass., 3 mai 2002, C.000.655.F. ; Cass., 15 mai 2003, C.02.0484.F.

date en matière de requalification judiciaire des contrats, puisque cette jurisprudence avait depuis longtemps, et assez curieusement, anticipé et annoncé ce revirement spectaculaire<sup>132</sup>.

Il n'empêche que l'arrêt du 16 mars 2006 y apporte quelque précieux affinement<sup>133</sup>.

La jurisprudence précurseuse évoquée ci-dessus s'exprimait très généralement en termes de « pouvoir », au sens de faculté. Or, on l'a vu, l'arrêt du 14 avril 2005 amène précisément à distinguer ce qui, dans la tâche du juge d'appliquer le droit au fait, relève de la faculté et de l'obligation. D'où surgit aujourd'hui la question : la requalification du contrat relève-t-elle, dans le chef du juge, d'une faculté ou d'une obligation ?

La Cour de cassation, confirmant ce faisant l'enseignement de son arrêt de principe du 14 avril 2005, paraît – quoiqu'en termes un peu ambigus – répondre à la question dans son arrêt du 16 mars 2006, jusqu'ores inédit.

Un concessionnaire évincé par son concédant assigne ce dernier aux fins d'obtenir sa condamnation à lui payer les indemnités compensatoire et complémentaire prévues respectivement par les articles 2 et 3 e la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

Aux termes de ses écrits de procédure, et notamment de ses conclusions de synthèse, le concessionnaire qualifie la convention litigieuse, de « contrat de concession exclusive de vente », au sens de l'article 1, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi précitée, et n'envisage aucune autre qualification, alternative ou subsidiaire.

Au vu de cette présentation, les juges d'appel considèrent qu'ils n'ont, pour apprécier le bien-fondé de la prétention, qu'à rechercher s'ils sont bien en présence d'un contrat de concession de vente exclusive au sens de l'article 1, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la loi du 27 juillet 1961.

Estimant que la preuve de l'exclusivité n'est pas rapportée par le concessionnaire, ils rejettent sa demande.

Le concessionnaire se pourvoit en cassation et, manifestement inspiré par l'enseignement de l'arrêt du 14 avril 2005, reproche à la décision attaquée de n'avoir pas recherché d'office si la convention litigieuse n'était pas susceptible de recevoir l'une des deux autres qualifications prévues par l'article

<sup>132</sup> Depuis longtemps prévalait en effet un enseignement, étrangement précurseur, selon lequel *“le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à une convention”,* en sorte qu'il *“peut déterminer la nature juridique d'une convention au moyen d'éléments intrinsèques et extrinsèques qui lui ont été soumis à la condition qu'il ne viole pas la foi due à l'acte”* (Proc. Gén. E. KRINGS, *“L'office du juge dans la direction du procès”, o.c., J.T.*, 1983, p. 519, n°28, citant Cass., 10 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1088; Cass., 27 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 371; Cass., 8 avril 1960, *Pas.*, I, p. 939; Cass., 9 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1047; Cass., 29 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 430; Cass., 6 décembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 333 et Cass., 30 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 902. *Adde*, Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 256 et la note. Cass., 9 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 161. Rapp. Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 332 (rejet du moyen reprochant à la décision attaquée d'avoir substitué à la qualification de contrat de travail proposée par les parties, celle de *“contrat de formation professionnelle”* joint à une promesse de contrat de travail; le moyen n'invoquait que la violation des droits de la défense mais ceci n'empêcha pas la Cour de rappeler l'enseignement invoqué par M. KRINGS). *Adde* Proc. Gén. F. DUMON, *“De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes”, o.c., J.T.*, 1978, pp. 472 et suiv., nn°s 20 et suiv., ainsi que P. VAN OMMESLAGHE, *“Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations”, R.C.J.B.*, 1988, p. 150, n° 233). La formule a varié dans le temps, mais la règle est demeurée la même. Voy. p. ex. Cass., 17 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 332; Cass., 9 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 161; Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 256, et la note; Cass., 30 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 902 (*“le juge saisi d'une demande tendant à l'exécution d'un contrat ne modifie pas la cause de cette demande en substituant à la qualification du contrat donnée par le demandeur la qualification exacte”*); Cass., 6 décembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 333; Cass., 29 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 430; Cass., 9 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1047; Cass., 24 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 77; Cass., 8 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 939; Cass., 27 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 371; Cass., 10 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1088. Sur cette jurisprudence, cons. Proc. Gén. E. KRINGS, *“L'office du juge dans la direction du procès”, o.c., J.T.*, 1983, p. 519, n°28. Rapp. Cass., 22 mars 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 844; Cass., 28 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 161; Cass., 15 février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 741; Cass., 17 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1176; Cass., 27 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 215: ces derniers arrêts reprennent la formule reproduite dans le texte, mais avaient à trancher, non la régularité d'une requalification proprement dite, mais celle de simples substitutions de bases légales. Au sujet de cette jurisprudence pionnière, voy. J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *« Le juge et le contrat », à paraître in R.G.D.C.*, 2007, ici spéc. nn°s 9-13.

<sup>133</sup> Cass., 16 mars 2006, C.040267.N.

1, § 1<sup>er</sup>, ici 2° et 3°, de la loi du 27 juillet 1961, lesquelles lui ouvraient le droit aux indemnités réclamées, au même titre que la qualification de concession de vente exclusive.

La Cour accueille le grief, et casse l'arrêt attaqué, en ces termes : « *de rechter moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp noch de oorzaak van de vordering wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van partijen eerbiedigt*<sup>134</sup> ».

La confirmation de l'enseignement de l'arrêt du 14 avril 2005 est heureuse, et l'on ne peut que se réjouir de voir la Cour consolider la nouvelle dévolution des rôles du procès civil en l'appliquant sur le terrain de la qualification des contrats. Tout au plus est-il permis de regretter l'imprécision terminologique dont la formulation des principes est ici affectée. La Cour glisse sans raison du devoir (« *est tenu* »- « *moet* ») à la faculté (« *peut* »-« *mag*»). On eût préféré qu'elle s'en tienne à l'excellente formule ciselée par son arrêt du 14 avril 2005 (*supra*, n°50).

Mais après tout qu'importe l'ambiguïté du phrasé de l'arrêt du 16 mars 2006 car le principe qu'il exprime demeure, lui, parfaitement univoque : les juges du fond étaient ici obligés (« *tenus* »), et non point seulement autorisés, de rechercher la qualification juridique idoine de la concession de vente avenue entre parties. En effet, la Cour de cassation n'aurait point cassé la décision attaquée si elle avait considéré que cette recherche ne présentait qu'un caractère facultatif. La cassation d'une décision judiciaire sur la présentation d'un moyen, ne peut évidemment se concevoir qu'en présence d'une obligation dans le chef de l'auteur de la décision, à laquelle celui-ci aurait – par hypothèse – manqué<sup>135</sup>.

Voici donc la classique problématique de la requalification judiciaire des conventions gratifiée d'une nouvelle et capitale clarification: au regard des faits spécialement invoqués (« *aangevoerde* ») à l'appui des prétentions des parties, le juge a l'obligation de rechercher la qualification contractuelle appropriée, quitte à écarter la qualification choisie initialement, puis confirmée au prétoire, par les parties.

Au nombre de ces faits invoqués, on songe principalement, en cette matière, aux clauses-mêmes du contrat, que les parties n'auront sans doute pas manqué de monter en épingle ; les parties auraient-elles insisté également sur la manière dont elles ont exécuté la convention litigieuse, que ces éléments de discussion obligeront, eux aussi, le juge à rechercher la bonne qualification.

#### C. LA CONSOLIDATION DE L'ÉQUATION « FAIT ADVENTICE/RELEVÉ FACULTATIF » : L'APPORT DES L'ARRÊTS 24 MARS ET 12 OCTOBRE 2006

52.- C'est en creux et de manière implicite que l'arrêt du 14 avril 2005 avait consacré le second corollaire de la conception factuelle de la cause, étant la faculté offerte au juge de soulever d'office un moyen mélangé de fait et de droit, déduit d'un fait adventice, allégué mais non spécialement invoqué par les parties au soutien de leurs prétentions (*supra*, n°50).

Au vu des arrêts des 24 mars et 12 octobre 2006, cette solution paraît désormais explicitement acquise.

53.- Un conducteur perd la vie en percutant un silo en béton. Sa veuve reproche à l'entrepreneur la présence ce silo sur l'accotement de la chaussée, formant partie intégrante de celle-ci. Devant la Cour d'appel de Mons, le débat entre parties porte sur la question, de pur fait, de la localisation exacte du silo litigieux. Se fondant sur le croquis dressé par les verbalisants et sur

<sup>134</sup> Cet attendu de principe est repris dans le sommaire, que le Parquet général traduit comme il suit : « *le juge est tenu d'examiner la nature juridique des faits invoqués par les parties et, quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence par conclusions, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation, qu'il ne modifie ni l'objet ni la cause de la demande et qu'il respecte les droits de la défense* ».

<sup>135</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, o.c., pp. 667 et s., nn°s 873 et s.

le moment où ont été prises les photographies de presse également reprises au dossier, la Cour localise le silo au-delà de la chaussée et, partant, conclut à l'absence de faute dans le chef de l'entrepreneur. En instance de cassation, la demanderesse reproche aux juges d'appel d'avoir violé le principe dispositif en fondant leur décision sur ces deux éléments de fait « qu'aucune des parties n'avaient relevés ». La Cour rejette le moyen au motif, parfaitement justifié selon nous, que « par ces considérations, la cour d'appel s'est bornée, en se fondant sur des faits qui étaient dans le débat, à suppléer d'office aux motifs proposés par les parties »<sup>136</sup>. Certes, ces éléments de fait n'avaient pas été « montés en épingle », spécialement invoqués, par l'entrepreneur. Il n'empêche que ces croquis et photographies avaient été régulièrement portés au débat et constituaient, à ce titre, autant de faits adventices sur lesquels les juges d'appel pouvaient, mais ne devaient point, fonder d'office leur conviction puis leur décision. Il ne pouvait donc leur être reproché d'avoir exercé cette faculté au mépris du principe dispositif<sup>137</sup>. Toute autre, et beaucoup plus délicate, est la question de savoir si, ce faisant, les juges d'appel n'auraient pas dû veiller plus scrupuleusement au respect des droits de la défense. La Cour répond par la négative ; nous serons plus nuancés (*infra*, n°91).

54.- Un entrepreneur se voit reprocher par ses clients diverses malfaçons à l'ouvrage par lui réalisé. Devant les juges du fond, le premier plaide sans succès un partage de responsabilités. Ainsi que le relève la Cour de cassation, l'arrêt de la Cour d'appel de Mons constate que l'entrepreneur soutenait que les maîtres d'œuvre « s'étaient privés volontairement du concours d'un architecte et qu'ils devaient de ce fait assumer une part de responsabilité dans les désordres dont ils demandent la réparation ». La Cour de cassation constate, d'un autre côté, que « dans leurs conclusions de synthèse, les défendeurs faisaient valoir que le demandeur leur avait imposé un architecte de ses amis, dont l'intervention très limitée n'était qu'un subterfuge pour satisfaire à des prescriptions urbanistiques et que, si le demandeur jugeait indispensable pour eux la présence d'un architecte choisi par eux, il lui appartenait de les en avertir et, au besoin, d'arrêter les travaux ».

La Cour de cassation considère, sur la base de ces constats, qu'« en recherchant si les défendeurs avaient l'obligation de recourir à un architecte et si l'intervention de cet homme de l'art eût permis d'éviter les désordres dont ils se plaignaient et en considérant que le demandeur a accepté en connaissance de cause et sans réserve d'effectuer les travaux sans que les défendeurs fussent assistés d'un architecte », les juges d'appel se sont bornés, « en se fondant sur des faits régulièrement soumis à l'appréciation de la cour d'appel, à suppléer aux motifs proposés par les parties, sans élever aucune contestation dont elles ont exclu l'existence. »<sup>138</sup>

De toute évidence, les éléments tirés d'office du dossier par les juges d'appel constituaient, dans la terminologie que nous empruntons à Motulsky, des faits adventices. Lesdits juges pouvaient y puiser la motivation de leur décision sans encourir la cassation sur le visa de la violation du principe dispositif.

#### D. SUR LA PRATICABILITÉ DE LA DISTINCTION ENTRE FAITS INVOQUÉS ET FAITS ADVENTICES

55.- D'aucuns se demanderont à quoi tiendrait concrètement la différence entre faits invoqués et faits « adventices », sur laquelle il est ainsi proposé d'articuler l'office – obligatoire ou facultatif – du juge ?

Le droit français, auquel cette *summa divisio* est empruntée, fournit de précieuses indications sur ce point<sup>139</sup>. Pour une part essentielle, cet enseignement – dispensé notamment par les pères du N.C.P.C. eux-mêmes - rejoint les représentations intuitives que l'on peut avoir de la différence entre **invoquer** et **alléguer**.

<sup>136</sup> Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, note J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier ».

<sup>137</sup> Commentant l'arrêt dans le même sens, voy. A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge... », in *Au-delà de la loi ?*, *J.c.*, p. 144.

<sup>138</sup> Cass., 12 octobre

<sup>139</sup> G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 99 ; du même auteur, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Paris, P.U.F., 1992, v° « moyen (de fait) » ; TH. LE BARS, *Le défaut de base légale*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 238-239, nn°s 324-326 ; PH. BERTIN, « Rapport à M. le Premier Ministre et commentaire du Décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 1971, 2, Doctr., p. 550 ; P. ESTOUP, *Les jugements civils. Principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 1988, p. 22

On y apprend ainsi la récusation de l'équation simpliste selon laquelle tout fait relaté dans les écritures des parties serait un fait spécialement invoqué, tandis que le fait allégué correspondrait à celui qui ne se trouverait « que » dans leurs dossiers. Sous la plume d'avocats prolixes, ou simplement minutieux, les conclusions peuvent parfois fourmiller de faits ; seuls certains d'entre eux sont pourtant mobilisés à l'appui de l'argumentation conçue à l'effet d'emporter la conviction du magistrat. Seuls ces faits-là viennent alimenter les moyens du plaideur. Par ailleurs, l'oralité de la procédure et l'absence de conclusions n'empêchent en rien la production de faits spécialement invoqués à l'appui des prétentions.

Aussi, l'on préférera de loin le critère tiré de l'intensité – ou de « *l'insistance* » - avec laquelle le plaideur porte le fait à la connaissance de son adversaire et de son juge. C'est ici que l'explication rejoint l'intuition. Invoquer (spécialement) un fait, c'est « *le monter en épingle* ». La partie qui invoque un fait insiste non seulement sur l'existence mais aussi sur l'incidence, de ce même fait ; ce faisant, elle attire sur lui l'attention de son contradicteur et de son juge. Invoquer un fait, c'est l'incorporer au raisonnement destiné à convaincre ; c'est le désigner comme élément de la démonstration. En un mot, c'est en faire le socle d'un moyen. Par contre, alléguer un fait consiste uniquement à en signaler l'existence, sans le mobiliser ; ce fait-là n'est, selon l'expression de MOTULSKY, qu'« adventice ». Il ne parvient dans le débat que par voie incidente, de manière accidentelle et gratuite ; sa production n'obéit à aucune finalité argumentative.

Malgré ces précisions, il restera parfois délicat de tracer la distinction entre l'invoqué et le simplement allégué.

L'importance de la difficulté dépendra alors de l'angle sous lequel la question se posera et de qui se la posera.

A notre estime, la difficulté qu'il y aurait à distinguer faits invoqués et faits adventices ne devrait pas encombrer le juge du fond<sup>140</sup>. S'il débusque un fait dont il pourrait, dans le respect du contradictoire, tirer d'office un moyen, qu'il le soulève ! Qu'importe que le fait soit adventice ou invoqué puisqu'à tout le moins, le juge a la faculté de s'en emparer. La juridiction supérieure ne pourra lui en faire grief, et n'aura, elle non plus, pas à déterminer si le fait mobilisé par le juge était spécialement invoqué ou seulement adventice<sup>141</sup>.

La difficulté n'aura donc de véritable incidence que dans le chef de la Cour de cassation lorsqu'elle sera saisie d'un moyen – prétendument de pur droit (*supra*, n°50) – reprochant au juge du fond de ne pas avoir appliqué d'office la solution commandée par le droit. Car, comme on le sait, la Cour ne peut recevoir ce moyen que si elle estime que les faits sur lesquels il s'adosse ont été spécialement invoqués devant le juge du fond<sup>142</sup>.

## **2. A PROPOS DE L'OBJET**

56.- Le thème de la dévolution des rôles, entre juge et parties, dans la définition de la cause de la demande, rebondit nécessairement avec la question de la (re)qualification juridique de l'objet de la prétention.

Cette question n'est que trop connue<sup>143</sup> : la qualification juridique donnée par le demandeur à sa prétention s'incorpore-t-elle ou non à l'objet - intangible - de sa demande ? Le principe dispositif contraint-il le juge à s'en tenir à l'habillage juridique dont le plaideur a revêtu sa prétention ?

<sup>140</sup> Comp. R.-O. DALCO et Ch. DALCO, « Le juge et l'avocat », in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, ici spéc. p. 758.

<sup>141</sup> Rapp. A. FETTWEIS, « Le rôle du juge actif... », *o.c.*, in *Au-delà de la loi ?*, I.c., p. 148)

<sup>142</sup> A. FETTWEIS (in « Le rôle du juge actif... », *o.c.*, in *Au-delà de la loi ?*, I.c., p. 148) estime que ces cas de moyens de pur droit « seront plutôt rares ».

<sup>143</sup> Outre les réf. citées dans les notes suivantes, cons. J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, I.c., pp. 166 et s., nn°s 25, auquel les développements qui suivent sont empruntés. Voy. ég. l'étude remarquable de A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 131-139. *Adde*, les récentes et excellentes études de R. CAPART, « La prescription de la demande en paiement de rémunérations », *J.T.*, 2006, pp. 452-454 et de F. BOUQUELLE, « Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande », *Chron. D.S.*, 2004, pp. 549-552.

L'intuition indique que si, désormais, le juge peut – doit même – requalifier les éléments de faits qui constituent la cause à la demande, il pourrait – devrait même – modifier la qualification de l'objet de la prétention fondée sur cette cause, sans se voir reprocher pour autant de statuer *ultra* ou *extra petita*, et d'ainsi violer le principe dispositif.

Tel était le vœu exprimé par la doctrine au lendemain du prononcé de l'arrêt du 14 avril 2005 : assujettir l'objet, à l'instar de la cause et par identité de motifs, à la conception factuelle.

La Cour de cassation ne s'est pas longtemps fait prier.

Chronique d'un nouveau et retentissant revirement de jurisprudence.

#### A. UNE TENDANCE CONTESTABLE A LA JURIDICISATION DE L'OBJET.

57.- La Cour a longtemps considéré que la qualification juridique donnée à l'objet liait le juge.

On s'arrêtera d'abord sur un arrêt prononcé le 8 février 2001<sup>144</sup>. Pour comprendre sa portée, les faits de la cause peuvent être résumés comme il suit. Devant les juges d'appel, la défenderesse en cassation demandait l'annulation d'une vente d'un lot de beurre avenue entre elle et la demanderesse en cassation. La défenderesse fondait sa demande sur le dol commis par son adversaire en phase précontractuelle, et plus particulièrement sur les considérations que «*l'apposition [par la demanderesse] d'une date de péremption [de la marchandise ayant fait l'objet de la vente] modifiée à l'insu de son cocontractant [devait] s'analyser [en] un dol principal*» et que «*[la demanderesse] cherchait] vainement à s'exonérer de la tromperie incontestablement constitutive de dol dont elle s'[était] rendue coupable en lui adressant un spécimen d'emballage dont elle avait soigneusement effacé la date limite de consommation*». En degré d'appel, la défenderesse en cassation avait en outre sollicité, par voie d'appel incident, l'allocation de dommages-intérêts réparant le préjudice causé par le dol principal admis par le premier juge. La Cour d'appel de Liège s'écarte de cette présentation juridique du litige tout en ne modifiant pas le «*résultat factuel*» recherché. Elle prononce en effet la résolution de la convention litigieuse aux torts de la demanderesse en cassation, en se fondant sur les motifs qu'«*en vertu de son obligation de délivrance, le vendeur doit mettre à la disposition de l'acheteur une chose conforme à la chose vendue; l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires que sont les éléments matériels ou juridiques qu'il faut considérer comme indivisibles ou inséparables de la chose [...], ainsi la date de péremption totalement fiable d'un produit destiné à l'alimentation des personnes; pour avoir délivré un produit impropre à sa commercialisation, [la demanderesse] devra subir les conséquences découlant de la résolution à ses torts des contrats portant sur un tel produit [...]*».

La Cour considérerait donc ici qu'en accordant la résolution là où l'annulation était demandée, le juge du fond modifiait l'objet de la demande. Au regard de la définition dépouillée et largement consensuelle de l'objet, le passage de l'annulation d'un contrat à la résolution de celui-ci ne peut selon nous être assimilé à une modification de l'objet. Au sens de cette définition, quel est, en effet, l'«*avantage économique*» postulé par celui qui réclame l'annulation d'une convention ? Il s'agit, ni plus ni moins, de «*l'anéantissement du rapport juridique*»<sup>145</sup> créé par le contrat. Peu importe le biais (la qualification) juridique par lequel cet anéantissement pourra intervenir, pourvu qu'il intervienne. Or, la résolution judiciaire procure au demandeur (à l'acheteur de beurre, dans

<sup>144</sup> Cass., 8 février 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 446., note G. CLOSSET-MARCHAL.

<sup>145</sup> En ce sens, J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *o.c.*, *R.C.J.B.*, p. 18, n°7, O. CAPRASSE et F. GEORGES, «Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute: deux opportunités de réflexion sur l'office du juge», note sous *Comm.* Bruxelles, 30 novembre 1998 et sous Liège, 26 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, spéc. p. 708, n°32: «*ce qui importe, c'est ce que veut le demandeur, ou ce qu'il réclame en fait, le juge recevant mission de rectifier au besoin la qualification juridique invoquée*»; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *o.c.*, *I.c.*, n° 7, n° 11 et n° 28; S. CNUUDE, «Tussengeschieden voortvloeiend uit de wijziging van de partij en hun aanspraken», in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Anvers, Kluwer, 2000, titre VII, 3<sup>ème</sup> partie, pp. 5-6, n°s 26.360. Rapp. encore Ph. THION, «Kwalificatie van oorzaak...», *o.c.*, *N.j.W.*, 2003, pp. 732-735, n°s 20-25. *Adde*, toujours dans le même sens, J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1997, et G. BOLARD, in *Dalloz action*, *o.c.*, *I.c.*, 1998, p. 528, n°2313. Voy. encore J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1997, p. 465, qui écrit très clairement que «*sur l'un et l'autre terrain [l'annulation et la résolution], l'avantage recherché demeure l'anéantissement du contrat et, par voie de conséquence, la restitution à l'acquéreur des fonds qu'il avait versés, au besoin, l'indemnisation du préjudice subi*». Du même auteur, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", texte d'une conférence donnée à l'U.C.L. le 10 avril 2003, in *Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 3-26.

l'espèce tranchée par l'arrêt du 8 février 2001) le même avantage, le même résultat, que celui qui advint si l'annulation demandée avait été prononcée, soit, précisément, l'«anéantissement» de la vente de beurre litigieuse<sup>146</sup>.

Il faut donc approuver la Cour de cassation de France lorsque, statuant dans une espèce similaire, elle considère que le juge du fond ne modifie pas l'objet de la demande, et partant ne méconnaît par le principe dispositif, s'il requalifie une demande en nullité en une demande en résolution d'un acte juridique<sup>147</sup>, ou si, inversement, il requalifier une demande en résolution en une demande en annulation<sup>148</sup>. Cette jurisprudence française<sup>149</sup> s'inscrit dans le droit fil de l'enseignement très nettement majoritaire, commun aux doctrines française<sup>150</sup> et belge<sup>151</sup>, et selon lequel le juge a l'obligation de qualifier juridiquement l'avantage réclamé par le demandeur, ou de requalifier cet avantage si la qualification juridique proposée s'avère inexacte. Il incombe au juge de ne point s'arrêter à la lettre des écrits de procédures des parties, et de rechercher quelle a été la volonté

<sup>146</sup> Dans le commentaire qu'elle lui consacre, Mme CLOSSET-MARCHAL ne désapprouve pas l'arrêt du 8 février 2001. L'auteur se demande par contre ce «*qu'aurait fait la Cour de cassation si le juge du fond, tout en restant dans le complexe des faits avancés par les parties et en respectant le principe du contradictoire, avait annulé la vente du lot de beurre, non pas pour dol comme invoqué par le demandeur, mais, par exemple, pour cause d'erreur fortuite ou de violence morale ?*» (G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 451, n° 16). Avec Mme CLOSSET-MARCHAL, nous pensons qu'en ce cas, la Cour de cassation n'eût pu, effectivement, casser la décision attaquée du chef de la modification de l'objet et/ou de la cause de la demande. Mais, dans le prolongement de l'enseignement dispensé par l'auteur dans d'autres contributions, nous estimons également qu'en anéantissant un contrat par la résolution judiciaire là où le dol était invoqué (comme l'avait fait la décision cassée par l'arrêt du 8 février 2001), le juge du fond ne modifie pas davantage l'objet de la prétention.

<sup>147</sup> Cass. fr. (com.), 12 janvier 1993, *Bull. civ.*, II, n°15, p. 8. *Adde*, dans des cas très semblables, où la Cour de cassation de France autorise le juge du fond à passer d'une demande en résolution fondée sur un vice caché affectant la chose vendue (art. 1641 C. civ.) à l'annulation de la vente du chef de dol (art. 1116 C. civ.): Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 16 octobre 1991, *D.*, 1992, somm., 265, obs. A. PENNEAU; *D.*, 1993, 186, note BRETAUDEAU; *R.T.D.Civ.*, 1993, 176, obs. J. NORMAND. Rapp. Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 16 avril 1991, *Bull. civ.*, I, n°144, p. 95; *D.*, 1992, somm., 196, obs. O. TOURNAFOND; *J.C.P.*, 1991, IV, 237 et Cass. fr. (civ. 3<sup>ème</sup>), 14 octobre 1997, *Bull. civ.*, III, n°181, p. 120.

<sup>148</sup> Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n°129, p. 85; *J.C.P.*, 1997, II, 22.944, note G. BOLARD. Sur cet arrêt, voy. encore G. BOLARD et P. DRAI, «Justice hâtive, justice rapide. Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès», *J.C.P.*, 1997, I, 4961, ainsi que J. NORMAND, *in R.T.D.Civ.*, 1997, pp. 463-465; J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", texte d'une conférence donnée à l'U.C.L. le 10 avril 2003, *in Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 10 et suiv., et encore PH. BLONDEL, «Le juge et le droit», *o.c.*, *in Le nouveau Code de procédure civile: vingt ans après*, *I.c.*, pp. 124-125, citant encore Cass. fr. (soc.), 14 décembre 1995, *Bull. civ.*, V, n° 348 et Cass. fr. (soc.), 30 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n° 406, dont il résulte qu'«il appartient au juge de définir l'objet du litige dont il est saisi et de restituer aux conclusions des parties leur véritable partie juridique». Aux termes d'un important arrêt du 12 juillet 2001, la première chambre civile de la Cour oblige même le juge à passer de l'annulation pour cause d'erreur à la résolution du chef de vice caché (Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 12 juillet 2001, *J.C.P.*, 2002, 10.143, note L. MAUPAS).

<sup>149</sup> Qui, en France, trouve un appui textuel dans les articles 4 et 5 du N.C.P.C, ainsi que, cette fois indirectement, dans l'article 12 du même Code, lequel, sans distinguer entre l'objet et la cause, autorise le juge du fond «à donner ou à restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux» (G. BOLARD, *in Dalloz action*, *o.c.*, *I.c.*, 1998, p. 526, n°2314). La jurisprudence de la Cour de cassation de France fourmille d'arrêts rendus dans le même sens: voy. les recensions proposées par G. BOLARD, *in Dalloz action*, *o.c.*, *I.c.*, 1998, p. 525, n°2312 et par J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 487, n°558, et les réf. citées en note (2). *Contra*: Cass. fr. (com.), 23 juin 1992, *R.T.D.Civ.*, 1993, 413, obs. critiques J. NORMAND (où, curieusement, la Cour de cassation de France considère que la décision attaquée ne pouvait passer de la garantie des vices cachés au manquement à l'obligation de délivrance).

<sup>150</sup> H. MOTULSKY, *in Ecrits*, t. 1er, p. 44; G. BOLARD, *in Dalloz action*, *o.c.*, *I.c.*, 1998, p. 525, n°2312; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *o.c.*, p. 109; J. NORMAND, *in R.T.D.Civ.*, 1978, pp. 705-710; *in R.T.D.Civ.*, 1979, pp. 175-176; *in R.T.D.Civ.*, 1981, p. 433; *in R.T.D.Civ.*, 1985, p. 181; J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", texte d'une conférence donnée à l'U.C.L. le 10 avril 2003, *in Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp.3-26; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 486-487, n°558; R. MARTIN, «Le fait et le droit...», *o.c.*, *J.C.P.*, La semaine juridique, 1974, doct., n°2625, n°16; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, *o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, 2002, p. 189, n° 256. *Contra* sur ce point, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, éd. 1996, n° 66.

<sup>151</sup> G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, *o.c.*, p. 32, n°18A et la note (77); V. VANNES, «Le rôle du juge dans le contentieux social», *o.c.*, *I.c.*, p. 371, n°8; M. STORME, «L'activisme du juge dans la procédure», *o.c.*, *I.c.* pp. 12-13; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, éd. 1987, p. 58, n°54; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n°8; A. FETTWEIS, G. DE LEVAL et A. KOHL, *Eléments de la compétence*, P.U. Liège, 1983, nn°s 131-132; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen...», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 537, n°51. G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449, n° 11; Ph. THION, «Variatie op het zelfde thema...», *o.c.*, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, p. 123, n° 3; du même auteur, «Kwalificatie van oorzaak...», *o.c.*, *N.j.W.*, 2003, pp. 732-734, n°s 20-25.



réelle de leurs auteurs<sup>152</sup>, ceci l'amenant, le cas échéant, à restituer à cette volonté, en cas d'erreur terminologique (ou même, parfois, en cas d'erreur de droit<sup>153</sup>), l'habillage juridique adéquat<sup>154</sup>.

N'est-il pas vrai, au demeurant, que l'article 807 du Code judiciaire, tel qu'il est lu par la Cour de cassation elle-même, exclut la qualification juridique des éléments de la demande (objet et cause). Y aurait-il deux conceptions de l'objet de la demande, l'une « ajuridique » qui prévaudrait dans les rapports entre parties, l'autre irrémédiablement connotée par le droit dans les rapports entre le juge et les parties ? Rien ne permet selon nous de fonder cette dualité de définitions.

58.- Cette lecture de la notion d'objet et du principe dispositif, qui distingue très nettement le **résultat factuel** postulé par le demandeur de l'habillage juridique que celui-ci lui donne (maladroitement), devrait également amener à revoir la jurisprudence dédiée au cas, irritant, de la demande en paiement de rémunérations en souffrance après rupture du contrat de travail. L'enjeu de cette jurisprudence, bien connue des praticiens de droit social, tient à l'orientation du litige vers l'application de telle ou telle règle de prescription de l'action : soit la prescription annale de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, soit la prescription quinquennale de l'action civile née de l'infraction de non paiement de la rémunération, incriminée par la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération.

Cette jurisprudence est illustrée par au moins deux arrêts, prononcés respectivement les 19 juin 2000 et 13 juin 1994.

Aux termes de son arrêt du 19 juin 2000, la Cour de cassation considérait que le juge du fond modifie l'objet de la demande lorsqu'il alloue au travailleur les sommes que celui-ci réclamait à son ex-employeur, en fondant sa décision sur l'infraction de non-paiement de la rémunération incriminée par la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération et non, comme le travailleur l'avait présenté dans ses écritures, au titre d'arriérés de salaires pro mérités en vertu de son contrat de travail<sup>155</sup>.

Prononcé dans une espèce voisine, l'arrêt du 13 juin 1994 décida que si une demande tendant au paiement d'arriérés de salaires est fondée sur l'infraction de non-paiement de la rémunération, le juge modifie l'objet de la demande (défini pour l'occasion comme « *le fait juridique qui est à la base de l'action* »), et viole partant le principe dispositif, en allouant au demandeur, non des « *arriérés de rémunération* », mais des « *dommages-intérêts* » d'un montant équivalent<sup>156</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, la somme octroyée par le juge au travailleur était, quant à son quantum, parfaitement identique à la somme réclamée, c'est-à-dire à « *l'avantage économique* » ou encore au « *résultat factuel* » postulé, par l'intéressé. Ce constat conduit à nouveau à se demander, comme ce fut le cas au regard de l'arrêt du 8 février 2001 (*supra*, n°57), « *si la*

<sup>152</sup> Voy., sur la nécessité de rechercher la volonté réelle de l'auteur de la prétention, C. LE BON, «De dagvaarding en bevrijdende verjaring : omvang van de stuiting», note sous Cass., 7 mai 2001, *Rec. Cass.*, 2001, p. 243, n° 28, p. 247, n° 38 et p. 250, n° 44.

<sup>153</sup> Sur ce que l'erreur de terminologie, voire l'erreur de droit, lorsqu'elles sont commises dans la présentation de l'objet de la demande, appellent, dans le chef du juge, la même solution (la requalification), cons. J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1997, pp. 464-465. et J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", texte d'une conférence donnée à l'U.C.L. le 10 avril 2003, in *Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 3-26.

<sup>154</sup> Voy. déjà, sur ce principe, Cass. fr. (soc.), 23 mai 1962, *Bull. civ.*, IV, n°467, p. 373; J. NORMAND, *R.T.D.Civ.*, 1997, p. 464; J. VAN COMPERNOLLE «Le juge et le fondement du litige», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n°8: «*il appartient au juge de définir l'objet du litige dont il est saisi et de restituer aux conclusions des parties leur véritable portée juridique*»; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen...», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 537, n°51.

<sup>155</sup> Cass., 19 juin 2000, *A.C.*, 2000, 1145; *R.W.*, 2001-2002, 375. Sur cet arrêt, voy. V. VANNES, « Le rôle du juge dans le contentieux social », in *Espace judiciaire et social européen* (sous la dir. de G. de Leval et J. Hubin), Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 391-392, n°47.

<sup>156</sup> Cass., 13 juin 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 406. Dans ses concl. précéd. Cass., 5 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, spéc. p. 1351, n°3 (et la note (5)), M. l'Avocat général J. SPREUTELS oppose, à juste titre, cet arrêt à la définition de l'objet qu'il fait sienne (à juste titre à nouveau), et selon laquelle l'objet «*est ce à quoi le demandeur prétend avoir droit. C'est la chose demandée, la prétention de celui qui introduit la demande, ce qu'il souhaite voir décider par le juge*». M. SPREUTELS poursuit, à raison toujours, que lorsqu'une demande tend au paiement d'une somme d'argent, l'objet de cette demande coïncide avec le montant de la somme réclamée

*conceptualisation de la chose demandée sous une catégorie juridique – ‘arriérés de rémunération’ au lieu de ‘dommages-intérêts’ – rentre, sensu stricto, dans la notion d’objet »<sup>157</sup>.*

N'est-ce pas la part du juge, et sa responsabilité propre, que de doter la prétention de la qualification juridique adéquate, pourvu qu'il s'en tienne au résultat factuel revendiqué par le demandeur ?<sup>158</sup> *Iura novit Curia.*

En termes d'image et d'efficacité de la Justice, il ne paraît pas convenable qu'une prétention intrinsèquement juste soit déboutée pour le seul motif – extrinsèque au droit – que son auteur n'a pas présenté le bon sésame juridique. Car songeons-y : l'autorité de chose jugée de cette décision ne s'étendant qu'à la qualification juridique visée et rejetée par le juge, rien n'empêchera le justiciable éconduit de saisir les tribunaux d'une demande autrement libellée<sup>159</sup>. Le moins que l'on puisse dire est que cette conception et les conséquences qu'elle induit, desservent le principe émergent d'économie des procédures<sup>160</sup>.

Aussi le temps nous paraissait-il venu que la Cour de cassation songe à repenser sa définition de l'objet de la demande, et en particulier à questionner la pertinence de l'identification de cette notion à l'habillage juridique donné à la prétention par les parties<sup>161</sup>.

Peut-être ce revirement était-il d'ailleurs, déjà, en gestation...

#### B. LES PREMISSES D'UN REVIREMENT AU PROFIT D'UNE DEFINITION FACTUELLE DE L'OBJET

60.- Deux autres tendances jurisprudentielles, concurrentes à celle – contestable -, qu'illustrent les arrêts précités des 13 juin 1994, 19 juin 2000 et 8 février 2001, donnent à penser que la Cour pourrait abandonner sa conception juridique de l'objet.

61.- Spécialement pour ce qui concerne la demande en paiement de rémunérations en souffrance (qui comme on le sait est indexée à une question de prescription : *supra*, n°40), on ne peut manquer de mettre en exergue la jurisprudence qui se dégage d'un arrêt qu'elle a rendu le 31 janvier 1980, sur les conclusions conformes du Procureur Général DUMON<sup>162</sup>. L'éminent magistrat rappelle qu'une « demande tendant à une condamnation, qui révèle nécessairement l'existence d'une infraction et qui donc se fonde sur un fait révélant celle-ci, est soumise à la prescription de l'action publique relative à cette infraction même si le demandeur invoque à l'appui de sa demande un contrat et même si tant ce contrat que l'infraction peuvent en constituer le fondement. En revanche, une condamnation résultant d'une demande d'indemnités ou de dommages-intérêts, qui est ou peut être étrangère à l'existence d'une infraction et qui donc ne révèle pas celle-ci, ne saurait être soumise qu'à la prescription du droit civil, social, commercial ». La Cour suivit son Procureur Général et décida que « la circonstance que le demandeur invoquait que ledit comportement du défendeur avait aussi constitué un manquement à ses obligations contractuelles ne pourrait avoir pour effet de permettre au juge de faire abstraction du fait que la demande se fondait, en réalité, sur ledit délit et, même si le demandeur invoquait comme fondement de sa

<sup>157</sup> J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 537, n°51. Dans le même sens, critiquant également les arrêts commentés au texte, voy. Fr. GEORGES et O. CAPRASSE, « Responsabilité du gérant... », *o.c.*, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 721-724 ; M. STORME, « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. Linsmeau et M. Storme), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1999, p. 13, n°2 ; PH. THION, « De kwalificatie van oorzaak... », *o.c.*, *N.j.W.*, 2003, pp. 732-734, n°20-25. Comp. B. MAES, "De bepaling van het voorwerp...", *o.c.*, in *Le rôle respectif du juge et des parties*, *I.c.*, p. 54, n°6.

<sup>158</sup> G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, *o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 35, n°18.

<sup>159</sup> Cass. fr., 3 juin 1994, *D.*, 1994, J., p. 395, concl. av. gén. JEOL.

<sup>160</sup> PH. BLONDEL, « Le juge et le droit », in *Le Nouveau Code de Procédure civile : vingt ans après, Paris, La documentation française*, 1998, pp. 156-157 ; G. BOLARD et P. DRAI, « Justice rapide, justice hâtive. Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », *J.C.P.*, 1997, I, 4961.

<sup>161</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, *I.c.*, pp. 166 et s., nn°s 25 et s., dans le même sens, A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 131-139 ; R. CAPART, « La prescription de la demande en paiement de rémunérations », *J.T.*, 2006, pp. 452-454.

<sup>162</sup> Cass., 31 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 622, concl. Proc. Gén. F. DUMON.

*demande la convention qu'il avait conclue avec le défendeur, de décider que n'était pas applicable le délai de prescription prévu par la loi du 17 avril 1878, mais bien celui prévu par le droit civil [...] ; que ce fait ne perd pas son caractère délictueux en raison de ce qu'il constitue en même temps la violation d'un contrat ».*

On voit qu'ici, le juge ne peut, pour apprécier la prescription de l'action, s'arrêter au fondement juridique qui lui est donné par le demandeur. Il lui appartient au contraire de s'attacher au « fait » (infractionnel) qui « fonde » la prétention et que celle-ci « révèle ». On cherchait en vain ce qui aurait expliqué qu'il ait dû en aller différemment lorsque ce même juge entreprenait d'identifier l'objet de la demande aux fins, cette fois, de mesurer l'étendue de ses pouvoirs juridictionnels ? La conception factuelle de l'objet qui se dégage de l'arrêt du 31 janvier 1980 n'était tout simplement pas compatible avec les arrêts des 13 juin 1994 et 19 juin 2000<sup>163</sup>, qui, eux, s'en tenaient à une conception juridique de l'objet aux fins, identiques, d'appliquer le régime idoine de prescription de l'action.

62.- D'émergence plus récente et infiniment plus spectaculaire, la seconde tendance jurisprudentielle donnant à penser que la Cour allait sans tarder abandonner la conception juridique et contre-performante de l'objet de la demande, n'était autre que celle qui l'a amenée à définitivement condamner, de manière étincelante (voy. *supra*, n°50), la conception juridique de l'autre élément constitutif de la prétention : la cause. Les débats et controverses portant sur la cause et sur l'objet avaient toujours été étroitement imbriqués. Les motifs et considérations jadis avancés au soutien de la thèse préconisant l'incorporation à la cause de la qualification juridique des faits coïncidaient trait pour trait avec l'argumentaire de la thèse assimilant l'objet de la prétention à sa qualification juridique par le demandeur, cette démarche conduisant du reste les tenants de ces deux thèses à souvent confondre cause et objet<sup>164</sup>. Sachant au demeurant la corrélation qu'entretiennent les notions mêmes de cause et d'objet<sup>165</sup>, on n'imaginait guère que la Cour ait pu, à la plus grande satisfaction de tous, persister dans sa nouvelle définition – factuelle de la cause, tout en maintenant une définition juridique de l'objet. Il serait résulté une manière proprement schizophrénique, et pour tout dire impraticable, d'exercer la fonction de juge.

Il était dès lors permis de former le vœu, voire le pari, que la Cour de cassation allait prendre à cœur d'aligner rapidement sa définition de l'objet sur celle aux termes de laquelle elle appréhende désormais la cause et l'articulation corrélatrice des pouvoirs respectifs du juge et des parties<sup>166</sup>.

### C. LE REVIREMENT

63.- L'espèce est désormais familière puisqu'il s'agit du paradigme de la controverse : plus d'un après la rupture du contrat de travail, un employé assigne son ancien employeur en paiement de sommes dues en vertu dudit contrat.

Se voyant opposer la prescription annale de sa demande sur la base de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978, le « demandeur donne alors un fondement délictuel à son action en se basant sur la (prétendue) infraction de non-paiement de la rémunération et invoque une prescription de cinq ans en vertu de l'article 26 du titre préliminaire du Code (de procédure pénale) ».

<sup>163</sup> Dans le même sens que ces deux arrêts, voy. ég. Cass., 9 septembre 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 457 ; Cass., 2 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 477

<sup>164</sup> Voy. à ce propos B. MAES, « De bepaling van het voorwerp... », *o.c.*, in *Le rôle respectif du juge et des parties...*, *I.c.*, pp. 50 et suiv. ; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *o.c.*, pp. 13-22 et pp. 96-113 ; PH. THION, « Kwalificatie van oorzaak... », *o.c.*, *N.J.W.*, 2003, pp. 732-733, nn°s 20-24 ; J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *o.c.*, pp. 229 et suiv., nn°s 225 et suiv.

<sup>165</sup> Pour plus de détails quant à ce, voy. F. RIGAUX, « L'objet et la cause... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 244, n°13 ; J. VAN COMPENOLLE, « Le juge et le fondement du litige... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 18, n°7 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Les pouvoirs respectifs... », *R.G.D.C.*, 2002, p. 448, n°10 ; J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *o.c.*, pp. 221 et suiv., nn°s 213 et suiv.

<sup>166</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, *I.c.*, pp. 166 et s., nn°s 25, auquel les développements qui suivent sont empruntés ; A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 131-139. R. CAPART, « La prescription de la demande en paiement de rémunérations », *J.T.*, 2006, pp. 452-454

Aux termes d'un premier arrêt du 16 octobre 2003 rouvrant les débats, la Cour du travail de Liège énonce que « *même en donnant une base délictuelle à son action, (le demandeur) continue à réclamer à (la défenderesse) le paiement de la rémunération pour des heures supplémentaires (prétendues), à majorer des intérêts légaux en vertu de la loi sur la protection de la rémunération, et la délivrance des documents sociaux correspondants, c'est-à-dire l'exécution d'obligations contractuelles et non la réparation du dommage subi par l'infraction invoquée. Le conseil (du demandeur) l'a encore confirmé à la fin de sa plaidoirie à la demande expresse de la cour (du travail), ce qui fut acté au procès-verbal d'audience. Selon la Cour de cassation, le juge ne peut faire application de la prescription de l'article 26 de la loi du 17 avril 1878 (contenant le) titre préliminaire du Code (de procédure pénale) à une action qui, née du contrat de travail, tend à l'exécution d'obligations contractuelles (Cass., 13 juin 1994, Bull., 1994, 580 ; Cass., 12 octobre 1998, Bull., 1998, 1024 ; Cass., 9 septembre 2002, J.T.T., 2002, 457) ».*

Fidèle à la jurisprudence de la Cour de cassation, rappelée dans ce premier arrêt et commentée ci-dessus (*supra*, n°57), la Cour du travail de Liège rejette la prétention du demandeur aux termes d'un second arrêt, du 17 août 2004, fondé sur les motifs suivants : « *En ce qui concerne la problématique juridique dont la cour (du travail) est saisie dans le cadre du présent litige, la Cour de cassation a décidé le 13 juin 1994 dans un premier arrêt que la demande basée sur un délit doit tendre à la réparation du dommage et non à l'exécution forcée d'obligations contractuelles (Cass., 13 juin 1994, J. T. T., 1994, 406). En analysant cet arrêt, le professeur F. Kefer, éminent expert en la matière, conclut que 'le travailleur qui réclame des arriérés de rémunération sur une base contractuelle et qui désire modifier le fondement de sa demande, et donc introduire une action délictuelle dans le but de bénéficier du délai quinquennal de prescription, ne peut se contenter de modifier le fondement de sa demande ; il doit également modifier l'objet de celle-ci et ne plus réclamer d'arriérés de rémunération mais bien l'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement de celle-ci'. Elle poursuit, en citant le professeur Clesse, autre auteur de réputation, que, 'lorsque le salarié n'a pas qualifié sa demande mais que celle-ci fait apparaître l'existence d'une infraction - par exemple le non-paiement d'une prime de fin d'année -, le juge peut donner à cette action le fondement le plus adéquat et appliquer le délai quinquennal de prescription. Cependant, dans cette hypothèse, si le travailleur n'a pas lui-même modifié l'objet de sa demande, le juge ne pourra, sans violer le principe dispositif, octroyer au travailleur la réparation de son préjudice' (F. Kefer, 'La prescription de l'action délictuelle en droit du travail après la loi du 10 juin 1998', Rev.dr. soc., 1999, 245-246, et les références y citées). Ces deux auteurs confirment leur analyse dans leur article commun 'La prescription extinctive en droit du travail' (J. T. T., 2001, 204). Le 2 avril 2001, la Cour de cassation a encore arrêté que, si le travailleur n'a pas demandé l'indemnisation de son dommage mais l'exécution d'une prestation contractuelle, la cour du travail ne peut, sous peine de violer les règles relatives à la prescription, appliquer l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale en lieu et place de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 (Cass., 2 avril 2001, J.T.T., 2001, 477). Cette jurisprudence est suivie par les juridictions du fond et notamment par la cour (du travail) de céans (C.T. Liège, 19 mars 2001, J.T.T., 2002, 98 ; C.T. Liège, 18 juin 2001, R. G. n ° 28.496/99, inédit). Dans un arrêt encore plus récent, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence selon laquelle le juge ne peut faire application de la prescription de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale à une action qui, née du contrat de travail, tend à l'exécution d'obligations contractuelles (Cass., 9 septembre 2002, J.T.T. , 2002, 457). Sur la base de l'argumentation précitée, que la cour (du travail) de céans fait sienne, l'appel, en ce qu'une base délictuelle est donnée à l'action originale, est non fondé ».*

Le travailleur se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts de la Cour du travail de Liège. Force est de constater qu'il a contre lui une jurisprudence – apparemment...- constante de la Cour suprême (*supra*, n°57).

Et pourtant...

Première surprise : M. le Procureur Général Jean-François LECLERCQ, alors premier avocat général, invite, à juste titre selon nous, la Cour à casser les arrêts attaqués. Aux termes de ses conclusions, l'éminent magistrat énonce en effet que « *lorsque le non-paiement de la rémunération pour les heures supplémentaires constitue une infraction, le travailleur peut intenter une action en réparation du dommage causé par cette infraction, la réparation du préjudice subi fût-elle le paiement de la rémunération due elle-même et même si, dès lors, le non-paiement de cette rémunération constitue également la violation d'une obligation résultant du contrat de travail ; cette action est prescrite suivant les dispositions prévues par la loi contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale. La raison en est tout simplement qu'on n'aperçoit pas ce qui s'oppose à la réclamation de la réparation d'un tel préjudice... Dès lors, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'arrêt de votre Cour du 12 octobre 1998 rendu dans la même affaire entre les mêmes parties ».*

Deuxième surprise, révélée par les conclusions de M. LECLERCQ : l'arrêt du 12 octobre 1998, rendu dans la même affaire et entre mêmes parties. Reconnaissons-le sans détour : cette décision – pour le moins dissonante, nous avait échappé, ainsi qu'à tous les autres commentateurs de la question. Il est vrai que qu'elle n'avait guère reçu la publicité qu'elle aurait mérité<sup>167</sup>. Il reste qu'aux termes de cet arrêt du 12 octobre 1998, prononcé en la même cause, la Cour de cassation avait déjà dit pour droit, en contrariété avec tous les autres arrêts qu'elle avait rendus ou allait rendre sur la même question (*supra*, n°57), qu' « en vertu de l'article 26 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale [...] s'applique à toute demande tendant à une condamnation qui se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction, lors même que ces faits constituent également un manquement aux obligations contractuelles du défendeur et que la chose demandée consiste en l'exécution de ces obligations ».

Cette décision s'inscrivait frontalement à contre-courant de la jurisprudence antérieure et future de la Cour (*supra*, n°57).

Par un curieux paradoxe, la Cour du travail de Liège a donc suivi cette jurisprudence constante, tout en contredisant – ce faisant – le point de droit tranché par l'arrêt isolé du 12 octobre 1998 qui lui avait renvoyé la cause après cassation.

Dans ces circonstances, la cause devait être portée devant les chambres réunies de la Cour de cassation, en vertu de l'article 1119, al. 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire.

Le fruit était mûr, on l'a dit, pour que la Cour, *a fortiori* siégeant de la sorte, abandonne sa jurisprudence quasi-constante, et réaffirme la solution inaperçue de son arrêt du 12 octobre 1998.

Suivant les conclusions, précitées, de M. LECLERCQ<sup>168</sup>, c'est ce qu'elle fit par son arrêt du 23 octobre 2006<sup>169</sup>.

Exit la conception juridique de l'objet !

64.- Les conséquences ce revirement seront assurément spectaculaires, comme le furent celles, pour la cause, de l'arrêt du 14 avril 2005. Les premières retombées concerneront forcément le paradigme de la controverse et seront doubles. Il y a tout d'abord que le juge devra, dans le respect du contradictoire (*infra*, n°87) et sous la réserve d'accords procéduraux exprès (*infra*, n°68 et s.), appliquer d'office la prescription quinquennale de l'action civile née de l'infraction sans se tenir lié par l'habillage juridique maladroitement proposé par le travailleur, et pour autant évidemment que les éléments constitutifs de l'infraction de non-paiement de la rémunération soient vérifiés<sup>170</sup>.

Il se trouve ensuite que le travailleur sur rendant compte lui-même de son erreur d'habillage pourra la rectifier en cours de procédure au bénéfice de l'effet interruptif de la prescription produit par sa demande originaire, qu'il se borne ce faisant à requalifier juridiquement (art. 807, C. jud., *a contrario*)<sup>171</sup>.

A n'en pas douter, la portée de ce revirement majeur excédera la portée du paradigme qui en fut l'occasion. De manière tout à fait générale, il désormais acquis que l'habillage juridique donné à l'objet ne s'incorpore pas à celui-ci, en sorte que, pourvu qu'ils s'en tienne au résultat factuel postulé (*supra*, n°58), le juge peut (doit, selon nous) modifier d'office cet habillage juridique tout autant que le demandeur lui-même qui, en raison de ce recalibrage, ne peut être regardé comme introduisant une demande nouvelle.

<sup>167</sup> Cass., 12 octobre 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 958 ; *Bull.*, 1998, p. 1024 ; *R.W.*, 1998-1999, p. 1419 (abrégé).

<sup>168</sup> Lesquelles n'évoquent pas la controverse alimentée par les nombreux autres arrêts de la Cour.

<sup>169</sup> Cass. (ch. réun.), 23 oct. 2006, S.050010.F. concl. Proc. Gén. J.-Fr. LECLERCQ (alors Prem. av. gén.) ; à paraître in *R.R.D.*, 2007, avec l'excellente note R. CAPART, « La Cour de cassation consacre la conception factuelle de l'objet de la demande ». Au sujet de cet arrêt, voy. ég. *Rapport de la Cour de cassation*, 2006, éd. du Moniteur belge, 2007, p. 99.

<sup>170</sup> Cass., 3<sup>e</sup> ch., 25 octobre 2004, *R.G.*, n° S.99.0190.F, *www.cass.be* ; Cass., 19 octobre 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 229, note A. DE NAUW, « Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction ».

<sup>171</sup> Voy. en ce sens et sur les liens entre l'office du juge et le jeu des demandes incidentes, R. CAPART, « La prescription de la demande en paiement de rémunérations », *J.T.*, 2006, pp. 452-454 ; du même auteur, « La Cour de cassation consacre la conception factuelle de l'objet de la demande en justice », note sous Cass. (ch. réun.), 23 oct. 2006, à paraître in *R.R.D.*, 2007.

## D. LA RECEPTION ET LA CONFIRMATION DU REVIREMENT

65.- Apparemment, les juridictions de fond ont déjà réservé bon accueil à l'arrêt du 23 octobre 2006.

Se prévalant de l'enseignement nouveau qui s'en dégage, un arrêt inédit prononcé le 13 décembre 2006 par la Cour du travail « *retient qu'il incombe au juge qui, en examinant la demande qui lui est soumise, relève que les faits invoqués à l'appui de la demande peuvent révéler l'existence d'une infraction, de soulever d'office le moyen de la prescription de l'action civile résultant d'une infraction et d'examiner ce moyen de prescription de façon prioritaire, même si ces faits constituent aussi un manquement contractuel et même si la chose demandée consiste dans l'exécution d'obligations contractuelles* »<sup>172</sup>.

66.- Voici qui augure bien de la pérennité de cet important revirement. Celle-ci paraît d'autant plus vraisemblable que la Cour de cassation a confirmé son changement de cap.

Aux termes d'un premier arrêt du 22 janvier 2007, la Cour reprend les attendus de principe de ses arrêts des 12 octobre 1998 et 23 octobre 2006, puis énonce sans aucune ambiguïté que le juge qui, constatant que les sommes réclamées par le travailleur au titre d'heures supplémentaires résultent, de la part de son ancien employeur, d'infractions de non-paiement de la rémunération, apprécie d'office la prescription de l'action à l'aune de l'article 26 du titre préliminaire du Code procédure pénale, ne modifie pas l'objet de cette action, ni donc ne viole le principe dispositif et l'article 1138, 2°, du Code judiciaire<sup>173</sup>.

Aux termes d'un second arrêt du même jour, la Cour énonce que manque en droit le moyen soutenant que la demande en paiement d'arriérés de rémunération reste une action contractuelle soumise à la prescription annale de l'article 15 de la loi sur le contrat de travail alors pourtant que le travailleur fonde expressément cette action sur l'infraction de non-paiement de ces rémunérations. Le même arrêt poursuit que le juge qui alloue à ce travailleur le montant brut des rémunérations réclamées se borne, comme le postule l'intéressé, à réparer en nature le dommage causé par ladite infraction et, ce faisant, ne modifie point l'objet de sa prétention ni ne viole le principe dispositif<sup>174</sup>.

## E. ETENDRE LE REVIREMENT AU PROFIT DU JUGE STATUANT SUR SA COMPETENCE

67.- Nul n'ignore que ce n'est point seulement sur le terrain de l'examen du fondement de la demande que la Cour de cassation interdit au juge de modifier la qualification juridique de l'objet de la prétention.

Adoptant depuis 1978 un enseignement selon nous contestable, la Cour de cassation<sup>175</sup> considère que le juge doit limiter le contrôle de sa compétence à la présentation donnée par le demandeur à l'objet du litige, quand bien même cette qualification serait contestable et contestée, le défendeur soulevant à cet égard, un déclinatoire de compétence.

<sup>172</sup> C.T. Liège, 5<sup>e</sup> ch., 13 décembre 2006, R.G. n° 34.001/06, inédit.

<sup>173</sup> Cass., 22 janvier 2007, S.04.0165.N.

<sup>174</sup> Cass., 22 janvier 2007, S.04.0088.N. et S.04.0169.N.

<sup>175</sup> Cass., 8 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 29 ; Cass., 19 décembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 281, concl. Proc. Gén. E. KRINGS (jurisprudence constante : voy. encore Cass., 21 octobre 1996, *Pas.*, I, p. 1011 et Cass., 30 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 552.

La doctrine<sup>176</sup> considère qu'outre qu'elle repose sur une dissociation injustifiée de l'objet de la demande par rapport aux autres critères retenus par l'article 9 du Code judiciaire, la thèse adoptée par la Cour de cassation contredit (en les privant d'intérêt) les dispositions de l'article 660 du Code judiciaire qui dispose que la décision sur la compétence lie le juge auquel la demande est renvoyée "*tous droits d'appréciation saufs sur le fond du litige*". Cette disposition implique - à peine de n'avoir aucun sens - que le juge de la compétence puisse prendre connaissance du fond et déterminer la juridiction de renvoi en ayant égard à l'objet réel du litige.

A présent que la Cour est, pour ce qui concerne le jugement de la demande, fermement acquise à la conception factuelle de l'objet (*supra*, n°63) l'on peut aussi sérieusement se demander si cette jurisprudence conserve quelque justification pertinente.

Fabienne Bouquelle a très bien montré que la définition de l'objet était une et indivisible, en ce sens que la conception que l'on s'en fait à l'endroit des pouvoirs du juge quant à l'appréciation du bien-fondé de la demande devrait nécessairement correspondre à celle qui préside à l'appréciation, par ce même juge, à l'appréciation de sa compétence matérielle. L'auteur écrit à juste titre que « si l'on considère que le juge doit déterminer sa compétence d'après l'objet réel du litige et non d'après l'objet du litige tel que la demanderesse l'a déterminé, on admet nécessairement que le juge puisse écarter la qualification juridique attribuée par le demandeur à l'objet de sa demande. Ceci suppose que cette qualification ne fasse pas partie de l'objet de sa demande »<sup>177</sup>.

Ce qui, pour l'auteur, n'était encore qu'une supposition<sup>178</sup>, est aujourd'hui réalité : le revirement opéré par l'arrêt du 23 octobre 2006 appelle logiquement le renversement de la jurisprudence selon laquelle le juge appréciant sa compétence doit s'en tenir à la qualification juridique donnée par le demandeur à l'objet de sa prétention.

### 3. A PROPOS DES ACCORDS PROCÉDURAUX

68.- Le principe dispositif retrouve toute sa vitalité au travers des accords procéduraux conclus par les parties. Par le biais de ces accords, les plaideurs font un usage simultané et convergent de leurs libertés en vue de lier le juge. Ainsi, nul n'a jamais contesté que le principe dispositif induit dans le chef du juge un devoir de tenir compte, et une interdiction corrélative de contester, un fait «*sur la réalité duquel s'accordent les parties en cause*»<sup>179</sup>. Ce qui vaut pour le fait vaut également pour le droit: il est constant que, sous réserve de l'ordre public (et encore... : *infra*, n°111 et s.) et pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent lier le juge par les qualifications et points de droit sur lesquels elles souhaitent cadenciser le débat<sup>180</sup>.

<sup>176</sup> J. VAN COMPERNOLLE, *in J.T.*, 1988, p. 25 ; G. DE LEVAL, obs. sous Trib. arrond. Liège, 27 mars 1980, *J.L.M.B.*, 1980, p. 195 ; A. KOHL, *in J.T.*, 1983, p. 389 et *in J.T.*, 1986, p. 281 ; A. FETTWEIS *in T.P.R.*, 1980, p. 135 ; J. LAENENS, *in R.W.*, 1978-1979, col. 960 ; J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG, A. DECRÔES, O. MIGNOLET et B. BEELDENS, « Les avatars de l'article 660 du Code judiciaire », *in Mélanges Jacques van Compennolle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, ici spéc. pp. 783 et s. *Adde*, au sujet de cette controverse, F. BOUQUELLE, « Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande », *Chron. D.S.*, 2004, pp. 549-552.

<sup>177</sup> F. BOUQUELLE, « Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande », *Chron. D.S.*, 2004, p. 549.

<sup>178</sup> Supposition que l'auteur, au vu de la jurisprudence d'alors de la Cour de cassation, avait écartée pour conclure au maintien de l'enseignement selon lequel le juge, appréciant sa compétence, devait s'en tenir à la qualification juridique proposée par le demandeur. Dans le même sens, voy., toujours avant l'arrêt du 23 octobre 2006, Trib. trav. Mons (4<sup>ème</sup> ch.), 18 septembre 2006, R.G. n°11.514/04/M\*, inédit.

<sup>179</sup> F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, o.c., p. 47, n°32; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, o.c., spéc., n°81.

<sup>180</sup> A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., éd. 1987, p. 68, n°59, p. 78, n°62 et p. 81 W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen», note sous Cass., 10 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, p. 2218; A. MEEUS, «La notion de loi impérative...», o.c., *R.C.J.B.*, 1986, p. 523, n°27; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, o.c., p. 202, n°128; H. BOULARBAH, «La cause...», o.c., *I.c.*, p. 143, n°56; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, o.c., nn°s 95 et suiv.; A. FETTWEIS, «Da mihi factum...», o.c., *I.c.*, p. 181; J. VAN COMPERNOLLE, o.c., *R.C.J.B.*, 1982, p. 34; A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problematiek van de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid», *R.W.*, 1985-1986, p. 907; Proc. Gén. E. KRINGS (alors av. gén.), concl. précéd. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, spéc. p. 71; O. CAPRASSE et F. GEORGES, o.c., *J.L.M.B.*, 1999, p. 728, n°43 *in fine*; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *in Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10.

## A. LA QUESTION

69.- Cet aspect classique du principe dispositif serait finalement resté assez constant et anodin si ne s'était pas posée, au prix d'un débat très animé, la question de la *nature* des accords susdits. Avec cette question, les certitudes se dissipaient. S'agissait-il nécessairement d'accords exprès ou d'accords implicites (déduits de l'absence de protestation formelle de l'adversaire sur le fait allégué ou sur la règle proposée) suffisent-ils ? La question était, jusqu'il y a peu, éminemment discutée<sup>181</sup>.

La controverse est désormais – et heureusement – tranchée.

## B. LA REPONSE : EXIGENCE D'UN ACCORD PROCEDURAL EXPRES

70.- Nous avons tenté de démontrer<sup>182</sup> que si devait prévaloir la thèse de l'accord tacite, promue par la plupart des tenants de la conception juridique de la cause, la problématique même, et avec elle tous les discours tenus à son endroit et les avancées historiques récemment opérées par la Cour de cassation (*supra*, n°50 et s. et n°63 et s.), perdrait toute raison d'être. Il faut insister sur l'idée suivante: la théorie de la cause et la controverse qui l'affecte, s'intéressent aux pouvoirs revenant au juge confronté à la possibilité de résoudre le litige par le biais d'un raisonnement juridique inexprimé par les parties ; si l'on pose qu'il suffit que l'une d'elles observe le silence sur les bases proposées par son adversaire pour que le juge s'interdise de mettre en oeuvre ce raisonnement juridique alternatif, il n'y a plus ni théorie de la cause (et de l'objet), ni controverse. Il n'y a plus non plus beaucoup de sens à s'interroger sur la mission juridictionnelle, voire l'utilité même du juge dans la Cité deviendrait sujette à caution<sup>183</sup>. Il eût été étonnant que la Cour de cassation tint pareil langage.

71.- Une analyse minutieuse de sa jurisprudence révélait au contraire, dès avant le revirement historique opéré par les arrêts des, 18 novembre 2004, 14 avril 2005 et 16 mars 2006, qu'elle consacrait nécessairement la thèse de l'accord exprès.

Il y avait d'abord que toutes les figures de la technique de cassation, à commencer par le principe même de la recevabilité du moyen de pur droit et de la pratique de la substitution de motifs, accréditent l'idée que les pouvoirs et devoirs du juge ne sont neutralisés qu'en présence d'accords

<sup>181</sup> En faveur d'un accord tacite, déduit du seul silence des parties, et suffisant à lier le juge : A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «De ambtshalve aanvulling...», *o.c.*, *R.W.*, 1985-1986, p. 907; H. BOULARBAH, «La cause...», *o.c.*, pp. 143-145, n°56 (qui fonde une partie essentielle de sa démonstration sur l'interdiction faite au juge d'élever une contestation qui, au vu de la confrontation des écrits de procédure, aurait été implicitement exclue par les parties); E. KRINGS et B. DECONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *o.c.*, *T.P.R.*, 1982, p. 677, n°29 ; F. RIGAUX, «La scission du fait et du droit...», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 43, n°12 (voy. cependant, ci-après, l'opinion selon nous contraire défendue antérieurement par le même auteur); S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10. En faveur d'un accord tacite, déduit du seul silence des parties, et suffisant à lier le juge : A. VAN OEVELEN et E. DIRIX, «De ambtshalve aanvulling...», *o.c.*, *R.W.*, 1985-1986, p. 907; H. BOULARBAH, «La cause...», *o.c.*, pp. 143-145, n°56 (qui fonde une partie essentielle de sa démonstration sur l'interdiction faite au juge d'élever une contestation qui, au vu de la confrontation des écrits de procédure, aurait été implicitement exclue par les parties); E. KRINGS et B. DECONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *o.c.*, *T.P.R.*, 1982, p. 677, n°29 ; F. RIGAUX, «La scission du fait et du droit...», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 43, n°12 (voy. cependant, ci-après, l'opinion selon nous contraire défendue antérieurement par le même auteur); S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10. *Contra*, exigeant à juste titre un accord procédural exprès, A. FETTWEIS, *Manuel...*, *o.c.*, éd. 1987, p. 78, n°62 et p. 81, J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n°31; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond...», *o.c.*, *R.W.*, 1985-1986, p. 2218 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, p. 202, n°128 ; F. RIGAUX, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 252, n°28 ; L. DU CASTILLON, «Le rôle du juge par rapport aux exceptions...», *o.c.*, *I.c.*, p. 159, n°; A. MEEUS, «La notion de loi impérative...», *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 518, n°22 et p. 523, n°27 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *o.c.*, nn°s 100-101 ; F. GEORGES et O. CAPRASSE, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 1999, p. 728, n°43 *in fine* ; PH. THION, « Variatie op hetzelfde thema... », *o.c.*, *P.&B./R.D.J.P.*, 2002, p. 214, n°5, note (20); du même auteur, «De kwalificatie van oorzaak...», *o.c.*, *N.j.W.*, 2003, p. 729, n°7 *in fine*.

<sup>182</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *o.c.*, n°476, nn°s 540-543, 733-737, 747-754 et 1024-1036.

<sup>183</sup> Adde, dans notre sens, A. Fettweis, « Le rôle du juge actif... », in *Au-delà de la loi ?*, *I.c.*, pp. 150 et s.



manifestant sans ambiguïté la volonté commune et certaine des parties d'éviter le moyen de droit qui, sans cela, s'offrirait à l'initiative (selon le cas obligatoire ou facultative) du juge.

Toujours à l'appui de la thèse de l'accord exprès, l'on pouvait ensuite épingle un arrêt, très éclairant, du 21 mars 1986.

Un immeuble subit un incendie dont l'extinction endommage l'habitation voisine. Les propriétaires de celle-ci assignent leur voisin sur le fondement de l'article 544 du Code civil, formant le siège de la théorie des troubles de voisinage. La Cour d'appel d'Anvers leur donne gain de cause par application de l'article 1384, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil. La Cour de cassation casse sa décision. Dans les motifs de son arrêt, une attention particulière doit être portée à la manière dont la Cour sélectionne et reproduit les extraits des conclusions prises par les parties devant les juges du fond. La Cour relate que *"dans leurs conclusions devant le premier juge, les défendeurs faisaient explicitement valoir qu'ils fondaient leur demande sur l'article 544 du Code civil"*, que *"dans ses premières conclusions [d'appel], la demanderesse soutenait, entre autres, que l'article 1384 du Code civil ne pouvait constituer le fondement juridique de la demande des défendeurs"*. La Cour constate également qu'*"à cet égard, dans leurs conclusions additionnelles, les défendeurs ont, en degré d'appel, fait valoir, comme ils l'avaient déjà fait devant le premier juge, qu'ils basaient leur demande sur l'article 544 du Code civil"*, et enfin que *"dans ses secondes conclusions, la demanderesse y répond en constatant que 'les (défendeurs) affirment dans leurs conclusions qu'ils fondent leur demande uniquement sur l'article 544 du Code civil'"*. Au vu des termes du débat retracé par ces constatations, la Cour considère qu'*"ainsi les conclusions des parties indiquent que celles-ci sont convenues de limiter leur contestation à l'application du seul article 544 du Code civil"*, et décide qu'*"en appliquant d'office l'article 1384 du Code civil, l'arrêt viole le principe général du droit en vertu duquel, en matière civile, le pouvoir de disposer de l'action appartient aux parties (principe dispositif)"*<sup>184</sup>.

Nous ne pouvons partager l'opinion selon laquelle cet arrêt est de ceux où la Cour se contenterait d'un accord tacite, défini comme l'absence de protestation<sup>185</sup>. On ne peut perdre de vue qu'un accord exprès se forme par la rencontre de deux volontés exprimées clairement, mais qu'il n'est nullement requis que l'accord lui-même soit constaté par une *instrumentum* unique<sup>186</sup>. En droit du procès comme en droit des obligations, la rencontre des volontés expresses et concordantes s'apprécie souvent en confrontant l'offre et l'acceptation. Gardant ces règles à l'esprit, on mesure que, dans son arrêt du 21 mars 1986, la Cour a recherché et trouvé, dans la confrontation des conclusions des parties, l'existence d'un accord (les parties *"sont convenues de limiter leur contestation"*) exprès sur un point de droit déterminé. Elle s'attache en effet à souligner que 1°/ les défendeurs en cassation s'étaient expressément, et exclusivement, fondés sur l'article 544 du Code civil, 2°/ le demandeur en cassation avait exclu que leur action puisse se baser sur l'article 1384 du même Code, 3°/ devant cette digression, les défendeurs avaient explicitement confirmé ne se fonder que sur l'article 544 du Code civil, 4°/ le demandeur en cassation avait souligné la persistance du choix des défendeurs. D'autre part, en ce qu'il procède à la confrontation systématique des écritures des deux parties à la recherche de ce que celles-ci ont *"convenu"*, l'arrêt rappelle opportunément que l'analyse des conclusions et intentions du seul demandeur ne suffit pas et qu'il faut être deux pour, de commun accord, exclure tel ou tel point de la contestation<sup>187</sup>.

<sup>184</sup> Cass., 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 916. La tendance dessinée par cet arrêt (accord exprès) a, plus récemment, été renforcée par Cass., 13 janvier 2003, S.0100179.F., invoqué par J. DU JARDIN, "Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *o.c.*, *J.T.*, 2003, p. 623, n°4.5 *in fine*. L'arrêt casse la décision attaquée aux motifs qu'elle ne lui permet pas, à raison de l'imprécision de ses motifs, de vérifier si les juges d'appel ont, ou non, soulevé une contestation exclue par les parties. Il importe ici de souligner que la Cour s'attache à constater, et à énoncer, que le moyen (de fait en l'occurrence) avait été **expressément et conjointement** exclu par les deux parties au litige, ainsi que cela résultait de leurs conclusions.

<sup>185</sup> Opinion exprimée par H. BOULARBAH, *in* "La cause...", *o.c.*, *I.c.*, p. 144, n°56.

<sup>186</sup> Cette précision apparente notre thèse à celle soutiennent A. FETTWEIS (*in* « Le rôle du juge actif... », *in Au-delà de la loi ?* », *I.c.*, pp. 151 et s.), ainsi que J. LINSMEAU et X. TATON, « Le principe dispositif et l'activisme du juge », *in Finalité et légitimité du droit judiciaire* (sous la dir. de J. Linsmeau et M. Storme), Bruxelles, La Chartre, p. 110, n°13. Seule une différence « cosmétique » nous sépare. Ces auteurs préfèrent parler d'accord « tacite pour autant qu'il soi certain », tandis que nous privilégions – pour exprimer très exactement la même idée – le concept d'accord exprès afin d'éviter tout amalgame trompeur avec la thèse – erronée – de l'accord tacite pur (*i.e.* la simple absence de contestation). Voy. du reste la judicieuse remarque de J. LINSMEAU et X. TATON, *o.c.*, *I.c.*, p. 110, n°13, note (40).

<sup>187</sup> *Contra*, S. MOSSELMANS, "Artikel 807 Ger. W.", *in Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10.

72.- Cet enseignement, que nous avons cru pouvoir déduire de l'arrêt du 21 mars 1986, allait trouver une confirmation étincelante.

Sur pied de l'article 319*bis* du Code des impôts sur le revenu de 1992, un service de recouvrement d'impôts enjoint à une banque de déférer sous astreinte à une demande tendant à l'obtention de renseignements portant sur la situation d'un contribuable. Excipant du secret profitant auxdits renseignements, la banque refuse d'accéder à cette requête. Les premiers juges font droit à cette argumentation et déboutent le fisc de sa demande. Au bénéfice d'une réouverture des débats, la cour d'appel invite les parties à s'expliquer sur l'applicabilité de l'article 877 du Code judiciaire, en vertu duquel le juge peut ordonner une production de documents et, ce faisant, se réserver d'apprécier le bien-fondé d'un refus déduit du caractère secret des documents litigieux. Dans ses conclusions subséquentes, l'Etat belge invite expressément la Cour d'appel à lui donner acte « *qu'il renonce à se prévaloir d'une éventuelle application de l'article 877 du Code judiciaire* ». Et les deux parties de plaider de conserver que l'application d'office de cette disposition légale méconnaîtrait un accord exprès intervenu entre elles et, par là-même, le principe dispositif. Pourtant, c'est par application de l'article 877 du Code judiciaire que les juges d'appel condamnent la banque à verser les documents litigieux aux débats.

Précédé des conclusions conformes de M. l'Avocat général HENKES, l'arrêt du 2 juin 2005 casse cette décision aux motifs que « *tant le défendeur que la demanderesse ont, en conclusions, demandé aux juges d'appel de trancher le litige sur la seule base de l'article 319bis du Code des impôts sur les revenus 1992 et ont exclu l'application de l'article 877 précité [...] les parties ayant expressément entendu limiter le débat à ce point de droit, les juges d'appel ne pouvaient, sans méconnaître le principe dispositif, décider de faire application de l'article 877 du Code judiciaire* »<sup>188</sup>.

Voilà donc consacrée, de manière selon nous certaine, la thèse de l'accord exprès promue par les tenants de la conception factuelle de la cause et qui, rappelons-le, est désormais la seule qui soit désormais compatible avec l'enseignement fondamental qui se dégage des arrêts des 14 avril 2005 et 16 mars 2006 pour la cause (*supra*, n°50 et s.), et du 23 octobre 2006 pour l'objet (*supra*, n°63 et s.).

73.- Les premières applications de cette thèse donnent à penser que les juridictions de fond l'ont parfaitement reçue.

La qualité de la fourniture d'un faisceau tubulaire de réserve oppose deux sociétés commerciales devant la Cour d'appel de Liège. Celle-ci rouvre les débats aux fins que les parties s'expliquent sur la question de savoir si, comme elle l'ont toujours soutenu, leur convention doit bien s'analyser comme une vente ?

Percevant l'enjeu de la question, l'une des parties soutient qu'un accord procédural exprès fut conclu entre parties, aux termes duquel le juge ne pourrait retenir d'autre qualification juridique que celle de la vente. Son adversaire se défend d'avoir jamais souscrit pareil accord.

La Cour d'appel énonce au préalable qu'« il faut [...] qu'il n'y ait aucun doute quant à l'intention des parties ». Forte de cette judicieuse prémisse, la Cour s'attache à épinglez des indices dont le faisceau (!) fournit le constat d'un accord exprès, exactement au sens où nous l'entendons. La Cour relève à cet égard que (1) l'analyse de la convention à l'aune des règles de la vente a non seulement été « acceptée » par l'adversaire, mais encore celui-ci a « invoqué à son profit le bénéfice » desdites règles ; (2) même si cet adversaire n'a « certes [...] jamais expressément rejeté le fondement du contrat d'entreprise, [...] il n'en demeure pas moins, que lorsque la question de l'examen du litige sous l'angle d'un contrat d'entreprise lui a été expressément posée par la cour à l'audience [...], [cette partie] a confirmé oralement ce qu'elle avait toujours soutenu par écrit : 'les parties ont toujours envisagé le litige sur la base du contrat de vente' et elle n'a pas demandé à être autorisée à prendre de nouvelles conclusions, fût-ce à titre subsidiaire ». La cour conclut, à juste titre selon nous, qu'« il doit être déduit des écrits de procédure des parties et de la réponse donnée à la question posée à l'audience [...] que les parties ont exclu la question de la qualification du relatif au faisceau tubulaire de la contestation », en manière telle que l'adversaire précité, « ne peut profiter de la réouverture des débats ordonnée pour revenir sur cet accord procédural qui ne viole en rien l'ordre public... »<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> Cass., 2 juin 2005, *J.T.*, 2006, p. 149, concl. Av. gén. A. HENKES, note.

<sup>189</sup> Liège, 20 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 335.

L'indice déterminant que cette décision fonde sur la réponse expressément donnée à l'audience à la question du siège, appelle selon nous une double exergue. On saluera, tout d'abord, cette belle illustration du rôle à tenir à l'audience par le juge actif (*supra*, n°47 et *infra*, n°93 et s.) ; à notre estime, la réponse posée à l'audience, et la réponse donnée par les parties, dispensaient même la cour de rouvrir les débats (*infra*, n°93). On frémira, ensuite, devant la précipitation de la partie « piégée » par un accord conclu précipitamment : interpellée à l'audience, elle confirmera la qualification initialement proposée, sans solliciter – pour réfléchir...- la remise de la cause que la cour s'apprêtait à lui concéder. A bon entendeur...

74.- Un agent immobilier sollicite la condamnation de ses cocontractants à lui verser les honoraires qui, selon lui, lui seraient dus en raison de la violation de la clause d'exclusivité stipulée par la convention de courtage. Constatant que cette convention met les honoraires à la charge exclusive des acquéreurs, et partant l'impossibilité de faire droit à la demande en l'état où elle lui est soumise, la cour d'appel de Mons s'interroge sur l'opportunité qu'il y aurait à lui substituer le fondement du droit commun de la responsabilité contractuelle à base de faute. Cette initiative conduit la cour à d'abord rechercher un éventuel accord exprès l'empêchant de procéder à la substitution envisagée. Elle conclut, à juste titre selon nous, à l'absence de semblable accord et rouvre derechef les débats sur le fondement substitué, au motif qu' « il ne peut être déduit des conclusions de l'appelante que celle-ci aurait expressément, voire implicitement, renoncé à se prévaloir des règles de la responsabilité contractuelle et ce, même si elle n'a argumenté que quant à l'exécution de la convention et subsidiairement, quant à la faculté de dédit »<sup>190</sup>. On ne saurait condamner plus clairement, ni plus justement, la thèse de l'accord tacite (*supra*, n°70 et s.).

75.- Observera-t-on, au vu de cette dernière illustration notamment, qu'à raison des conditions restrictives qu'ils doivent réunir, de tels accords procéduraux ne se rencontreraient que rarement en pratique ?<sup>191</sup> Certes, mais le cours normal des choses et des êtres vient, ici encore, corroborer ce que la cohérence des discours exige déjà. A bien y regarder, en effet, - et sous la réserve de l'hypothèse d'engagements procéduraux souscrits par imprudence (*supra*, n°73) - rares devraient être les plaideurs trouvant intérêt à refuser au juge l'accès à des pistes menant au résultat qu'ils recherchent. Le but poursuivi par la personne engagée dans un procès ne se résume-t-il point à l'espoir que la procédure débouche sur le résultat factuel (i.e. l'objet : *supra*, n°58 et s.) le plus proche de ses vues, quel que soit le canal juridique emprunté ? Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner que le principe dispositif, très prégnant sur les terrains de la sélection et de la présentation des faits, affecte un recul naturel dans la sphère du droit.

#### C. LA LIMITE VASCILLANTE : L'ORDRE PUBLIC (RENOVI)

76.- La possibilité de neutraliser les prérogatives du juge par le truchement de semblables accords exprès sur points de droit connaît une limite, bien connue : celle de l'ordre public. Que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, le dogme s'exprime sous des formules variées, dont la solennité n'a d'égale que la constance: le juge ne peut jamais se tenir lié par un accord sur points de droit destiné à le détourner de l'application d'une règle d'ordre public<sup>192</sup>, ce que la Cour de cassation traduit par l'expression rituelle selon laquelle il n'y a violation du principe dispositif par le juge que si celui-ci "élève d'office une contestation, étrangère à l'ordre public, dont les parties avaient exclu l'existence"<sup>193</sup>.

Dans l'esprit de tous, cette limite présente une portée quasi-dogmatique.

<sup>190</sup> Mons, 10 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 337.

<sup>191</sup> Voy. d'ailleurs, à juste titre, A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, o.c., 2<sup>ème</sup> éd., 1987, p. 68, n°59.

<sup>192</sup> Doctrine constante. Voy., sans prétendre à l'exhaustivité, F. RIGAU, *La nature du contrôle...*, o.c., pp. 54-55, n°36, citant Cass., 26 septembre 1958, *Pas.*, 1959, p. 98 et Cass., 29 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 930; J. VAN COMPENOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", o.c., *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n°31; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit et recht...*, o.c., pp. 116-117, n°98; Proc. Gén. E. KRINGS, "L'office du juge dans la direction du procès", o.c., *J.T.*, 1983, p. 520, n°36; Proc. Gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 886; E. KRINGS et B. DE CONINCK, "Het ambtshalve aanvullen...", o.c., *T.P.R.*, 1982, pp. 674-677, nn°26-27 et n°29; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile...*, o.c., p. 66, n°92; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen...", o.c., *R.W.*, 1985-1986, col. 2217; B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, o.c., p. 133, n°160.

<sup>193</sup> Voy. p. ex. Cass., 30 novembre 2000, C.00.0067.F.; *Larcier Cass.*, 2001, p. 14, n°63; Cass., 17 septembre 1999, *Bull.*, 1999, n°467. Pour des exemples plus anciens, cons. Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 69; Cass., 31 mars 1978, *Pas.*, 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 838; Cass., 27 mai 1972, *Pas.*, 1971, I, p. 886, précédé des concl. de M. le Proc. gén. W.-J. GLANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.

Et pourtant, tout porte à croire qu'aujourd'hui, cette limite vacille. Il s'agirait-là de la conséquence la plus spectaculaire de l'expansion dévastatrice du principe de loyauté (*supra*, n°26 et s.). Le phénomène paraît à ce point bouleversant qu'il convient, on l'a annoncé, de lui consacrer une section tout entière, auquel on renvoie le lecteur (*infra*, n° 111 et s.).

### III. FAIRE ECONOMIE DE LA CONTRADICTION ?

77.- On l'a dit (*supra*, n°12 et s.), le lieu n'est pas d'un panégyrique des droits de la défense et du principe du contradictoire<sup>194</sup>. La corrélation entre les exigences de ces principes directeurs et l'essor du rôle actif du juge, n'est désormais que trop connue (*supra*, n°14) : si tant est que l'on dote le juge d'un pouvoir, voire d'un devoir, de substituer ses propres moyens de droit ou de fait aux moyens présentés par les parties (*supra*, n° 50 et s. et n°63 et s.), il doit s'acquitter envers celles-ci d'une *dette de contradiction*. Il s'agit de prémunir les plaideurs contre *l'effet de surprise* qu'induit toute initiative par laquelle le tribunal, ou la cour, s'immiscerait *motu proprio* dans leur débat sur fond de cause et/ou d'objet<sup>195</sup>.

78.- Il ne s'agit pas davantage de reprendre ici la typologie des situations appelant, *vel non*, le respect du contradictoire, que nous avons proposée à l'attention des praticiens. L'on renvoie à cet égard à nos écrits antérieurs<sup>196</sup>.

79.- Pour l'heure, il convient plutôt de s'arrêter à un autre conflit de principes où se joue depuis peu, et de manière sans doute plus cruciale, la portée du contradictoire. A dire vrai, ce nouvel affrontement de principes directeurs éclipse, ou plus exactement subsume, tous les autres conflits impliquant les droits de la défense. Du reste, c'est à l'aune de ce conflit, et des « victoires » qui s'y remportent, que se précise et, le cas échéant, se modifie la typologie évoquée ci-dessus.

Il s'agit bien entendu de la délicate conciliation entre le respect des droits de la défense et les exigences du principe de célérité.

Reconnaissons-le : le souci de limiter le temps et la dépense judiciaires a trop longtemps été absent des querelles suscitées par l'activisme juridictionnel du juge.

Cela étant, il faut, tout en rectifiant le tir, se garder de verser à présent dans l'excès inverse en hypertrophiant le principe nouveau. Car l'économie et l'efficacité ne se logent pas toujours où l'on croit. De l'utilité de ne pas confondre justice rapide et justice hâtive<sup>197</sup>.

La célérité ne peut servir ce prétexte au bâclage ou à la passivité du juge, pas plus qu'à l'inverse, l'activisme du juge, et sa « dette de contradiction corrélatrice » ne pourraient justifier toutes les débauches de temps et de moyens.

80.- N'opposons donc pas trop frontalement les deux principes. Car on peut, dès l'abord, s'interroger sur la compatibilité de la situation du plaideur débouté, par un juge inhibé (mais rapide), pour n'avoir pas exhibé les bons sésames juridiques, avec les exigences d'une justice efficace, tributaire de la confiance qu'elle doit inspirer (rappr. *infra*, n°106 et s., sous l'angle de

<sup>194</sup> Sur ces principes, voy. J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., pp. 313 et suiv., n° 331 et suiv., et les nombreuses réf. citées, notamment à la note (809).

<sup>195</sup> Proc. gén. J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », o.c., *J.T.*, 2003, p. 620 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », o.c., *R.C.J.B.*, 1982, pp. 35-37, n°33 ; E. KRINGS et B. DE CONINCK, « Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden », *T.P.R.*, 1982, p. 655 et suiv., spéc ? nn°s 17 et suiv. ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile...*, o.c., 2<sup>ème</sup> éd., pp. 76 et suiv., n°82 ; J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., not. pp. 313 et suiv. nn° 331 et suiv.

<sup>196</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », o.c., in *Actualités en droit judiciaire*, I.c., ici spéc. pp. 199 et s., nn°s 65 et s.

<sup>197</sup> Sur le fond et sur la forme, l'on s'inspire ici de la contribution lumineuse de G. BOLARD et P. DRAI, « Justice hâtive, justice rapide. Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », note crit. sous Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n°129, p. 85 ; *J.C.P.*, 1997, II, 22.944.

l'autorité de la chose jugée). Est-ce là le meilleur expédient pour lutter contre l'arriéré judiciaire ? A qui, du juge ou du justiciable, revient-il le moins injustement d'assumer la charge, et le risque d'erreurs, consécutifs à l'inflation et à la complication du droit ? La théorie du jeu, avec ses gagnants et ses perdants, régit sans doute l'articulation et l'exposé des faits auxquels le juge est étranger. Il est plus douteux qu'elle s'étende à la recherche et à l'application des règles<sup>198</sup>. Avec Albert FETTWEIS, il nous paraît que *Al'analyse de Motulsky est la seule qui assure l'efficacité sociale du procès civil. Le plaideur doit voir reconnaître son droit, dès que sa prétention est juridiquement fondée, même si sur ce terrain, il a pu commettre une erreur en proposant une qualification ou un soutènement erroné. Une procédure moderne, dégagée du formalisme ancien ne peut être efficace qu'en adoptant le principe de la liberté du juge de rechercher la norme adéquate à appliquer pour que le litige reçoive la solution que le droit commande. Cette conception du rôle du magistrat est la seule qui soit compatible avec la mise en oeuvre du principe de l'économie de procédure indispensable pour assurer l'efficacité du service public de la justice*<sup>199</sup>.

Certes. Mais il ne faut tout de même pas dissimuler les inconvénients pratiques du renforcement de l'activisme du juge. Au plus sont nombreuses les initiatives que celui-ci peut, voire doit, prendre, au plus grandit le risque qu'il surprenne les parties ; au plus s'amplifie sa dette de contradiction à leur égard. Or, cette dette de contradiction a un coût, en termes de renchérissement et de rallongement des procédures. La plupart du temps, le juge qui soulève d'office un moyen ou une défense s'acquitte de sa «*dette de contradiction*» envers les parties par le biais d'une réouverture des débats. Aujourd'hui, le temps et les deniers de la Justice sont plus comptés que jamais; or, la réouverture des débats, et le dédoublement consécutif des audiences constituent par hypothèse des faits judiciaires coûteux et chronophages.

Aussi les développements qui suivent procèdent-ils tous de la même démarche : trouver l'endroit idéal où placer le curseur entre droits de la défense et célérité. Comment, en d'autres termes, faire l'économie de la contradiction sans en gauchir l'importance ? Les développements récents indiquent que les pistes de solution ne manquent point. Mais la vigilance doit gouverner la recension que l'on peut en proposer.

## **A/ VERS UNE CONCEPTION MATÉRIELLE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE**

81.- La formule incantatoire de la Cour européenne des droits de l'Homme circonscrit parfaitement les exigences du contradictoire : ce principe « impose que chaque partie ait la possibilité de prendre connaissance, aux fins de les discuter, de toutes les pièces ou observations soumises au juge en vue d'influencer sa décision »<sup>200</sup>.

82.- Longtemps, cette même Cour a adossé cette même définition à une conception dite « formelle » du contradictoire, en ce sens qu'elle a jusqu'ici tenu « pour irrelevante [...] la question de savoir si les éléments soustraits à la contradiction apportent quoique ce soit de 'nouveau' au débat, et méritent de ce fait objectivement d'être discutés par les parties ». Tout au contraire, elle a toujours estimé « qu'il appartient auxdites parties, et à elles seules, de juger si tel ou tel élément mérite la discussion. Peu importe, également, qu'il se soit révélé, *a posteriori*, que les éléments soustraits à la contradiction n'aient exercé aucune influence sur la décision intervenue »<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> Voy. M. CARATTINI, « Vérité judiciaire et vérité objective en matière civile », *Gaz. Pal.*, Doctr., Chr., 1986, 2, 405, pour qui le juge « a un problème non point abstrait mais humain à traiter et il lui appartient de l'observer dans toute son ampleur [...]. Donner au juge cette dimension, c'est signifier que le débat judiciaire n'est plus une passe d'armes entre deux finesses ou deux ruses. Le juge doit rechercher ce qui est derrière ce que les parties lui présentent et ne pas s'en tenir au profil, en quelque sorte, de l'affaire tel qu'il est tracé par elles ».

<sup>199</sup> A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., 2ème éd., 1987, pp. 62-63, n°55 citant les travaux d'Henri MOTULSKY. Adde, L. DU CASTILLON, « Le rôle du juge par rapport aux exceptions... », o.c., *I.c.*, pp. 147-149, nn°s 1-5.

<sup>200</sup> Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., *arrêt Fortum Corporation c. Finlande* du 15 juillet 2003, § 39 et Cour eur. D.H., *arrêt H.A.L. c. Finlande*, du 25 janvier 2004, § 44.

<sup>201</sup> S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, vol. 1, *Dossier n°57 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, p. 154, n°243, citant notamment Cour eur. D.H., *arrêt Ziegler c. Suisse* du 21 février 2002, § 38, Cour eur. D.H., *arrêt Watson c. Norvège* (n°1), du 3 juin 2003, §§ 38 et 58 et Cour eur. D.H., *arrêt Fortum corporation c. Finlande* du 15 juillet 2003, § 42.

Forcée de cette conception formelle, la Cour de Strasbourg considérerait par exemple qu'il y avait violation du contradictoire même si les pièces ou moyens soustraits à la discussion ne présentaient aucune nouveauté au regard du débat déjà noué<sup>202</sup>, ou même si le juge avait clairement résolu de n'avoir pas égard à ces pièces et moyens<sup>203</sup>. Elle était même allée jusqu'à retenir une violation de l'article 6 de la Convention « quand bien même les éléments ou arguments soustraits à la contradiction seraient, en réalité, favorables aux thèses soutenues devant les juridictions nationales par la partie requérante »<sup>204</sup>.

Dire que cette conception formelle du contradictoire desservait l'exigence de célérité et le principe d'économie de la procédure, serait un euphémisme.

83.- On ne peut dès lors que se réjouir du revirement de jurisprudence aux termes duquel la Cour européenne des droits de l'homme a abandonné cette conception coûteuse au profit d'une conception « matérielle » du contradictoire.

Ce revirement est le fait de son arrêt *Verdu Verdu c. Espagne*, du 15 février 2007. Le requérant se plaignait n'avoir pu, faute de communication, répliquer au mémoire d'adhésion à l'appel du ministère public, soumis par son adversaire à l'Audiencia provincial d'Alicante. La Cour relève que ledit mémoire d'adhésion s'était borné à reproduire et approuver les termes de l'appel du ministère public. Or, toujours selon les constats de la Cour, le requérant avait, et effectivement saisi, la possibilité de discuter de l'appel du ministère public dans son propre et unique mémoire. Dans ces conditions, la Cour de se demander s'il ne faut pas considérer « comme le Tribunal constitutionnel l'a fait, que ce qui compte en l'occurrence est l'impossibilité ou non pour le requérant de se défendre de façon effective en raison dudit défaut de communication, c'est-à-dire, si la communication du mémoire en question aurait eu, ou non, une incidence sur le litige ». Cette question ne se concevait pas sous l'empire de la conception formelle du contradictoire (*supra*, n°81). Plus spectaculaire et déterminante encore est la réponse qu'y donne la Cour : « [...] la communication du mémoire d'adhésion à l'appel du ministère public et la possibilité pour le requérant de répliquer aussi à ce dernier n'aurait pu avoir aucune incidence sur l'issue du litige devant l'Audiencia provincial. En effet, [la Cour] ne voit pas en quoi l'absence d'un tel acte pourrait avoir porté atteinte à ses droits ou avoir réduit les chances du requérant de présenter, devant l'Audiencia provincial, les arguments qu'il estimait nécessaires à sa défense, alors qu'il a lui-même reconnu dans sa requête que le mémoire d'adhésion du plaignant coïncidait avec les prétentions de l'appel du ministère public »<sup>205</sup>.

Même si, comme la Cour le souligne, tout reste cas d'espèce, les retombées possibles de ce revirement, et les économies corrélatives, ne sont pas négligeables.

On aperçoit *prima facie* quelques pistes en droit belge. On voit mal, par exemple, comment le justiciable pourrait désormais se plaindre, sous l'angle des droits de la défense, du relevé d'office d'un élément ou d'un moyen favorable à sa thèse ou conforme à ses prétentions. On n'imagine plus davantage qu'il y ait violation du contradictoire lorsque le juge écarte la pièce ou le moyen non discuté(e), lorsqu'il dit expressément n'y avoir aucun égard, ou encore lorsqu'il fonde sa décision sur des éléments de fait et de droit totalement étrangers aux éléments non discutés. Ne serait plus non plus fondé à se prévaloir d'une violation du contradictoire la partie dont les conclusions et pièces sont, même à tort, écartées des débats par le juge lorsque ce dernier rencontre malgré tout lesdites conclusions et pièces, d'une manière qui satisfait à l'exigence de motivation circonscrite par la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>206</sup>.

Poussée au mieux de son potentiel, cette nouvelle conception « matérielle » du contradictoire pourrait, selon nous, dispenser le juge de rouvrir les débats en cas de relevé d'office d'un motif

<sup>202</sup> Cour eur. D.H., arrêt *K.S. c. Finlande* du 31 mai 2001, § 23.

<sup>203</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finlande* du 27 avril 2000, § 38.

<sup>204</sup> S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001, *Dossier n°39 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 105, n°137, citant Cour eur. D.H., arrêt *Goç c. Turquie* du 9 novembre 2000, § 35.

<sup>205</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Verdu Verdu c. Espagne* du 15 février 2007, §§ 25-27. Rapp., déjà, de Cour eur. D.H., arrêt *Stepinska c. France* du 15 janvier 2004, § 18, commenté sous cet angle par S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, vol. 1, *Dossier n°57 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 153-154, nn°s 242-243.

<sup>206</sup> Comp. Cass., 22 mars 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 455 (rejet implicite de la fin de non-recevoir au premier moyen), concl. av. gén. X. De RIEMAECER (explicites sur ce point).

surabondant au regard du dispositif. Une parenté évidente unit en effet la solution proposée avec la jurisprudence constante aux termes de laquelle la Cour de cassation tient pour « *irrecevable, à défaut d'intérêt, le moyen qui ne critique que certains motifs de la décision attaquée, alors que le dispositif est légalement justifié par un autre motif*<sup>207</sup> ».

## **B/ VERS UNE APPLICATION PARCIMONIEUSE DE LA THÉORIE DU MOYEN DANS LA CAUSE**

84.- A l'instar de la consécration de la conception matérielle du contradictoire, la théorie dite du « moyen (nécessairement) dans la cause » contribue à l'économie de la procédure – et donc à sa célérité – en dispensant le juge d'une partie de sa dette de contradiction.

Un outil très séduisant...à manier cependant avec la plus grande circonspection.

### **1. LES ORIGINES ET LES AVATARS FRANÇAIS DE LA THÉORIE**

85.- Le juge qui, exerçant un devoir ou une simple faculté, de recalibrer un débat mal aiguillé par les parties, ne peut surprendre ces dernières. En droit positif français, cet axiome trouve sa traduction, outre évidemment dans le principe général de droit dit "*du contradictoire*" (*supra*, n°13 et s.) dans l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile - tel qu'il a été modifié par le décret n°81-500 du 12 mai 1981 - et qui, en son alinéa 1er, dispose que "*le juge doit, en toutes circonstances, [...] observer lui-même le principe de la contradiction*", et dont le troisième alinéa énonce que le juge "*ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*".

La version actuelle de l'article 16 du N.C.P.C., résultant du décret n°81-500 du 12 mai 1981, est le fruit d'une véritable saga<sup>208</sup>. On se bornera à rappeler que le décret n°75-1122 du 5 décembre 1975 comportant le Nouveau Code de procédure civile avait modifié les articles 12 et 16 du décret du 9 septembre 1971 (tel que complétés par le décret du 20 juillet 1972), en ce sens que la contradiction se trouvait désormais limitée aux rapports entre parties, le juge n'ayant plus à l'observer lui-même notamment en cas de relevé d'office d'un moyen de pur droit. Aux termes de son arrêt, précité, du 12 octobre 1979, le Conseil d'Etat annula, d'une part l'article 12, alinéa 3, du Nouveau Code de procédure civile, et d'autre part l'article 16, alinéa 1er, du même Code, en tant que ces dispositions dispensaient le juge d'observer le principe de la contradiction des débats lorsqu'il relevait d'office un moyen de pur droit<sup>209</sup>.

<sup>207</sup> Cass., 20 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, n°179; Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 289; Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381; Cass., 25 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1048; Cass., 1er décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 361; Cass., 14 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086; Cass., 21 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 690; Cass., 10 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 412; Cass., 13 février 1992, *Pas.*, 1992, I, 1992, I, n°306; Cass., 17 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 289; Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381; Cass., 25 avril 1985, *Pas.*, 1985, p.1048; Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, n°235; Cass., 18 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, n°531; Cass., 1er décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 361; Cass., 14 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086; Cass., 15 avril 1982, *Pas.*, 1982, I, n°936; Cass., 5 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 331; Cass., 21 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 690; Cass., 10 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 412; Cass., 16 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1178; Cass., 10 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 773; Cass., 16 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 551; Cass., 16 décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 446; Cass., 17 juin 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 1132. *Adde*, les multiples arrêts recensés par F. RIGAUD, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, p. 159, n°98, note (8), et par B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, *o.c.*, pp. 339-344, nn°s 396-398. Au sujet de cette jurisprudence, cons. Ph. GERARD et M. GREGOIRE, "Introduction à la méthode...", *o.c.*, *Rev. dr. U.L.B.*, 1999-2, vol. 20, pp. 146-147; A. DECROËS, "La substitution de motifs...", *Ann. dr. Louvain*, 1998, p. 449; B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, *o.c.*, pp. 334-344, nn°s 392-398; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *o.c.*, p. 141, n°122; Proc. Gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'obligation de motiver...", *o.c.*, *I.c.*, pp. 473-474; F. RIGAUD, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, pp. 159-160, n°98. En France, où la même règle prévaut en vertu des dispositions expressées de l'article 620, al. 1er *in fine*, N.C.P.C., cons. A. PERDRIAU, "Le pragmatisme de la Cour de cassation", *o.c.*, *J.C.P.*, 2001, I, 364, nn°s 13-16; J. BORE, *La cassation en matière civile*, *o.c.*, 2ème éd., 1997, pp. 601-606, nn°s 2474-2492; J. VOULET, "L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation", *o.c.*, *J.C.P.*, 1970, I, 2305, n°11.

<sup>208</sup> Exposée en détail par J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *o.c.*, 26ème éd., 2001, pp. 507-513, nn°s 617-623.

<sup>209</sup> C.E. fr., 12 octobre 1979, *D.*, 1979, 606, note BENABENT; *D.*, 1979, avec la note DELVOLVE, "Le nouv. C. de pr. civ. devant le Conseil d'Etat", *chron.* 281; *Gaz. Pal.*, 2-3 janvier 1980, note JULIEN; VIATTE, *in J.C.P.*, 1980, II, 19.288).

En insérant l'actuel alinéa 3 dans l'article 16 du N.C.P.C., reproduit au paragraphe précédent, le décret n°81-500 du 12 mai 1981 rectifia le tir, mais, comme le note S. GUINCHARD, ne dissipa pas toutes les incertitudes.

Il se trouve en effet que, dépositaire des exigences du troisième alinéa de l'article 16, al. 3, du N.C.P.C depuis plus de vingt ans, la Cour de cassation de France ne leur a accordé ses faveurs que de manière très progressive, et toujours avec parcimonie<sup>210</sup>. Cela étant, longtemps encline – économie oblige...- à tenir un maximum d'initiatives du juge à l'abri de la contradiction, elle s'emploie aujourd'hui à inverser (du moins à infléchir) la tendance, n'excluant plus du champ d'application de l'article 16 que quelques hypothèses bien circonscrites<sup>211</sup>.

86.- Cette politique n'est toutefois ni ferme ni linéaire, comme en témoigne la succession des heurs et malheurs de la théorie dite du "*moyen nécessairement dans la cause*".

Si tant est qu'elle manifestait le dessein de réduire à portion congrue le réquisit de l'article 16, al. 3, du N.C.P.C., la Cour devait conséquemment s'attacher à justifier la dispense de contradiction accordée à certaines initiatives du juge par l'absence de surprise causée aux parties. C'est dans ce contexte que naquit la formule selon laquelle le relevé spontané de tel ou tel moyen n'appelait pas la prolongation ou la réouverture des débats au motif que ce moyen était "*nécessairement dans la cause*" (ou "*dans le débat*"). En une manière de fiction (ou, mieux, d'artifice), la Cour présumait par là que le moyen, quoique formalisé par le juge, était si proche du canevas de la discussion des parties, et à ce titre si prévisible par celles-ci, qu'il flottait déjà - implicitement et "*nécessairement*" - "*dans la cause*" débattue.

La théorie du "*moyen nécessairement dans la cause*" - beaucoup décriée même au paroxysme de son succès<sup>212</sup> - se déployait au départ sur deux axes importants.

Le premier axe n'était rien moins que la requalification par le juge. Forte d'une lecture exagérément littérale de l'article 16, al. 3, du N.C.P.C. (qui vise "*les moyens de droit relevés d'office*"), la Cour soustrayait systématiquement de la contradiction la requalification juridique des faits spécialement invoqués au soutien des prétentions des parties (les moyens dits « de pur droit » : *supra*, n°50). Pendant des années, elle dispensa le juge du fond de rouvrir les débats lorsqu'il se "*bornait*" à requalifier, en droit pur en quelque sorte, les faits que le demandeur avait invoqués à l'appui d'une qualification impropre<sup>213</sup>. A une époque, même la requalification appuyée sur des faits adventices (*supra*, n°50) pouvait parfois échapper aux exigences de la contradiction, du moins lorsque lesdits faits étaient tirés de pièces régulièrement produites<sup>214</sup>. La Cour s'y prit à plusieurs reprises pour sonner le glas de la requalification secrète. Un premier signal fut donné par

<sup>210</sup> Sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. not. les études approfondies de P. RAYNAUD, "L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16", in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud, I.c.*, 1981, pp. 715 et suiv., et de G. BOLARD, "Les juges et les droits de la défense", in *Mélanges offerts à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49 et suiv., et tout récemment J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", *Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 3 et suiv.

<sup>211</sup> Saluant la tendance actuelle de la Cour, voy. les excellents propos de J. BORE, *La cassation en matière civile, o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 435, n°1824.

<sup>212</sup> Voy. les multiples réf. citées par G. BOLARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, o.c., éd. 1998, p. 555, n°2384. Voy. les judicieux développements critiques que cet auteur consacre à cette jurisprudence in "Les juges et les droits de la défense", in *Mélanges P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49 et suiv.; in "Le principe de la contradiction et les faits tirés du dossier", note sous *Cass. fr. (soc.)*, 17 janvier 2002, *D.*, 2002, 2704, et enfin in "Les faits tirés du dossier", in *Mélanges Jacques Normand*, Paris, Litec. *Adde*, toujours en sens critique, J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1978, p. 402; *R.T.D.Civ.*, 1980, p. 201; du même auteur, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", *Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 3 et suiv.; A. BENABENT, note in *D.*, 1979, 381; R. PERROT, in *R.T.D.Civ.*, 1993, 890, ainsi que J. HERON, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, 2002, pp. 220-221, n° 292; J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile, o.c.*, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 355, n°74.162.

<sup>213</sup> *Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.)*, 20 décembre 1976, *Bull. civ.*, II, n°417; *Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.)*, 7 juillet 1981, *R.T.D.Civ.*, 1982, 461, obs. J. NORMAND; *Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.)*, 25 novembre 1981, *D.*, 1982, I.R., 256, obs. HUET-WEILLER; *Gaz. Pal.*, 1982, 2, note J.M.; *Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.)*, 16 juillet 1982, *R.G.A.T.*, 1983, 346, note A.B.; *Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.)*, 22 juin 1982, *Bull. civ.*, I, n°233; *Cass. fr. (soc.)*, 23 mai 1983, *Bull. civ.*, V, n°283; *Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.)*, 25 janvier 1984, *D.*, 1985, 117, note J. HERON. Voy., plus récemment, *Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.)*, 22 juillet 1992, *Bull. civ.*, III, n°261.

<sup>214</sup> *Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.)*, 7 janvier 1976, *Bull. civ.*, II, n°7; *Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.)*, 30 novembre 1976, *Bull. civ.*, III, n°434; *Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.)*, 11 janvier 1978, *Bull. civ.*, I, n°16; *Cass. fr. (com.)*, 16 juin 1981, *Bull. civ.*, IV, n°280; *R.T.D. Civ.*, 1982, 462, obs. J. NORMAND. Voy. plus récemment *Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.)*, 12 février 1992, *Bull. civ.*, II, n°47.



ses arrêts du 10 juillet 1981. Concomitamment, la Cour réintérait dans le champ de la contradiction les hypothèses de requalifications déduites de faits adventices<sup>215</sup>. Le 18 décembre 1984, la chambre sociale de la Cour accentua la tendance en abandonnant la référence à la notion de "*moyen nécessairement dans la cause*"<sup>216</sup>. La deuxième chambre civile emboîta le pas par un arrêt du 2 décembre 1992, cassant pour violation de l'article 16 la décision éconduisant le plaideur qui aurait "*implicite et nécessairement reconnu la validité de la signification*" litigieuse<sup>217</sup>. C'est sans doute d'un arrêt prononcé le 27 octobre 1993 par la première chambre civile que vint la condamnation la plus nette de l'application de la théorie du "*moyen nécessairement dans la cause*" à l'hypothèse de la requalification. La Cour y énonce qu'"en requalifiant les éléments de fait soumis aux débats, pour décider que le fondement de l'action d'un acheteur était la non-conformité de la chose vendue à la commande et non pas, comme le sollicitait l'acheteur, l'annulation pour vice du consentement ou, à titre subsidiaire, la résolution pour vices cachés, la cour d'appel devait au préalable inviter les parties à présenter leurs observations"<sup>218</sup>. Héritière de ce lent revirement, la jurisprudence paraît actuellement fixée en ce sens que le juge doit faire précéder la requalification spontanée des faits spécialement invoqués d'une discussion entre parties<sup>219</sup>. Et s'il arrive encore que la Cour de cassation utilise l'expression de "*moyen nécessairement dans la cause*", il appert en réalité que le moyen (ou la qualification) relevé(e) a réellement et effectivement fait l'objet d'un débat entre parties devant la juridiction fond<sup>220</sup>.

Le second axe sur lequel s'articulait (et s'articule encore) la théorie du moyen nécessairement dans la cause tient dans l'hypothèse spécifique où le juge se borne à vérifier *motu proprio* l'absence ou la réunion des conditions d'application de la règle déjà invoquée et débattue par les parties<sup>221</sup>. La condition relevée d'office n'a peut-être pas fait l'objet d'un *débat ad hoc*, il reste que les parties ont invoqué et discuté le fondement juridique à l'établissement duquel cette condition participe inévitablement; cet élément serait donc "*nécessairement dans la cause*". Adossée à ce deuxième axe d'épanouissement, la théorie du "*moyen nécessairement dans la cause*" a toujours eu<sup>222</sup> et conserve encore aujourd'hui<sup>223</sup>, une grande vivacité dans la jurisprudence de la Cour.

<sup>215</sup> Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 10 juillet 1990, *Bull. civ.*, I, n°192; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 19 novembre 1986, *J.C.P.*, 1987, IV, 35; Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 20 novembre 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, 2, somm., 421, obs. H. CROZE et H. MOREL; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 7 mars 1985, *J.C.P.*, 1986, II, 20.589, note LINDON et BENABENT; *R.T.D.Civ.*, 1986, 795, obs. J. NORMAND; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 20 novembre 1984, *D.*, 1985, I.R., 265, obs. P. JULIEN; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 7 juillet 1981, *Bull. civ.*, I, n°250: "*viole l'article 16 le juge qui requalifie les prétentions des parties sans respecter la contradiction alors que la requalification repose sur des faits que les parties n'avaient pas spécialement invoqués à l'appui de leurs prétentions*". Adde, J. NORMAND, "Les principes directeurs du procès civil en droit français", *Ann. Dr. Louvain*, 2003, pp. 3 et suiv. I

<sup>216</sup> Cass. fr. (soc.), 18 décembre 1984, *J.C.P.*, 1985, IV, 78.

<sup>217</sup> Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 2 décembre 1992, *Bull. civ.*, II, n°288.

<sup>218</sup> Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 27 octobre 1993, *D.*, 1994, 211.

<sup>219</sup> Tel est le sens de la jurisprudence décrit par une doctrine presque unanime. Voy. d'ailleurs Cass. fr. ((2<sup>ème</sup> civ.), 29 novembre 2001, *Bull. civ.*, II, n°180; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 2 juillet 1997, *Bull. civ.*, II, n°210; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 28 février 1996, *Bull. civ.*, II, n°42; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 7 mars 1990, *Bull. civ.*, II, n°56.

<sup>220</sup> Voy. Cass. fr. (com.), 17 décembre 1991, *Bull. civ.*, IV, n°397. Au sujet de cet arrêt, voy., en sens convergents, J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, o.c.*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 512, n°623 et G. BOLARD, *in Dalloz-Action, o.c.*, éd. 1998, p. 556, n°2384 *in fine*.

<sup>221</sup> Voy. p. ex. J. BORE, *La cassation en matière civile, o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 436, n°1828.

<sup>222</sup> Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 18 mars 1975, *Bull. civ.*, II, n°96; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 23 mars 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, 89, note VIATTE; *R.T.D.Civ.*, 1978, 402, obs. J. NORMAND; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 8 octobre 1980, *R.T.D.Civ.*, 1981, 200, obs. J. NORMAND; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 20 janvier 1981, *Bull. civ.*, I, n°23; Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 3 mars 1981, *Bull. civ.*, III, n°44; *R.T.D.Civ.*, 1981, 461, obs. J. NORMAND; Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 25 janvier 1984, *D.*, 1985, 117, note critique J. HERON; Cass. fr. (com.), 26 juin 1984, *Bull. civ.*, IV, n°205; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 17 mars 1987, *J.C.P.*, IV, 183

<sup>223</sup> Tel est le constat effectué récemment par J. NORMAND *in* "Les principes directeurs du procès civil en droit français", *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain*, pp. 3 et suiv.. Voy., en effet, Cass. fr. (com.), 6 mai 2002, *Procédures*, juillet 2002, p. 9, note R. PERROT (où la Cour rejette le moyen reprochant à la décision attaquée d'avoir, sans rouvrir les débats, vérifié l'applicabilité dans le temps à des créances nées avant et après 1977, de la règle de prescription insérée dans l'article 189 bis (aujourd'hui art. L. 110-4) du Code de commerce par la loi du 3 juin 1977); Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 25 mars 1998, *J.C.P.*, 1998, IV, 2132; Cass. fr. (com.), 13 décembre 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 378; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 4 mai 1994, *Bull. civ.*, I, n°161. Rapp. de Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 11 juin 1996, *Bull. civ.*, I, n° 244 (implicite). Au sujet du maintien de cette jurisprudence, comp. G. BOLARD, *in Dalloz-Action, o.c.*, éd. 1998; p. 554, n°2382 (qui le constate et l'approuve nonobstant une critique acerbe de la théorie du "*moyen nécessairement dans la cause*") avec S. GUINCHARD, *in Procédure civile, o.c.*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 511-512, n°623 et les notes (qui critique la théorie du "*moyen nécessairement dans la cause*" et en constate le déclin, mais ne signale pas le maintien de la jurisprudence relative à la vérification des conditions d'application de la règle invoquée, qu'il apparente à ladite théorie). Adde, sur cette jurisprudence spécifique, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, t. III*, éd., 1996, n°119 et J. HERON, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 2<sup>ème</sup> éd. par Th. LE BARS, 2002, p. 220, n° 292.

Nous le verrons, ce second axe de la jurisprudence de la Cour de cassation de France a même conquis, imperceptiblement, la Cour de cassation de Belgique (*infra*, n°90).

Jusqu'il y a peu, tel était, partiellement amoindri, le statut de la théorie française du "*moyen nécessairement dans la cause*" dans la jurisprudence qui lui avait donné naissance: déliquescente au regard des hypothèses de requalification spontanée; vivace en cas de vérification d'office des conditions d'application du fondement juridique allégué.

Mais l'année 2002 marqua un bouleversement de la donne par un regain de succès du moyen dans la cause sur le plus inattendu des terrains: celui des faits tirés du dossiers, faits adventices par excellence (*supra*, n°50)<sup>224</sup>.

Et sur cet autre point précis, nous y reviendrons, l'influence de la théorie du moyen dans la cause sur les derniers développements de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique, est, là encore, patente (*infra*, n°91). Il n'est pas certain, ici, que ce soit pour un mieux...Avant d'en juger, il convient de signaler la validation prudente, et récente elle aussi, de cette théorie par la Cour européenne des droits de l'homme.

## 2. UNE VALIDATION PRUDENTE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

87.- Aux termes d'un arrêt *Clinique des Acacias c. France* du 13 octobre 2005, la Cour de Strasbourg a enfin, et solennellement, consacré l'idée que le principe du contradictoire, déduit de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de Sauvegarde impose, en règle, au juge civil de soumettre à la contradiction des parties tout moyen qu'il se propose de soulever d'office<sup>225</sup>.

L'arrêt sanctionne le non-respect du contradictoire dans le cadre d'une procédure (civile) mue devant la Cour de cassation, mais son enseignement peut assurément être étendu à la mission du juge du fond.

Pour l'heure, on relèvera aussi et surtout que, dans la foulée de cette consécration de principe, l'arrêt *Clinique des Acacias* cautionne, dans le principe également, les aménagements dont la règle du contradictoire pourrait faire l'objet dans le respect des garanties fondamentales du procès équitable. On observe en effet qu'en l'espèce, la Cour suprême française avait, précisément, tenté d'appliquer à l'instance de cassation la théorie dite «*du moyen (nécessairement) dans la cause*», décrite ci-avant (*supra*, n°84 et s.). L'arrêt *Clinique des Acacias* reproche à la Cour de cassation d'avoir, en l'espèce, eu recours à la théorie du moyen dans la cause, alors qu'au vu des circonstances de l'espèce, le moyen de droit substitué d'office s'écartait par trop des prévisions des parties. Mais la Cour européenne des droits de l'Homme s'y garde bien, à juste titre au demeurant, d'y condamner la théorie du moyen dans la cause de manière générale et abstraite. C'est bien *in casu*, au prix d'une analyse empirique de l'affaire, qu'elle conclut à la violation de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, tout en signalant (par renvoi à son arrêt *ABPB c. France*, du 21 mars 2002) qu'il peut se rencontrer des cas où, faute de surprendre les parties, le moyen de droit soulevé d'office n'appelle pas de nouveau débat contradictoire.

88.- Toute la difficulté réside précisément dans l'identification de ces cas exceptionnels. Il n'est pas certain qu'en emboîtant le pas de son homologue française, la Cour de cassation fût, ici, la mieux inspirée. Pour preuve, les circonvolutions d'un des deux axes de sa jurisprudence. Jugeons-en.

## 3. LA RÉCEPTION BELGE DE LA THÉORIE

89.- Même si elle ne lui pas emprunté le vocable, il est tout à fait certain que notre Cour de cassation a, délibérément ou non, fait sienne la théorie française du moyen dans la cause prudemment adoubee par la Cour européenne des droits de l'Homme.

<sup>224</sup> Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 3 octobre 2002, *Procédures*, décembre 2002, p. 8, note R. PERROT; Cass. fr. (soc.), 17 janvier 2002, *D.*, 2002, 2704, note critique G. BOLARD.

<sup>225</sup> Cour Eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias c/ France*, du 13 octobre 2005, *J.T.*, p. 677, ici spéc. § 41, obs. J.-FR. VAN DROGHENBROECK, « La substitution de motifs astreinte à la contradiction ».

Cette contamination est d'autant plus patente qu'elle a opéré sur deux des trois axes sur lesquels, précisément, cette théorie a prospéré en France : d'un côté la vérification spontanée des conditions d'application de la règle de droit débattue (*infra*, a) ; d'un autre côté, et plus récemment, le relevé d'office de faits tirés du dossier (*infra*, b).

A. LA VERIFICATION SPONTANEE DES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA REGLE DE DROIT  
INVOQUEE ET DEBATTUE PAR LES PARTIES

90.- S'il est une hypothèse où, sous l'angle des droits de la défense, la jurisprudence belge soutient la comparaison avec la jurisprudence française, c'est bien celle de la vérification d'office par le juge des conditions d'application de la règle de droit invoquée par les parties. A l'instar de son homologue française, la Cour de cassation Belgique soustrait cette hypothèse à l'emprise de la contradiction. On sait qu'en France, la solution découle directement de la théorie dite du "*moyen nécessairement dans la cause*" (*supra*, n°84 et s.).

La jurisprudence belge ne recourt pas nommément à cette formulation pour s'en justifier, mais il reste qu'elle s'inspire manifestement des idées maîtresses de ladite théorie pour ériger en règle constante que le juge n'est pas tenu de rouvrir les débats lorsqu'il rejette la demande en relevant d'office la défaillance d'une des conditions de mise en oeuvre de la disposition légale invoquée à l'appui de la demande. A cinq reprises au moins, la Cour a décidé qu'il en allait de la sorte lorsque le juge rejette la prétention fondée sur l'article 1382 du Code civil en relevant d'office le moyen déduit de l'absence de lien causal entre la faute et le dommage vantés par le demandeur<sup>226</sup>.

Il échet selon nous de rapprocher l'enseignement de ces décisions de la solution qui se dégage d'un autre arrêt, prononcé le 20 octobre 1983. Se défendant contre une action en responsabilité, une partie se borne à soutenir en conclusions qu'elle n'a envers son adversaire que des obligations contractuelles. Le juge d'appel rejette l'action sur la base de l'article 1150 du Code civil excluant la réparation du dommage contractuel non prévisible. La Cour rejette le moyen pris de la violation des droits de la défense au motif que "*lorsqu'une partie soutient qu'elle n'a que des obligations contractuelles, elle entend implicitement se prévaloir de toutes les règles spécifiques de la responsabilité contractuelle [...] le juge qui applique l'une de ses règles statue sur un élément soumis à la contradiction des parties et ne viole pas les droits de la défense*"<sup>227</sup>. On paraphaserait volontiers qu'aux yeux de la Cour, l'article 1150 du Code civil constituait un "*moyen nécessairement dans la cause*" et que son application spontanée par le juge n'était pas de nature à créer la surprise des parties (*supra*, n°86).

B. LES FAITS TIRES DU DOSSIER

91.- Cette question anime, pour ne pas dire agite, le débat en France<sup>228</sup> (*supra*, n°86), et désormais en Belgique<sup>229</sup> : la théorie du moyen de la cause permet-elle de dispenser le juge de provoquer la discussion des parties avant de fonder spontanément sa décision sur des faits par lui tirés du dossier, des faits adventices que les parties n'avaient pas invoqués au soutien de leurs prétentions (*supra*, n°50)?

<sup>226</sup> Cass., 12 octobre 2006, C.040481.F. ; Cass., 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491, note ; Cass., 5 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 763 ; Cass., 5 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1116 ; Cass., 22 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 858. Comp., précédemment, Cass., 10 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 171 et Cass., 29 septembre 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 149. Voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La substitution de motifs astreinte à la contradiction », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des acacias c. France* du 13 octobre 2005, précité (*supra*, n°87), *J.T.*, 2005, p. 677. L. DU CASTILLON, "Le rôle du juge par rapport aux exceptions...", *o.c.*, *I.c.*, p. 173, n°36.

<sup>227</sup> Cass., 20 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 182. Au sujet de cet arrêt, voy. les commentaires, d'enthousiasme variable, de B. MAES, "Verslag over het besloten colloquium...", *o.c.*, *R.W.*, 1997-1998, p. 102, n°1 et de D. LEONARD, "La distinction entre le motif et le moyen...", *o.c.*, in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, *I.c.*, n°6.

<sup>228</sup> G. BOLARD, « Le principe du contradictoire et les faits tirés du dossier », note sous Cass. fr. (soc.), 17 janvier 2002, *D.*, 2002, p. 2704 ; *id.*, « Les faits tirés du dossier », in *Etudes offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 43-50).

<sup>229</sup> A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *o.c.*, in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. GILSON), *I.c.*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 155-156 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier », obs. sous Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, pp. 680 et s.

L'expression « faits tirés du dossier » résume donc cette question, de grande incidence pratique, des pouvoirs du juge en situation de soulever d'office un moyen (ou un « motif ») déduit d'un fait ou d'une pièce qui, quoique ayant été régulièrement soumis(e) à son appréciation, n'a pas, pour autant, été spécialement invoqué(e), mobilisé(e), à l'appui des prétentions des parties. Ces faits « adventices » sont bien « dans le débat » mais n'ont point fait l'objet « d'un débat ». Ils sont signalés par les écrits de procédure, par les pièces versées au dossier, ou encore par les mesures d'instruction, mais n'ont pas fait l'objet d'une discussion spécifique entre parties avant que le juge arrête sur eux son regard et les « tire du dossier ».

Que le juge puisse, sans violer le principe dispositif, adresser sa décision sur semblables faits « *quand même il n'en aurait pas été fait état en conclusions* », c'est là une règle constante, aux fondements indiscutés<sup>230</sup>.

Mais qu'advient-il en ce cas de droits de la défense ? Le relevé d'office d'un moyen de pur fait, déduit d'un fait tiré du dossier, appelle-t-il, en d'autres termes, le respect du contradictoire ? Le juge doit-il soumettre son initiative à la discussion des parties ?

Les réponses sont, ici, moins constantes.

Longtemps, la Cour de cassation a considéré que ladite initiative échappait à l'emprise du contradictoire<sup>231</sup>.

Aux termes d'un arrêt du 15 mai 2003, dont l'absence complète de publication (même sur le site de la Cour) ne laissait d'intriguer<sup>232</sup>, la Cour opéra un net revirement de cette jurisprudence jusque là constante.

Le litige portait sur les droits et obligations découlant de la rupture abusive d'une concession exclusive de vente automobile. Faut-il préciser que *l'instrumentum* de cette convention fut produit et – en certains de ses clauses – débattu devant les juges d'appel ? Entre autres réclamations, le concessionnaire évincé postulait l'indemnisation d'une perte consécutive au refus du concédant de lui racheter le stock. Le concédant se défendait par divers moyens que les juges d'appel ne retinrent pas, préférant rejeter la prétention par application de l'article 15 du contrat de concession stipulant que « *la rupture [...], quel qu'en soit le motif, n'entraîne pour le concédant aucune obligation de rachat de véhicules ou de pièces de rechange qui serait en stock chez le concessionnaire* ». La clause est, de toute évidence, tirée du dossier régulièrement soumis aux juges d'appel. Dans la terminologie que nous empruntons à la terminologie de la doctrine française, il s'agit d'un « fait tiré du dossier » ou encore, selon les notes de MOTULSKY, d'un fait tiré « adventice ». Saisie d'un moyen pris de la violation de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, la Cour de cassation casse l'arrêt, uniquement sur le fondement dudit principe, au motif qu'il « *ressort des pièces auxquelles (elle) peut avoir égard que, d'une part, la défenderesse ne s'est pas prévaluée de cette clause du contrat pur contester la demande d'indemnisation dirigée contre elle et que, d'autre part, la Cour d'appel n'a pas soumis à la contradiction des parties cette clause qu'elle a constatée d'office* »<sup>233</sup>.

Au vu des arrêts évoqués ci-dessus, et tout particulièrement les arrêts que la Cour avait rendus en sens contraire les 24 septembre 1982 et 25 juin 1990 dans des espèces pratiquement identiques, le revirement était patent.

<sup>230</sup> Cass., 3 mai 2002, C.000655.F. ; Cass., 11 mars 2002, C.010308.F. ; Cass., 23 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 398 ; Cass., 4 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 912 ; Cass., 29 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1224 ; Cass., 25 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1221 ; Cass., 12 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 306 ; Cass., 17 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1287 ; Cass., 24 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 121 ; E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 518, n° 22 ; D. LEONARD, « La distinction entre le motif et le moyen invoqués d'office par le juge du point de vue des droits de la défense d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation », in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, Bruxelles ; Bruylant, 2004, p. 503, n° 5 ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. De G. de LEVAL), Formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, ici spéc. P. 158, n° 15 et p. 202, n° 72).

<sup>231</sup> Voy. les arrêts cités à la note précédente ; *adde* Fr. GEORGES et O. CAPRASSE, « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », obs. sous Comm. Bruxelles, 30 nov. 1998, *J.L.M.B.*, 1999, ici spéc. p. 725, n° 38 et la note (79).

<sup>232</sup> Le *J.T.* leva l'embargo en le publiant en 2006, p. 682.

<sup>233</sup> Cass., 15 mai 2003, *J.T.*, 2006, p. 682, note.

Avec le doyen de LEVAL, nous formions le vœu que cet heureux changement de cap trouvât rapidement quelque affermissement<sup>234</sup>. Mais le Conseiller FETTWEIS l'avait annoncé : « *une hirondelle ne fait pas le printemps, surtout lorsqu'elle se fait discrète* »<sup>235</sup>

Rendu par le même siège dans des circonstances parfaitement identiques, un arrêt du 24 mars 2006<sup>236</sup> opère en effet une spectaculaire courbe rentrante et renoue avec sa jurisprudence – furtivement – renversée par l'arrêt du 15 mai 2003.

Le croquis dressé par les verbalisants et les circonstances dans lesquelles les photos de presse produites par la demanderesse en cassation étaient certes « dans le débat » et « régulièrement soumis » à l'appréciation des juges d'appel, en sorte que leur mobilisation à l'appui du moyen de pur fait relevé d'office (portant sur la localisation du silo litigieux) ne heurtait point le principe dispositif. Mais il reste que ces éléments, s'ils ont pu – potentiellement – être discutés par les parties, ne l'ont forcément pas été de manière effective. Puisque le moyen qu'ils ont suscité n'était pas le fait d'une partie, ces éléments n'ont, par hypothèse, pas pu faire l'objet, entre parties, d'une discussion sur leur articulation avec ledit moyen.

Ce n'est pas seulement sur le plan de la sécurité juridique, mise à mal par l'instabilité de la jurisprudence, que nous regrettons ce nouveau revirement. Ne peut-on, en effet, poser en règle que le juge qui monte en épingle un fait qu'il tire des remblais du dossier, déjoue les prévisions processuelles des plaideurs et les surprend ? Le principe du contradictoire n'est-il pas précisément conçu comme le rempart contre les surprises du juge<sup>237</sup>.

Le respect du contradictoire s'impose d'autant plus en ce cas qu'à la différence d'une base légale ou d'une qualification juridique, le fait tiré du dossier par le juge appelle peut-être des éclaircissements, des précisions, voire des nouvelles productions, que seules les parties sont en mesure de lui fournir. Mieux : les parties peuvent, en vertu du principe dispositif dans toute sa pureté, convenir d'exclure un fait du regard et de l'emprise du juge. Comment ce dernier s'assurera-t-il qu'un tel accord procédural ne compromet pas son initiative, sans s'en ouvrir aux parties ?

Qu'il nous soit donc permis d'espérer ou simplement, avec le Conseiller FETTWEIS<sup>238</sup> de prédire que la Cour saisisse prochainement l'occasion de clarifier (en audience plénière ?) sa jurisprudence sur les faits tirés du dossier.

Revenir à l'enseignement qui se dégage de son arrêt du 15 mai 2003 serait pour elle l'occasion d'aligner sa jurisprudence sur celle, généralement pionnière en la matière, de la Cour de cassation de France qui, comme le note Georges BOLARD, « *oblige le juge (...) de façon catégorique à ouvrir le débat sur les faits adventices par lui relevés en application de l'article 7, alinéa 2, [du Nouveau Code de procédure civile]* » et, ce faisant, « *ne répugne pas à des attendus de principe dépourvus d'ambiguïté : le juge peut, à la condition d'observer le principe de la contradiction, prendre en considération, parmi les éléments du débat, même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions et leur appliquer la règle de droit appropriée* »<sup>239</sup>.

<sup>234</sup> J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, p. 555, n° 722 et p. 631, n° 826 ; G. de LEVAL et J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Principe dispositif et droit judiciaire fiscal*, numéro spécial de la *R.G.C.F.*, 2004, ici spéc. p. 42, n° 46 ; G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 38, n° 20 et la note (86) ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, *l.c.* pp. 202 et s., n° 71 et s.

<sup>235</sup> A. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », *in Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. GILSON), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 155-156.

<sup>236</sup> Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, obs. J.-Fr. van DROOGHENBROECK.

<sup>237</sup> Proc.gén. J. du JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, p. 620 ; J. van COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, pp. 35-37, n° 33 ; E. KRINGS et B. DE CONINCK, « Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden », *T.P.R.*, 1982, p. 655 et s., ici spéc. n°s 17 et s. ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Liège, P.U. Liège, pp. 76 et s., n°s 82 et s. ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *o.c.*, not., pp. 313 et s., n° 331 et s.

<sup>238</sup> *O.c.*, p. 156.

<sup>239</sup> G. BOLARD, « Les faits tirés du dossier », *o.c.*, *l.c.*, p. 44, n° 7, citant Cass. fr., (1<sup>ère</sup> Civ.), 20 nov. 1984, *Bull.*, n° 315 ; *D.*, IR, 265, obs. JULIEN ; Cass. fr. (3<sup>ème</sup> Civ.-, 20 nov. 1985, *Bull.*, n° 153 ; *Gaz. Pal.*, 1986, obs. CROZE et MOREL ; Cass. fr. (Soc.), 8 juillet 1992, *Bull.* n° 454, p. 283. *Adde* Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 24 oct. 2000, *Bull. Civ.*, I, n° 260 ; cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 11 mai 2000, *Bull. civ.*, III, n° 105 ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 10 juillet 1995, *Bull. civ.*, I, n° 314 ; comp. Cass. fr. (soc.), 17 janvier 2002, *D.*, 2002, 2704, note critique G. BOLARD ainsi que

Le réassujettissement des faits tirés du dossier au principe du contradictoire épargnerait également à la Cour toute censure européenne du chef de violation des règles du procès équitable<sup>240</sup>.

## C/ VERS UNE CONTRADICTION AUX FORMES ALLÉGÉES

92.- De toute fraîche actualité elle aussi, une dernière piste d'économie, devait retenir l'attention quant aux liens entre les droits de la défense, l'activisme juridictionnel, l'économie et la célérité des procédures : celui des formes que doit, ou pourrait, emprunter le débat contradictoire justifié et provoqué par l'initiative spontanée – obligatoire ou facultative (*supra*, n°50) - du juge. Relevés d'office par le juge, le moyen de pur droit, le moyen de fait et le moyen mêlé de fait et de droit appellent une nouvelle discussion des parties lorsqu'ils n'étaient pas déjà « nécessairement dans la cause » (*supra*, n°84 et s.). Selon quelles modalités cette prolongation du débat contradictoire peut-elle intervenir ?

Il nous semble nécessaire d'insister ici sur un souci de réalisme judiciaire. Il convient donc, à notre estime, de plébisciter une conception pragmatique et carrossable des droits de la défense.

La plupart du temps, le juge qui soulève d'office un moyen ou une défense s'acquitte de sa « dette de contradiction » envers les parties par le biais d'une réouverture des débats. Aujourd'hui, le temps et les deniers de la Justice sont plus comptés que jamais; or, la réouverture des débats, et le dédoublement consécutif des audiences constituent, par hypothèse, des faits judiciaires coûteux et chronophages<sup>241</sup>.

Aussi faut-il souligner et encourager les mécanismes qui, tout en garantissant le respect des droits de la défense, offrent l'évitement de la réouverture des débats à une audience ultérieure<sup>242</sup>.

### 1. UNE AUDIENCE INTERACTIVE

93.- L'on ne pouvait, dans cette perspective, que saluer la jurisprudence selon laquelle le (bon) magistrat qui, au prix d'une étude préalable du dossier, interpelle les parties à l'audience sur le moyen inédit et s'épargne ainsi de rouvrir les débats en cours de délibéré<sup>243</sup>.

Cette pratique zélée, véritable prévention de la réouverture des débats, bénéficie désormais du relais, et des encouragements, du droit positif.

---

Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 3 oct. 2002, *Procédures*, déc. 2002, p. 8, note R. PERROT ; sur cette jurisprudence, cons. J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., pp. 609-610, n°s 793-794 et les réf. citées.

<sup>240</sup> Voy. en effet Cour eur. D.H., arrêt *Krcmar et autres c. République Tchèque*, du 3 mars 2000 ainsi que le commentaire qu'en donnent F. OST et S. van DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », in *Droit transitoire jurisprudentiel*, *Rev. dr. U.L.B.*, 2002-2, p. 54, n° 66 et la note (185).

<sup>241</sup> PROC. GEN. J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 624; B. MAES, « Verslag over het besloten colloquium van het interuniversitair centrum voor gerechtelijk recht van 23 april 1997 aan de V.U.B. met als thema 'Het ambtshalve optreden van de rechter en de heropening van het debat' », *R.W.*, 1997-1998, pp. 102-103.

<sup>242</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, o.c., nn°s 464-465, 801-804, 828-829 et 1100-1102.

<sup>243</sup> Cass., 6 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13; Cass., 22 décembre 1986, 1986-1987, p. 542. Sur ce rôle actif du magistrat à l'audience de plaidoiries, cons. X. MALENGREAU, « A propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », *J.T.*, 2000, pp. 673-676. Adde, A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., 2<sup>ème</sup> éd., pp. 76-78, nn°s 35-37; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar*, o.c., 2002, n°10 *in fine*. On admettra que circonscrit de la sorte, l'activisme du juge n'a rien d'effrayant (adde les précieuses contributions de J. WINDEY (« Le juge actif ») et de G. DELVOIE (« De actieve rechter. Over vadsige, lijdzame en actieve rechters, three of kind ? ») à l'ouvrage *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité*, actes du forum tenu les 4 et 5 juin 2004 sous l'égide du Conseil Supérieur de la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 191-285

94.- On rappelle en effet que le tout nouvel article 756<sup>ter</sup> du Code judiciaire, inséré lui aussi par la loi du 26 avril 2007, autorise le juge à soumettre des questions aux plaideurs, en lieu et place de leurs plaidoiries ou – en cas de désaccord – à l'issue de celles-ci. (*supra*, n°47). Au nombre des questions susceptibles d'être déferées à la sagacité et à la discussion des parties, le juge sera bien inspiré d'évoquer les moyens en tous genres qu'il pourrait être amené à soulever *motu proprio*. Il n'aura plus, ce faisant, à rouvrir ensuite les débats puisque, par hypothèse, ceux-ci se seront clos par une discussion du moyen subreptice.

Bien inspiré, mais aussi et surtout bien préparé : cette utilisation de l'audience de plaidoiries à des fins d'économies procédurales suppose que le juge ait, en fait et en droit, examiné le dossier avant l'audience de plaidoiries. Un pari à tenter car rien ne l'y oblige. Mais tout l'y encourage désormais puisque le nouvel article 756 du Code judiciaire prévoit (mais ici non plus sans sanction) que « les pièces sont déposées au greffe quinze jours au moins avant l'audience fixée pour les plaidoiries ».

95.- Une importe précision nous paraît s'imposer avant de conclure définitivement à la conformité de cet usage de l'audience interactive aux exigences du contradictoire. On ne répète jamais assez que la protection de cette garantie processuelle doit être effective<sup>244</sup>. En l'espèce, cette effectivité pourrait, dans certains cas, être malmenée si le juge se contentait d'interpeller les plaideurs à la barre, en les invitant à discuter au débotté des mérites d'un moyen subtil auquel, par hypothèse, ils n'ont jamais songé jusque là. Il est du reste peu probable que la Cour européenne des droits de l'Homme cautionne, dans ce genre de cas, ce simulacre de contradictoire. La jurisprudence qu'elle a élaborée dans l'hypothèse, très voisine, de la réplique aux conclusions du ministère public (ou de l'avis du commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'Etat de France), ne laisse guère de doute à cet égard. La Cour paraît aujourd'hui exiger que les parties se voient offrir la possibilité d'exposer leur réplique par écrit, dans une « note en délibéré », ce quand bien même elles se seraient vues, en sus, accorder l'ajournement (la remise) de la cause<sup>245</sup>.

Au vu de ces exigences, les garanties offertes par le nouvel article 756 *ter* devraient, à notre estime, être à la fois cristallisées et complétées par le juge qui se servirait de cette disposition pour s'acquitter de la dette de contradiction contractée par le relevé d'office d'un moyen. Cristallisées, tout d'abord, en ce sens que le juge devrait certainement soumettre sa « question » aux parties « préalablement » à l'audience, comme le prévoit le texte<sup>246</sup>. Retarderait-il l'exposé de cette question (i.e. du moyen relevé d'office) qu'il devrait selon nous accorder la remise de la cause si celle-ci lui est demandée. Le gain de temps offert par rapport à une classique réouverture des débats se réduirait alors à bien peu de choses. En d'autres termes, la faculté d'anticipation offerte par le texte devrait, dans notre cas, se muer en obligation. Cette mesure devrait également être complétée par une autre : pour que son initiative bénéficie du brevet de conformité à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge devrait également offrir aux parties la possibilité de lui soumettre, après l'audience interactive, un écrit (une note, des conclusions) reprenant leur réaction au moyen relevé d'office, et l'obligeant à y répondre (art. 149, Const. *juncto* art. 780, C. jud.)

<sup>244</sup> S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, vol. 1, *Dossier n°57 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 152, n°240.

<sup>245</sup> Cour eur. D.H., déc. G.L. et S.L. c. France du 6 mars 2003, req. 58811/00 ; Cour eur. D.H. APBP c. France du 21 mars 2002, § 27 ; Cour eur. D.H., arrêt Immeubles Groupe Kosser c. France du 21 mars 2002, § 26. Aux termes de ces arrêts, la Cour énonce, après avoir constaté qu'« au cas où le commissaire du Gouvernement invoquerait oralement lors de l'audience un moyen non soulevé par les parties, le président de la formation de jugement ajournerait l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre (arrêt Kress précité, § 76) », souligne qu'il « reste que, de l'avis de la Cour, le dépôt d'une note en délibéré contribue au respect du principe du contradictoire à certaines conditions. En particulier, les justiciables doivent pouvoir déposer une telle note indépendamment de la décision éventuelle du président d'ajourner l'affaire, tout en disposant d'un délai suffisant pour la rédiger. Par ailleurs, afin d'éviter tout litige quant à sa prise en compte par la haute juridiction administrative, la Cour estime que l'arrêt devrait expressément viser l'existence d'une note en délibéré, comme c'est déjà le cas s'agissant de la mention, dans les arrêts du Conseil d'État, de la requête ou du recours enregistré auprès de son secrétariat, des autres pièces du dossier et des interventions en audience publique (rapporteur, conseils des parties et commissaire du Gouvernement). *Adde* S. van DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004, vol. 1, *Dossier n°57 du Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 153, n°241.

<sup>246</sup> Dans notre sens, voy. l'intervention de M. WATHELET in Rapport fait au nom de la Commission de la justice par W. MULS, *Doc. parl.*, Chambre, n°51-2811/005, pp. 60-61.

## 2. LES NOTES EN DÉLIBÉRÉ ET LA RÉOUVERTURE DE DÉBATS ÉCRITS

96.- Si le juge n'aperçoit le moyen subreptice qu'en cours de délibéré, après l'audience – même interactive – de plaidoiries, il n'échappera pas à la réouverture des débats. Mais qui a dit que celle-ci devait obligatoirement emprunter les formes coûteuses et chronophages qu'on lui connaît habituellement ?

Songeons en effet que l'oralité des débats n'est pas le seul canal que puisse emprunter la contradiction: l'exemple français (art. 444 et 445, N.C.P.C.) illustre à merveille, avec la bénédiction de la Cour européenne des droits de l'Homme (*supra*, note (245)), que le système d'échange de «notes en délibéré» se substitue avantageusement à la tenue systématique d'audiences de plaidoiries<sup>247</sup>.

Aussi nous sommes-nous inspiré de cet exemple pour suggérer en Belgique, *de lege lata*, l'adoption d'une bonne (parce qu'économe) pratique consistant pour le juge à fixer au pied de sa décision rouvrant les débats à raison de tel ou tel moyen (de fait ou de droit) soulevé d'office, un délai endéans lequel les parties s'échangeront, dans le respect du contradictoire, leurs observations sur les mérites et conséquences dudit moyen<sup>248</sup>.

Apparemment, cette suggestion a rencontré quelque succès devant certaines juridictions<sup>249</sup>.

Avec MM. de LEVAL et ERDMAN<sup>250</sup>, nous pensons que cette bonne pratique gagnerait à être consolidée par la loi<sup>251</sup>.

C'est désormais chose faite puisque l'article 775, alinéa premier, du Code judiciaire dispose désormais, comme nous le proposons que «*si la réouverture des débats est ordonnée, le juge invite les parties à s'échanger et à lui remettre, dans les délais qu'il fixe et sous peine d'être écartées d'office des débats, leurs observations écrites sur le moyen ou la défense justifiant celle-ci.* » Le texte poursuit que ce n'est plus que «*le cas échéant, il fixe le jour et l'heure où les parties seront entendues sur l'objet qu'il détermine.*»

## IV. CELERITE ET LOYAUTE : JUSQU'OU POUSSER LA CONCENTRATION DU LITIGE ?

97.- Les principes de célérité et de loyauté auraient-ils acquis une telle prégnance que leur combinaison engendrerait un nouveau principe, aux exigences plus drastiques et plus spectaculaires encore ? C'est ce que donne à penser l'essor considérable de l'idée (du principe ?) dit « de concentration » du litige<sup>252</sup>.

<sup>247</sup> Pour de plus amples développements sur ce point, cons. G. BOLARD, « Les juges et les droits de la défense », in *Mélanges offerts à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49 et suiv., spéc. nn°s 31 et suiv.)

<sup>248</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., nn°s 1100-1109, et J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, «La procédure écrite ou le paradigme des promesses non tenues d'une réforme à repenser», in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 70, mars 2004, Bruxelles, Larcier, pp. 158 et suiv., spéc. pp. 191 et suiv., nn°s 34 et suiv. ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « Le juge, les parties, le fait et le droit », o.c., in *Actualités en droit judiciaire, I.c.*, Larcier, 2005, p. 217.

<sup>249</sup> En effet, voy. p. ex. Trib. trav. Nivelles, 9 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 113.

<sup>250</sup> F. ERDMAN et G. de LEVAL, *Dialogues Justice, Bruxelles, S.P.F. Justice*, 2004, pp. 217-219

<sup>251</sup> J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., p. 884, n°1142, note (2351) ; et J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, «La procédure écrite ou le paradigme des promesses non tenues d'une réforme à repenser», in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 70, mars 2004, Bruxelles, Larcier, pp. 158 et suiv., spéc. pp. 191 et suiv., nn°s 34 et suiv. ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « A juge actif, législateur passif. Le juge et la loi », o.c., in *Propositions de réforme de la procédure civile, I.c.*, pp. 108-109, nn°s 85-87.

<sup>252</sup> A son sujet, cons. P. Taelman, « Loyale procesvoering », in *Propositions de réforme de la procédure civile* (sous la dir. . Maes), *I.c.*, ici spéc. pp. 143 et suiv., nn°s 26 et s. ; J. LAENENS, « Art. 747 §2 Ger. W. en de concentratie van het verweer », *G.I.D.S.N. Ger. R.*, 1993, p. 2 ; B. DECONINCK, «Actuele tendensen inzake proceseconomie: loyaal procederen in het civiele geding vanuit proceseconomische perspectief», in *Actualia Vermogensrecht. Liber alumnorum Kulak. Als hude aan Prof. dr. Georges Marcours*, Bruges, La Chartre, pp. 727 et s.



On se laisserait volontiers séduire par le concept et ses prémisses : la cadence et la transparence du procès ont tout à gagner dans la présentation exhaustive des éléments juridiques et factuels du litige dès le déclenchement de celui-ci. Au regard des postulats de célérité et de loyauté, il n'est aujourd'hui plus admissible qu'une partie garde par devers elle tout ou partie de son argumentation pour ne la dévoiler, en opportunité et le cas échéant en traître, que lors d'une étape ultérieure du procès. Une telle attitude ralentit et pervertit déloyalement le débat, l'éloigne de son juste dénouement.

L'obligation de concentration se présente alors comme le remède idéal : « au-delà d'une amélioration très sensible du principe de la contradiction, c'est la nature de l'instance qui en est changée. Une demande immédiatement connue dans son objet, ses prétentions, les principes juridiques sur lesquels elle se fonde, la situation de fait qu'elle invoque et les preuves qu'elle avance est un élément indispensable de clarification et d'accélération du débat judiciaire »<sup>253</sup>.

Au demeurant, l'obligation de concentration n'est pas absente de notre droit processuel positif. Songeons par exemple aux articles 702, 3°, 854, 864 et 868 du Code judiciaire et à l'obligation de précocité qu'ils imposent aux plaideurs. Mais, de toute évidence, la *Konzentrationsmaxime* (ou encore *substantiëringsplicht*), ne pouvait se contenter de ces quelques manifestations embryonnaires. Manifestement inspirées par l'exemple français, la loi et la jurisprudence belges lui ont tout récemment conféré d'autres quartiers de noblesse. Il s'impose de dresser le bilan provisoire de ce succès, non sans souligner la rançon que devraient lui payer d'autres grands principes.

C'est que, parmi les conquêtes du principe de concentration, certaines ne vont pas sans poser question. Ces avancées s'articulent sur quatre grands axes : (1) l'exposé des moyens en conclusions (*infra*, A) ; (2) l'élargissement de la notion de « cause » comme élément constitutif de l'autorité de la chose jugée (*infra*, B) ; (3) la prohibition du moyen renégat, fût-il d'ordre public (*infra*, C) ; et (4) le regroupement des litigants (*infra*, D).

## A/ DES CONCLUSIONS « QUALIFICATIVES »

98.- Inséré par la loi du 26 d'avril 2007, le second alinéa de l'article 744 du Code judiciaire dispose que « les conclusions doivent formuler expressément les prétentions du concluant ainsi que les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ». La disposition poursuit que « les conclusions prises dans une autre cause où à un autre degré de juridiction, auxquelles il est renvoyé ou fait référence, ne sont pas considérées comme des conclusions au sens de l'article 780, alinéa 1, 3° ». Cette condamnation de la pratique des conclusions « par référence », jointe à l'obligation de tracer des conclusions de synthèse, œuvre de toute évidence à la promotion du principe de concentration. On laisse cependant le soin à Georges de LEVAL de livrer le commentaire, dans le présent ouvrage, de ces deux judicieuses mesures.

Pour lors, on s'attardera davantage à la première des trois innovations, étant l'obligation d'établir des conclusions « qualificatives », imposée par l'article 744, al. 2 initio, du Code judiciaire.

99.- L'expression « conclusions qualificatives » est empruntée aux analyses doctrinales<sup>254</sup> des articles 753 et 954, alinéa 1<sup>er</sup>, du Nouveau Code de procédure civile français, auxquels le nouvel article 744 de notre Code judiciaire a lui même emprunté le sens et les mots. L'article 954 du N.C.P.C. énonce en effet que « les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune des prétention est fondée », tandis que

<sup>253</sup> G. CANIVET, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Dral*, Paris, Dalloz, 2000, p. 250. *Adde* Av. Gén. Cedras, concl. précéd. *Cass. fr. (ass. plén.)*, 11 mars 2005, n°525, *R.G.n°03-20.484* : « les parties devraient, dès le début de la procédure, invoquer tous les faits et moyens et présenter les preuves propres à étayer leurs prétentions, à peine d'irrecevabilité ultérieure. Comme pour un lien matrimonial, ceux qui nouent un lien d'instance doivent tout se dire dès le début ».

<sup>254</sup> J.-M. COULON, « Réflexions et propositions sur la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 17-18 janvier 1997, pp. 18-20 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, o.c.*, 25<sup>ème</sup> éd., 1999, pp. 503-504, n°605, ainsi que nn°s 737, 829 et 1459 ; G. BOLARD et G. FLECHEUX, « L'avocat, le juge et le droit », *D.*, 1995, *chron.*, p. 221 ; Ph. BERTIN, « L'indication du fondement juridique de la demande: un atout superflu ? », *Gaz. Pal.*, 1987, 2, 839 ; A. WEILL et F. TERRE, *Précis*, Dalloz, éd., 1979, t. 1<sup>er</sup>, n°381.

l'article 753, issu du décret dit « Coulon » du 28 décembre 1998<sup>255</sup> s'exprime dans les mêmes termes à propos des conclusions d'instance.

Le principe de concentration, nourri aux mamelles de la célérité et de la loyauté, remporte ici une importante victoire : le plaideur doit, chaque fois et aussitôt qu'il conclut, jouer « cartes sur table ». On comprend, et on rejoint du reste, ces voix qui plaidaient pour l'adoption de dispositions équipollentes en droit positif belge<sup>256</sup>.

Ces vœux sont exaucés avec l'entrée en vigueur de l'article 744 du Code judiciaire.

100.- Mais que recouvre au juste cette obligation nouvelle, venue d'Outre Quiévrain, d'exposer ses prétentions et moyens en conclusions ?

A dire vrai, cette heureuse innovation n'est guère bouleversante, et c'est fort bien ainsi. On relève en effet, et dès l'abord quant à sa portée, que l'obligation n'est assortie d'aucune sanction et qu'elle ne s'applique pas à l'acte introductif d'instance (*infra*, 1). On note ensuite que cette obligation ne peut heureusement, et en aucune manière, être interprétée comme un soubresaut de la théorie du contrat judiciaire (*infra*, 2). On soulignera enfin que cette obligation ne contrarie en aucune façon les avancées récentes de l'activisme juridictionnel du juge (*infra*, 3).

### 1. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION

101.- Fallait-il, comme en France, étendre à la citation (et le cas échéant aux autres modes introductifs d'instance) le champ d'application de cette obligation, et la comminer en outre à peine de nullité ? On sait en effet que dans le prolongement des articles 753 et 954 du Nouveau Code de procédure civile, évoqués ci-dessus, l'article 56 dudit Code, modifié par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code Procédure Civile, précité (*supra*, n°99), intégrant bon nombre des réformes suggérées par M. Jean-Marie COULON dans son *Rapport sur la procédure civile*<sup>257</sup>, impose, à peine de nullité, l'exposé des « moyens de droit » dans l'assignation.

102.- Il s'en est fallu de peu que le Code judiciaire belge soit flanqué d'une même disposition. Le procès civil fut en effet, sous la cinquantième législature (1999-2003), épargné de justesse par une réforme qui, si elle avait abouti, l'aurait doté d'un texte équivalent à l'article 56 du N.C.P.C. Ce projet était affecté d'une complète absence de réflexion sur les principes régulateurs de l'instance et sur leurs corrélations complexes. Le recul et la contre-performance eussent été spectaculaires. On s'en tiendra à l'activisme juridictionnel, qui l'a échappé belle.

On pouvait lire en effet dans cet « avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure » que l'article 702 du Code judiciaire disposerait qu'à peine de nullité, l'acte introductif d'instance devait énoncer les « faits, demandes et moyens ». Que l'acte introductif comporte l'énoncé des faits de la cause, il n'y avait là rien de nouveau, ni d'anormal : il y va de la protection des droits de la défense du défendeur. En revanche, l'exigence d'une cristallisation des « moyens et demandes » dans la citation ou la requête initiale, aurait non seulement mutilé tous

<sup>255</sup> *Journal Officiel* du 30 décembre 1998, p. 19.904 (rectif. in *Journal Officiel* du 13 février 1999, p. 2305. Au sujet de cette importante réforme de la procédure civile française, cons. L. CADIET, in *J.C.P.*, 1999, I, p. 130; G. CANIVET et A. CHAPPELLE, « Le décret du 28 décembre 1998 : un nouvel équilibre procédural », in *Gaz. Pal.*, 3 mars 1999, p. 2; M. DOUCHY, in *Gaz. Pal.*, 13-15 juin 1999, p. 14; S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile rénovée: commentaire du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.*, 1999, p. 65; J. HERON, in *R.G.D.P.*, 1999, p. 65; R. PERROT, in *Procédures*, 1999, chron., 3; C. JAMIN, in *R.T.D.Civ.*, 1999, p. 225; V.-A. LORIEUX, in *Gaz. Pal.*, 26-27 janvier 2000, p. 2. ; Ch. PIGACHE, « Présentation du décret », *Gaz. Pal.*, 2000, I, Doctr., p. 1475.

<sup>256</sup> Voy. en particulier la remarquable étude de M. REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, ici spéc. pp. 205 et s.

<sup>257</sup> J.-M. COULON, « Réflexions et propositions sur la procédure civile », in *La Documentation française*, 1997. Au sujet de ce rapport, cons. les Etats généraux de la profession d'avocat sur la réforme du Code de procédure civile autour du rapport COULON, *Rev. jur. Ile-de-France*, Dalloz, 1997, nn°s 48-49 et, pour une approche philosophique A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? », *D.*, 1997, p. 69.

les principes directeurs de la Justice moderne, mais aurait en outre, et inexorablement, renoué avec la tendance à la multiplication des procès, pourtant décriée par le projet réformateur<sup>258</sup>.

En effet, s'il y avait bien, au cœur des intenses controverses, un point de consensus constant, c'était la règle selon laquelle les « moyens » visés par l'article 702 précité, du Code judiciaire, coïncident avec les faits générateurs de la prétention, la sélection et l'application des règles de droit revenant au juge lorsque le demandeur ne s'aventure pas sur le terrain du droit : il s'agit de la fonction supplétive, unanimement admise, de l'adage *iura novit curia*<sup>259</sup>. Par abandon de cette distribution des rôles héritée du droit naturel, le justiciable aurait ainsi dû figer le débat, en énonçant, à peine de nullité, les règles de droit subsumant, à son estime, les faits de la cause. De même aurait-il dû cristalliser, en les devinant au besoin (?), toutes ses prétentions dans l'acte introductif d'instance.

En outre, l'avant-projet porteur de cette réforme régressive, ne soufflait mot de l'incidence de ce système sur l'article 807 du Code judiciaire qui, comme on le sait (*infra*, n°104), constitue la clé de voûte du système de la mutabilité du litige qui, dans le Code VAN REEPINGHEN, avait heureusement supplanté le dogme du contrat judiciaire.

Il faut donc se féliciter, d'une part, que le champ d'application de l'obligation d'exposé des moyens de droit soit, *de lege lata*, (art. 744, al. 2, nouveau C. jud.), limité aux seules conclusions, et d'autre part que cette obligation ne soit point sanctionnée par la nullité.

103.- Est-ce à dire que cette obligation, cantonnée de la sorte, ne serait point sanctionnée du tout et qu'il faille s'en réjouir ? Assurément, non. Il nous paraît au contraire que l'obligation désormais inscrite en droit positif par l'article 744, alinéa 2, du Code judiciaire consolide de manière décisive l'idée, que nous avons soutenue avec d'autres, qu'il y a ici matière à appliquer la théorie de l'abus de droit. En effet, il paraît désormais bien acquis que la partie qui expose pour la première fois ses prétentions (demande incidente, appel incident) ou ses moyens (de fait ou de droit) dans des conclusions auxquelles son adversaire ne peut plus répondre, peut – lorsque les conditions sont réunies – se rendre coupable d'un abus de droit dont la réparation – en nature – consiste en l'écartement des conclusions fautives<sup>260</sup>. L'article 744, alinéa 2, du Code judiciaire pourra désormais, en cette même situation, être invoqué au soutien de la solution prétorienne, en ce sens que la partie précitée pourra se voir reprocher de n'avoir pas, dès ses premières conclusions, libellé les prétentions et moyens tardivement dévoilés.

<sup>258</sup> Voy. les critiques que nous avons adressées à cet avant-projet in « *Justice rapide, justice hâtive* », actes de la matinée d'étude du 17 janvier 2003 à la Chambre des Représentants, Bruxelles, éd. Centre d'Etudes Jacques Georgin, pp. 14 et suiv. Rapp. des critiques exprimées par G. DE LEVAL, « Analyse de la réforme du Code judiciaire envisagée », in *actes de la matinée d'étude du 17 janvier 2003 à la Chambre des Représentants*, Bruxelles, éd. Centre d'Etudes Jacques Georgin, pp. 4 et suiv., par K. GERARD, « Avis du Conseil supérieur de la Justice relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en qui concerne la procédure », *o.c.*, in *actes de la matinée d'étude du 17 janvier 2003 à la Chambre des Représentants*, Bruxelles, éd. Centre d'Etudes Jacques Georgin, pp. 7 et suiv., ainsi que par D. PIRE et H. BOULARBAH, « Observations sommaires relatives à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en qui concerne la procédure », in *La Tribune de l'Ordre des barreaux*, 2001, n°3, pp. 5-12. L'avant-projet avait également essuyé les vifs reproches du Conseil Supérieur de la Justice (voy. son avis du 9 octobre 2002 sur « l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en qui concerne la procédure » ; voy. déjà son avis relatif à la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en qui concerne la procédure, *Doc. Parl.*, Chambre des Représentants, sess. ord. 2000-2001, n°50-0969/002) et du Conseil d'Etat (Section de législation du Conseil d'Etat, avis n°33.431/2, du 15 juillet 2002, inédit).

<sup>259</sup> Cass., 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 5, note J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige » ; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, *o.c.*, nn°s 91-92 ; A. FETTWEIS, « Da mihi factum, dabo tibi ius », *J.L.*, 1983, p. 179 ; H. BOULARBAH, « La cause... », *o.c.*, *I.c.*, pp. 99-100, n°9 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, pp. 50-51, n°34 ; A. MEEUS, « La notion de loi impérative... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1988, p. 518 ; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », *o.c.*, *I.c.*, n°10 ; V. VANNES, « Le rôle du juge dans le contentieux social », *o.c.*, *I.c.*, p. 373, n°10 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *o.c.*, pp. 341 et suiv., nn°s 360 et suiv., et les réf. citées.

<sup>260</sup> Cass., 16 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 301 ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « L'abus du droit de conclure : vivacité d'une théorie », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, ici spéc. pp. 486 et s., nn°s 22 et s. et les réf. citées ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « La mise en état des causes...perdue ? », *J.T.*, 2000, p. 819, n°18 ; J.-Fr. van DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « La Cour de cassation et les fausses conclusions additionnelles », *J.T.*, 2001, pp. 514 et s., nn°s 15 et s. ; G. de LEVAL, « Le miroir de la procédure », in *Droit du contentieux, Formation permanente C.U.P.*, vol. IV, Liège, 1995, p. 26, n°13 ; P. TAEMLAN, « Loyale procesvoering », *o.c.*, in *Propositions de réforme de la procédure civile*, *I.c.*, ici spéc. p. 146, n°27 et les réf. citées.

## 2. L'OBLIGATION NE RÉSSUCITE PAS LE CONTRAT JUDICIAIRE

104.- Dans le prolongement immédiat du monopole des parties sur l'introduction des actions, c'est le principe dispositif qui se trouve à la source de la liberté, aujourd'hui très étendue, qui est offerte aux parties de modifier à tout moment, par le jeu des demandes incidentes, le cadre initial de leur débat<sup>261</sup>.

On songe principalement aux demandes nouvelles visées par l'article 807 du Code judiciaire. Quoique ne relevant pas de l'ordre public<sup>262 263</sup>, cette disposition forme le legs le plus saillant de l'oeuvre de MOTULSKY et du Nouveau Code de Procédure Civile français, à notre Code judiciaire<sup>264</sup>. A ce titre, l'article 807 sonne le glas du dogme de l'immutabilité de la demande et du litige<sup>265</sup> et, à travers celui-ci, de la notion surannée de «*contrat judiciaire*». Jusqu'ores, ces dogme et notion interdisaient au demandeur de changer, sans le consentement de son adversaire, le fondement juridique de sa demande. Pareil changement induisait, disait-on, une modification de la cause de la demande. Le formalisme excessif de ces solutions ne s'accommodait pas du souhait d'efficacité et d'accélération de la justice qui a présidé à la réforme du Code du judiciaire. L'article 807 de ce Code l'a donc, purement et simplement, aboli. Sous l'empire de ce texte, inchangé depuis 1967, une partie peut librement modifier l'un des éléments constitutifs de sa demande (objet ou cause) pour autant que ce changement puisse être rattaché à un «*fait ou à un acte*» invoqué dans l'acte par lequel il a introduit cette demande; ce rattachement marque la survivance, extrêmement limitée, de la règle ancienne de l'immutabilité.

Soulignons-le : l'obligation désormais exprimée par l'article 744, alinéa 2, du Code judiciaire ne porte nullement atteinte à cette règle de la mutabilité du litige consacré, en particulier, par l'article 807 du Code judiciaire. En d'autres termes, l'obligation qu'il a d'exposer ses prétentions et moyens dans chacune de ses conclusions n'empêche pas le plaideur, chaque fois qu'il conclut, de modifier ou d'étendre lesdits prétentions et moyens. Les prétentions et moyens présentés initialement, dans ses conclusions antérieures, ne le lient point comme c'était le cas sous l'empire de la figure du contrat judiciaire. En vertu de l'article 807, il peut évidemment s'en défaire pour autant qu'à leur tour, ses nouveaux prétentions et moyens soient exprimés dans les conclusions nouvelles, selon le vœu de l'article 744.

La mutabilité du litige aux mains des parties peut sans doute être regardée comme le bastion du principe dispositif. Il ne se conçoit pas de le sacrifier sur l'autel du principe de concentration<sup>266</sup>.

## 3. L'OBLIGATION N'ENTACHE PAS L'ACTIVISME JURIDICTIONNEL DU JUGE

<sup>261</sup> G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, o.c., p. 37, n°23; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, o.c., 2ème éd., 1987, p. 85, n°66;

<sup>262</sup> Cass., 17 juin 2002, S.990144.F; Cass., 23 mai 1985, A.C., 1984-1985, p. 1318; Cass., 1er octobre 1990, Bull., 1991, p. 98; Cass., 26 octobre 1981, Pas., 1982, I, p. 281; J. MATTHIJS, «Tussenvordering, tegenvordering en tussenkomst voor arbeidsgerecht», *R.W.*, 1972-1973, col. 541-542; A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., 2ème éd., 1987, p. 91, n°75; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», o.c., *R.C.J.B.*, 1997, p. 547, n°65; Ph. THION, «Variatie op hetzelfde thema...», o.c., *P&B/R.D.J.P.*, 2002, p. 122, n° 2; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», o.c., *I.c.*, n° 29; S. CNUUDE, «Tussengeschieden...», o.c., *I.c.*, p. 14, n° 26.530. Voy. déjà, sous l'empire du Code de procédure civile, W. BROSEN, «Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel», *A.P.R.*, 1956, p. 283, n° 673.

<sup>263</sup> En sorte que le moyen pris de la violation de l'article 807 du Code judiciaire ne peut être soulevé pour la première fois en instance de cassation; outre les arrêts cités à la note précédente, cons. Cass., 31 janvier 2002, R.G. n° C.00626.N.

<sup>264</sup> J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », o.c., *R.C.J.B.*, 1982, pp. 27-28, n°22; A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., 2ème éd., 1987, p. 61, n°55, note (1), p. 62, n°55, pp. 73-74, n°61 et la note (6) et p. 88, note (5); A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, P.U. Liège, 1980, t. II, p. 155, n°186 et les réf. citées en notes.

<sup>265</sup> Sur l'immutabilité de la demande et du litige, voy. en Belgique Chevr., BRAAS, *Précis...*, o.c., t. Ier, nn°s 874-875. Sur la condamnation de cette conception par l'article 807 du Code judiciaire, voy. A. FETTWEIS, *Manuel...*, éd. 1987, pp. 83 et suiv., n°94 et suiv.; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», o.c., *R.C.J.B.*, 1982, p. 27, n°22.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», o.c., *R.C.J.B.*, 1997, p. 545, n°60.

<sup>266</sup> Voy. P. Taelman, « Loyale procesvoering... », o.c., in *Propositions de réforme de la procédure civile*, *I.c.*, p. 146, n°27 in fine et les réf. citées à la note (122).

105.- C'est à tort également que serait soutenue la critique selon laquelle l'obligation de prendre des conclusions « qualificatives », prescrite par l'article 744, alinéa 2, nouveau, du Code judiciaire contredirait, voire enrayerait, le pouvoir, et le même le devoir, assignés au juge d'appliquer – en la soulevant d'office – la solution juridique appropriée (*supra*, n°50 et s. et n°63 et s.)<sup>267</sup>.

Manifestement inspirés par l'expérience française des articles 56, 753 et 954 du Nouveau Code de procédure civile<sup>268</sup>, les travaux préparatoires de la disposition nouvelle soulignent sans équivoque que « [...] l'invitation faite aux parties de présenter leurs moyens de droit ne dispense pas le juge de « dire le droit » en examinant l'ensemble des éléments qui lui sont soumis par les parties. Cette disposition ne porte en rien atteinte aux prérogatives du juge dans l'application du droit »<sup>269</sup>. L'article 744 du Code judiciaire invite le justiciable à exposer « ses » moyens ; ni plus ni moins. Il n'y est pas question de présenter les « bons » moyens, et encore moins de cantonner l'office du juge, et le débat judiciaire, aux « mauvais » moyens suggérés dans les conclusions qualificatives. Mieux : il nous paraît que le juge devrait s'acquitter de la mission juridictionnelle que lui assigne la Cour de cassation, lors même que les parties n'auraient pas présenté leurs moyens de droit conformément à l'article 744 du Code judiciaire.

## **B/ LA CHOSE JUGÉE ENTRE LA CONCENTRATION ET LE CONTRADICTOIRE : CONTRE L'ÉLARGISSEMENT DE LA NOTION DE « CAUSE »**

106.- Le conflit que se livrent le principe dit « de concentration », lui-même soutenu par le principe de célérité, d'une part, et le principe du contradictoire, d'autre part, n'est pas des moindres.

L' évolution de ce conflit laisse perplexe.

107.- Jusqu'il y a peu, la conception factuelle de la cause et de l'objet – désormais consacrée par la Cour de cassation (*supra*, n°50 et s. et n°63 et s.) – pouvait se prévaloir d'un solide argument économique susceptible de contrebalancer la critique selon laquelle sa mise en œuvre était onéreuse en raison de l'augmentation du nombre des réouvertures des débats (*supra*, n°80).

En droit belge<sup>270</sup> comme en droit français, l'on pouvait en effet soutenir, sans risque d'être contredit que, que les principes gouvernant la délimitation de l'autorité de la chose jugée au civil font que le justiciable débouté pour n'avoir pas invoqué le bon sésame juridique pourra ressaisir le juge de sa prétention, cette fois par le truchement de la qualification et/ou des règles idoines. La remarque vaut tant pour l'objet que pour la cause de la demande, et s'étend par là-même à toute la réflexion sur l'activisme du juge: il ne faut pas confondre *Ajustice rapide* et *justice Ahâtive*<sup>271</sup>.

Cet enseignement, jusqu'ici constant<sup>272</sup>, reposait sur une conception dite étroite de la notion de « cause » comme élément de définition de l'autorité de la chose jugée.

<sup>267</sup> Voy. à cet égard la discussion relatée in Rapport fait au nom de la Commission de la justice par W. MULS, *Doc. parl.*, Chambre, n°51-2811/005, pp. 43 et s.

<sup>268</sup> Voy. en effet : J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, o.c.*, 26 ème éd., 2001, p. 492, n°602; L. CADIET, *Droit judiciaire privé, o.c.*, 3ème éd., 2000, p. 486, n°1132; J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1996, pp. 689 et suiv. et in *R.T.D.Civ.*, 1998, p. 466; G. BOLARD, in *Dalloz-Action, o.c.*, éd., 1999, p. 541, n°2351; G. BOLARD et G. FLECHEUX, *AL=avocat, le juge et le droit, o.c., D.*, 1995, *chron.*, p. 225; G. COUCHEZ, *Procédure civile, o.c.*, 1998, p. 119, n°283; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, o.c.*, 3ème éd., 1996, p. 447 et p. 453.

<sup>269</sup> Projet de loi modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, 14 déc. 2006, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n°51-2811/01, p. 10.

<sup>270</sup> En ce sens, voy. not. la remarquable étude de G. BOLARD et P. DRAI, « Justice hâtive, justice rapide. Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », note crit. sous Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n°129, p. 85; *J.C.P.*, 1997, II, 22.944. *Adde*, toujours dans le même sens, Ph. BLONDEL, « Le juge et le droit », *o.c. in Le Nouveau code de procédure civile: vingt ans après, I.c.*, pp. 156-157.

<sup>271</sup> En ce sens, voy., en Belgique, G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », note sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 236 et s.; J. van COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 527 et s.; J. van COMPENOLLE, « Considérations sur l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 241 et s.; P. MAHAUX, « La chose jugée et le Code judiciaire », *J.T.*, 1971, p. 584; P. TAELEMAN, « Enkele bedenkingen nopens rechtsmacht en gezag van het rechterlijk gewijsde », *P. & B.*, 1993, pp. 107 et s.; S. NUDELHOLC, « De l'autorité des jugements précédemment rendus

En vertu de cette conception, l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux faits tels que le juge premier saisi les a juridiquement qualifiés en sorte – et c'est là que gisait l'argument économique – que le plaideur débouté par un juge pusillanime sur le visa d'un mauvais fondement juridique ou d'une qualification impropre peut, le lendemain, saisir ce même juge, ou un autre, de la même prétention (i.e. du même objet) sous un autre habillage juridique sans se voir opposer l'exception de chose jugée. La justification de cette conception étroite de la cause devait, pour l'essentiel selon nous, être recherchée dans la préservation du contradictoire et des droits de la défense. Il se trouve en effet que, par hypothèse, la base juridique proposée à l'appui de la seconde action n'a pas été invoquée, ni *a fortiori* débattue, devant le juge premier saisi.

Face à définition étroite de la cause au regard de la chose jugée, la conception factuelle de la cause (l'autre cause : celle de l'office du juge) et de l'objet avait beau jeu de reprocher à la conception juridique que sur un plan économique, il était préférable d'éviter le morcellement et le redoublement du procès en dotant le juge du pouvoir d'appliquer *hic et nunc*, et le cas échéant d'office, la solution juridique idoine<sup>273</sup>.

Toutes chambres confondues et réunies le cas échéant en assemblée plénière, la Cour de cassation de France a longtemps consacré cette conception étroite de la cause, autorisant le plaideur débouté à revenir devant son juge muni d'un autre sésame juridique<sup>274</sup>.

108.- Mais voici qu'elle a récemment, sous l'impulsion déjà donnée par sa deuxième chambre civile<sup>275</sup>, opéré un spectaculaire revirement de sa jurisprudence au profit d'une conception large de la cause.

Un héritier se prétend titulaire, en vertu de l'article L. 231-3 du code rural français, d'une créance de salaire différé sur la succession de son père au service duquel il avait, plusieurs années durant, travaillé sans rémunération. C'est sur ce fondement juridique qu'il assigne son frère, seul cohéritier de leur défunt père. Débouté de son action au motif que l'activité professionnelle litigieuse n'avait pas été exercée au sein d'une exploitation agricole au sens de la disposition légale précitée, le demandeur réassigne, aux mêmes fins, mais cette fois sur la base de l'enrichissement sans cause. Au regard de la conception étroite de la cause (*supra*, n°107), la seconde demande ne se heurtait point à l'autorité de la chose jugée. Les juges du fond décidèrent le contraire, et la Cour de cassation les a suivis.

Aux termes d'un arrêt retentissant prononcé, là encore en assemblée plénière, le 7 juillet 2006, la Haute juridiction française pose en effet le principe « qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci », dont elle déduit en l'espèce « qu'ayant constaté que, comme la demande originaire, la demande dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait à obtenir le paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière, la cour d'appel a exactement déduit que [le demandeur] ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation »<sup>276</sup>.

---

dans le cours de la procédure », *J.L.M.B.*, 1990, p. 1215. En France, cons. p. ex., dans le même sens, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 458, n° 1070 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., p. 532 ; G. BOLARD, *Dalloz-Action, Procédure civile*, n° 2321 et N. FRICERO, ég. in *Dalloz-Action, o.c.*, 1999, p. 922, n° 4993 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile, o.c.*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 219, n° 179.

<sup>273</sup> Pour plus de détails sur cette équation, voy. J.-Fr. van DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, o.c., p. 217, n°208, p. 240, n°240 et p. 412, n°466.

<sup>274</sup> Cass. fr. (ass. plén.), 3 juin 1994, *Bull.*, ass. plén., n°4 ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 21 septembre 2005, pourvoi n°02-15.586 ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 21 janvier 2003, *Bull.*, n°150 ; Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 11 avril 1995, *Bull.*, n°172 ; Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 19 décembre 2002, *Bull.*, n°292 ; Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 28 octobre 1992, *Bull.*, n°282 ; Cass. fr. (com.), 8 juillet 1997, *Bull.*, n°219 ; Cass. fr. (soc.), 6 avril 1999, *Bull.*, n°160.

<sup>275</sup> Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 4 mars 2004, *Bull.*, n°84. Au sujet de cet arrêt dissonnant, favorable à la conception large de la cause, voy. N. FRICERO, in *D.*, sommaires commentés, p. 1204

<sup>276</sup> Cass. fr. (ass. plén.), 7 juillet 2006, *Dalloz*, 2006, p. 2135, note WEILER ; J.C.P., 2006, I, n° 351, p. 434 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2006, p. ..., obs. R. PERROT. Sur le site internet de la Cour de cassation de France, l'arrêt est accompagné de l'excellent rapport du Conseiller CHARRUAULT, d'une note relative au droit d'accès à un tribunal établie par le Conseiller KOERING-JOULIN, ainsi que d'une étude intitulée « L'étendue de la l'autorité de la chose jugée en droit comparé », réalisée par l'Institut de droit comparé Edouard Lambert de l'Université Jean Moulin-Lyon 3.

Dès 1964, MOTULSKY appelait ce revirement de ses vœux : « la charge de la concentration apparaîtrait, indirectement, dans la faculté pour le tribunal de décider que si effectivement le facteur invoqué dans la seconde instance n'avait pas été disputé ni tranché dans la première, il aurait pu et dû être soulevé ; qu'il ne l'a pas été dans un but dilatoire ou du moins par suite d'une négligence grave de la partie intéressée, et que, par conséquent, il doit être réputé avoir fait partie de la matière litigieuse dans la première procédure »<sup>277</sup>

Voici l'illustre auteur, visionnaire une fois de plus, généreusement exaucé. Car le revirement est total. On le voit visiblement au principe de concentration, dont la sévérité est ici poussée à son paroxysme.

109.- Cette victoire nous laisse très perplexe, et il nous paraîtrait regrettable que la Cour de cassation de Belgique se laisse conquérir par cette conception large de la cause.

Dans son rapport précédant l'arrêt du 7 juillet 2006 (*supra*, note (276)), le Conseiller CHARRUAULT a bien mis en lumière les avantages de la conception étroite, brutalement abandonnée par la Cour.

Sans doute cette conception étroite œuvre-t-elle (et encore...) au morcellement du procès. Mais n'est-elle pas la seule, on le répète, qui s'accommode des exigences du contradictoire : « le droit à un procès équitable que consacre l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne s'oppose-t-il pas à l'institution d'une fin de non-recevoir qui, par voie d'absorption de la cause dans l'objet, emporterait interdiction de débattre devant le juge d'une question qui ne lui a jamais été posée ? »<sup>278</sup>. Excellente question... à laquelle la Cour de Strasbourg répondrait vraisemblablement par l'affirmative.

En sus, comme le relève judicieusement le Conseiller CHARRUAULT, le risque du morcellement du procès est considérablement tempéré par la mission juridictionnelle du juge actif l'obligeant (à tout le moins l'autorisant) à appréhender d'office les faits litigieux sous l'angle du fondement juridique (*supra*, n°50 et s. et n°63 et s.), et de faire ainsi bref procès.

Le danger de réédition des procès s'amenuise également grâce à la mutabilité du litige (*supra*, n°104) qui permet aux parties d'affûter leurs bases juridiques à tout moment, même pour la première fois en degré d'appel voire, si le moyen est « de pur droit » (*supra*, n°50) devant la Cour de cassation.

Il y a encore, et toujours dans le même sens, qu'« à supposer qu'il soit fait de la conception étroite du concept de cause un instrument de harcèlement processuel, celui-ci ne serait pas sans sanction. La théorie de l'abus de droit trouverait à s'appliquer »<sup>279</sup>.

Il se trouve enfin que « seule » la conception étroite de la cause « est à même de justifier l'admission d'une nouvelle demande dont la cause (ex. : une nouvelle loi) ne pouvait exister lors du jugement de la demande originaire »<sup>280</sup>.

Le risque de morcellement du procès, et l'exigence de concentration, resteraient-ils malgré tout si prégnants qu'il se justifiât de consacrer la conception large de la cause ? Rien n'est moins sûr car, comme l'indique à nouveau M. CHARRUAULT, au procès « morcelé » se substituerait le procès « bouleversé ».

Songons en effet aux conséquences de cette théorie. Certes, le plaideur débouté sur le terrain d'un (mauvais) premier fondement juridique ne pourrait plus réitérer sa demande sous le couvert d'un second (et meilleur) fondement. Mais ne serait-il pas, alors, tenté de demander compte de cette situation aux professionnels du droit qui, à l'occasion du procès manqué, avaient l'obligation d'appliquer le bon fondement juridique ? Son avocat n'expose-t-il pas sa responsabilité professionnelle (rappr. *supra*, n°98 et s., du commentaire de l'art. 744, al. 2, C. jud.) ? Tout comme, *in solidum*, le juge qui, on le sait (*supra*, n°50 et s. et n°63 et s.), est à présent obligé de recalibrer les bases juridiques maladroitement proposées par les plaideurs et leurs conseils... N'y a-

<sup>277</sup> H. MOTULSKY, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.*, chron., 1964, p. 13, n°43, ég. reproduit in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, pp. 201 et s.

<sup>278</sup> Rapport CHARRUAULT, précité.

<sup>279</sup> Idem, citant p. ex. Cass. fr. (com.), 4 juillet 1995, *Bull.*, n°206.

<sup>280</sup> Idem, citant d'ailleurs, en faveur de la conception étroite de la cause en semblable situation, Cass. fr. (1<sup>ère</sup> civ.), 21 septembre 2005, pourvoi n°02-15.586.

t-il pas là un risque réel, non plus de morcellement, mais de multiplication des procès ? Et quels procès !

A trop promouvoir le principe de concentration, on le dessert.

110.- Toutes ces raisons invitent à plaider résolument pour le maintien, en Belgique, de cette jurisprudence constante selon laquelle l'autorité de chose - expressément ou implicitement - jugée, ne s'étend pas aux points qui n'ont pas été effectivement débattus<sup>281</sup>.

## C/ LA PROHIBITION DU MOYEN RENÉGAT. FÛT-IL D'ORDRE PUBLIC ?

111.- De l'union de la célérité et de la loyauté est née, et depuis lors prospère, une autre règle vertueuse : l'interdiction de se contredire, de « manger sa parole procédurale », au détriment de son adversaire (*supra*, n° 27)<sup>282</sup>. Nul n'est besoin d'explicitement en quoi la règle rencontre l'exigence de loyauté. Ses rapports avec la célérité et l'idée corrélatrice de concentration s'aperçoivent aussi aisément : une volte-face bouleverse, ralentit et rallonge le procès.

La question n'est pas tant (ni même du tout) celle de la pertinence de cette règle, que celle de sa portée.

112.- L'interdiction de se contredire recouvre la prohibition faite au plaideur de présenter au juge un moyen « renégat », c'est-à-dire un moyen qui reviendrait sur l'accord procédural – exprès – en vertu duquel ce justiciable se serait précédemment engagé à ne pas soutenir ce moyen (*supra*, n° 68 et s.). Dans le langage parfois usité par la Cour de cassation, ce moyen serait rejeté au motif qu'il « soulève une contestation exclue par les conclusions des parties »<sup>283</sup>. Et c'est précisément dans le rejet du moyen que la déloyauté de son auteur trouve ainsi sa sanction, en nature.

113.- Mais qu'advient-il si le moyen renégat est d'ordre public ? Si, en d'autres termes, l'accord procédural antérieurement souscrit par celui qui s'en dédit, viole une ou plusieurs dispositions d'ordre public, ce que le moyen renégat tendrait précisément à dénoncer ?

Face au phénomène de dilution de la spécificité du moyen d'ordre public<sup>284285</sup>, l'on serait tenté d'affirmer, avec Michèle GREGOIRE, que le seul trait distinctif du moyen d'ordre public consiste,

<sup>281</sup> Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, p. 231 ; Cass., 27 février 1995, *R.D.J.P./P.&B.*, 1996, p. 68, note P. Geerebaert ; Cass., 24 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1005 ; Cass., 18 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1065. Au sujet, et en faveur, de cette jurisprudence, voy. les études approfondies de G. CLOSSET-MARCHAL, « L'autorité de la chose jugée, le principe dispositif et le principe du contradictoire », note sous Cass., 8 octobre 2001, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 236 et s., et de J. van COMPERNOLLE, « Considérations sur l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass., 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 241 et s.

<sup>282</sup> En doctrine, voy. p. ex. O. HILLEL et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *Actes du colloque sur le thème du Principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, organisé le 13 janvier 2000 par l'Université Paris 5, Paris, Economica, pp. 49 et s. ; S. GUINCHARD, « Quels principes directeurs... », *o.c.*, *l.c.* pp. 212 et s. Adde H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges Lousouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 303 et s.

<sup>283</sup> Au sujet de la signification et de la portée de cette expression, voy. J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, in *Actualités en droit judiciaire*, *l.c.*, pp. 219 et s., nn°s 95 et s.

<sup>284</sup> Voy. à ce propos J.-Fr. van DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », *o.c.*, in *Actualités en droit judiciaire*, *l.c.*, pp. 229 et s., nn°s 101 et s.

<sup>285</sup> « Une distinction dépassée : moyens de pur droit et moyens d'ordre public ». C'est par ce titre évocateur que Serge GUINCHARD introduit la synthèse du commentaire de l'article 12 du N.C.P.C. dans son excellent *Mégacode de Procédure civile (Mégacode de Procédure civile*, par Serge GUINCHARD, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 028 (sous art. 12 et 13)). Comme le note également Jacques HERON dans une communication à un congrès international consacré à l'ordre public, « en droit judiciaire privé, on peut dire que l'évolution est arrivée à son terme. Le moyen d'ordre public n'existe plus en tant que tel, pour ce qui est du droit interne. Les distinctions que posent l'article 12 et l'article 619 du nouveau Code de procédure civile ne reposent pas sur ce caractère, et la jurisprudence applique ces textes de la même façon à tous les moyens, qu'ils soient ou non d'ordre public [...] » (J. HERON, « Rapport français », in *L'ordre public, travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIX, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 953, n° 14, citant dans le même sens la thèse de F. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, Rouen, 1994). En filigrane de cette assimilation du moyen d'ordre public aux autres moyens de pur droit, s'ébauche une réflexion fondamentale sur la pertinence même de la notion classique d'ordre public. Dans une étude qui fait référence sur la question, A. DORSNER-DOLIVET et Th. BONNEAU assignent de judicieux jalons à cette question: « le juge a, selon nous, dès qu'il est saisi, l'obligation d'appliquer la loi, quel que soit son caractère. A partir du moment où l'on considère que la loi doit recevoir application, la



précisément, en ce qu'il est le seul qui "autorise le demandeur à abjurer devant la Cour de cassation, les éventuelles renonciation ou exclusion consenties par lui antérieurement, car un tel moyen échappant à la maîtrise des parties, n'a cessé de hanter le débat au fond, même sans y être jamais exprimé"<sup>286</sup>.

Jusqu'il y a peu, nous étions nous-mêmes persuadés qu'il en était ainsi, s'agissant là, à la vérité, d'un des truismes sur lequel repose un Etat de droit : lorsque celui-ci se dote, pour son fonctionnement, de règles essentielles, les sujets de droit ne peuvent en disposer autrement et seront toujours recevables à s'en prévaloir, même si pour ce faire elles doivent revenir sur leurs choix et accords procéduraux, et ce faisant « abjurer ». S'il y avait une idée que l'on ne pouvait soupçonner d'être un jour bousculée, c'est bien celle selon laquelle le juge du fond doit déjouer les accords contraires à l'ordre public sous le contrôle de la Cour de cassation qui, *ultima ratio*, absout le plaideur revenant sur semblables accords. Que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, le dogme s'exprime sous des formules variées, dont la solennité n'a d'égale que la constance: le juge ne peut jamais se tenir lié par un accord sur points de droit destiné à le détourner de l'application d'une règle d'ordre public<sup>287</sup>, ce que notre Cour traduit par l'expression rituelle selon laquelle il n'y a violation du principe dispositif par le juge que si celui-ci "élève d'office une contestation, étrangère à l'ordre public, dont les parties avaient exclu l'existence"<sup>288</sup>.

La dimension très théorique de la règle n'a du reste pas empêché l'expression de sa validation par la technique de cassation. En effet, il est (à vrai dire, il *était*) de principe absolu que, pour autant qu'il soit de pur droit (*supra*, n°50), la recevabilité du moyen d'ordre public devant la Cour de cassation, n'est pas affectée par la circonstance que le demandeur y ait - par convention expresse - renoncé devant le juge du fond, de même que ce n'est que lorsqu'il est "étranger à toute disposition légale d'ordre public ou impérative", qu'"est nouveau et, dès lors irrecevable, le moyen [de cassation] dirigé contre une décision des juges d'appel, conforme à une décision du premier juge que le demandeur n'a pas critiquée en degré d'appel"<sup>289</sup>.

---

*notion d'ordre public n'apporte rien de plus. Sinon un élément d'incertitude dans la mesure où il est difficile de connaître ce que recouvre l'ordre public, tant en théorie qu'en pratique. Aussi nous paraît-il opportun de supprimer la notion de moyen d'ordre public qui ne constitue en définitive qu'une couverture. Cette possibilité pour le juge de décider discrétionnairement qu'un moyen n'est pas d'ordre public lui permet en effet, surtout au stade de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, en définitive de se retrancher derrière l'absence d'ordre public pour ne pas relever d'office comme il doit le faire un moyen de pur droit [...]. La suppression de la notion de moyen d'ordre public présenterait, par conséquent, l'avantage de faire tomber le masque et d'obliger le juge à relever le moyen de pur droit. L'épanouissement de cette dernière notion, à laquelle on reconnaîtrait un caractère impératif, permettrait une application plus fidèle des règles de droit* » (A. DORSNER-DOLIVET et TH. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, *chron.*, p. 65). Tous ces propos résumés parfaitement le statut actuel du moyen d'ordre public en droit processuel français : les principes directeurs du Nouveau Code de procédure civile ont dissout la singularité du moyen d'ordre public.

<sup>286</sup> M. GREGOIRE, "L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *o.c.*, *I.c.*, pp. 79-80, nn°s 12 *in fine*-13

<sup>287</sup> Doctrine constante. Voy., sans prétendre à l'exhaustivité, F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, pp. 54-55, n°36, citant Cass., 26 septembre 1958, *Pas.*, 1959, p. 98 et Cass., 29 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 930; J. VAN COMPERNOLLE, "L'office du juge et le fondement du litige", *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n°31; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit et recht...*, *o.c.*, pp. 116-117, n°98; Proc. Gén. E. KRINGS, "L'office du juge dans la direction du procès", *o.c.*, *J.T.*, 1983, p. 520, n°36; Proc. Gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 886; E. KRINGS et B. DE CONINCK, "Het ambtshalve aanvullen...", *o.c.*, *T.P.R.*, 1982, pp. 674-677, nn°26-27 et n°29; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile...*, *o.c.*, p. 66, n°92; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen...", *o.c.*, *R.W.*, 1985-1986, col. 2217; B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, *o.c.*, p. 133, n°160.

<sup>288</sup> Voy. p. ex. Cass., 30 novembre 2000, C.00.0067.F.; *Larcier Cass.*, 2001, p. 14, n°63; Cass., 17 septembre 1999, *Bull.*, 1999, n°467. Pour des exemples plus anciens, cons. Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 69; Cass., 31 mars 1978, *Pas.*, 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 838; Cass., 27 mai 1972, *Pas.*, 1971, I, p. 886, précédé des concl. de M. le Proc. gén. W.-J. GLANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.

<sup>289</sup> Cass., 8 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, 12; Cass., 4 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 1; Cass., 24 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 671; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, n°487; Cass., 21 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, n°295; Cass., 6 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, n°95; Cass., 15 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 618; Cass., 24 février 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 792; Cass., 3 décembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 333; Cass., 19 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 229; Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 292. En doctrine, cons. Proc. Gén. F. DUMON (alors prem. av. gén.), concl. précéd. Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 579; du même auteur, "Quo vadimus?", *o.c.*, *J.T.*, 1980, p. 529; B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, *o.c.*, pp. 180-184, nn°s 213-216; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *o.c.*, p. 204, n°128; M. GREGOIRE, "L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *o.c.*, *I.c.*, p. 78, n°12. La règle s'applique également devant la Cour de cassation de France : voy. J. BORE, *La cassation en matière civile*, *o.c.*, 2ème éd., 1997, p. 580, n°2392, citant Cass. fr. (civ.), 30 avril 1890, *D.P.*, 1890, I, 461 et Cass. fr. (soc.), 18 janvier 1961, *Bull. civ.*, III, n°69; Th. CLAY, "Le contrôle par la Cour EDH de la nouveauté du moyen invoqué devant la Cour de cassation", *D.*, 2000, n°43, pp. 883 et suiv.).

L'importance de la règle prend le pas sur la loyauté dans le procès : au nom de l'ordre public, il **serait** permis d'abjurer en cassation<sup>290</sup>.

114.- Le conditionnel est de mise car la Cour de cassation a, tout dernièrement, entamé le sacrifice de ce dernier bastion de l'ordre public sur l'autel de la loyauté et de la concentration du litige.

*A priori*, les arrêts dont il est question ci-après auraient pu longtemps passer inaperçu. Pourtant, c'est une petite révolution juridique qui, à nos yeux, résulte de l'enseignement consacré par la fin de non-recevoir accueillie par chacun des trois arrêts commentés ci-dessous.

Commençons par le plus récent, et sans doute le plus spectaculaire, de ces arrêts. Pour bien en mesurer la portée, il échet d'énoncer quelques prémisses. Rappelons que la compétence d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire relève de l'ordre public<sup>291</sup>, en sorte que la Cour reçoit le moyen déduit de l'incompétence des juridictions de fond, soulevé pour la première fois devant elle<sup>292</sup>. Aux termes de cet enseignement constant, la Cour recevait le moyen alors même que la saisine du juge incompétent fût le fait du demandeur en cassation<sup>293</sup>. Qu'importe, pour la Cour de cassation, car *"l'acquiescement n'est pas valable en matière d'ordre public"*<sup>294</sup>.

Tel est l'enseignement au regard duquel l'arrêt du 10 octobre 2002 opère selon nous un net revirement. Selon la Cour de cassation, l'article 601 *bis* du Code judiciaire institue, au profit du tribunal de police, une compétence *exclusive* pour connaître des actions nées d'un accident de la circulation<sup>295</sup>. C'est dire si, pour elle, cette compétence relève de l'ordre public. Deux victimes d'un accident de la circulation portèrent leur action devant le tribunal de première instance, puis devant la Cour d'appel, alors que l'introduction de leur demande fut, de quelques jours, postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 601 *bis* précité. Leur avocat à la Cour de cassation tira parti de leur erreur pour alléguer, pour la première fois à l'appui de leur pourvoi, que les juridictions qu'ils avaient eux-mêmes saisiés n'étaient pas compétentes. On pouvait s'attendre à ce que la Cour tolérât cette abjuration. Elle surprit cependant les demandeurs en rejetant le moyen au motif qu'ils étaient *"sans intérêt à critiquer la disposition de l'arrêt qui, conformément à leurs conclusions, reçoit l'action qu'ils ont introduite devant le tribunal de première instance"*<sup>296</sup>. Au regard de l'enseignement constant rappelé ci-dessus, et ne fût-ce qu'au vu de l'arrêt du 25 juin 1982 (*supra*, note (292)), le revirement paraît total.

Quelques mois auparavant, la Cour avait déjà, à deux reprises, esquissé le principe explicité par l'arrêt du 10 octobre 2002.

Aux termes d'un arrêt du 26 avril 2001, elle avait décidé qu'était « irrecevable, à défaut d'intérêt dans le chef du demandeur, le moyen dirigé contre la décision de recevoir la demande d'interprétation d'une décision, lorsque le demandeur lui-même a demandé l'interprétation de celle-ci »<sup>297</sup>. Dans ses conclusions précédant cet arrêt, M. l'Avocat général De Riemaecker relevait explicitement l'appartenance du moyen à l'ordre public, mais invitait la Cour à en constater malgré tout l'irrecevabilité en application de la doctrine selon laquelle « doit être déclaré irrecevable », parce que ne critiquant pas une décision infligeant grief au demandeur, « le moyen qui critique une

<sup>290</sup> Cass., 19 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1086. Rapp. de Cass., 23 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 731 (*"est irrecevable le moyen, étranger à l'ordre public, proposé à l'appui d'un pourvoi en matière civile et pris de la violation de la foi due à une convention, alors que la décision donne de celle-ci une interprétation que, dans ses conclusions, le demandeur reconnaissait conciliable avec les termes de l'acte constatant cette convention"*. *Adde*, Proc. Gén. F. DUMON (alors prem. av. gén.), concl. précéd. Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, spéc. pp. 579-580; J. BORE, *La cassation en matière civile, o.c.*, 2ème éd., 1997, p. 580, n°2392, p. 586, n°2411, et p. 610, n°2506; E. FAYE, *La Cour de cassation...*, o.c., p. 145, n°127.

<sup>291</sup> Cass., 4 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2080; Cass., 2 avril 2001; *Chron. D.S.*, 2002, liv. 7, p. 324, et la note; Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 401.

<sup>292</sup> Cass., 25 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1268. *Adde*, Cass., 7 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 576, et Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 355 (implicites)

<sup>293</sup> Cass., 25 juin 1982, précité, rejetant la fin de non-recevoir soutenant que *"le moyen est sans intérêt pour le demandeur, les deux parties litigantes ayant comparu volontairement devant le tribunal de commerce et, partant, le demandeur a reconnu ainsi la compétence de ce tribunal et y a acquiescé"*.

<sup>294</sup> Dans le même sens, Cass., 15 février 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 741, note J. LAENENS; *R.G.D.C.*, 1999, p. 579, note Ch. ROBBE et J. EYLENBOSCH.). Le moyen renégat était donc reçu.

<sup>295</sup> Cass., 27 février 1997, *Pas.*, 1997, I, 114, sur concl. contraires Proc. Gén. J.-M. PIRET.

<sup>296</sup> Cass., 10 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1902.

<sup>297</sup> Cass., 26 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 710, concl. Av. gén. X. DE RIEMAECKER.

disposition conforme aux conclusions du demandeur, notamment la disposition qui reçoit son appel »<sup>298</sup>.

Il n'y a pas meilleure illustration de la fragilité de cette solution audacieuse que l'arrêt prononcé le 21 mars 2005. L'enseignement classique qui se dégage de cet arrêt récent contredit l'innovation esquissée par l'arrêt du 26 avril 2001. En l'espèce, les parties s'étaient, devant le juge du fond, accordées sur la rectification à apporter à une décision rendue en la cause. De la même manière que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 avril 2001, le demandeur avait abjuré en critiquant devant la Cour une rectification convenues entre parties, justifiant sa trahison par la considération, au demeurant exacte, que les règles régissant la rectification des jugements, à l'instar de celles qui en régissent l'interprétation, « relèvent [...] des règles concernant l'organisation judiciaire et sont d'ordre public ». Au vu de l'arrêt du 26 avril 2001, l'on eût pu s'attendre au rejet du moyen qui, quoique d'ordre public, se distinguait par son défaut d'intérêt. La Cour reçoit pourtant le moyen, et casse la décision fidèle à l'accord procédural avenué entre parties, au motif que « nonobstant tout accord des parties à cet égard, le juge saisi d'une demande en rectification est tenu d'examiner s'il y a lieu de rectifier la décision ou si la rectification demandée ne modifie, ne restreint ni n'étend les droits concernés »<sup>299</sup>.

Le cas du moyen critiquant la décision recevant l'appel du demandeur en cassation, rappelé par M. l'avocat général De Riemaecker dans ses conclusions précédant l'arrêt du 26 avril 2001, fit précisément l'objet de l'arrêt du 22 octobre 2001. La Cour y décide que les demanderesses n'étaient, faute de grief dans leur chef, pas recevables à critiquer la disposition aux termes de laquelle l'arrêt attaqué avait, conformément à leurs conclusions, reçu leur appel, et ce quand bien même, ainsi que le moyen le relevait, « les conditions d'admissibilité de l'appel sont d'ordre public »<sup>300</sup>.

115.- Cette révolution n'est pas le propre de notre Cour de cassation. Son homologue française semble s'être, elle aussi et même avant, engagée à faire triompher la loyauté procédurale sur l'ordre public.

On songe ici, en particulier, à un arrêt déjà ancien de la chambre commerciale de la Cour de cassation de France<sup>301</sup>. Le Directeur Général des Impôts faisait *“grief au jugement d'avoir ordonné le remboursement au contribuable des sommes versées au titre des taxes litigieuses, alors, selon le pourvoi, qu'en matière fiscale, seules les décisions de l'Administration qui ne donnent pas entière satisfaction aux intéressés peuvent être portées devant un tribunal; qu'en l'espèce, l'assignation produite le 20 novembre 1984 par M. Feldain était prématurée en l'absence de décision prise sur la réclamation déposée le 5 septembre 1984 et que le Tribunal a violé l'article L.1999 du Livre des procédures fiscales et le l'article 4 du nouveau Code de procédure civile”*. Le moyen est rejeté aux motifs que *“dans un mémoire produit devant le tribunal, le Directeur général des Impôts a énoncé que l'irrégularité tirée du caractère prématuré de l'assignation avait été régularisée”, et que “le Directeur général n'est pas recevable à soutenir devant la Cour de cassation un moyen qui, fût-il de pur droit et d'ordre public, est contraire à la thèse qu'il a développée devant les juges du fait”*<sup>302</sup>.

116.- Il est sans doute prématuré, et certainement hors de propos, de mesurer toutes les retombées de ces arrêts. Prématuré parce qu'au jour où ces lignes sont écrites, la Cour n'a pas eu l'occasion d'explicitier cette tendance à la dilution du moyen d'ordre public. Au contraire, l'arrêt du 21 mars 2005, fragilise cette jurisprudence embryonnaire. Hors de propos, car au-delà de la possibilité d'abjurer en cassation, c'est un profond bouleversement de toute la théorie du moyen d'ordre public qu'initie les arrêts des 26 avril 2001, 22 octobre 2001 et 10 octobre 2002. C'est là l'objet d'une réflexion fondamentale qui, à elle seule, se prête à monographies. Car si telles sont

<sup>298</sup> Concl. précitées, citant notamment J. BORE, *La cassation en matière civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1997, nn°s 656-657.

<sup>299</sup> Cass., 21 mars 2005, C.030578.N.

<sup>300</sup> Cass., 22 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1680.

<sup>301</sup> Cass. fr. (com.), 7 novembre 1989, *Bull. civ.*, IV, n°270).

<sup>302</sup> Voy. l'excellent commentaire de PH. BLONDEL qui, commentant l'arrêt in *“Le juge et le droit”, in Le Nouveau code de procédure civile: vingt ans après, l.c.*, p. 138), écrit : *“Et que dire de cette jurisprudence quelque peu troublante [...] aux termes de laquelle un demandeur au pourvoi est irrecevable à soutenir un moyen devant la Cour de cassation, fût-il de pur droit et d'ordre public, contraire à la thèse développée devant les juges du fond [...] ; qu'en est-il ici du principe de légalité ? Dans ce cas, si le principe de cohérence dans la façon de conduire un procès à travers plusieurs instances est satisfait, en revanche, le principe fondamental de légalité est singulièrement malmené et avec lui l'ordre public puisque la Cour de cassation consacre expressément une solution contraire aux exigences du droit substantiel”*.

les voies sur lesquelles la Cour devait s'engager, le constat s'imposerait alors que la spécificité du moyen d'ordre public aura définitivement vécu.

117.- A moins que ces arrêts, *a priori* insolites, n'annoncent en réalité la consécration, heureuse à nos yeux, d'une plus nette scission de nature et de régime entre l'ordre public substantiel et un ordre public procédural de plus en plus affirmé. Il n'est certainement pas dû au hasard que les trois arrêts recensés ci-dessus aient tous porté sur un moyen de procédure. N'y aurait-il pas matière, dans la foulée de ces arrêts, à repenser les contours, le statut, le régime et l'intensité de l'ordre public procédural et des moyens qui en sont issus, indépendamment des dogmes gouvernant le régime des moyens dérivés de l'ordre public substantiel ? Au cœur de cette réflexion, il conviendrait notamment, mais point seulement, de se demander si, comme l'a Cour paraît l'avoir judicieusement exclu dans ses arrêts des 26 avril 2001, 22 octobre 2001 et 10 octobre 2002, un moyen de procédure, quoique d'ordre public, peut encore être présenté pour la première fois en instance de cassation, au risque de faire vaciller tout l'édifice d'un procès déjà trop long.

Nous avons tenté d'amorcer cette réflexion renouvelée qu'appelle l'ordre public procédural<sup>303</sup>. A n'en pas douter, il y a là matière à plus vaste débat...

## **D/ AUX CONFINS DES VIEUX CONTINENTS : LA CONCENTRATION DES LITIGANTS**

118.- L'application du principe dit de « concentration » à la matière litigieuse induit, nous l'avons vu, des conséquences pour le moins spectaculaires. Que dire, alors, de l'extension des exigences de ce principe dévastateur aux personnes elles-mêmes ?

S'il y a bien un corollaire du principe dispositif (*supra*, n°15 et s.) que l'on ne soupçonnait pas de gauchissement, c'est la règle de l'article 811 du Code judiciaire, selon laquelle, sauf exceptions légales de stricte interprétation, « les cours et tribunaux ne peuvent ordonner d'office la mise en cause de tiers ». Les parties se choisissent ; c'est là un trait fondamental de leur liberté processuelle, ressortissant à l'ordre public<sup>304</sup>. La règle paraissait pouvoir s'adosser également sur le principe d'impartialité (*supra*, n°10) qui, *a priori*, s'accommode mal de l'idée que le juge convoque, de sa propre initiative, un tiers dont la condamnation lui paraît, par hypothèse, plausible ou à tout le moins possible.

Et pourtant...

Ce dogme devait-il céder sous la pression, décidément irrésistible, du principe de concentration ? Car, après tout, n'est-il pas de l'intérêt d'une saine et économe administration de la justice qu'il y ait d'emblée coïncidence parfaite entre les protagonistes du litige et les parties au procès ? Ne rentre-t-il point dans la mission du juge actif, gardien de la célérité, de veiller à cette coïncidence lorsque les parties à la cause s'abstiennent de solliciter l'intervention d'un tiers dont la présence pourrait, de toute évidence, orienter l'issue du litige ?

119.- Les auteurs du Nouveau Code de procédure civile français avaient déjà, quant à eux, franchi le pas, puisque l'article 332, alinéa 1<sup>er</sup>, dudit Code dispose que « le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige ». Il est vrai que cette disposition, dictée par le principe de concentration, laisse formellement intact le principe dispositif puisque les parties conservent la liberté de décliner l'« invitation » du juge, en ne sollicitant pas la condamnation du tiers concerné<sup>305</sup>. Mais la conciliation des principes

<sup>303</sup> J.-Fr. VAN DROUGHENBROECK, *Cassation et juridiction, o.c.*, pp. 274 et suiv., nn°s 281 et suiv. ; idem, « Le défaut d'intérêt : une fin de non-recevoir hybride », obs. sous Cass., 22 février 2007, *J.T.*, 2007, à paraître. *Adde*, en droit judiciaire français, les réflexions de A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *D.*, 1986, chron., pp. 59-66, ainsi que les contributions consacrées à l'« ordre public dans le procès », in *L'ordre public, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées libanaises, 1998, t. XLIX, Paris, L.G.D.J., 2001, et tout particulièrement les excellents « Rapport général » de K.D. KERAMEUS (pp. 859 et suiv.) et « Rapport français » de J. HERON (pp. 943 et suiv.).

<sup>304</sup> Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Demande principale et demande incidente : dépendance ou autonomie ? », in *Le procès au pluriel* (sous la dir. de M. Storme et P. Taelman), Bruxelles, Bruylant-Kluwer, 1997, p. 37, n°17.

<sup>305</sup> Cass. fr. (2<sup>ème</sup> civ.), 5 oct. 1983, *Bull. civ.*, II, n°159 (ég. in *R.T.D.civ.*, 1984, p. 357, obs. J. NORMAND et p. 364, obs. R. PERROT : viole les articles 4 et 5 du N.C.P.C., le juge qui prononce une condamnation à l'encontre

n'est-elle pas, précisément, de pure façade, ce d'autant plus qu'il est admis qu'en vertu de ce texte, le juge civil français peut aller jusqu'à enjoindre à une partie de contraindre un tiers à participer à l'instance<sup>306</sup> ?

120.- Le formalisme de l'équation n'a pas empêché la Cour de cassation de Belgique de se l'approprier. Il se dégage en effet de son arrêt du 3 avril 2006<sup>307</sup> une solution tout à fait équipollente à celle que consacre l'article 332 du Nouveau Code de procédure civile français.

Les circonstances de la cause n'ont malheureusement rien que de très classiques.

Un litige oppose, devant les juridictions civiles, la victime d'un accident de la circulation et la compagnie d'assurance de l'automobiliste dont la responsabilité est mise en cause. L'instruction de la cause se heurte à l'indigence du dossier répressif classé sans suite. Le juge du fond constatant cette carence énonce que la victime « ayant ainsi, sans faute de sa part, été mis[e] dans l'impossibilité d'apporter des preuves et exposé[e] au risque d'être débouté[e] de sa demande, se pose la question des responsabilités à cet égard », précisant « qu'il s'agit d'une pure constatation de fait dont l'appréciation doit encore être faite et les conséquences déduites ». Le juge poursuit : « il se peut que » la victime « dispose d'un droit d'agir supplémentaire à l'égard du responsable du parquet qui, *hic et nunc*, n'est pas partie à la cause », précisant encore qu'il ne s'agit là « que d'une éventualité ».

Intervient alors, sur le fondement de ces considérations, le procédé très comparable à l'invitation dont il est question à l'article 332, précité, du Nouveau Code de procédure civile : « afin de préserver toutes les possibilités, il y a lieu d'ordonner à nouveau la réouverture des débats afin de permettre [à la victime] d'appeler les autres responsables éventuels à la cause ».

Visé par la perche tendue, l'Etat belge forme tierce opposition contre la décision.

En vain. La Cour de cassation rejette son pourvoi, dont le moyen unique était pris de la violation de l'article 297 du Code judiciaire (interdisant au juge de délivrer des consultations), de l'article 811, précité, du même Code, du principe dispositif, et des principes relatifs à l'indépendance et à l'impartialité du juge.

Aux yeux de la Cour, « le juge qui, en matière de responsabilité civile, attire l'attention sur l'éventuelle implication de tiers et ordonne la réouverture des débats en vue de permettre aux parties d'appeler ces tiers à la cause, ne porte pas atteinte à ces principes » et dispositions.

---

d'une personne qu'une décision antérieure avait, d'office, invité les parties à appeler en cause, alors que cette condamnation n'avait été sollicitée par aucune des parties.

<sup>306</sup> Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 6 oct. 1993, *J.C.P.*, 1993, IV, 2540; *R.T.D.civ.*, 1994 p. 163, obs. R. PERROT.

<sup>307</sup> Cass., 3 avril 2006, *J.T.*, 2007, p. 154.

**Le nouveau droit judiciaire, en principes****1**

<b>I.</b>	<b>Cartographie des principes directeurs du procès civil</b>	<b>3</b>
A/	Les vieux continents _____	4
1.	L'impartialité et l'indépendance du juge. _____	4
2.	Le principe relatif à la motivation des jugements et arrêts, _____	4
3.	Le principe du contradictoire, enchevêtré dans le principe relatif au respect des droits de la défense. _____	4
4.	Le principe dispositif _____	7
5.	L'égalité des armes _____	9
B/	Les nouveaux continents _____	11
1.	La célérité _____	12
2.	La loyauté _____	12
C/	Une nouvelle tectonique _____	13
<b>II.</b>	<b>Pour un juge actif : redécouvrir le principe dispositif</b>	<b>16</b>
A/	Office juridictionnel et mission procédurale : deux activités, un activisme _____	17
B/	L'activisme du juge dans l'exercice de sa mission procédurale _____	17
1.	Les idées _____	17
2.	Une jurisprudence avant-gardiste _____	20
3.	La réforme du 26 avril 2007 _____	21
C/	L'activisme du juge dans l'accomplissement de son office juridictionnel _____	23
1.	A propos de la cause _____	24
A.	Le juge et les parties après l'arrêt du 14 avril 2005 _____	24
B.	La conception factuelle de la cause au service de la requalification judiciaire des contrats : l'apport de l'arrêt du 16 mars 2006 _____	26
C.	La consolidation de l'équation « fait adventice/relevé facultatif » : l'apport des arrêts 24 mars et 12 octobre 2006 _____	28
D.	Sur la praticabilité de la distinction entre faits invoqués et faits adventices _____	29
2.	A propos de l'objet _____	30
A.	Une tendance contestable à la juridicisation de l'objet. _____	31
B.	Les prémisses d'un revirement au profit d'une définition factuelle de l'objet _____	34
C.	Le revirement _____	35
D.	La réception et la confirmation du revirement _____	38
E.	Etendre le revirement au profit du juge statuant sur sa compétence _____	38
3.	A propos des accords procéduraux _____	39
A.	La question _____	40
B.	La réponse : exigence d'un accord procédural exprès _____	40
C.	La limite vacillante : l'ordre public (renvoi) _____	43
<b>III.</b>	<b>Faire économie de la contradiction ?</b>	<b>44</b>
A/	Vers une conception matérielle du principe du contradictoire _____	45
B/	Vers une application parcimonieuse de la théorie du moyen dans la cause _____	47
1.	Les origines et les avatars français de la théorie _____	47
2.	Une validation prudente par la Cour européenne des droits de l'Homme _____	50
3.	La réception belge de la théorie _____	50
A.	La vérification spontanée des conditions d'application de la règle de droit invoquée et débattue par les parties _____	51
B.	Les faits tirés du dossier _____	51
C/	Vers une contradiction aux formes allégées _____	54
1.	Une audience interactive _____	54
2.	Les notes en délibéré et la réouverture de débats écrits _____	56
<b>IV.</b>	<b>Célérité et loyauté : jusqu'où pousser la concentration du litige ?</b>	<b>56</b>
A/	Des conclusions « qualificatives » _____	57
1.	La portée de l'obligation _____	58
2.	L'obligation ne ressuscite pas le contrat judiciaire _____	60
3.	L'obligation n'entache pas l'activisme juridictionnel du juge _____	60
B/	La chose jugée entre la concentration et le contradictoire :	

	contre l'élargissement de la notion de « cause » _____	61
C/	La prohibition du moyen renégat. Fût-il d'ordre public ? _____	64
D/	Aux confins des vieux continents : la concentration des litigants _____	68