

# La requalification judiciaire du contrat et des prétentions qui en découlent

Jean-François VAN DROOGHENBROECK<sup>1</sup>

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Professeur invité à l'Université Saint-Louis Bruxelles

Avocat au Barreau de Bruxelles

«C'est la réalité qui importe, et non le masque dont les parties l'avaient affublée [...]».

L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, T. II, 2ème éd., Paris, Sirey, 1933, p. 127.

Du rapprochement (à vrai dire, de l'apparement) entre le principe dispositif et celui de la convention-loi, on déduirait volontiers que s'il est bien une forteresse imprenable par le juge, c'est bien la qualification dont les parties ont doté leur contrat. Déjouant l'intuition, notre Cour de cassation a pourtant, et de tout temps, investi le juge du pouvoir de faire tomber le masque et de restituer au contrat l'habillage (et dans la foulée, le régime) contractuels commandés par sa réalité. Pouvoir ou devoir? L'activisme du juge, dessiné par cette même Cour depuis une petite dizaine d'années, ne commande-t-il point que cette faculté se mue en obligation? Assurément oui, pour autant que cet office demeure encadré par le respect des droits de la défense et des accords procéduriers, ainsi que par le contrôle, fût-il marginal, de la Cour de cassation.

L'analyse, entamée dans cette même Revue en 2007 (p. 595 et s.), est menée à l'aune de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation et trouve naturellement son prolongement dans cette autre jurisprudence qui, corrélativement, assigne aux cours et tribunaux la mission de restituer à l'objet de la prétention judiciaire tirée d'un contrat, sa qualification juridique appropriée.

Uit de toenadering (of beter, de verknochtheid) tussen het beschikkingsbeginsel en het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst leidt men gewoonlijk af dat, als er één vesting is die voor de rechter onneembaar is, het wel de kwalificatie is die partijen aan hun contract hebben gegeven. Ons Hof van Cassatie, die intuïtie dwarsbomend, heeft nochtans steeds de rechter de bevoegdheid verleend om

het masker te doen afvallen en om het contract van de contractuele bekleding (en in één moeite door, het regime) te voorzien die de werkelijkheid vereist. Is dat een bevoegdheid of een verplichting? Vereist het rechterlijke activisme, uitgetekend door datzelfde Hof sinds een kleine tiental jaren, op geen enkele wijze dat die bevoegdheid wordt omgevormd tot een verplichting? Het antwoord is ongetwijfeld ja, voor zover die taak ingeperkt blijft door de eerbiediging van de rechten van verdediging en van procedurele akkoorden, alsook door de – zij het een marginale – controle van het Hof van Cassatie.

De analyse, aangevat in ditzelfde Tijdschrift in 2007 (p. 595 e.v.), is uitgevoerd in het licht van de meest recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en vindt zijn vervolg in die andere rechtspraak die, tegelijkertijd, aan hoven en rechtbanken de taak toebedeelt om het voorwerp van de gerechtelijke aanspraak, afgeleid uit een contract, van de gepaste juridische kwalificatie te voorzien.

## TABLE DES MATIÈRES

TITRE I. Quelques balises	295
TITRE II. La requalification judiciaire du contrat	297
Section 1. Les situations visées	297
Section 2. Une jurisprudence avant-gardiste	298
Section 3. Le juge, les parties, le fait et le droit après l'arrêt du 14 avril 2005	301
Section 4. La requalification judiciaire du contrat aujourd'hui: l'apport de l'arrêt du 16 mars 2006	306
TITRE III. La requalification judiciaire de la prétention contractuelle	323
Section 1. Une tendance contestable à la juridisation de l'objet	324
Section 2. Les prémisses d'un revirement au profit d'une définition factuelle de l'objet	326
Section 3. Le revirement	327
Section 4. La réception et la confirmation du revirement	329

1. Cette étude reprend, tout en les actualisant substantiellement, plusieurs extraits de notre contribution intitulée «Le juge et le contrat», parue dans cette même Revue en 2007, p. 595 et s. Ce nouveau texte vient par ailleurs d'être publié dans l'ouvrage collectif *Le juge et le contrat – De rol van de rechter in het contract* (sous la dir. de S. STIJNS et P. WÉRY), Bruges, la Chartre,

2014, p. 1 et s. Cette reparation est donc due aux aimables autorisations des éditeurs Kluwer et la Chartre, ainsi qu'à celle de mon ami le Professeur Patrick WÉRY, rédacteur en chef de *la Revue générale de droit civil belge* (R.G.D.C./T.B.B.R.) et codirecteur scientifique de l'ouvrage collectif précité.

## TITRE I. Quelques balises

**1. À la croisée des disciplines.** La qualification – tout comme l'interprétation – du contrat gît à l'intersection du droit des obligations et du droit processuel. Les questions véhiculées par cette interdisciplinarité n'ont, certes, rien que de très classique<sup>2</sup> quels rapports le juge entretient-il avec la lettre des conventions avenues entre parties? Peut-il, voire doit-il, s'en écarter? À quelles conditions, de fond et de forme, pourrait-il, de la sorte, déjouer les écritures, contractuelles puis procédurales, des plaideurs?

Ces questions connectent le droit judiciaire au droit des obligations jusque dans l'intimité des principes directeurs des deux disciplines. Car comment ne pas voir dans le principe dispositif, qui régit la dévolution des rôles respectifs du juge et des parties, le prolongement processuel naturel des principes de la convention-loi et de l'autonomie de la volonté, au nom desquels les secondes tiennent en principe le premier dans le respect de leurs rapports contractuels?

**2. Le principe dispositif.** Au même titre que les principes découlant de l'article 1134 du Code civil font office de piliers du droit des obligations, le principe

dispositif est présenté comme un «*postulat fondamental de notre droit judiciaire auquel les praticiens de notre pays sont très attachés*»<sup>3</sup>.

Il reste, nous y reviendrons, qu'à bien des égards, le principe dispositif, en dépit de la fascination qu'il exerce<sup>4</sup>, demeure insondable, lorsqu'il ne sert pas de prétexte ou d'étendard à des idées qu'il n'impose point.

Son rang dans la hiérarchie des normes n'importe guère en pratique<sup>5</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>6</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 État 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>7</sup> C'est ainsi que l'on pourrait dire que ce principe 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 au droit des biens. À s'en tenir à des parallèles plus modernes, le principe dispositif serait

2. Sur les pouvoirs du juge à l'endroit de la (re)qualification des conventions, voy., pour un exposé général où tout est dit, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 Théorie générale du contrat, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409 et s., n° 433 et s. Adde P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. Ier Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 621 et s., n° 407 et s.; H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 276 et s., n° 579 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1986, ici spéc. pp. 177 et s., n° 79 et s.; *idem*, *R.C.J.B.*, 1988, ici spéc. p. 150, n° 233; Proc. gén. F. Dumon, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *J.T.*, 1978, pp. 465 et s. et pp. 485 et s., ici spéc. n° 20. Adde F. TERRE, «Volonté et qualification», *Arch. phil. dr.*, T. III, 1957.
3. C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, *Doc. parl.*, Sénat, 1963-1964, n° 60, pp. 157-158.
4. L'on ne peut prétendre à l'exhaustivité. Sur le principe dispositif, cons. en Belgique, 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 s.; Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge. Évolution – Révolution ou tradition», discours prononcé à l'audience solennelle de la Cour de cassation le 1er septembre 1993, *J.T.*, 1993, pp. 17 et s.; J. VAN COMPENOLLE, «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 s.; F. RIGAU, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 46-70, n° 32 et s.; F. RIGAU, «L'objet et la cause de la demande», *R.C.J.B.*, 1973, pp. 239 et s.; 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 s.; 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 s.; A. FETTWEIS, «*Da mihi factum, dabo tibi ius*», *J.L.*, 1983, pp. 179 et s.; 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, n° 10-12; E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen

van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et s., spéc. pp. 655-667, n° 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 s.; 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, n° 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, n° 63-64; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2244 et s., n° 1642 et s.

5. 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 s., n° 12bis; F. RIGAU, «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.
6. 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 «*accueille 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...», *op. cit.*, *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. RIGAU, 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. RIGAU, *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).
7. Pour un exposé d'ensemble de ces idées, H. MOTULSKY, «Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits», in *Études de droit contemporain*, Paris, 1959.

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 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>8</sup>

**3. À la discrétion des parties? (Non).** Cette présentation sommaire suffit pour apercevoir l'équation qui, intuitivement, unirait *a priori* le principe de convention-loi au principe dispositif: l'un et l'autre paraissent, *prima facie*, conjuguer leurs vertus pour empêcher le juge de s'immiscer dans la qualification des conventions librement et discrétionnairement venues entre parties. Cette représentation des deux principes, et de leur enchaînement, a la dent dure. Elle aurait pour elle, au demeurant, le mérite d'une simplicité toute manichéenne. Mais qui ne voit, ou ne pressent, que les idées qu'elle véhicule sont pourtant parfaitement inexactes?

Il y a en effet, que, dans une mesure restant à déterminer, le juge tient en échec le monopole de la qualification juridique des conventions que ces principes paraissent réserver à ceux qui y sont parties.

**4. La qualification juridique obéit-elle au principe dispositif? À quoi tiendrait ce renversement des apparences?**

La réponse coule selon nous de source: la difficulté provient de l'indicible portée du principe dispositif et, plus précisément, de l'ambiguïté de la relation que ce principe entretient avec le droit.

À vrai dire, la seule chose qui puisse, avec certitude, être dite du principe dit «*dispositif*» est, comme l'enseigne justement le professeur GUINCHARD, qu'il signifie «*dans son expression, au sens strict, que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse, le pouvoir de fixer les éléments du litige*»<sup>9</sup>.

Tout bien pesé, le reste prête le flanc à la discussion.

Sur un plan strictement descriptif, il était déjà trop hâtif, nous paraît-il, de ranger parmi les conséquences évidentes et indiscutables du principe dispositif, l'affirmation qu'«*il suffit pour le moment d'indiquer que le juge lié par les faits invoqués à l'appui de la demande, ne pourrait motiver le dispositif sollicité (la condamnation au paiement d'une somme d'argent) en appliquant une règle de droit dont l'hypothèse (H) ne correspondrait pas aux faits allégués par le demandeur. Il ne pourrait, par exemple, condamner à des dommages-intérêts du chef de rupture d'un contrat, alors que seule une faute quasi-délictuelle aurait été invoquée*»<sup>10</sup>. Ce type de déductions, longtemps enseignées en faculté, relevait déjà du domaine de l'incertain, et, dès lors, leur affirmation relevait, non plus de la description, mais de la sollicitation. Car si la maîtrise de la matière litigieuse revient aux parties, et échappe corrélativement au juge, les contours de cette «*matière litigieuse*», et partant les domaines respectifs du juge et des parties, restent à identifier<sup>11</sup> s'agit-il uniquement des faits; s'agit-il également, et par extension, du droit et des qualifications juridiques? Y a-t-il, à côté des principes, matière à exceptions? Hisser en règle – comme le faisaient les tenants des thèses classiques sur l'office du juge – que le principe dispositif s'étend à la détermination des normes et qualifications juridiques applicables, revient à nier le conflit qui oppose ce principe à un autre, généralement traduit dans les adages «*iura novit curia*», ou «*da mihi factum, dabo tibi ius*»<sup>12</sup>.

Si l'on pose – rien ne le commande, mais ne l'interdit non plus – que, dans le prolongement du principe de la convention-loi, le principe dispositif recouvre le choix de la règle de droit et partant que la cause s'étend à la qualification juridique invoquée à l'appui des éléments générateurs de la prétention contractuelle, on oppose frontalement ledit principe à l'idée que le juge connaît et dit le droit en toutes situations. Dans cette conception, le principe dispositif et le principe de la convention-loi limitent considérablement la portée des adages précités. Ceux-ci n'y trouveraient plus application que dans les cas, d'école, où les parties soumettent au juge des prétentions libellées en termes de faits et de clauses bruts, dépouillées de toute coloration, de toute connotation, juridique. Éluder le conflit que se livrent le principe dispositif et l'adage *iura novit curia* revient à orienter la réflexion sur l'office du juge par un dogmatisme usurpé.

8. 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.

9. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 478-479, n° 546.

10. Telle est pourtant l'affirmation que F. RIGAUX déduit directement d'un exposé descriptif du principe dispositif (*La nature du contrôle...*, *op. cit.*, p. 48, n° 32 *in fine*).

11. Dans le même sens, G. BOLARD, in *Dalloz-Action*, *op. cit.*, 1998, p. 523, n° 2304: «*il ne suffit pas d'affirmer que les parties ont la maîtrise, il faut encore*

*définir la matière litigieuse. C'est sur ce point que la controverse a été vive et persiste. La matière litigieuse comporte-t-elle, outre les faits de l'espèce apportés par les plaideurs, la qualification qu'ils en donnent? Dans l'affirmative, le juge serait-il lié par les qualifications des plaideurs, dans la négative, il pourrait requalifier les faits.*

12. Sur ce risque de conflit entre principe dispositif et «*iura novit curia*», cons. H. MOTULSKY, «*Prolégomènes...*», *op. cit.*, p. 98, n° 33; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 9-10, n° 11; H. BOULARBAH, «*La cause...*», *op. cit.*, *l.c.*, pp. 101-102, n° 11; V. VANNES, «*Le rôle du juge dans le contentieux social*», *op. cit.*, *l.c.*, p. 374, n° 11.

Tels sont, finalement assez précaires, les repères et fondements théoriques de la dévolution des rôles d'un procès civil mû sur la qualification et l'interprétation d'un contrat.

**5. Importance pratique de la problématique.** L'intérêt pratique de nos questions est à la mesure de leur difficulté théorique. La requalification d'une convention en cours de procès peut faire vaciller celui-ci. L'appareillement de la convention, par le juge, à un (autre) contrat nommé entraîne nécessairement l'application de règles auxquelles les parties n'avaient pas songé, génératrices d'effets qu'elles n'avaient, selon le cas, ni soupçonnés ni espérés. Ces enjeux n'épargnent aucune branche du droit familiale à l'instrument contractuel.<sup>13</sup>

Leur importance est, comme on le sait, proprement cristallisée en droit des obligations<sup>14</sup>, en droit des assurances<sup>15</sup>, en droit du travail<sup>16</sup>, en droit fiscal<sup>17</sup>, ou encore en droit patrimonial de la famille.<sup>18</sup>

Et que dire, alors, des enjeux fondamentaux d'une requalification d'une convention en termes de droit international privé, tant sous l'angle du conflit de juridiction que sous celui de la loi applicable?

**6. Faire le point (anno 2014).** Le débat n'est, certes, pas neuf, mais les récentes et spectaculaires avancées de la Cour de cassation<sup>19</sup> sur le terrain de l'office du juge amènent peut-être à lui prêter de nouveaux regards. À tout le moins, il s'impose d'en faire le point.

Il s'agit dès lors, dans les lignes qui suivent, de mesurer l'incidence de cette jurisprudence nouvelle sur les

aptitudes du juge à la requalification dans la sphère contractuelle. Cette confrontation amène à envisager successivement la question de la requalification du contrat lui-même (*infra*, II), puis celle – *a priori* plus délicate encore – de la requalification de l'objet de la prétention judiciaire déduite du contrat (*infra*, III).

## TITRE II. La requalification judiciaire du contrat

### Section 1. Les situations visées

**7.** Il convient de préciser avec le plus grand soin les différentes situations procédurales à laquelle l'hypothèse de la requalification judiciaire du contrat fait écho.<sup>20</sup>

**8. Qualification non remise en cause.** Cette hypothèse, et le débat dont elle fait l'objet, visent d'abord le cas où les parties dotent leur convention d'une qualification juridique sur laquelle l'une d'entre elles adosse ensuite une prétention judiciaire *sans* que son cocontractant ne conteste formellement cette qualification juridique. Dans ce premier cas de figure, les parties cantonnent leur débat, et limitent leurs moyens et arguments, au canevas juridique qu'elles ont tracé. Le défendeur – c'est bien là son rôle... – se défend mais ne revient pas, au prétoire, sur la qualification juridique qu'il a acceptée *in tempore non suspecto*.

**9. Qualification reniée.** La problématique à laquelle sont consacrées les lignes qui suivent, embrasse un second cas de figure. On vise cette fois le cas où, pré-

13. Voy. les exemples recensés par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409, n° 433, ainsi que par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 1er Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 622 et s., n° 407.

14. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409 et s., n° 433 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 1er Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 622 et s., n° 407; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1986, pp. 177 et s., n° 79 et s., commentant de multiples exemples; B. HUBEAU, «De kwalificatie van overeenkomsten in het kader van bejaardhuisvesting», *R.G.D.C.*, 1994, pp. 89 et s.; C. LEWALLE, «L'exactitude d'une qualification donnée par le juge à un contrat de garantie», *D.A.O.R.*, 2000, pp. 273 et s.; K. VANDEN LANDENBERGH, «De beoordeling van richtlijnen in een aannemingsovereenkomst en de kwalificatie van de overeenkomst versus de feitelijke realiteit», *Chron. D.S.*, 1999, pp. 233 et s.; B. WEYTS, «De vastgoedmakelaarovereenkomst: kwalificatie en rechtelijke controle op het schadebeding», *A.J.T.*, 1997-1998, pp. 571 et s.; J.-L. FAGNART, obs. sous Bruxelles, 14 février 1974, *R.G.A.R.*, 1975, n° 9398.

15. J.-L. FAGNART, «La requalification des clauses du contrat d'assurance», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 664 et s.; J. BIGOT, «Clair-obscur sur l'assurance-vie», *J.C.P.*, 1993, I, 3718; B. DUBUISSON, «Les nouveaux produits d'assurance-vie face au droit. La fin des privilèges?», *R.G.D.C.*, 1997, pp. 342 et s.; J. GHESTIN et M. BILLIAU, «Contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrat de capitalisation», *J.C.P.*, 2001, I, 329; P. GLINEUR, «Les effets en droit fiscal d'une éventuelle disqualification du contrat d'assurance-vie», in *Les nouveaux produits d'assurance-vie: droit civil et droit fiscal*, Bruxelles, Académie-Bruylant, 2000, pp. 133 et s.; C. JAUMAIN, «Faut-il disqualifier l'assurance-vie?», in *Liber amicorum R. Van Gompel*, Anvers, Kluwer, 1998, pp. 293 et s.; Y.H. LELEU et D. SCHUERMANS, «Une nouvelle qualification pour certaines prestations d'assurance-vie entre époux communs en biens», *Bull. ass.*, 1999, pp. 483-494; F. LUCET, «La qualification des contrats d'assurance-vie», *Gaz. Pal.*, 28 et 29 novembre 1997, p. 2; L. MAYAUX, «L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation?», *Rev. gén. dr. ass.*, 2000, pp. 767 et s.

16. W. VAN EECKHOUTE, «'Gezag' in de cassatierechtspraak. Een kwestie van bewijs, interpretatie en kwalificatie», note sous Cass., 6 décembre 2004, *N.J.W.*, 2005, liv. 95, p. 21; M. DEMEDTS, «Enkele kanttekeningen in de marge van het arrest van het Hof van Cassatie van 28 april 2003 over de benadering van de kwalificatie van de overeenkomst», note sous Cass. 28 avril 2003, *R.A.B.G.*, 2003, p. 1093; C. WANTIEZ, «Droit du travail et qualification conventionnelle», *J.T.T.*, 1991, pp. 441 et s. *Adde*, la riche et belle synthèse tracée par C.T. Liège (13<sup>ème</sup> ch.), 23 juin 2008, R.G. n° 8.471/2007, inédit, ainsi que l'abondante jurisprudence de la Cour de cassation commentée *infra*, n° 52 et s. et n° 64 et s.

17. L. VAEL et P. LALEMAN, note sous Cass., 19 mai 1995, *Rec. arr. cass.*, 1996, p. 11.

18. B. GOFFAUX, «La question de la qualification donation indirecte et les conséquences qui en découlent au point de vue du mode de preuve de la donation», *Rec. gén. enr. not.*, 2000, pp. 437 et s.; J.-F. ROMAIN, «Observations au sujet de la tontine: de l'aléa au pacte sur succession future», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 221 et s.

19. *Infra*, n° 17 et s. Contentons, pour l'heure, de faire référence au premier et historique épisode de cette jurisprudence fondamentale; 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». Au sujet de cet arrêt capital, cons. J.-F. 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. 141 et s. Sur les suites de l'évolution, cons. nos chroniques «Une parfaite définition de l'office du juge», *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235 et s. et «Chronique de l'office du juge», *J.L.M.B.*, 2013, p. 1307 et s.

20. Traçant clairement cette distinction tout en suggérant pertinemment de traiter les deux situations à l'identique, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409 et s., n° 433 et s.

cisément, l'une des parties «abjure» en quelque sorte devant le juge, en ce sens qu'il invite ce dernier à flanquer le contrat avenant entre parties d'une autre qualification (et partant d'autres effets) que celle sur laquelle la convention fut scellée.<sup>21</sup>

À notre avis, ces deux premiers cas de figure appellent les mêmes solutions et partant, les mêmes commentaires.

**10. Accord procédural sur qualification (renvoi).** On ne confondra surtout pas – ou plus – ces deux hypothèses avec celle où, par exacerbation du principe de la convention-loi et du principe dispositif, les plaideurs conviennent expressément d'empêcher le juge de recourir à toute autre qualification juridique que celle dont ils ont doté leur convention. Cette dernière hypothèse fait l'objet de solutions radicalement différentes et appellent à ce titre un exposé distinct (*infra*, n° 38 et s.).

**11. Absence de qualification.** Dans un souci d'exhaustivité, relevons enfin, une dernière situation qui, en raison de sa rareté et de l'évidence de son traitement, n'appelle guère d'approfondissement: «*lorsque les parties n'ont pas qualifié leur convention, le juge du fond dispose d'un espace de liberté plus important pour déterminer la qualification de celle-ci. D'une part, il doit se prononcer «à la lumière de la volonté des parties et de tous éléments intrinsèques ou extrinsèques à la convention»<sup>22</sup>. D'autre part, les parties ont la possibilité de conclure des contrats innomés, rebelles à toute classification dans des catégories juridiques préétablies.<sup>23</sup> Mais, pour le surplus, la Cour de cassation est compétente pour vérifier la légalité des déductions juridiques opérées par le juge du fond à partir des éléments de fait qu'il a constatés<sup>24</sup>».*

## Section 2. Une jurisprudence avant-gardiste

**12. La notion controversée de «cause de la demande».** Les hypothèses décrites ci-dessus ne constituent jamais qu'une poignée d'illustrations de la gigantesque problématique qui, des décennies durant, a déchiré doctrine et jurisprudence sur fond de principe dispositif: le rôle respectif du juge et des parties dans l'articulation du droit au fait, et, plus précisément, la définition à donner à la notion de cause.

**13.** Nul n'ignore que cette notion, définie sommairement comme le «fondement de la prétention», fut à l'origine de la plus vaste controverse qui ait jamais affecté le droit judiciaire belge. Les termes du débat sont, eux aussi, bien connus et voyaient s'affronter partisans et adversaires de la distinction entre le fait et le droit: la cause englobe-t-elle la qualification juridique et les bases légales suggérées à l'appui de la prétention, ou se cantonne-t-elle aux faits arrivés au débat par la voix des parties? Le juge est-il, en d'autres termes, lié par l'habillage juridique dont les plaideurs revêtent leurs prétentions?

De cette interrogation générique découle une série de questions qui, graduellement, se posent et se succèdent comme il suit: conçoit-on que le juge du fond puisse, sans méconnaître la cause, substituer une qualification et/ou un fondement juridique?; à supposer qu'il soit consacré, quelle est l'intensité de ce pouvoir: simple faculté ou réel devoir?; quels sont les faits («*spécialement invoqués*» ou «*adventices*») servant à l'exercice de ces devoirs et facultés?; quels sont, enfin, les instruments (les écrits, les pièces) où le juge du fond peut, d'après la jurisprudence, puiser les faits servant à l'exercice de ce même pouvoir?

Il ne souffre pas mystère que sur cette thématique essentielle, et chacune de ces questions présidant à son articulation, la doctrine affichait une prodigieuse dis-

21. Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 8 mai 2009, *Rev. dr. commun.*, 2010, p. 32.

22. P. WERY, *Droit des obligations*, T. I, *Théorie générale du contrat*, op. cit., n° 414.

23. *Ibid.*, no 66 et 414.

24. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 279, n° 580.

parité<sup>25</sup>. De l'aveu même de ses membres éminents, la jurisprudence de la Cour de cassation avait, elle aussi, beaucoup louvoyé dans les méandres de la théorie de la cause.<sup>26</sup>

**14. Dénoement (renvoi).** Désormais, si l'on ose dire, la cause est entendue ...

On sait, en effet, qu'aux termes de son arrêt du 14 avril 2005, la Cour a fait sienne, en termes forts et limpides, la conception factuelle de la cause. On reviendra évidemment sur l'enseignement de cet arrêt et de ceux, désormais nombreux, qui l'ont suivi et peaufiné, pour en mesurer les retombées dans la problématique de la requalification du contrat par le juge (*infra*, n° 17 et s.).

**15. La (re)qualification du contrat, terrain d'élection d'une jurisprudence pionnière.** Pour lors, il s'impose de montrer que cette problématique avait précisément

donné lieu, de longue date, à une jurisprudence avantgardiste de cette déterminante clarification des pouvoirs du juge par la Cour de cassation.

Rappelons que dans la conception juridique de la cause (*supra*, note (25)) développée notamment par M. le Procureur général KRINGS, le juge modifiait la cause de la prétention si du terrain du contrat proposé par le demandeur, il déplaçait le litige vers le terrain du quasi-délit (et inversement), si du quasi-délit, il passait au quasi-contrat (et inversement), etc. Ce faisant, le juge modifiait, selon M. KRINGS, le «*fait juridique*» ou le «*titre juridique*» servant de fondement à la prétention.

Mais, illustrant par ailleurs l'idée qu'il est des cas où le juge peut procéder à une requalification sans porter atteinte au «*titre*» ou au «*fait juridique*», l'éminent auteur signalait et approuvait l'enseignement aux termes duquel notre Cour de cassation dotait, et dote encore,

25. **En faveur d'une conception juridique de la cause:** H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 964; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, spéc. n° 32, 40, 43 et 105 et, du même auteur «La scission du fait et du droit...», *op. cit.*, R.C.J.B., 1982, p. 41, n° 8 *in fine*; *idem*, «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», *op. cit.*, R.C.J.B., 1973, spéc. pp. 247 et s.; J. HERBOTS, «Recht, feit en cassatiemiddel», *op. cit.*, T.P.R., 1971, pp. 599-644, spéc. p. 604, n° 4; Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, pp. 807 et s., spéc. p. 816; 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, col. 903 et s., spéc. col. 907-908; des mêmes auteurs et dans le même sens, «Kroniek van het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1992-1993, p. 1127; S. MOSSLMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10; E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», T.P.R., 1982, pp. 655-683, spéc. pp. 663 et s.; Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, J.T., 1983, pp. 513-521; Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge. Évolution-révolution ou tradition?», *op. cit.*, J.T., 1993, pp. 17 et s.; Proc. gén. E. KRINGS, «Méthodes d'élaboration des décisions judiciaires», R.D.I.D.C., 1992, pp. 66 et s.; E. KRINGS, «Het optreden van de rechter bij het in staat stellen van de rechtsgeding», in *Liber amicorum T.P.R. et Marcel Storme*, 2004, pp. 369 et s.; S. MOSSLMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 8 et s.; Proc. gén. E. KRINGS (alors Av. gén.), concl. précéd. Cass., 9 octobre 1980, J.T., 1981, pp. 71 et s.; H. LE MAHIEU, «De lijdelijkheid van de rechter», *Jura Falconis*, 1981-1982, p. 232; Proc. gén. H. LENAERTS (alors Av. gén.), concl. précéd. Cass., 27 juin 1988, A.C., 1998, pp. 1414 et s., ainsi que concl. précéd. Cass., 16 janvier 1989, A.C., 1989, p. 586; W. RAUWS, «*Jura novit curia*», *R.W.*, 1984-1985, col. 900-903; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen», note sous Cass., 10 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2215 et s.; T. WERQUIN, «Étendue et limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale», J.T.T., 1993, pp. 337 et s., spéc. pp. 342-343, n° 13-15. **En faveur d'une conception factuelle de la cause:** G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, éd. de la Conférence du jeune barreau de Liège, 1981, no 89 et s.; 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. TILLEMANN), 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; J. VAN COMPERNOLLE, «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 s.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985-1996) – Droit judiciaire privé», R.C.J.B., 1997, pp. 538-544, n° 52-56; A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, fascicule II, 5ème éd., P.U. Liège, 1980, n° 185; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2ème édition, 1987, Fac. droit de Liège, 1987, pp. 60-83; A. FETTWEIS, «*Da mihi factum, dabo tibi jus*», J.L., 1983, pp. 179 et s.; M. STORME, «L'activisme du

juge dans le domaine de la procédure», *op. cit.*, *l.c.*, spéc. pp. 15-17. P. LEMMENS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Uitdruk 1996-1997, Louvain, Acco, p. 25 et p. 138; P. LEMMENS, «De ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en de eerbiediging van de rechten van verdediging», *R.W.*, 1982-1983, col. 2189. W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de parties», *R.W.*, 1985-1986, col. 2215 et s.; 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. 367 et s.; 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», obs. sous Comm. Bruxelles, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 710 et s., spéc. pp. 719 et s., no 26 et s.; F. GEORGES, «Le pouvoir discrétionnaire du juge», Rapport belge présenté lors de la session 1999 de l'association internationale de droit procédural, à paraître. A.-Ch. VAN GYSEL, «Le juge statuant d'office est-il un juge impartial?», *Cah. dr. jud.*, 1993, n° 13, pp. 36-37. M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht of de rechter en de procespartijen*, coll. Prolegomena, Bruxelles, Swinnen, 1987, 154 p.; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande», note sous Cass., 8 février 2001, R.G.D.C., 2002, pp. 447 et s., spéc. pp. 450-451, n° 12-16. G.-L. BALLON, «Over het voorwerp van de rechtsvordering», note sous Bruxelles (9ème ch.), 5 juin 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 324 et s.; J. LAENENS, «Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen», in *L'expertise judiciaire: l'expert-comptable et le conseil fiscal*, 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. p. 50, n° 36; K. BROECKX, «De feiten in de dagvaarding – het arrest van het Hof van cassatie van 28 april 1994», *R. Cass.*, 1994, pp. 322-324; du même auteur, *Het recht op hogere beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, p. 287, n° 630-631; P. THION, «De kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, *N.J.W.*, 2003, pp. 726 et s.; B. DUBUISSON, «Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle», vol. 2, in *Responsabilités-Traité théorique et pratique*, livre 3bis, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 20, n° 76; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Jura novit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, 919 p.; G. DE LEVAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Principe dispositif et droit judiciaire fiscal*, *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2004, 44 p.

26. Sur les errements (passés) de la jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'étendue des pouvoirs du juge à l'aune de la notion de cause, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, pp. 468-656. À s'en tenir au seul cas – paradigmatique – du «passage» d'un ordre de responsabilité à un autre, comp. Cass., 12 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 831; Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 737; Cass., 5 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1348, précédé des concl. de M. l'Av. gén. J. SPREUTELS; Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 805; Cass., 3 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 412; Cass., 20 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 338; Cass., 20 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 887, précédé des concl. de M. le Proc. gén. E. KRINGS (alors Av. gén.); Cass., 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 916; Cass., 10 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 745. Comp.: Cass., 13 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 298. *Contra*: Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 187 et *Rev. dr. comm.*, 1994, p. 16, note R. ANDERSEN; Cass., 22 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 115. Sur cette jurisprudence fluctuante, *adde* J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», *op. cit.*, R.C.J.B., 1997, pp. 542, n° 56; B. MAES, «Verslag...», *op. cit.*, *R.W.*, 1997-1998, pp. 102-103; H. BOULARBAH, «La Cour de cassation entre le pourvoi des parties et les conclusions du Ministère Public», in *Amice Curiae, quo vadis?* (sous la dir. de P. VAN ORSHOVEN et M. STORME), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 176, n° 4.

le juge du fond du pouvoir de requalifier un contrat.

Il a toujours été, dit-on, de jurisprudence constante que «*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*<sup>27</sup>».

À toujours effectivement affiché une belle constance, la jurisprudence selon laquelle le juge «*est tenu d'examiner la nature juridique des faits invoqués par les parties, quelle que soit la qualification que les parties leur ont donnée*», «*il peut suppléer d'office aux motifs invoqués, à la condition de ne pas soulever une contestation dont les conclusions des parties auraient exclu l'existence, de se fonder uniquement sur des faits qui lui ont été régulièrement soumis, de ne modifier ni l'objet ni la cause de la demande et de respecter les droits des parties*<sup>28</sup>».

Aux termes d'arrêts ultérieurs, la Cour avait quelque peu affiné la formule aux fins de circonscrire de manière plus précise, et apparemment plus ferme, la latitude laissée au juge. Aux termes de ces arrêts plus récents, «*lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente*<sup>29</sup>».

Au demeurant, cette formule a survécu audit revirement<sup>30</sup>, et il importera de montrer leur parfaite compatibilité (*infra*, n° 52 et s.)

Libellé en termes larges ou restrictifs, il appert pour l'heure qu'en marge de toute controverse et à l'abri de toute discussion, un pouvoir a toujours été reconnu

au juge de s'écarter de la qualification contractuelle conçue par les parties.

**16.** Cet enseignement était, par sa constance et sa précocité, extraordinairement insolite et précurseur.

Certes, il cantonnait le juge sur le terrain du contrat (où il lui donnait toute latitude de requalification) et n'autorisait pas le juge à déplacer le litige du terrain du contrat vers, par exemple, le terrain du quasi-délit. Mais ces deux ordres de requalification sont-ils d'intensités à ce point différentes qu'il se justifiait de leur réserver des régimes antinomiques au regard de l'office du juge? Celui-ci bouleverse-t-il beaucoup moins les éléments du litige lorsqu'il qualifie de contrat de société une convention qualifiée par les parties de contrat d'emploi<sup>31</sup>, que lorsqu'il qualifie de manquement à l'obligation générale de prudence (art. 1382, C. civ.) un fait qualifié de faute contractuelle par les parties? Les hypothèses sont-elles à ce point différentes qu'il fallait considérer que le passage des dispositions de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail aux articles 1832 et suivants du Code civil ne constitue qu'une modification licite du «*fondement juridique*» de la prétention, tandis que le passage des articles 1134 et/ou 1184 du Code civil à l'article 1382 du même Code devait, lui, être regardé comme une modification illicite du «*titre juridique*» de la prétention? Le doute était permis.<sup>32</sup> Eu égard à la grande divergence des solutions attachées aux différents contrats nommés, on n'aperçoit pas de juste motif de considérer qu'un contrat d'emploi ou un contrat de société ne pourrait pas, à l'instar du concept de contrat lui-même, être hissé au rang de «*titre*», de «*fait*» ou d'«*acte juridique*», selon les catégories proposées par M. KRINGS. Ces catégories sont plus artificielles et ar-

27. Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, *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. *Rappr.* 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», *op. cit.*, *J.T.*, 1978, pp. 472 et s., n° 20 et s., P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1er Théorie générale du contrat, 2ème éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409 et s., n° 433 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. 1er Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 622 et s., n° 407 et s., ainsi que P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, p. 150, n° 233.

28. 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», *op. cit.*, *J.T.*, 1983, p. 519, n° 28. *Rappr.* 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 de la régularité d'une requalification proprement dite, mais de celle de simples substitutions de bases légales.

29. Cass., 6 décembre 2004, *N.J.W.*, 2005, liv. 95, p. 21, note W. VAN EECKHOUTE; Cass., 28 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, 880 et *R.A.B.G.*, 2003, p. 1093, note M. DEMEDTS, dont il résulte que «*les circonstances que le fonds de commerce est la propriété du maître de l'ouvrage, que le collaborateur n'acquiert aucun droit sur l'exploitation du fonds de commerce, qu'il est contraint de respecter les conditions de vente imposées par le maître de l'ouvrage ne sont, ni séparément ni conjointement, incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise*»; Cass., 23 décembre 2002, S.01.0169.F., estimant que «*le fait de travailler 8 à 9 heures par jour pour le maître de l'ouvrage, le fait que celui-ci fixe les prix, qu'il est propriétaire de l'outillage et du fonds de commerce et l'absence d'autonomie de gestion dans le chef du contractant ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise*».

30. Cass., 10 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, p. 1116, 21, concl. Av. gén. J.-M. GENICOT et *R.A.B.G.*, 2012, p. 947, note V. DOOMS; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1263; Cass., 23 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 784; Cass., 17 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2362.

31. Cass., 8 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 939.

32. *Voy.* J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, p. 374, n° 409 et p. 487, n° 591.

bitraires que réelles, en ce sens qu'on peut y ranger ce qu'on souhaite y ranger<sup>33</sup>.

### Section 3. Le juge, les parties, le fait et le droit après l'arrêt du 14 avril 2005

**17. Un arrêt historique**<sup>34</sup>. 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, gratifié des analyses dithyrambiques de Georges DE LEVAL et de Jacques VAN COMPERNOLLE<sup>35</sup>. Il y a en effet qu'à lui seul, cet arrêt grave 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 (*supra*, n° 16).

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.

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*».

**18. Une nouvelle donne.** Exit la conception classique de la tâche juridictionnelle (*supra*, note (25)). 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 (*supra*, note (25)) 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 «*simple-ment 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 par-

33. *Idem*. L'argument semblait avoir déjà été esquissé par A. FETTWEIS in *Manuel...*, op. cit., 2ème éd., 1987, p. 71, n° 61A, note (1).

34. Ce paragraphe est tiré de J.-F. 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, n° 58-64.

35. 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»; *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, note R.

VERBEKE. Sur cet arrêt, voy. ég. la belle synthèse in P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2244 et s., n° 1642 et s., ainsi que la remarquable contribution de P. BAZIER dans l'ouvrage *Le juge et le contrat – De rol van de rechter in het contract* (spéc. n° 18 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variaties énigmatiques?», ici spéc. n° 40 et s. Voy. ég. Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 283; Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2238 et *R.A.B.G.*, 2008, p. 306, note P. VANLERSBERGHE.

ties s'acquittent de cette charge. Les faits que les parties invoquent, ceux qu'elles lui mettent sous les yeux, n'autorisent pas la dérobaude 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.

Mais 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.

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, peuvent 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 sont, ce faisant, dotées de contenus constants, en ce sens que leurs définitions ne varient point selon que les concepts seraient envisagés devant le juge du fond ou devant la Cour de cassation<sup>36</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>37</sup>».

Ce système logique, équilibré et économe, hérité de la pensée de MOTULSKY, et dont Jacques NORMAND nous a gratifiés d'une présentation limpide<sup>38</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>39</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.

19. Depuis le prononcé de cette décision historique, les arrêts se succèdent à belle cadence qui, réalisant

36. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., pp. 764 et s., n° 1009 et s. Dans le même sens, P. GÉRARD, «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...*, op. cit., p. 125, n° 107; F. RIGAUD, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, op. cit., pp. 203-205, n° 128; A. MEEÛS, «L'interprétation de la décision attaquée», op. cit., l.c., pp. 313-316. Ces équations et recoupements prévalent également en doctrine française: J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26ème éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 445, n° 20 et p. 1020, n° 1527; P. 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. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 2ème éd. par Th. LE BARS, op. cit., pp. 200-202, n° 269.

37. Cass., 16 septembre 2004, R.G.C.F., 2004/6, p. 45.

38. J. NORMAND, «Les principes directeurs du procès civil en droit français», *Ann. Dr.*, 2003, pp. 3 et s.

39. 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.

l'idéal de Justice, discernent avec justesse ce qui relève respectivement de la mission du juge et de la tâche des parties et précisent à quelles conditions procédurales cette dévolution des rôles peut, dans le respect de la loyauté et de l'exigence de célérité, se déployer.

**20. Une définition parfaitement ciselée de l'office du juge.** Au cœur de cette jurisprudence essentielle figurent très certainement ces arrêts qui, circonscrivant la notion de «cause» que la plupart d'entre eux se gardent désormais de citer<sup>40</sup>, précisent ce qui, quant au fondement des prétentions qui lui sont soumises, relève tantôt des devoirs, tantôt des pouvoirs, du juge civil. Équipollentes et convergentes, les formules ramassant cette harmonieuse alchimie, peuvent, sur la forme, varier. Nous avons déjà exprimé un faible pour le phrasé de l'arrêt, du 2 avril 2010, dont il résulte que «le juge est tenu d'examiner la nature juridique des prétentions formulées devant lui par les parties et, quelle que soit la qualification que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués, dès lors qu'il n'élève aucune contestation dont les parties ont exclu l'existence, qu'il se fonde uniquement sur des faits régulièrement soumis à son appréciation et qu'il ne modifie pas l'objet de la demande. Il a en outre 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<sup>41</sup>».

On ne peut que se réjouir de voir cette formule, conçue par la première chambre française de la Cour, reprise mot pour mot – et partant consolidée – par sa première chambre néerlandaise aux termes, notamment, d'un arrêt du 14 décembre 2012, qui, en réponse à la cinquième branche du moyen unique de cassation, redit pour droit que «de rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen 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 van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van partijen niet miskent. Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen<sup>42</sup>».

Cette formule exprime on ne peut mieux l'enseignement actuel de la Cour. Les arrêts qui l'énoncent donnent à nos yeux sa plus parfaite expression à l'office du juge actif que la Cour de cassation cisèle depuis son arrêt du 14 avril 2005.<sup>43</sup>

On la préférera à celle, plus sommaire, aux termes de laquelle la troisième chambre de la Cour, sans se démarquer quant au fond, se borne parfois à autoriser le juge à «suppléer d'office aux motifs invoqués devant lui», sans ajouter que cette faculté se mue dans plupart des cas, sous le contrôle de la Cour elle-même, en obligation lorsque le juge se trouve en présence de faits spécialement invoqués par les parties.<sup>44</sup> Pour la même raison, et quand on sait de surcroît l'insondable vacuité des distinctions entre moyens, motifs et arguments<sup>45</sup>, il est également permis d'espérer que la deuxième chambre de la Cour emprunte à la première chambre la formule reproduite ci-dessus, plutôt que de fonder des solutions équipollentes, sur la considération que «les arguments de droit qui complètent la thèse d'une partie et qui se déduisent des faits et pièces dans le débat constituent des motifs que le juge peut suppléer d'office. Ces arguments ne sont pas des moyens distincts parce qu'ils sont inclus dans les prétentions des parties».<sup>46</sup>

**21.** Tout a déjà été écrit sur cet enseignement qui trouve ici sa culminance, sa quintessence et le gage de sa pérennité.<sup>47</sup>

Mais cette enthousiaste abondance ne dispense pas de

40. Voy. toutefois Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 28 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2023, concl. Av. gén. dél. J.-M. GENICOT; Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155; Cass., 31 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 187.

41. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 2 avril 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK; voy. ég. l'appréciation laudative de H. BOULARBAH, B. BIÉMAR et M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Actualités en matière de procédure civile (2007-2010)», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation permanente C.U.P., vol. 122, Liège, Anthémis, 2010, p. 111, n° 101. Rapp. des formules quasi-identiques mais un peu moins exhaustives (quant au devoir du juge en présence de faits spécialement invoqués (*infra*, n° 22) reprises par Cass., 28 septembre 2012, concl. Av. gén. C. VANDEWAL, *R.W.*, 2012-2013, note J. VAN DONINCK et *R.G.D.C.*, 2013, p. 234, note T. TANGHE, ainsi que de Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 201 et s., obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction?», concl. Av. gén. C. VANDEWAL, et encore de Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 28 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2023, concl. Av. gén. dél. J.-M. GENICOT; Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 20 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 967 et *A.C.*, 2009, p. 1051, concl. Av. gén. R. MORTIER.

42. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305. Rapp. Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 10 février 2014, C.13.0381.N.

43. *Supra*, n° 17. Dans l'intervalle, voy. ég. Cass., 9 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 283;

Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2238 et *R.A.B.G.*, 2008, 2008, p. 306, note P. VANLERSBERE.

44. Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 31 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 356; Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 1<sup>er</sup> février 2010, *Pas.*, 2010, p. 343, concl. Av. gén. R. MORTIER. Comp. avec Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 10 février 2014, C.13.0381.N., aux termes duquel la troisième chambre de la Cour paraît s'être ralliée, en termes plus concis à la belle formule de la première chambre. Au sujet de ce dernier arrêt, voy. *infra*, n° 69 *in fine*.

45. Voy. Proc. gén. F. DUMON, «De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes», *J.T.*, 1978, p. 466, n° 3; *idem*, «De l'État de droit», *J.T.*, 1979, p. 500; A. MEEUS, «L'interprétation de la décision attaquée dans la procédure en cassation», in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 315-317; J. KIRKPATRICK, «Un principe général plus fort que la loi...», *op. cit.*, in *Imperat lex...*, *I.c.*, p. 285, n° 6 et la note (13); J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, p. 261 et s., n° 263 et s. et les innombrables réf. citées.

46. Cass. (2<sup>ème</sup> ch.), 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1306.

47. Outre les réf. citées aux n° 17 et s., cons. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, ici spéc. p. 197 et s.; G. DE LEVAL, «Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et

saluer ces nouveaux épisodes, qui laissent désormais augurer de la fermeté du cap salutairement tracé par la Cour de cassation. Ces arrêts récents, et la tendance qu'ils consolident, sont d'autant plus remarquables que simultanément, la Cour de cassation de France, longtemps acquise aux mêmes principes, paraît – contre les textes mêmes du Nouveau Code de procédure civile et au grand dam de la meilleure doctrine qui n'a pas de mots assez durs pour déplorer ce revirement – faire volte-face au prix d'une cacophonie d'arrêts à l'insondable cohérence, proposant de distinguer l'obligatoire réfection de la qualification juridique impropre du facultatif relevé d'office d'un moyen de pur droit.<sup>48</sup>

**22. Faits spécialement invoqués vs faits simplement allégués.** Les arrêts recensés ci-dessus invitent à souligner l'importance de la distinction cardinale entre d'une part les «*faits spécialement invoqués au soutien des prétentions*» auxquels le juge du fond doit appliquer le fondement ou la qualification juridique idoine par le relevé d'un moyen dit «*de pur droit*», et d'autre part les faits simplement allégués (ou «*adventices*»), qui, quant à eux, ne confèreraient au juge les ayant «*tirés du dossier*» que la faculté de soulever d'office semblable moyen, alors baptisé «*mêlé (ou mélangé) de fait et de droit*».

Cette distinction entre moyens de pur droit et moyens mêlés (ou mélangés) de fait et de droit (*supra*, n° 18) est incontestablement admise et pratiquée par notre Cour de cassation, qui en fait du reste la pierre angulaire de sa définition de l'office du juge actif.<sup>49</sup>

Au vu, par exemple, de ses arrêts précités des

2 avril 2010 et 14 décembre 2012, on ne peut plus écrire que la Cour de cassation n'aurait jamais admis cette distinction, dès lors que ces décisions insistent expressément sur le sort spécifique que le juge doit réserver aux moyens que lui inspirent les «*faits spécialement invoqués au soutien des prétentions des parties*» après avoir rappelé la simple faculté prévalant à l'aune d'autres faits que ceux-là. Face à semblables faits, la Cour précise sans ambiguïté que cette faculté de suppléer aux moyens des parties se mue en obligation.<sup>50</sup>

À la lecture de son arrêt, limpide, du 22 février 2010, plus aucun doute n'est permis non plus sur la vivacité et l'importance de la distinction entre faits invoqués et faits adventices dans la jurisprudence de la Cour, dès lors que celle-ci y énonce que le moyen de cassation est nouveau, et partant irrecevable, lorsqu'«*il ne résulte ni des conclusions des parties ni des constatations de l'arrêt que les parties auraient spécialement invoqué les faits qui, selon le moyen, commanderaient l'application*» de la disposition légale «*que la cour du travail aurait été tenue de relever d'office*<sup>51</sup>».

**23. Mise en œuvre de la distinction.** On pourra encore se demander 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.<sup>52</sup>

Le droit français, auquel cette *summa divisio* est empruntée, fournit de précieuses indications sur ce point.<sup>53</sup>

Pour une part essentielle, cet enseignement – dispensé

qualité», *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 34, 2006, p. 72, n° 29; A.-L. 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? Actualité et évolution des principes généraux du droit* (sous la dir. de S. GILSON), Liège, Anthémis, 2006, p. 27 et s.; D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge: quelques réflexions d'un magistrat», *R.R.D.*, 2009, p. 29; J.-F. 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, no 58-64; *idem*, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in *Le droit judiciaire en mutation. Hommage à Alphonse Kohl* (sous la dir. de G. DE LEVAL et F. GEORGES), Formation permanente C.U.P., vol. 95, Liège, Anthémis, 2007, p. 242 et s., n° 48 et s.; *idem*, «Une parfaite définition de l'office du juge», *J.L.M.B.*, 2010, p. 1235; *idem*, «Chronique de l'office du juge», *J.L.M.B.*, 2013, p. 1307 et s.; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation, Opus de la J.L.M.B., Bruxelles, Larcier, 2012*, pp. 56 et s., no 59 et s., et p. 62, n° 68. Adde les exposés remarquables de P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2244 et s., n° 1642 et s., ainsi que de L. SIMONT et P.A. FORIERS, «Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente», in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 411 et s. Voy. encore le point sur ces questions in P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 231-248.

48. Cass. fr. (ass. plén.), 21 décembre 2007, *Gaz. Pal.* 19 janvier 2008, concl. Av. gén. R. DE GOUTTES, *Dr. et pr.*, 2008, 2008-2, p. 96, rapport D. LORIFERNE et obs. C. LEFORT, *J.C.P.*, 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI, *J.C.P.*, 2008, II, 10.006, note L. WEILLER et D., 2008, p. 228, obs. L. DARGENT; *Procédures*, 2008, comm. 71, obs. R. PERRROT; O. DESHAYES, «L'office du juge à la recherche de sens», *D.*, 2008, chron. 1102; G. BOLARD, «L'office du juge et le rôle des parties: entre arbitraire et laxisme», *J.C.P.*, 2008, I, p. 156 et s.; S. GUINCHARD in *Rép. prat. proc. civ.*, Cahiers de l'actualité, janvier 2008, p. 6; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2009-2010*, Paris, Dalloz, 2009, p. 588 et s.; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 31ème éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 429 et s., n° 532 et s.; S. GUINCHARD, «L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil», *De code en code. Mélanges en*

*l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 379 et s.; H. CROZE, «Le juge doit-il dire le droit?», in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 225 et s.; L. CADDIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, P.U.F., 2010, p. 769.

49. Voy. p. ex. Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Les faits tirés du dossier»; Cass., 12 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2039; M. GRÉGOIRE, «Géométrie de l'instance», note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, spéc. p. 12 et s., n° 5 et s.; M. GRÉGOIRE, note sous Cass., 28 mai 2009, *Ius & actores*, 2010, p. 41 et s.; J. OOSTERBOSCH, «Les faits de la cause ou les mal-aimés de la procédure», *Rev. fac. dr. Liège*, 2009, p. 159 et s.; A.-L. 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. p. 146 et s.; Av. gén. A. HENKES, concl. précéd. Cass., 28 mai 2009, *J.T.*, 2009, p. 552 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in *Le droit judiciaire en mutation. Hommage à Alphonse Kohl* (sous la dir. de G. DE LEVAL et F. GEORGES), Liège, Anthémis, 2007, p. 255 et s., n° 50 et s.

50. Voy. H. BOULARBAH, B. BIÉMAR et M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Actualités en matière de procédure civile (2007-2010)», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation permanente C.U.P., vol. 122, Liège, Anthémis, 2010, p. 111, n° 101 et la note (187) relevant à juste titre que l'arrêt du 2 avril 2010 (*supra*, note (41)) «*distingue nettement l'hypothèse où le juge a la faculté de relever d'office le moyen de droit de celle où il a l'obligation d'y procéder (moyen de pur droit)*».

51. Cass., 22 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 117, concl. contr. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ, invitant la Cour à fonder l'irrecevabilité du moyen sur la circonstance que la disposition légale dont la violation était alléguée n'est ni impérative, ni d'ordre public.

52. R.-O. DALCQ et C. DALCQ, «Le juge et l'avocat», in *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, ici spéc. p. 758; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2253, n° 1646, note (2335).

53. 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,

notamment par les pères du N.C.P.C. eux-mêmes – rejoint les représentations intuitives que l'on peut entretenir de la différence entre invoquer et alléguer.

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, 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 indispensable de la démonstration. En un mot, c'est en faire le socle d'un moyen.<sup>54</sup>

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.

Aux termes de son bel arrêt, déjà cité, du 14 décembre 2012, la Cour de cassation fournit, sur la notion de fait spécialement invoqué, et par là-même sur le comportement attendu du juge actif face à ce genre de faits, une nouvelle et judicieuse précision. Rappelant que «*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*», l'arrêt ajoute en effet que ce devoir «*n'implique pas que le juge soit tenu d'envisager l'applicabilité de tous les moyens de droit possibles à l'aune*

*des faits du litige mais lui impose uniquement d'envisager, dans le respect des droits de la défense, les moyens de droit dont le relevé s'impose inmanquablement à lui au vu des faits spécialement invoqués*». <sup>55</sup> En d'autres termes, le juge n'a à soulever d'office que les moyens de droit lui sautant aux yeux.

**24.** 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 la posera.

À notre estime, la difficulté qu'il y aurait à distinguer faits invoqués et faits adventices ne devrait pas encombrer le juge du fond. S'il débusque un fait dont il pourrait, dans le respect du contradictoire, tirer d'office un moyen, de grâce 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>56</sup> Tout au plus, mais c'est bien le moins, ce juge actif soulevant d'office telle base légale ou telle qualification juridique devra veiller à mentionner dans sa décision les éléments sur lesquels il la fonde afin que la Cour de cassation puisse exercer son contrôle de légalité. À défaut, la décision serait cassée pour violation de l'article 149 de la Constitution.<sup>57</sup> À l'inverse, et fort logiquement, «*le juge qui considère qu'il ne peut appliquer aux faits soumis à son appréciation une disposition légale autre que la disposition légale invoquée n'est pas tenu de relever ce fait s'il n'a pas été conclu à cet égard. À défaut de conclusions à cet égard, il ne peut être déduit du seul fait que le juge n'a pas énoncé dans sa décision qu'aucune disposition légale n'est applicable aux faits soumis à son appréciation par les parties, qu'il n'a pas examiné si une autre disposition légale était applicable*». <sup>58</sup>

La difficulté à distinguer faits spécialement invoqués et faits simplement allégués n'aura donc, finalement, de véritable incidence que dans le chef de la Cour de cassation lorsqu'elle sera saisie d'un moyen – présenté comme étant de pur droit – 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 de-

P.U.F., 1992, v° «moyen (de fait)»; T. LE BARS, *Le défaut de base légale*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 238-239, no 324-326; P. 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.

54. En ce sens, voy. ég. L. SIMONT et P.A. FORIERS, «Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente», *op. cit.*, p. 417, précisant de manière limpide que «*par faits spécialement invoqués, il faut simplement entendre le faits qui sous-tendent les moyens qui ont été formulés à l'appui d'une demande. Il devrait donc s'agir de faits dont les parties ont, en conclusions, tiré*

*des conséquences en droit – fussent-elles erronées au regard des dispositions légales ou des principes de droit invoqués par elles*; adde et rapp. C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, *op. cit.*, p. 63, n° 68.

55. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305.

56. A.-L. FETTWEIS, «Le rôle du juge actif...», *op. cit.*, in *Au-delà de la loi?*, *l.c.*, p. 148.

57. Cass., 7 janvier 2010, *Pas.*, 2010, n° 10; P. GERARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, *op. cit.*, p. 232, n° 515.

58. Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 14 janvier 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 96.

vant le juge du fond. La Cour s'est en tout cas, et à bon escient, prémunie contre toute l'introduction de mauvais, voire de faux moyens de pur droit, en subordonnant la recevabilité du moyen reprochant à la décision attaquée de n'avoir pas relevé d'office telle ou telle base juridique à l'allégation, par le demandeur en cassation, que le relevé de ce moyen était dicté par les faits spécialement invoqués devant le juge du fond.<sup>59</sup> Cette exigence nous paraît justifiée. Elle verse par contre dans l'excès de formalisme lorsque la Cour ajoute qu'«*est imprécis, partant irrecevable, le moyen qui, reprochant au juge de ne pas avoir relevé d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties, ne précise pas en quoi ces faits, qui n'avaient reçu des parties qu'une seule qualification, devaient en recevoir une autre*».<sup>60</sup> Comme le soulignent en effet les professeurs SIMONT et FORIERS, cette appréciation «*paraît bien sévère car la demanderesse en cassation avait indiqué, au vœu de l'article 1080 du Code judiciaire, en quoi les articles 1147 et 1184 du Code civil avaient été violés par une décision rejetant une demande d'indemnisation au seul motif qu'elle ne tend pas à la réparation d'un dommage moral alors qu'un dommage moral n'était pas le seul dommage réparable*».<sup>61</sup>

#### Section 4. La requalification judiciaire du contrat aujourd'hui: l'apport de l'arrêt du 16 mars 2006

**25.** L'extraordinaire clarification des rôles respectifs du juge et des parties apportée par l'arrêt du 14 avril 2005 ne devrait logiquement pas beaucoup bouleverser la solution prévalant de longue date en matière de requalification judiciaire des contrats, puisque cette jurisprudence avait anticipé et annoncé ce revirement spectaculaire (*supra*, n° 12 et s.).

Il n'empêche qu'il y a tout de même matière à affinement des principes applicables (*infra*, a), tout autant qu'à explicitation des limites et garde-fous dont ceux-ci doivent être assortis (*infra*, b): telles sont, pour l'essentiel, les leçons à tirer de l'arrêt du 16 mars 2006.<sup>62</sup>

##### § 1. Affinement des principes: du pouvoir au devoir

**26.** La jurisprudence avant-gardiste commentée ci-dessus s'exprimait très généralement en termes de «pouvoir», au sens de faculté. 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?

**27.** 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.

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 de 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<sup>er</sup>, § 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<sup>er</sup>, § 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 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, ici 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, de la loi du 27 juillet 1961, lesquelles lui ouvriraient 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*

59. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 décembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1305.

60. Cass., 11 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1921, concl. Av. gén. T. WERQUIN; *adde* C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation, op. cit.*, p. 126, n° 125.

61. L. SIMONT et P.A. FORIERS, «Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente», in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier,

2010, p. 416, n° 7; rappr. des considérations issues de l'étude fondamentale de J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, «Pour une conception finaliste et fonctionnelle du formalisme procédural dans le procès civil», *J.T.*, 2012, p. 510 et s.

62. Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155.

de vordering wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van partijen eerbiedigt<sup>63</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. D'ailleurs, les juridictions de fond n'ont depuis lors pas manqué de s'emparer de ce devoir de requalification.<sup>64</sup> 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*») à la faculté («*peut*»). On eût préféré qu'elle s'en tienne à l'excellente formule générique ciselée, par exemple, par ses arrêts des 14 avril 2005, 2 avril 2010 ou 14 décembre 2012 (*supra*, n° 17 et s.).

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<sup>65</sup> les juges du fond étaient ici obligés («*tendus*»), 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>66</sup>

**28.** Voici donc notre problématique 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.<sup>67</sup>

Au nombre des faits invoqués déclenchant l'application de l'exercice de ce devoir, on songe principale-

ment, en notre 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.

**29.** Peut-on concevoir des cas dans lesquels cette obligation dégènerait en simple faculté? Imagine-t-on, en d'autres termes, qu'un changement de qualification contractuelle puisse être suggéré au juge par d'autres éléments (*i.e.* des «*faits adventices*»: *supra*, n° 18) que ceux que les parties auraient invoqués à l'appui de leurs prétentions, en sorte que le moyen de cassation reprochant au juge du fond de n'avoir point retenu d'office la qualification adéquate serait déclaré irrecevable, comme étant «*mêlé de fait et de droit*»?

Sur le plan théorique, l'hypothèse ne peut évidemment être exclue. Cela étant, en pratique, on a peine à imaginer qu'un débat judiciaire puisse se nouer sur l'existence ou sur l'exécution d'un contrat, sans que les clauses de ce dernier ni la façon dont elles ont été exécutées, n'aient été invoquées comme soutènements des moyens présentés par les parties.

## § 2. Limites et garde-fous

**30.** Notre collègue Patrick WÉRY a joliment écrit que «*le juge n'a toutefois pas les coudées franches lorsqu'il se livre à ce travail de requalification*<sup>68</sup>».

Les balises assignées au devoir (de principe) imposé au juge de doter la convention des parties de la qualification juridique appropriée sont, à notre estime, au nombre de quatre: (1) le respect des droits de la défense; (2) le respect des accords procéduraux explicites; (3) le respect de la foi due aux actes; (4) le contrôle marginal de cassation sur les qualifications.

63. 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*». Un tout récent arrêt vient, pour autant que de besoin, consolider la thèse que la qualification du contrat s'impose au juge comme une obligation (voy. Cass. (3ème ch.), 10 février 2014, C.13.0381.N.). Cet arrêt précise et poursuit qu'une fois la qualification idoine arrêtée, encore le juge doit-il, appliquer à la prétention du demandeur sa correcte dénomination. En l'espèce, les juges d'appel avaient requalifié une vente immobilière en «*cession de droits à titre déclaratif*». Leur décision est censurée par la Cour suprême pour n'avoir pas d'office, dans le prolongement de cette première qualification, requalifié la prétention elle-même (l'objet) d'annulation du chef de lésion des sept-douzièmes en une rescision pour lésion de plus d'un quart conformément aux articles 887 à 892 du Code civil. Au sujet de cet arrêt, voy. encore *infra*, n° 69 *in fine*.

64. Liège, 6 juin 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 35, note W. SWINNEN: «*Le juge doit qualifier le contrat en fonction d'un contenu déterminé. Il n'est pas lié par la qualification adoptée par les parties, même de commun accord et il peut se fonder*

*sur des éléments de fait extrinsèques qui permettent de vérifier la qualification. La qualification donnée par les parties au contrat constitue une indication de leur volonté commune mais le juge doit en vérifier l'exactitude*».

65. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 278 et s., n° 580: «*La formule exprime moins une autorisation donnée au juge de requalifier qu'elle ne traduit, [...] le contrôle exercé par la Cour sur la déduction, en termes de requalification, que le juge du fond tire des éléments de fait qu'il a constatés, ainsi que cela résulte de l'arrêt précité du 22 mai 2006: la Cour de cassation a compétence pour vérifier si le juge du fond a pu légalement déduire des faits qu'il constate l'existence d'un lien de subordination entre les parties contractantes et si celles-ci sont, dès lors, engagées dans les liens d'un contrat de travail, et non, comme la demanderesse le soutient, d'un louage d'ouvrage*».

66. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, pp. 667 et s., n° 873 et s.

67. En notre sens, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1<sup>er</sup> Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 409 et s., n° 433 et s.; H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 278 et s., n° 580.

68. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1<sup>er</sup> Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 411, n° 435.

### A. Le respect des droits de la défense

**31. Assujettissement de la requalification judiciaire aux exigences du contradictoire.** Le lieu n'est certainement pas celui d'un panégyrique des droits de la défense et du principe du contradictoire.<sup>69</sup> Compte tenu de nos préoccupations, ce qui peut en être dit ici ne souffre guère la contestation, et peut être énoncé comme suit: 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° 17 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<sup>70</sup>.

Issu d'une jurisprudence beaucoup plus constante sur ce point, l'arrêt fondamental du 14 avril 2005 (*supra*, n° 17 et s.) se montre, ici aussi, d'une grande netteté: la Cour y souligne que c'est tout «en respectant les droits de la défense» que le juge s'acquittera de son «obligation [...] 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<sup>71</sup>». L'arrêt du 16 mars 2006 (*supra*, n° 25 et s.) ne dit pas autre chose: c'est à la condition qui «respecte les droits de la défense», que le juge s'acquittera de son devoir de qualification.<sup>72</sup>

Comme le note judicieusement J. VAN COMPERNOLLE dans son commentaire laudatif de l'arrêt du 14 avril 2005, «il importe en effet de concilier le rôle élargi qui revient au juge (investi du pouvoir d'appliquer librement les règles de droit aux faits qui sont allégués devant lui) avec les exigences du respect dû au principe de la contradiction. Ce point nous paraît essentiel. Le juge ne peut surprendre les parties en appliquant d'office, sans débat, aux faits qui sont invoqués une qualification ou une règle de droit à laquelle

aucun des deux plaideurs n'avait songé. C'est dire que le juge qui estime devoir procéder à une substitution de base légale ou à une requalification des faits, devra veiller à susciter à ce sujet un débat contradictoire. Si ce débat n'a pas eu lieu, il lui incombe de toute évidence d'ordonner la réouverture des débats<sup>73</sup>».

**32. Illustrations.** Faut-il en rechercher la justification dans la circonstance qu'il s'agit là, aux yeux de la doctrine et au vu de la jurisprudence, de la situation offrant au juge les pouvoirs les plus étendus et, comme tels, les plus éloignés des conceptions classiques, et désormais désuètes, de la cause?

Toujours est-il que c'est avec constance et rigueur que la Cour de cassation applique les exigences de la contradiction à l'hypothèse de la requalification spontanée des faits de la cause.

Le juge ne peut ainsi, sans susciter la discussion préalable des parties, fonder sa décision sur une novation résultant de conventions autrement qualifiées<sup>74</sup>, ni sur l'existence de mandats grevant des relations que les parties avaient envisagées sous l'angle exclusif de contrats d'entreprise<sup>75</sup> ou en dehors de la sphère contractuelle<sup>76</sup>, ni – à l'inverse – sur une convention d'entreprise de construction soumise aux dispositions de la loi Breynne d'un service qualifié de mandat par les parties<sup>77</sup>, ni, de façon plus générale, sur une quelconque qualification juridique des faits de la cause que les parties n'ont pu débattre contradictoirement.<sup>78</sup>

**33. Une perche tendue aux parties.** Il suit d'une jurisprudence, constante là encore, de la Cour de cassation, qu'une demande incidente (telle la demande nouvelle ou la demande reconventionnelle) introduite en suite d'une réouverture des débats demeure parfaitement recevable tant qu'elle n'est pas étrangère à l'objet de cette réouverture des débats.<sup>79</sup> Connectée à la définition du juge actif par la même Cour, cette ju-

69. Sur ces principes, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., pp. 313 et s., n° 331 et s., et les nombreuses réf. citées, notamment à la note (809).

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

71. Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, obs. G. DE LEVAL et *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE.

72. Cass., 16 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 155, commenté *supra*, n° 26 et s.

73. J. VAN COMPERNOLLE, «La cause de la demande: une clarification décisive», note sous Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, ici spéc. n° 3; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. Ier Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 623, n° 407; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2252 n° 1645.

74. Cass., 19 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 326; Cass., 9 février 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 81. On relève au passage que ces arrêts (*adde*, sur ce point, Cass., 14 septembre 2001, R.G. n° C.99.0195.F.) subordonnent au respect des droits de la défense la suppléance, par le juge, «aux motifs invoqués devant lui». Partant, on ne peut soutenir que la Cour entendrait distinguer les «moyens» des «motifs» en vue de ne soumettre à la contradiction que la suppléance des premiers (*contra*, D. LÉONARD, «La distinction entre le motif et le moyen», op. cit., in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, spéc. n° 1-2).

75. Cass., 26 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 326.

76. Cass., 8 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 259.

77. Cass., 22 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 266.

78. Outre les réf. citées aux notes précédentes, voy. Cass., 20 février 1995, *Bull. cass.*, 1995, p. 285; Cass., 8 mars 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 233; Cass., 4 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 993; Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 895; Cass., 10 septembre 1990, *Pas.*, 1991, n° 14; Cass., 16 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 427; Cass., 9 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 300; Cass., 26 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 899; Cass., 20 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 360; Cass., 13 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 298 (requalification d'un abus de droit contractuel en une faute aquilienne); Cass., 10 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 745 (requalification en faute d'un acte qualifié de bail verbal par les parties). Au sujet, et à l'appui de cette jurisprudence apparemment constante, voy. Proc. gén. J. DU JARDIN, «Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation», op. cit., *J.T.*, 2003, p. 623, n° 4.5; P. LEMMENS, «De ambtsalve aanvulling van rechtsgronden en de eerbiediging van rechten van verdediging», *R.W.*, 1982-1983, col. 2188 et s., spéc. col. 2190, n° 5. *Adde* B. MAES, «Verslag over het besloten colloquium...», op. cit., *R.W.*, 1997-1998, p. 102, n° 1; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. III Régime général de l'obligation. Théorie des preuves, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2253 et s., n° 1646.

79. Cass., 20 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2309 et *R.A.B.G.*, 2011, p. 416, note R. VerBeke, «De afbakening van het debat na de heropening ervan»; Cass., 8 février 2010, *J.T.*, p. 349, note F. BALOT, «Réouverture des débats et demande nouvelle»; Cass., 29 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1520, note F. GEORGES, «Les contours de la réouverture des débats»; Civ. Bruxelles, 30 avril 2009, *J.T.*, 2009, p. 394; *contra*, en matière répressive, Cass., 28 oc-

risprudence laisse entrevoir une véritable politique de la main (ou de la perche) tendue par le juge à la partie mal engagée. Songeons en effet que dans le plus parfait respect de ces deux jurisprudences combinées, la partie «favorisée» par la requalification proposée par le juge aura tôt fait, dans les observations (*i.e.* les conclusions) prévues par l'article 775 du Code judiciaire, de s'approprier cette requalification<sup>80</sup> et, le cas échéant, de recalibrer sa prétention au départ de ce meilleur fondement juridique.

Au regard de la jurisprudence précitée, ainsi que des principes de célérité et, surtout, de loyauté procédurale, on se montrera plus circonspect, en revanche, en présence d'une requalification juridique opérée *in extremis* à l'occasion et au prétexte d'une réouverture des débats dont l'objet est totalement étranger à la qualification du contrat en litige<sup>81</sup>, même si force est d'admettre avec pragmatisme qu'il eût de toute façon été du pouvoir, voire du devoir du juge, de soulever d'office cette nouvelle qualification au prix d'une seconde réouverture des débats<sup>82</sup>... et que presque inmanquablement, cette qualification reviendra sur le tapis devant l'instance de recours.

**34. Application de la théorie du «moyen dans la cause»? (Non).** Cette jurisprudence allait-elle résister à l'irrésistible ascension de la théorie dite du «moyen (nécessairement) dans la cause<sup>83</sup>»?

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

C'est aux termes de son arrêt du 29 septembre 2011<sup>84</sup> que pour la première fois, la Cour de cassation explicite cette théorie à laquelle elle s'était déjà implicitement ralliée. Pour bien comprendre cette théorie, mais aussi et surtout pour en mesurer avec discernement la subtile portée sans se méprendre sur les possibles retombées, il est indispensable d'en relater d'abord ses origines tumultueuses en droit français, et d'en cerner

la prudente admission par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le juge qui, exerçant un devoir ou une simple faculté, de réorienter 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*», 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 1<sup>er</sup>, 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>85</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 (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 du 12 octobre 1979, le Conseil d'État annula, d'une part l'article 12, alinéa 3, du Nouveau Code de procédure civile, et d'autre part l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup>, 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>86</sup>.

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 Serge 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 pro-

tobre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1729. Si une modification du siège est survenue ensuite de la décision rouvrant les débats, toute demande incidente (même étrangère à l'objet de la réouverture) est recevable (Cass., 13 mai 2013, S.12.0045.N.; Cass., 8 février 2010, précité; Cass., 12 décembre 2008, *R.A.B.G.*, 2009, pp. 755-756; Cass., 19 novembre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, pp. 301-303, note S. BERNEMAN. *Adde* B. BIÉMAR, H. BOULARBAH, F. LAUNE et C. MARQUET, «L'instruction de la cause et les incidents», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation C.U.P., vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 263 et s., n° 99 et s. et réf. citées.

80. Si ce recalibrage s'en tient à l'appropriation de la qualification juridique soufflée par le juge, sa recevabilité posera d'autant moins problème qu'il est unanimement admis (au vu de la lettre même de l'article 807 du Code judiciaire), qu'un changement de qualification juridique ne constitue par, à soi seul, une demande nouvelle (D. MOUGENOT, «Principes...», *op. cit.*, p. 121; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, p. 73 et s., n° 55 et s.).

81. *Comp. Comm. Anvers*, 25 mai 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 423, note critique R. VERBEKE, «De afbakening van het debat na de heropening ervan». *Adde* B.

BIÉMAR, H. BOULARBAH, F. LAUNE et C. MARQUET, «L'instruction de la cause et les incidents», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation C.U.P., vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 263 et s., n° 99 et s. et réf. citées.

82. *Comm. Anvers*, 25 mai 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 423.

83. Au sujet de cette théorie, voy. notre étude, «Faire économie de la contradiction?», in *Les droits de la défense* (sous la dir. de P. MARTENS), C.U.P., vol. 146, Bruxelles, Larcier, 2014, ici spéc. p. 25 et s., n° 13 et s.

84. *Cass.*, 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, concl. Av. gén. C. VANDEWAL et *R.C.J.B.*, 2013, p. 201 et s., obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction?». *Adde* *Cass.*, 4 avril 2014, C. 11.0521.F

85. Exposée en détail par S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 31<sup>ème</sup> éd., 2012, pp. 567 et s., n° 813 et s.

86. C.E. fr., 12 octobre 1979, *D.*, 1979, 606, note BÉNABENT, *D.*, 1979, avec la note DELVOLVÉ, «Le nouv. C. de pr. civ. devant le Conseil d'État», *chron.* 281, *Gaz. Pal.*, 2-3 janvier 1980, note Julien; obs. VIATTE, in *J.C.P.*, 1980, II, 19.288).

gressive, et toujours avec parcimonie.<sup>87</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>88</sup>

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>89</sup> – s’est déployée sur plusieurs axes dont un seul retiendra ici l’attention.

Ce premier axe n’était rien moins que la requalification par le juge, à laquelle la présente contribution est consacrée.

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»). 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>90</sup>. À une époque, même la requalification appuyée sur des faits adventices pouvait parfois échapper aux exigences de la contradiction, du moins lorsque ces faits étaient tirés de pièces régulièrement produites<sup>91</sup>. La Cour s’y prit à plusieurs reprises pour censurer la requalification secrète. Un premier signal fut donné par 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>92</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>93</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 «*implicitement et nécessairement reconnu la validité de la signification*» litigieuse.<sup>94</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>95</sup>.

Héritière de ce lent revirement, la jurisprudence paraît actuellement fixée en ce sens que le juge doit faire

87. 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 s., et de G. BOLARD, «Les juges et les droits de la défense» in *Mélanges offerts à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49 et s. et J. NORMAND, «Les principes directeurs du procès civil en droit français», *Ann. Dr.*, 2003, pp. 3 et s.

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

89. Voy. les multiples réf. citées par G. BOLARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, op. cit., 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 s.; 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 et *R.T.D.Civ.*, 1980, p. 201; du même auteur, «Les principes directeurs du procès civil en droit français», *Ann. Dr.*, 2003, pp. 3 et s.; A. BÉNABENT, note in *D.*, 1979, 381; R. PERROT, in *R.T.D.Civ.*, 1993, 890, ainsi que J. HÉRON, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd. par T. LE BARS, 2002, pp. 220-221, n° 292; J. BORÉ et I. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, 3<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 355, n° 74.162.

90. 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 et *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. HÉRON. Voy., plus récemment, Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 22 juillet 1992, *Bull. civ.*, III, n° 261.

91. 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 et *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.

92. 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 BÉNABENT et *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.*, 2003, pp. 3 et s.

93. Cass. fr. (soc.), 18 décembre 1984, *J.C.P.*, 1985, IV, 78.

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

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

précéder la requalification spontanée des faits spécialement invoqués d'une discussion entre parties.<sup>96</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>97</sup>

Un arrêt du 5 mars 2008 de la troisième chambre civile, demeuré isolé, vint toutefois rompre d'avec cette tendance massive en énonçant que le juge du fond n'a pas à solliciter les observations des parties lorsqu'il procède d'office à la requalification des faits discutés par les parties au cours des débats.<sup>98</sup>

Même si elle ne lui a pas emprunté le vocable, il est tout à fait certain que notre Cour de cassation a, dans son principe, adopté la théorie française du moyen dans la cause prudemment adoubee par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'arrêt du 29 septembre 2011 scelle et revendique solennellement cette contamination puisque la Cour, pour la première fois à notre connaissance, lui confère les atours d'une véritable règle, explicitée par une formule bien ciselée: «*Het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging wordt niet miskend wanneer een rechter zijn beslissing steunt op elementen waarvan de partijen, gelet op het verloop van het debat, mochten verwachten dat de rechter ze in zijn oordeel zou betrekken en waarover zij tegenspraak hebben kunnen voeren*», que nous proposons de traduire librement par «*Le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense n'est pas violé lorsqu'un juge fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient s'attendre, au vu du déroulement des débats, à ce que le juge les inclue dans son jugement, et qu'elles ont pu contredire*<sup>99</sup>».

À dire vrai, cette élégante formule – qu'on préférera à celle reprise par l'arrêt du 13 mars 2013, dont il est fut question ci-dessus (*supra*, note (46)) – ne vient que révéler un enseignement dont la Cour avait, dans son principe, déjà hérité de son homologue française depuis longtemps.

Mais cet héritage fut accepté sous bénéfice d'inventaire. C'est que la jurisprudence de notre Cour de cassation reçoit la théorie du moyen dans la cause de façon, non seulement plus claire, mais aussi et surtout bien plus parcimonieuse. Ce constat nous réjouit.

Car si l'on s'accorde à saluer les vertus de la théorie du moyen dans la cause, l'identification de ses applications peut toutefois s'avérer plus délicate, et *a priori* moins consensuelle.

Le Professeur Benoît ALLEMEERSCH précise judicieusement que «*als partijen zich hadden kunnen verwachten aan een bepaald middel maar nagelaten hebben daarover argumenten uit te wisselen, dan is er geen aanleiding tot een heropening van de debatten. Enige objectivering is hier aan de orde; het gaat er niet zozeer om dat de betrokken partij zich effectief verwachtte aan de ambtshalve aanvulling, maar eerder dat zij geacht mag worden zich daaraan te verwachten. Achter dit concept van de objectieve verwachting schuilt (opnieuw) een doelgebonden analyse van de tegensprekelijkheidsnorm. Dat doel bestaat erin te betten dat de partijen verrast worden door een bepaald element, door hun de gelegenheid te geven zich daarover uit te spreken*<sup>100</sup>».

Mais concrètement, quand un moyen est-il de nature à surprendre? Et quand ne l'est-il plus? À quelles conditions peut-on raisonnablement présumer que le débat a préparé les parties au relevé d'office de tel moyen?

Voici la question posée: le juge se livrant à la requalification de leur convention surprend-il les parties?

On se souviendra de la fragilité de la jurisprudence française émancipant l'hypothèse de la requalification d'office du giron de la théorie du moyen dans la cause (*supra*, n° 34).

Nous avons rappelé (*supra*, n° 32) que c'est par contre avec constance et rigueur que la Cour de cassation de Belgique applique les exigences de la contradiction à l'hypothèse de la requalification spontanée des faits de la cause.

La Cour a tout récemment saisi l'occasion de réaffirmer la fermeté de cette jurisprudence. Son arrêt du 22 mars 2012 est d'autant plus édifiant que la cassation prononcée sur le visa de la violation du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense est l'œuvre de la même chambre que celle dont émane l'arrêt du 29 septembre 2011, rejetant un moyen similaire par assujettissement dudit principe à la théorie du moyen dans la cause. Il est également remarquable que ce second arrêt fut précédé de conclusions – contraires – de M. l'Avocat général VANDEWAL,

96. 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.

97. Voy. Cass. fr. (com.), 17 décembre 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 397. Au sujet de cet arrêt, voy., en sens convergents, S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile*, 31<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 574, n° 823 et G. BOLARD, in *Dalloz-Actio*, op. cit., éd. 1998, p. 556, n° 2384 *in fine*.

98. Cass. fr. (3<sup>ème</sup> civ.), 5 mars 2008, *L.P.A.*, 23 février 2009, obs. P. MAYER.

99. Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, concl. Av. gén. C. VANDEWAL et *R.C.J.B.*, 2013, p. 201 et s., obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction?».

100. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling...*, op. cit., p. 310, n° 192. Dans le même sens et dans les mêmes termes, voy. A. FETTWEIS, «La fin de non-recevoir au moyen, soulevée d'office par la Cour de cassation, et le principe de la contradiction», in *Liber spei et amicitiae Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 188, n° 12.

absolument identiques à celles – conformes – dont l'éminent magistrat avait fait précéder l'arrêt du 29 septembre 2011. C'est dire, à nouveau, le caractère résolument empirique de l'entreprise de délimitation de cette vertueuse théorie du moyen dans la cause, et partant l'irréductible subjectivité nécessaire au discernement des moyens dont le relevé d'office est, ou non, de nature à surprendre les parties. Cette source d'embarras n'est point telle qu'il faille condamner la théorie qu'elle affecte ni renoncer aux applications parcimonieuses et circonstanciées qui, jusqu'ici, en ont été données. Au demeurant, il ne nous paraît pas arbitraire, dans une tentative de modélisation, de tenir pour normalement surprenante la requalification juridique du fait ou de l'acte invoqué ou allégué à l'appui d'une prétention, tout en considérant par contre comme raisonnablement prévisible le relevé d'une des conditions d'application d'une disposition légale abondamment débattue, ou d'une thèse juridique déjà esquissée par une des parties.

Telle est, conciliante, la lecture par laquelle nous proposons d'expliquer la compatibilité entre d'une part les arrêts des 29 septembre 2011, 13 mars 2013, 4 avril 2014 et d'autre part celui du 22 mars 2012, dont il résulte que «*lorsqu'il ressort des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard que le demandeur invoquait que la compensation prévue dans une clause conventionnelle est une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil et qu'il demandait une modération de la compensation prévue en vertu de cette clause et qu'il n'apparaît pas que les parties ont invoqué que cette clause était une compensation stipulée à titre de contre-prestation pour la résiliation prématurée de la convention et à laquelle la disposition légale précitée ne s'appliquerait pas, l'arrêt attaqué viole le principe général du droit relatif aux droits de la défense lorsqu'il décide d'office que cette compensation est stipulée à titre de contre-prestation du droit de résiliation prématurée de la convention, sans admettre une contradiction sur ce point*<sup>101</sup>».

Il nous paraît en effet que cette requalification pratiquée d'office par les juges d'appel – parfaitement respectueuse des contours de l'office du juge actif, au demeurant – était néanmoins susceptible de provoquer une surprise que les parties seraient légitimement en

droit de dénoncer devant la Cour de cassation. Avec celle-ci l'on peut considérer, au contraire de ce qu'a pu estimer le ministère public, que quoiqu'ayant porté sur la même stipulation contractuelle et la même disposition légale, le débat n'avait pas raisonnablement préparé les parties à voir requalifier la première d'une manière telle que l'application de la seconde s'en trouverait écartée.

**35. À la recherche de formes plus économes.** De fraîche actualité elle aussi, une piste devait retenir l'attention quant aux liens entre les droits de la défense, l'activisme juridictionnel, l'économie et la célérité des procédures. On vise une réflexion sur les formes que doit, ou pourrait, emprunter le débat contradictoire justifié et provoqué par la requalification du contrat spontanément opérée du juge. Relevée d'office par le juge, la nouvelle qualification juridique envisagée par le juge appelle une nouvelle discussion des parties. 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>102</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>103</sup>

**36. Audience interactive.** 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 une qualification inédite et s'épargne ainsi de rouvrir les débats en cours de délibéré.<sup>104</sup>

101. Cass., 22 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1296, concl. contr. Av. gén. C. VANDEWAL.

102. 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. 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.

103. Voy. J. OOSTERBOSCH, *op. cit.*, pp. 161 et s., no 2; adde notre étude «Le nouveau droit judiciaire, en principes», in *Le droit judiciaire en mutation – En hommage à Alphonse Kohl* (sous la dir. de G. DE LEVAL et F. GEORGES), C.U.P., vol. 95, Liège, Anthemis, 2007, pp. 305 et s., no 92 et s., ainsi que notre ouvrage, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, n° 464-465, 801-804, 828-829 et 1100-1102.

104. Cass., 6 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13; Cass., 22 décembre 1986, A.C.,

1986-1987, p. 542. Sur ce rôle actif du magistrat à l'audience de plaidoiries, cons. X. MALENGREAU, «À propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile», *J.T.*, 2000, pp. 673-676. Rapp. Cass. fr. (3<sup>ème</sup> ch. civ.), 10 juillet 1991, *JCP*, 1991, IV, 354. Adde A. FETTWEIS, «Manuel...», *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 76-78, n° 35-37; S. MOSSLEMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar, op. cit.*, 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'arrière 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. Au nom de l'exigence d'effectivité de la protection des droits de la défense, la pratique de l'interpellation à l'audience consacrée par ces arrêts ne satisfait aujourd'hui à cette exigence que si elle est précédée d'une interpellation écrite, comme le permet

Cette pratique zélée<sup>105</sup>, véritable prévention de la réouverture des débats, bénéficie désormais du relais, et des encouragements, du droit positif.

On rappelle en effet que le tout nouvel article 756ter 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.<sup>106</sup> Au nombre des questions susceptibles d'être déferées à la sagacité et à la discussion des parties, le juge sera bien inspiré d'évoquer la qualification qu'il pourrait être amené substituer *motu proprio*. Il n'aura plus, ce faisant, à rouvrir ensuite les débats puisque, par hypothèse, ceux-ci se seront clos par une discussion de la requalification subreptice.

Bien inspiré<sup>107</sup>, 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.<sup>108</sup> 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*».

Une importante 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 pro-

tection de cette garantie processuelle doit être effective.<sup>109</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'une nouvelle et subtile qualification à laquelle, par hypothèse, ils n'ont jamais songé jusque-là.<sup>110</sup> 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'État 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>111 -112</sup>

Au vu de ces exigences, les garanties offertes par le nouvel article 756ter 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» (*i.e.* sa proposition de requalification) aux parties «préalablement» à l'audience, comme le prévoit le texte.<sup>113</sup> Retarderait-il l'exposé de sa question 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

l'article 756ter du Code judiciaire: voy. *infra*, ce même paragraphe. On réserve toutefois le cas des procédures d'urgence, mues au provisoire (*infra*, note (112)).

105. Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 10 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 310.

106. Sur cette disposition, voy. S. CRIEL, «Of heeft het pleidooi nog nut in burgerlijke zaken?», in *Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, Gand, Larcier, 2009, p. 189 et s.; H. BOULARBAH, B. BIÉMAR, et M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Actualités en matière de procédure civile (2007-2010)», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation C.U.P., vol. 122, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 115, n° 107 et s.; G. DE LEVAL et V. CHANTRY, «L'audience de plaidoiries ou comment 'révolutionner l'audience'», in *Le droit judiciaire en mutation... I.c.*, p. 194; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 68; J. ENGLEBERT, «La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries», in *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 159; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», *op. cit.*, *l.c.*, p. 252 et s. et p. 306 et s.; B. ALLEMEERSCH, «De wetswijzigingen van 2007 inzake terechtzitting, beraad en vonnis herbekeken», in *Les lois de procédure 2007... révisité*, Bruges, la Chartre, 2009, p. 75 et s.; P. TAELEMAN et S. VOET, «Terecht, beraad en vonnis», in *De Wet van 26 april 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op het bestrijden van de gerechtelijke achterstand doorgelicht*, Bruges, la Chartre, p. 94; G. DAVID, «La plaidoirie interactive et ses dangers», in *Bulletin de prévention de l'O.B.F.G.*, septembre 2010, n° 17, p. 1; S. GUINCHARD, «Rapport de synthèse», in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 161; P. TAELEMAN, «Algemeen kader», in *Beter concluderen, beter pleiten, beter vonnissen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 184 et réf. citées.

107. S. GUINCHARD, «Rapport de synthèse», in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 161.

108. Voy. les réflexions et les suggestions très stimulantes de M. le Conseiller H. MACKELBERT, «Les plaidoiries (sens, forme, contenu)», in *L'oralité et les écritures dans le procès civil*, colloque fermé organisé à Bruxelles, le 22 novembre 2012 par le Centre interuniversitaire de droit judiciaire, pp. 6 et 7 du document remis aux participants. Adde celles de G. DE LEVAL, «Introduction générale et état des lieux», in *Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 18.

109. 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.

110. Comp. Cass. fr. (3<sup>ème</sup> ch. civ.), 10 juillet 1991, *J.C.P.*, 1991, IV, 354, dont il résulte que la Cour de cassation de France «a considéré qu'un débat oral, à l'audience, sur le moyen relevé d'office, suffisait pour qu'il y ait respect du contradictoire» (S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, «Procédure civile», *op. cit.*, 31<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 570, n° 819).

111. 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., Immeubles Groupe Kossor 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.

112. Urgence oblige, les procédures mues au provisoire devraient par contre s'accommoder d'un débat contradictoire «en direct», le juge pouvant à notre estime se contenter, dans ce contexte, de soumettre sur le champ à la discussion le moyen relevé d'office: J.-F. et S. VAN DROOGHENBROECK, «Référé et procès équitable», note sous Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 14 janvier 2005 (deux arrêts), *R.C.J.B.*, 2006, ici spéc., p. 529, n° 22 et réf. citées.

113. H. BOULARBAH, B. BIÉMAR, et M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Actualités en matière de procédure civile (2007-2010)», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation C.U.P., vol. 122, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 116, n° 108; J. ENGLEBERT, «La mise

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 à la qualification relevée d'office, et l'obligeant à y répondre (art. 149, Const. *juncto* art. 780, C. jud.).

**37. Réouverture de débats écrits.** Si le juge n'aperçoit la nécessité d'une requalification du contrat litigieux 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 d'une audience?

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 caution de la Cour européenne des droits de l'homme (*supra*, note (111)), que le système d'échange de «notes en délibéré» se substitue avantageusement à la tenue systématique d'audiences de plaidoiries.<sup>114</sup>

Aussi nous sommes-nous inspirés 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>115</sup>

Apparemment, cette suggestion a rencontré quelque succès devant certaines juridictions.<sup>116</sup>

Avec MM. DE LEVAL et ERDMAN<sup>117</sup>, nous pensons que cette bonne pratique gagnerait à être consolidée par la loi.<sup>118</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*».<sup>119</sup>

### B. Le respect des accords procéduraux explicites

**38. La licéité des accords procéduraux en vertu desquels les parties lient le juge sur tels ou tels points de fait ou de droit auxquels elles entendent cantonner le débat, forme le paradigme de l'emprise du principe dispositif sur l'instance civile (*supra*, n° 2).** À présent qu'est clairement et définitivement consacrée la thèse selon laquelle le juge a toujours le pouvoir, et la plupart du temps le devoir, de mobiliser la qualification juridique adéquate sans s'en tenir aux suggestions des parties (*supra*, n° 25 et s.), les questions inhérentes à la forme et à la portée de semblables accords se posent avec une acuité renforcée.

Il est impératif de déterminer avec la plus grande précision quand et à quelles conditions l'activisme du juge sera inhibé par la volonté des parties. Cette entreprise commande l'analyse de deux questions. La première porte sur une précision conceptuelle. La seconde, essentielle, a trait au mode d'expression des accords procéduraux.

a) À propos de la «contestation exclue»

**39. Définition et contours de la notion.** La formule limpide par laquelle la Cour de cassation a circons-

en état de la cause et l'audience de plaidoiries», in *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 161; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», *op. cit.*, *l.c.*, p. 307. En ce 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. Cette thèse selon laquelle le juge (du fond) ne peut, pour respecter le contradictoire, se contenter d'interpeller au débotté les plaideurs à la barre, nous paraît trouver confirmation implicite, et à tout le moins un corollaire logique, dans l'arrêt du 9 mai 2008, examiné plus loin (*infra*, n° 43), aux termes duquel la Cour de cassation a dit pour droit que semblable interpellation ne saurait donner lieu à un accord procédural explicite.

114. 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 s., spéc. n° 31 et s.

115. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, n° 1100-1109, et J.-F. 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 s., spéc. pp. 191 et s., n° 34 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, in *Actualités en droit judiciaire*, *l.c.*, Larcier, 2005, p. 217.

116. En effet, voy. p. ex. Trib. Nivelles, 9 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 113.

117. F. ERDMAN et G. DE LEVAL, «Dialogues Justice, Bruxelles», *S.P.F. Justice*, 2004, pp. 217-219.

118. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, p. 884, n° 1142, note (2351); J.-F. 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 s., spéc. pp. 191 et s., n° 34 et s.; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «A juge actif, législateur passif. Le juge et la loi», *op. cit.*, in *Propositions de réforme de la procédure civile*, *l.c.*, pp. 108-109, n° 85-87.

119. Sur cette disposition, voy. H. BOULARBAH, B. BIÉMAR et M. BAETENS-SPETCHINSKY, «Actualités en matière de procédure civile (2007-2010)», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de H. BOULARBAH et F. GEORGES), Formation C.U.P., vol. 122, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 123, n° 112 et s.; G. DE LEVAL et V. GRELLA, «Le jugement», in *Le droit judiciaire en mutation...*, *l.c.*, p. 199; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Het gerechtelijk recht in de hoogste versnelling?*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 75; J. ENGLEBERT, «La mise en état de la cause et l'audience de plaidoiries», in *Le procès civil accéléré? Premiers commentaires de la loi du 26 avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 163; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le nouveau droit judiciaire, en principes», *op. cit.*, *l.c.*, p. 308 et s.; B. ALLEMEERSCH, «De wetswijzingen van 2007 inzake terechtzitting, beraad en vonnis herbekeken», in *Les lois de procédure 2007 revisited*, Bruges, la Charte, 2009, p. 83 et s.

crit, dans ses arrêts des 18 novembre 2004<sup>120</sup> et 14 avril 2005 (*supra*, n° 17 et s.) l'office du juge, ne reprend plus la phrase aux termes de laquelle celui-ci ne peut soulever «une contestation exclue par les (conclusions des) parties».

Si n'était la définition certaine dont elle fait aujourd'hui l'objet, on aurait plaidé volontiers pour son abandon, sachant que les (vaines) tentatives de la doctrine de conférer un sens et un contenu propres et précis à la notion de «contestatation» ont longtemps et considérablement compliqué et opacifié les discours sur l'office du juge.

À la vérité, ce concept n'a justement jamais eu aucune portée distinctive dans la jurisprudence de la Cour. En bref, et à juste titre, celle-ci assimile la «contestatation exclue par les parties» à l'accord procédural venu entre elles.

À nos yeux, il ne fait aujourd'hui plus aucun doute qu'en subordonnant l'exercice des devoirs et pouvoirs du juge à la condition «qu'il n'élève aucune contestatation dont les parties ont exclu l'existence», c'est l'hypothèse de l'accord procédural entre parties que vise la Cour de cassation.<sup>121</sup> C'est ainsi, par exemple et à juste titre que la Cour considère que le principe dispositif et l'article 1138, 2°, du Code judiciaire sont méconnus lorsque les juges du fond donnent d'une correspondance entre parties une interprétation autre que celle sur laquelle les parties s'accordaient dans les conclusions qu'elles avaient échangées.<sup>122</sup>

La notion de «contestatation» n'a jamais reçu de signification propre qui, au regard de l'office du juge, l'aurait distinguée du moyen, de l'argument, ou encore du motif. En réalité, lorsque la Cour énonce que le juge ne peut soulever une «contestatation exclue par les conclusions des parties», elle n'exprime pas autre chose que l'interdiction d'altérer un accord procédural venu entre parties.<sup>123</sup>

Telle est du moins la conclusion à laquelle aboutit une analyse attentive de sa jurisprudence.

La formule, plus élaborée, jadis utilisée par la Cour, est très éclairante: «n'élève pas une contestation dont l'accord des parties exclut l'existence, le juge qui sans modifier la cause ou l'objet de la demande, supplée d'office, en se fondant sur des faits régulièrement soumis à son appréciation, aux motifs proposés par les parties»<sup>124</sup>, étant parfois précisé que cet accord ne peut être contraire à l'ordre public.<sup>125</sup>

On retrouve ce libellé sous sa forme la plus éloquente dans un arrêt du 17 octobre 1968, aux termes duquel la Cour énonce qu'«en matière civile, le juge ne peut élever une contestation dont l'accord des parties, non contraire à l'ordre public, constaté par leurs conclusions, exclut l'existence»<sup>126</sup>. Eu égard à la récurrence et à la transtemporalité de cette formule, on doit présumer que tous les autres arrêts, se bornant à rappeler que le juge ne peut élever une «contestatation exclue par les conclusions des parties» sans mentionner expressément le terme d'«accord», ne font que ramasser la formule, sans toutefois la gauchir.

L'intérêt de ces arrêts ne se limite pas à l'enseignement de la formule. Les plus anciens d'entre eux apprennent également l'origine du concept de «contestatation exclue par les conclusions des parties». Cette filiation confirme du reste notre analyse. Ainsi qu'il résulte notamment de l'arrêt précité du 17 octobre 1968, la notion de «contestatation exclue par les conclusions des parties» découlait, initialement, du «contrat judiciaire» en vertu duquel les parties fixaient, entre elles et à l'adresse du juge, les points de fait et de droit cadencant le débat. Tout élément étranger à ce contrat judiciaire était alors une «contestatation exclue par les parties». Cette notion s'appréciait donc à l'aune de l'accord procédural venu entre parties. D'ailleurs, le juge qui élevait une «contestatation exclue par les parties», violait, selon la Cour de cassation, l'article 1134 du Code civil.<sup>127</sup>

Où on retrouve la parenté qui unit convention-loi et principe dispositif (*supra*, n° 2).

Certains arrêts anciens censuraient également l'élévation d'une contestation exclue par les parties du chef

120. Cass., 18 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 160, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «La théorie de la cause en voie de dénouement». Au sujet de cet arrêt, *adde* J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, *l.c.*, p. 191, n° 56.

121. C. PARMENTIER, *op. cit.*, p. 60, n° 63; A. FETTWEIS, «Le rôle actif du juge», *op. cit.*, p. 149; H. BOULARBAH, B. BIÉMAR et M. BAETENS-SPETCHNISKY, *op. cit.*, p. 112, n° 104.

122. Cass., 18 avril 2005, *Pas.*, 2005, n° 232; Cass., 24 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, n° 467. Voy. aussi Cass., 7 novembre 2011, R.G. n° S.11.0025.F.

123. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction, op. cit.*, n° 510-519, n° 739-746 et n° 1018-1022. Voy. déjà, dans le même sens, P. LEMMENS, «De ambtshalve aanvulling van rechtsgronden», *R.W.*, 1982-1983, col. 2189; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile, op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., 1987, p. 68, n° 59; M. VAN QUICKENBORNE, «Feit en recht», *op. cit.*, p. 116, n° 98; Proc. gén. J. DU JARDIN, «Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation», *J.T.*, 2003, p. 621, n° 4.1 et p. 623, n° 4.5. Proc. gén. P. LECLERCQ, note (1) sous Cass., 10 novembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 302.

124. Cass., 21 décembre 2001, précité; Cass., 10 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 259; Cass., 29 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1193; Cass., 26 mai 1971, *Pas.*, 1971,

I, p. 885; Cass., 15 janvier 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 403; Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 148; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181; Cass., 25 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 653; Cass., 3 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1072; Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 416; Cass., 2 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 876.

125. Cass., 27 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510; Cass., 16 octobre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 148; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181; Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 416; Cass., 26 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 930; Cass., 11 mars 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 808; Cass., 29 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 248; Cass., 26 septembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 98. *Adde*, sur ces arrêts assimilant l'élévation d'une «contestatation» (ou d'un «litige») «exclue par les conclusions des parties» à la méconnaissance d'un «accord» venu entre parties sur tel ou tel point de fait ou de droit, F. RIGAUX, *La nature du contrôle... op. cit.*, p. 49, n° 33 et la note (12); note (4) signée P.L. in *Pas.*, 1936, p. 228; note (1) in *Pas.*, 1944, p. 117, ainsi qu'Av. gén. P. MAHAUX, concl. précéd. Cass., 24 septembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 38.

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

127. *Idem*.

de violation de la foi due aux conclusions censées matérialiser le contrat judiciaire des parties. On sait que sous l'influence du Code judiciaire, jurisprudence et doctrine ont abandonné l'institution du contrat judiciaire. Mais il est offert d'observer que la notion de «*contestation exclue par les conclusions des parties*» lui a, dans sa nature contractuelle d'origine, survécu. Tel est l'enseignement à tirer d'une note publiée à la *Pasicrisie* sous un arrêt du 13 juin 1975, et qu'il est permis d'attribuer à M. le Procureur général KRINGS, alors Avocat général. La note rappelle que «*la doctrine a condamné à maintes reprises l'expression 'contrat judiciaire'*» et que, dès lors «*la partie qui introduit une demande ne conclut de la sorte aucun contrat avec la partie adverse [...]*», mais précise aussitôt que «*si, toutefois, les parties devaient conclure entre elles des accords sur certains points et les exclure de la contestation, et pour autant qu'il ne soit pas porté ainsi atteinte à une disposition d'ordre public, le juge qui ne tiendrait pas compte de ces accords ou refuserait d'y avoir égard violerait l'article 1134 du Code civil*<sup>128</sup>». Ultérieurement, la Cour a peut-être abandonné la référence à cette disposition, de même que le terrain de la violation de la foi due aux conclusions, pour leur substituer le principe dispositif et l'article 1138 du Code judiciaire<sup>129</sup>. Il reste que la notion de «*contestation exclue par les conclusions des parties*» ne peut, aujourd'hui encore, se comprendre qu'à l'aune de ses origines contractuelles.

b) L'exigence d'un accord procédural explicite

#### b. 1. Présentation de la controverse

**40. Présentation.** *A priori* secondaire l'autre difficulté suscitée par la question des accords procéduraux entre parties, revêt en réalité des enjeux fondamentaux: suffit-il, pour qu'il y ait accord sur points de droit soustrayant le juge à ses pouvoirs et devoirs juridictionnels, que celui-ci constate que le choix des bases légales et/ou qualifications juridiques proposé par une partie ne rencontre aucune contestation formelle de la part de son adversaire?

Cette question interroge la nature de l'accord sur points de droit: accord exprès (voire explicite) ou accord tacite? Elle a toujours suscité une vive controverse en doctrine<sup>130</sup>, avant d'être tranchée, de manière

aussi nette que judicieuse, par la Cour de cassation (*infra*, n° 40 et s.).

**41. Prémisses.** Nous avons tenté de démontrer<sup>131</sup> que si devait prévaloir la thèse de l'accord tacite, promue par la plupart des tenants de la conception juridique de la cause (*supra*, note (25)), 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° 17 et s.), perdraient 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 œuvre ce raisonnement juridique alternatif, il n'y a plus ni théorie de la cause, 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. Il eût été étonnant que la Cour de cassation tînt pareil langage.

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 (*supra*, n° 17 et s.), et *a fortiori* bien avant ses arrêts des 2 juin 2005, 9 mai 2008 et 28 septembre 2012 (*infra*, n° 42 et s.) qu'elle consacrait nécessairement la thèse de l'accord exprès.

On songe notamment à son arrêt, très éclairant, du 21 mars 1986.

Un immeuble subit un incendie dont l'extinction endommage l'habitation voisine. Les propriétaires de celle-ci assigne 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 explici-*

128. Note sous Cass., 13 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 986.

129. Voy. note (1) sous Cass., 18 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 70.

130. 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...», *op. cit.*, *R.W.*, 1985-1986, p. 907; H. BOULARBAH, «La cause...», *op. cit.*, 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», *op. cit.*, *T.P.R.*, 1982, p. 677, n° 29; F. RIGAUX, «La scission du fait et du droit...», *op. cit.*, *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. MOSSLEMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10. *Contra*, exigeant à juste titre un accord procédural exprès, A.

FETTWEIS, *Manuel...*, *op. cit.*, éd. 1987, p. 78, n° 62 et p. 81, J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n° 31; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond...», *op. cit.*, *R.W.*, 1985-1986, p. 2218; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, p. 202, n° 128; F. RIGAUX, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 252, n° 28; L. DU CASTILLON, «Le rôle du juge par rapport aux exceptions...», *op. cit.*, *I.C.*, p. 159, n°; A. MEEUS, «La notion de loi impérative...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, p. 518, n° 22 et p. 523, n° 27; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, n° 100-101; F. GEORGES et O. CAPRASSE, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, 1999, p. 728, n° 43 *in fine*; P. THION, «Variatie op hetzelfde thema...», *op. cit.*, *P.&B./R.D.J.P.*, 2002, p. 214, n° 5, note (20); du même auteur, «De kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, *N.J.W.*, 2003, p. 729, n° 7 *in fine*.

131. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, n° 476, n° 540-543, 733-737, 747-754 et 1024-1036.

tement 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>132</sup>».

Nous ne pouvons partager l'opinion selon laquelle cet arrêt est de ceux où la Cour se contenterait d'un accord tacite.<sup>133</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. 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'ana-

lyse 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>134</sup>

#### b. 2. Le dénouement de la controverse

**42.** Cet enseignement, que nous avons cru pouvoir déduire de l'arrêt du 21 mars 1986, allait, par étapes successives, trouver une confirmation étincelante.

Sur pied de l'article 319bis du Code des impôts sur le revenu de 1992, un service de recouvrement d'impôts enjoit 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'État 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 conserve 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>135</sup>».

**43.** L'enseignement que nous avons cru pouvoir déduire de cet arrêt<sup>136</sup> fut définitivement et incontestable.

132. Cass., 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 916. La tendance dessinée par cet arrêt (accord exprès) a 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», *op. cit.*, *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.

133. Opinion exprimée par H. BOULARBAH, *in* «La cause...», *op. cit.*, *I.c.*, p. 144, n° 56.

134. *Contra* S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *in* *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10.

135. Cass., 2 juin 2005, *J.T.*, 2006, p. 149, concl. Av. gén. A. HENKES, note.

136. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, *in* *Actualités en droit judiciaire*, *I.c.*, 2005, p. 226, n° 99. *Contra* C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, *op. cit.*, p. 184, n° 168.

blement consacré et (l'expression est de circonstance!) explicité par un arrêt du 9 mai 2008, dont il suit que «*par un accord procédural explicite, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait sur lequel elles entendent circonscrire le débat*».<sup>137</sup> La Cour y constate qu'«*après avoir relevé qu'il est admis par les parties que le contrat du 8 octobre 1991 constitue un contrat d'entreprise; la question n'est pas discutée*» et constaté que «*dans ses écrits de procédure, [la demanderesse] n'a jamais expressément rejeté le fondement du contrat d'entreprise, ce qui est exact, l'arrêt [attaqué] énonce qu'il n'en demeure pas moins que, lorsque la question de l'examen du litige sous l'angle du contrat d'entreprise lui a été expressément posée par la cour [d'appel] à l'audience du 13 décembre 2005, [la demanderesse] 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 considère qu'«*en déduisant de ces énonciations que les parties avaient conclu un accord procédural pour exclure la qualification de contrat d'entreprise et ne retenir que celle de contrat de vente, l'arrêt méconnaît tant le principe dispositif que le principe suivant lequel le juge est tenu de déterminer et d'appliquer la norme juridique qui régit la demande portée devant lui*».

**44.** La Cour a réaffirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 28 septembre 2012<sup>138</sup>, dont il sera plus longuement question ci-après (*infra*, n° 47 et n° 58).

**45.** L'exigence d'un accord procédural explicite, requise par cette jurisprudence désormais très solide, constitue une précision heureuse et capitale, amenant régulièrement la Cour, non sans raison à nouveau, à rappeler en d'autres circonstances que «*le fait que les parties n'aient pas, en conclusions, soulevé l'application d'une disposition légale déterminée ne signifie pas qu'elles en ont exclu la possibilité*<sup>139</sup>».

Voilà donc consacrée, de manière selon nous certaine, la thèse de l'accord explicite promue par les tenants de la conception factuelle de la cause (*supra*, note (24)) et qui, rappelons-le, est désormais la seule qui soit compatible avec l'enseignement fondamental qui se dégage des arrêts de la Cour de cassation ciselant les contours de l'office du juge (*supra*, n° 17 et s.).

**46. Rareté.** Observera-t-on qu'à raison des conditions restrictives qu'ils doivent réunir, de tels accords procéduraux ne se rencontreraient que rarement en pratique?<sup>140</sup> Certes, mais le cours normal des choses et des êtres vient, ici encore, corroborer ce que la cohérence des discours exige déjà. À bien y regarder, en effet, 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: *infra*, n° 60 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.

**47. Une limite: l'ordre public matériel.** La possibilité de neutraliser les prérogatives du juge par le truchement de semblables accords explicites 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>141</sup> (à tout le moins, d'ordre public matériel<sup>142</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>143</sup>».

137. Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 721, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK et R.W., 2008-2009, p. 1765, note S. MOSSELMANS. Sur les liens entre cet important arrêt et les formes que doit prendre l'interpellation du juge pour que sa requalification soit tenue pour respectueuse des droits de la défense, voy. *supra*, n° 36 et note (113).

138. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 28 septembre 2012, *J.L.M.B.*, p. 1297, concl. Av. gén. C. VANDEWAL, *R.W.*, 2012-2013, note J. VAN DONINCK et R.G.D.C., 2013, p. 234, note T. TANGHE.

139. Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 29 septembre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, p. 201, concl. Av. gén. C. VANDEWAL, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Faire économie de la contradiction?»; Cass. (3<sup>ème</sup> ch.), 20 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 967, concl. Av. gén. R. MORTIER; Cass., 6 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2238 et *R.A.B.G.*, 2008, 2008, p. 306, note P. VANLERSBERGHE.

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

141. Doctrine constante. Voy., sans prétendre à l'exhaustivité, F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, op. cit., 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», op. cit., *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n° 31; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit et recht*, op. cit., pp. 116-117, n° 98; Proc. gén. E. KRINGS, «L'OFFICE du juge dans la direction du procès», op. cit., *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...», op. cit., *T.P.R.*, 1982, pp. 674-677, n° 26-27 et

n° 29; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile...*, op. cit., p. 66, n° 92; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen...», op. cit., *R.W.*, 1985-1986, col. 2217; B. MAES, *Cassatiemiddelen...*, op. cit., p. 133, n° 160.

142. À propos des spécificités de l'ordre public procédural, au regard du principe de loyauté en particulier, voy. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 178 et s., n° 416 et s.; J. VAN DONINCK, «Rechtsverwerking en procesmisbruik: de kunst van de sherryverkoop», in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 535 et s.; L. SIMONT et P.A. FORIERS, «Office du juge et moyen nouveau dans la jurisprudence récente», in *Liber amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 417-418; Av. gén. X. DE RIEMAECKER, concl. précéd. Cass., 26 avril 2001, *Pas.*, 2001, p. 710; N. DUPONT, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française», *R.T.D. Civ.*, 2010, ici spéc. p. 465 et s. et p. 483 et s.; G. BOLARD, «Le moyen contraire aux précédentes écritures», in *La procédure en tous ses états. Mélanges Jean Buffet*, Paris, Les petites affiches, 2004, p. 51 et s.; C. CHARRUAULT, «La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits», *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 702, du 15 mai 2009, p. 28.

143. Voy. p. ex. Cass., 30 novembre 2000, C.00.0067.F. et *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.,

Sur ce dernier point, l'arrêt, précité, du 28 septembre 2012<sup>144</sup> précédé des conclusions remarquables de Monsieur l'avocat général VANDEWAL retiendra tout particulièrement l'attention. Après avoir rappelé que «*par un accord procédural explicite, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait auquel elles entendent limiter les débats*» et qu'«*un tel accord n'empêche toutefois pas que le juge, respectant les droits de défense, soulève l'application de dispositions d'ordre public, fussent-elles contraires à l'accord procédural des parties*»<sup>145</sup>, la Cour poursuit que ce faisant, le juge ne peut cependant aller jusqu'à modifier l'objet de la prétention. Illustrant son propos, la Cour énonce que «*lorsque les parties limitent le litige à l'exécution du contrat et que le juge rejette la demande tendant au respect de ce contrat sur la base de sa nullité pour contrariété à l'ordre public, il ne modifie pas l'objet de la demande, mais il applique les dispositions d'ordre public que les parties ont entendu exclure*» pour en conclure à juste titre qu'en revanche «*les juges d'appel qui [...] ne se sont pas limités à constater la nullité des conventions et à rejeter les actions tendant à leur exécution, mais qui ont déclaré les conventions nulles, ont ordonné d'office à un huissier de justice de transcrire au bureau de la conservation des hypothèques l'arrêt d'annulation du transfert de propriété en marge des transcriptions faites auparavant de l'acte de vente et ont condamné la défenderesse au remboursement du prix déjà payé par les demanderesse, ont violé le principe dispositif*».

### b. 3. Application au cas de la requalification judiciaire du contrat

**48.** Qu'advient-il de l'accord procédural explicite et respectueux de l'ordre public, dans notre hypothèse de la requalification du contrat par le juge?

L'idée peut être résumée comme suit: sous la réserve de l'ordre public matériel, le principe dispositif, prenant lui-même le relais processuel du principe de la convention-loi (*supra*, n° 2), retrouve toute sa vivacité lorsque les écrits de procédure indiquent expressément, la volonté commune et non ambiguë des parties de confirmer la qualification contractuelle de leur choix initial et, ce faisant, d'interdire au juge d'aventurer le débat sur toute autre qualification que celle-là.

**49.** Ces principes conduisent à l'analyse d'un arrêt prononcé le 25 janvier 1985 par la Cour.<sup>146</sup> À l'instar de celle de l'arrêt du 21 mars 1986, commenté ci-dessus, sa lecture révèle que les parties s'étaient, au regard de leurs écrits de procédure, accordées sur la qualification à donner à leurs relations contractuelles. La demanderesse en cassation avait fait valoir en conclusions que «*tant [elle-même] que [sa cocontractante] sont d'accord pour dire qu'il s'agit en l'espèce, non pas d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat de sous-traitance, mais d'un contrat de vente-achat*». Dans ses propres conclusions, sa contractante, seconde défenderesse en cassation, «*n'a pas rejeté cette thèse, mais faisait valoir au contraire: 'que ce contrat était un contrat de livraison et non un contrat d'entreprise'*». Le juge d'appel fonde cependant sa décision sur l'existence d'un contrat d'entreprise. Il n'en fallait pas plus pour que la Cour de cassation censure sa décision du chef de la méconnaissance d'un accord procédural exprès non contraire à l'ordre public. C'est donc à juste titre, selon nous, qu'elle casse la décision déferée à sa censure au motif que celle-ci «*soulève une contestation dont les conclusions des parties excluaient l'existence et méconnaît le droit des parties de déterminer les limites de la contestation*».

### C. Le respect de la foi due aux actes

**50.** L'exercice du devoir, ou – plus rarement – de la faculté, de doter la convention de la qualification juridique idoine sans se lier à celle proposée par les parties, est affecté d'une autre limite importante: ne point dénaturer l'écrit, l'*instrumentum*, de la convention sujette à qualification. Quoiqu'ils ne le rappellent pas expressément, les développements sur l'office du juge ne remettent pas en cause le principe constant aux termes duquel le juge «*peut*» – aujourd'hui: doit – «*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*»<sup>147</sup> (*supra*, n° 17 et s.).

**51.** Qu'en est-il, aujourd'hui, du contrôle de la foi due aux actes? Le contrôle que la Cour de cassation consent à exercer quant à ce est le fruit d'une évolution sensible.<sup>148</sup>

Renouant avec la doctrine classique pour qui l'interprétation de la loi des parties constitue la tâche la plus

31 mars 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.

144. Cass., 28 septembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1297, *R.W.*, 2012-2013, note J. VAN DONINCK et *R.G.D.C.*, 2013, p. 234, note T. TANGHE.

145. Traduction libre; sur ces deux premières prémisses, voy. *supra*, n° 31 et s. et 42.

146. Cass., 25 janvier 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 613.

147. Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, *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. *Rappr.* 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», *op. cit.*, *J.T.*, 1978, pp. 472 et s., n° 20 et s., P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1<sup>er</sup> Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 411, n° 435, ainsi que P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, p. 150, n° 233.

148. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 249 et s.

corrompue par le fait et, partant, la plus éloignée de l'office du juge de cassation<sup>149</sup>, notre Cour suprême posa d'abord en principe, dans un important arrêt du 13 juillet 1939 que «*le juge du fond, qui constate l'existence d'une convention et lui reconnaît force légale entre parties, a le pouvoir de rechercher et de déterminer l'intention de celles-ci. L'interprétation qu'il donne de la convention est souveraine lorsqu'elle est motivée*<sup>150</sup>», et lorsque tel est le cas, échappe à la censure de la Cour de cassation.

D'autres arrêts, sans doute moins nombreux, témoignent de ce que la Cour s'est subséquemment émancipée de cette perspective minimaliste, n'hésitant pas parfois, au grand dam de son Parquet, à substituer sa propre interprétation à celle du juge du fond, critiquée par le pourvoi.<sup>151</sup>

Et c'est précisément sous l'impulsion de son ministère public que notre Cour de cassation fit ensuite marche arrière. Un cap décisif de ce mouvement de repli fut franchi avec la mercuriale de M. le Procureur général Dumon, déjà citée. L'éminent magistrat y invitait la Cour à ne censurer l'interprétation d'un acte que si celle-ci «*fait mentir*<sup>152</sup>» l'acte, et à tenir à l'abri de son contrôle toute autre interprétation, qui au regard de l'acte, demeure «*possible*» ou «*plausible*<sup>153</sup>» parce que n'entrant pas en opposition flagrante avec le contenu de celui-ci. Dans cette conception, l'interpré-

tation du juge du fond ne perd sa souveraineté que si, et seulement si, «*elle fait dire à l'acte ce qu'il ne dit pas*<sup>154</sup>». Pour autant, M. DUMON dissuadait la Cour, dans l'exercice de ce contrôle restreint, de pécher par excès de nominalisme. En conclusion de son célèbre discours, il soulignait en effet qu'à son estime, l'interprétation qui s'expose à la cassation est celle qui s'avère inconciliable, non pas avec «*les termes*» de l'acte, mais avec «*le sens et la portée*» de celui-ci.<sup>155-156</sup>

Cette nuance, qui laissait malgré tout une certaine forme de latitude à la Cour, permet de mesurer le chemin qu'elle a encore parcouru pour en arriver au plus tenu des contrôles qu'elle consent aujourd'hui à exercer en matière d'interprétation. Il est en effet qu'à l'heure actuelle, notre Cour de cassation s'en tient, précisément, à un contrôle strictement nominaliste qui ne la conduit à censurer l'interprétation critiquée par le moyen, comme violant la foi due à l'acte interprété, que si elle est «*inconciliable avec ses termes*<sup>157</sup>»; si, pour le dire autrement et selon la formulation actuelle des arrêts, le juge du fond, par le truchement de son interprétation, prête expressément à l'acte une énonciation ou une affirmation qu'il ne contient pas ou si, à l'inverse et expressément toujours, il dénie l'existence d'une énonciation ou d'une affirmation qui s'y trouve.<sup>158-159</sup>

Depuis quelques temps, notre Cour de cassation va

149. Proc. gén. P. LECLERCQ, note sous Cass., 24 février 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 66: «*méconnaissant [le] caractère essentiel de la Cour de cassation, la partie qui a vu souverainement interpréter contre elle une convention, cherche par une requête en cassation, à obtenir de la Cour qu'à l'interprétation du contrat consacrée par le juge suprême du fait, la Cour substitue la sienne, exactement comme lorsque le juge, souverain du fait, a interprété une loi, la Cour de cassation peut remplacer cette interprétation par une autre*». Voy. déjà Proc. gén. P. LECLERCQ, note sous Cass., 7 février 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 146.

150. Cass., 13 juillet 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 366, et la note signée R.H.; dans le même sens, J. DABIN, in *R.C.J.B.* 1947, pp. 215 et s. D'autres arrêts ont, bien plus tard, repris cette formule rigide et absolue tout en ne l'appliquant pas de manière aussi implacable que la Cour l'avait fait en 1939 (voy. p. ex. Cass., 28 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1105; Cass., 18 mai 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 958; Cass., 16 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p.). Ces derniers arrêts, ou les notices dont le parquet les fait précéder, énoncent que «*l'interprétation que le juge donne d'un acte sans violer la foi due aux termes de celui-ci est souveraine pourvu qu'il la motive*».

151. M. le Proc. gén. F. DUMON (mercuriale précitée, *J.T.*, 1978, p. 488) cite, comme illustrations de cette tendance maximaliste qu'il critique, Cass., 26 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 92; Cass., 18 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1137; Cass., 9 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 491; Cass., 20 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 75; Cass., 13 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 724.

152. La formule «*faire mentir*» l'acte interprété, ainsi que la conception restrictive qu'elle renferme, se retrouvent déjà dans certains arrêts antérieurs au discours de M. DUMON. Voy. Cass., 2 octobre 1902, *Pas.*, 1902, I, p. 341; Cass., 16 juillet 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 70; Cass., 7 mai 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 241; Cass., 9 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 134; Cass., 26 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 306; Cass., 26 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 793; Cass., 10 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1090; Cass., 23 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 321; Cass., 28 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 809. Si on les confronte aux arrêts «maximalistes» répertoriés à la note précédente, ces derniers arrêts – dont certains sont contemporains aux premiers – font dire que l'évolution du contrôle exercé par la Cour sur les interprétations du juge du fond, est parfois moins linéaire que circulaire.

153. Et l'interprétation de l'acte par le juge du fond demeure «*plausible*», dès que s'engage, au sein de la Cour, une discussion sur l'interprétation qu'il convient, ou conviendrait, de donner à ce même acte: Proc. gén. F. DUMON, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, p. 488, n° 39 in fine. Dans le même sens, mais cette fois dans la mouvance de la tendance actuelle du contrôle «nominaliste» signalée ci-après, J.-F. LECLERCQ (Av. gén.), concl. précéd. Cass., 11 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, spéc. p. 451.

154. Proc. gén. F. DUMON, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, spéc., p. 488, n° 39 et p. 489, n° 44. M. DUMON cite à l'appui de cette conception Cass., 9 octobre 1964, *Pas.*,

1965, I, p. 134; Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 329; Cass., 23 février 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 593; Cass., 17 janvier 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 506.

155. Proc. gén. F. DUMON, *op. cit.*, *J.T.*, 1978, p. 491, n° 49, et dans le même sens, les arrêts cités par l'auteur en note (256).

156. Quoique M. DUMON, qui postule quelques différences entre les deux mécanismes, s'en défende (*op. cit.*, *J.T.*, 1978, p. 485, n° 31, citant dans le même sens Proc. gén. P. LECLERCQ, concl. précédant Cass., 17 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 9), sa conception nuancée d'un contrôle restreint qui porte, à la marge, sur le sens et la portée de l'acte interprété mais non sur les «*termes*» de celui-ci, rejoint la conception française de la dénaturation des actes. D'ailleurs, aux termes des arrêts qu'il cite en note (256) de sa mercuriale, la Cour de cassation a expressément visé la «*dénaturation*» de l'acte par la décision attaquée (Cass., 17 janvier, *Pas.*, 1977, I, p. 532; Cass., 19 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 396). M. DUMON précise que «*cette expression étant celle utilisée par la Cour de cassation de France, dont la jurisprudence est différente de la nôtre, il n'est pas souhaitable de s'en servir*».

157. Voy. p. ex., reprenant cette formule, Cass., 22 février 2002, C.000649.F.; Cass., 15 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 156; Prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ, «Le moyen de cassation en matière sociale», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 143-144, n° 3.

158. Voy. au sujet de cette jurisprudence, Prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ, «Le moyen de cassation en matière sociale», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 144, n° 3; Cass., 17 décembre 2001, R.G. n° S.990093 et n° S.990181.F.; Cass., 9 novembre 2000, R.G. n° C.99034.F.; Cass., 13 mai 1988, aud. plén., *Pas.*, 1988, I, n° 571 et A.C., 1987-1988, p. 1206 avec les concl. de M. le Proc. gén. E. KRINGS, qui parle expressément d'un «*contrôle marginal*» exercé par la Cour; Cass., 11 décembre 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 449, précédé des concl. de M. l'Av. gén. J.-F. LECLERCQ; Cass., 7 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 227; Cass., 5 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 290; Cass., 12 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 550. Autre illustration du caractère plus circulaire que linéaire de la jurisprudence de la Cour en matière d'interprétation, on note que la formulation de ces décisions récentes renoue avec celle d'anciens arrêts, critiqués pour leur nominalisme excessif par M. le Proc. gén. F. DUMON (*op. cit.*, *J.T.*, 1978, p. 491, n° 49, note (253)) parce qu'ils énonçaient que telle interprétation devait être censurée «*formellement contraire aux termes*» de l'acte (p. ex. Cass., 29 octobre 1930, *Pas.*, 1931, I, p. 271), ou encore «*en opposition manifeste avec les termes*» de l'acte (p. ex. Cass., 17 mai 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 283 (motifs)).

159. Il est tout à fait remarquable que la jurisprudence signalée à la note précédente, et notamment l'arrêt du 11 décembre 1989 précédé des conclusions de M. l'Av. gén. J.-F. LECLERCQ, a vocation générale, en ce sens qu'elle vise également l'interprétation des «*contrats-types*» (telles les polices d'assurance). On mesure alors tout le chemin parcouru dans la politique déployée

même jusqu'à considérer qu'est irrecevable parce que n'articulant pas un grief déduit de la violation de la foi due aux actes, le moyen qui ne reproche pas à la décision attaquée de prêter à une pièce une affirmation qu'elle ne contient pas ou de retrancher de cette pièce une affirmation qu'elle contient, mais se borne à lui reprocher de ne pas interpréter ladite pièce dans le sens que lui a donné le demandeur en cassation.<sup>160</sup>

#### D. Le contrôle marginal de cassation sur la (re)-qualification

**52. L'hypothèse.** Il convient de ne point confondre deux ordres de censure parfaitement distincts. Il y a d'abord, comme l'illustre l'arrêt du 16 mars 2006 commenté ci-dessus (*supra*, n° 25 et s.), la cassation que le juge du fond encourt inmanquablement lorsqu'il s'abstient, au vu des éléments de fait invoqués par les parties, de rechercher *motu proprio* la bonne qualification. Nous n'y reviendrons plus. Il y a, d'un autre côté, la censure à laquelle s'expose le résultat de la requalification pratiquée d'office par le juge. C'est à cette censure-ci que sont consacrées les quelques lignes qui suivent.

**53. Une formule d'abord équivoque.** Il nous semble que c'est à l'aune de cette question qu'il faut évoquer

ces quelques arrêts dont il résulte que «*lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente*<sup>161</sup>».

Cette formule, qui connaît du reste une variante au libellé d'allure plus permissive<sup>162</sup>, pourrait paraître réduire les prérogatives du juge en situation de requalifier la convention des parties<sup>163</sup>. À notre estime, il n'en est rien.

**54. Explication: le contrôle (marginal) de cassation.** Cette formule invite en effet à une autre lecture. Relue sous cet angle (qu'accréditent d'ailleurs les arrêts dont elle émane), elle «*n'a pas tant la portée d'une défense faite au juge de s'écarter de la qualification choisie par les parties sauf s'il décèle dans le contrat ou son exécution des éléments radicalement incompatibles avec la qualification adoptée. Elle a plutôt pour vocation principale de circonscrire le contrôle que la Cour de cassation consent à exercer sur le raisonnement qui a conduit le juge à adopter la qualification de son cru au détriment de la qualification choisie par les parties, ce qui ne la conduira à censurer qualification retenue par le juge que si celle-ci est incompatible avec les éléments soumis à son appréciation*».<sup>164</sup>

par la Cour en notre matière, car on sait que même dans les écrits les plus réservés, il se justifiait jadis que l'interprétation et la dénaturation des contrats-types pouvaient exceptionnellement donner ouverture à cassation, eu égard à la généralité de semblables conventions (voy. à ce propos, Proc. gén. F. DUMON, *op. cit.*, J.T., 1978, p. 471, n° 17-18; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, pp. 283-284, n° 178 et p. 402, n° 273), notre Cour n'ayant elle-même, à une époque, pas hésité à contrôler plus drastiquement les interprétations données à ces contrats-types (voy. p. ex. Cass., 20 septembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 322; Cass., 15 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 48; Cass., 10 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1092). En France, sur la spécificité du contrôle de cassation sur l'interprétation (dénaturation) des contrats-types (autrement qualifiés «*contrats d'application étendue*»), voy. J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, 2ème éd., 1997, pp. 276-281, n° 1153-1175; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, p. 344; I. PLAISANT, «*Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrat*», *Gaz.Pal.*, 1946, I, doctrine, p. 26; LÉAUTÉ, «*L'interprétation des contrats-types*», *R.T.D.Civ.*, 1953, pp. 429 et s.

160. Cass., 14 février 2001, P.001350.F. et n° P.00.1353.F.; Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 577; Cass., 19 octobre 2000, C.99.0245 F.; Cass., 7 mai 1998, C.95.0325.N. Dans le sens de l'irrecevabilité du moyen, voy. Prem. av. gén. J.-F. LECLERCQ, «*Le moyen de cassation en matière sociale*», *op. cit.*, I.c., p. 144, n° 3. Comp. Cass., 15 mai 2003, C.02.0484.F. qui, pour rejeter une fin de non-recevoir fidèle à cette jurisprudence, utilise une formule insondable aux termes de laquelle: «*attendu qu'en reprochant à l'arrêt d'affirmer que la demanderesse ne contestait pas le montant réclamé par la défenderesse, le moyen fait grief à l'arrêt de ne pas contenir une affirmation qui s'y trouve*».

161. Cass., 10 octobre 2011, J.T.T., 2012, p. 1116, 21, concl. Av. gén. J.-M. GENICOT et R.A.B.G. 2012, p. 947, note V. DOOMS; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1263: «*Pour écarter la qualification de contrat d'entreprise que la demanderesse et la défenderesse ont donnée à leur convention et retenir l'existence d'un lien de subordination, l'arrêt se fonde sur la manière dont le contrat a été exécuté et, en particulier, sur les éléments de fait suivants: 1°) l'exercice par la demanderesse du pouvoir de donner des ordres à la défenderesse en ce qui concerne les horaires des prestations, spécialement celles du samedi en vue d'assurer les permanences, la rédaction d'un compte rendu précis des tâches et du temps imparti quotidiennement à leur réalisation, la production d'un certificat médical lors d'une incapacité de travail, l'assistance obligatoire à des formations et, en cas d'impossibilité d'y être présente, l'obtention de l'accord du responsable du service; 2°) l'exercice par la demanderesse de son pouvoir de surveillance de l'activité de la défenderesse en obligeant celle-ci à compléter un 'registre de présence' détaillé mentionnant l'heure d'arrivée et de fin des prestations, la durée de la pause à midi, le nombre d'heures prestées et le temps presté en plus ou en moins, et à remplir des 'feuilles d'emploi du temps'». L'arrêt décide ainsi légalement que ces parties étaient liées par un contrat de travail»; Cass., 23 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 784: «*Les circonstances qu'il est demandé à une partie de faire établir des cartes de visite, qu'elle reçoit des ins-**

*tructions pour faire suivre le courrier et pour les provisions à demander aux membres, qu'elle retravaille des lettres du président, doit achever des tâches, transmettre l'information et agir dans le cadre des structures de la demanderesse en relation avec le président et le conseil d'administration de la demanderesse, ne constituent, ni séparément ni conjointement, des éléments incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise»; Cass., 17 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2362: «*Le fait de qualifier le maître de l'ouvrage de 'la direction de l'établissement', de constater que celle-ci 'vidait de temps en temps la caisse' et la constatation que pendant les prestations de travail, le contractant ne jouit 'pas de sa liberté mais est soumis au pouvoir de la direction' ne sont pas incompatibles avec la qualification conventionnelle de contrat d'entreprise». Cass., 6 décembre 2004, N.J.W., 2005, liv. 95, p. 21, note W. VAN EECKHOUTE; Cass., 28 avril 2003, *Pas.*, 2003, I, 880 et R.A.B.G., 2003, p. 1093, note M. DEMEDTS, dont il résulte que «*les circonstances que le fonds de commerce est la propriété du maître de l'ouvrage, que le collaborateur n'acquiert aucun droit sur l'exploitation du fonds de commerce, qu'il est contraint de respecter les conditions de vente imposées par le maître de l'ouvrage ne sont, ni séparément ni conjointement, incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise»; Cass., 23 décembre 2002, S.01.0169.F., estimant que «*le fait de travailler 8 à 9 heures par jour pour le maître de l'ouvrage, le fait que celui-ci fixe les prix, qu'il est propriétaire de l'outillage et du fonds de commerce et l'absence d'autonomie de gestion dans le chef du contractant ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise». Rapp. C.T. Mons (6<sup>ème</sup> ch.), 8 janvier 2010, J.T.T., 2010, p. 164; C.T. Liège (6<sup>ème</sup> ch.), 27 juin 2007, *Chron. D.S.*, 2011, p. 172; C.T., Liège (13<sup>ème</sup> ch.), 23 juin 2008, R.G. n° 8.471/007, inédit.****

162. Cass., 9 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1451: «*Lorsque les éléments soumis à son appréciation permettent d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond peut y substituer une qualification différente. Pour écarter la qualification de contrat d'entreprise que la demanderesse et le premier défendeur ont donnée à leur convention et retenir l'existence d'un lien de subordination, l'arrêt se fonde sur un ensemble d'éléments de fait, en particulier: 1°) l'exercice par la demanderesse du pouvoir de donner des ordres au premier défendeur en ce qui concerne le lieu de travail, les permanences du samedi, la rédaction d'un rapport détaillé des tâches et du temps imparti quotidiennement à leur réalisation, l'assistance obligatoire à des formations et, en cas d'impossibilité d'y être présent, l'obtention de l'accord du responsable du service; 2°) l'exercice par la demanderesse de son pouvoir de surveillance de l'activité du demandeur en obligeant ce dernier à compléter un 'registre de présence' mentionnant les heures de prestations et à 'pointer' dans les bureaux de la demanderesse au commencement et à la fin de chaque journée; 3°) l'octroi d'une rétribution mensuelle fixe. L'arrêt décide, dès lors, légalement que la demanderesse et le premier défendeur étaient liés par un contrat de travail».*

163. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. Ier Introduction. Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 623, n° 408.

164. H. BOULARBAH, P. GERARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cas-*

Ainsi que nous le suggérons de conserver avec les Professeurs Philippe GÉRARD et Hakim BOULARBAH, «cette lecture des arrêts précités de 2009, 2007 et 2003 est justifiée par la structure de leur motivation. Après avoir énoncé la formule, la Cour relève les éléments d'où l'arrêt attaqué a déduit que la qualification adoptée par les parties – en l'espèce, celle du contrat d'entreprise – ne correspondait pas à la réalité et devait être écartée au bénéfice de celle de contrat de travail». Elle constate ensuite que «ni séparément ni conjointement, ces éléments ne sont incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise» (arrêts des 23 mars 2009 et 28 avril 2003) ou que «contrairement à ce que l'arrêt considère, ces éléments ne sont pas incompatibles avec l'existence d'un contrat d'entreprise» (arrêt du 17 décembre 2007), et conclut que «l'arrêt ne décide, dès lors, pas légalement que les parties étaient liées par un contrat de travail». Cette structure de la motivation est caractéristique du contrôle exercé par la Cour de cassation sur toute qualification.<sup>165</sup>

55. Rien ne permet donc de considérer que la Cour entendrait, en notre matière, excéder les contours du contrôle «marginal» qu'elle s'assigne dans l'appréciation des qualifications. Aux termes de ce contrôle, qui suppose qu'elle prenne connaissance des «faits de la cause», la Cour vérifie si, des faits constatés par le juge, celui-ci a légalement ou non déduit l'application ou la non-application de telle règle de droit ou de telle notion juridique, leur donnant ainsi un sens ou une portée qu'elles ont ou qu'elles n'ont pas. C'est le contrôle de la déduction en droit des faits constatés ou celui de la qualification juridique donnée aux faits.

56. Des commentaires pléthoriques ont été consacrés à ce contrôle qui rétrécit la distance entre la Cour et le fond qui lui est tabou<sup>166</sup>; non seulement parce que les notions juridiques<sup>167</sup> au respect desquelles il s'attache sont nombreuses, mais aussi parce qu'il y va d'un sujet naturellement controversé. Ces écrits n'ont pas manqué de souligner l'évolution perceptible qui, à propos de chacune de ces multiples notions légales, s'est dessinée dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On note qu'à ce stade de l'évolution, la Cour paraît résolument acquise à l'idée d'un contrôle général sur les qualifications et déductions en droit, plus étendu qu'il ne l'a été naguère dans sa jurisprudence antérieure.<sup>168</sup> Cette évolution contraste d'ailleurs avec celles qui affectent le contrôle de la Cour sur l'interprétation des actes juridiques privés et sur la logique du raisonnement judiciaire.

Illustrant toute la subtilité (la fragilité?) de cette solution qui, dans la forme, différencie clairement les rôles assignés au juge du fond et au juge de cassation mais en pratique conduit le second à tutoyer le fait, M. le Procureur général DUMON<sup>169</sup>, suivi en cela par d'autres magistrats, a pu dire qu'il y avait matière pour la Cour à exercer un «contrôle marginal», selon la célèbre formule, désormais très répandue<sup>170</sup>, du professeur RONSE.<sup>171</sup> En France, ce rétrécissement du contrôle du juge de cassation est généralement traduit par la notion de «contrôle léger», par opposition au contrôle «lourd» que la Cour exerce habituellement sur la correcte application du droit.<sup>172</sup> Ces concepts de contrôle «marginal» (ou «contrôle léger» en France) visent, on le sait, à rendre compte de ce que lorsque la Cour prend connaissance des faits de la cause et

sation en matière civile, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 277, n° 580. En ce sens, voy. ég. P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1er Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 411, n° 435.

165. H. BOULARBAH, P. GÉRARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 277, n° 580.

166. Cons., sur la problématique en général, Proc. gén. F. DUMON, «De l'État de droit», *op. cit.*, *J.T.*, 1979, pp. 496 et s.; Proc. gén. R. JANSSENS, «Du fait à la Cour de cassation», *op. cit.*; H. SIMONT, *op. cit.*, pp. 178 et s., n° 178 et s.; C. SCHEYVEN, *Traité...*, *op. cit.*, n° 10; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, pp. 232-279 (voy. également la préface de J. DABIN, spéc. p. XVI); Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, note (3) sous Cass., 18 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 80; E.L., note sous Cass., 20 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 495; P. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, «Introduction à la méthode de la Cour de cassation», *op. cit.*, in *Les cours suprêmes, I.c.*, *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 20, 1999, p. 106 et les réf. citées; C. HENNEAU et J. VERHAEGEN, «Dédutions injustifiables...», *op. cit.*, *J.T.*, 1996, pp. 269 et s.; L. DE GRUYSE et B. DE GRUYSE, «Recht of feit: een hanteerbaar onderscheid», in *Liber amicorum L. Simont, I.c.* En France, voy. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit...*, *op. cit.*, pp. 204 et s.; H. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, thèse, 1948, p. 154; DE CHAUVERON, *Du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification criminelle*, thèse, Paris, 1908, pp. 13 à 16 et p. 367; T. LE BARS, *Le défaut de base légale...*, *op. cit.*, pp. 134 et s., n° 177 et s.; J. BETOULLE, «La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation. Mythe ou réalité?», *J.C.P.*, 2002, I, 171.

167. Aujourd'hui, il n'est plus guère discuté que les données de la problématique du contrôle de la Cour de cassation sur la qualification juridique des faits de la cause ne varient pas selon que législateur a ou non expressément défini la notion juridique en cause: voy. H. SIMONT, *op. cit.*, p. 180, n° 179, et les réf. citées; D. DALLOZ, v° «Cassation», in *Jur. gén.*, n° 1224; J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, pp. 320-323, n° 1335-1351, et les multiples réf. citées; Proc. gén. F. DUMON, «De l'État de droit», *op. cit.*, *J.T.*, 1979, p. 495, n° 18. Ces auteurs, et bien d'autres encore, ont critiqué de manière déterminante la distinction jadis proposée sur ce point, en France par le Président BARRIS (dans une note que D. DALLOZ reproduit dans l'étude citée ci-dessus), et par E. FAYE, *La Cour de cassation...*, *op. cit.*, pp. 172-173, n° 156, et en Belgique par MANGIN, *De l'instruction écrite et du ré-*

glement de la compétence en matière répressive, Bruxelles, 1848, T. II, p. 191 et p. 213, ou encore par M. l'Av. gén. MÉLOT dans ses concl. précédant Cass., 1<sup>er</sup> février 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 69.

168. La Cour rappelle presque quotidiennement que si le juge constate souverainement les faits sur lesquels il fonde sa décision, la Cour contrôle néanmoins si de ses constatations, ce juge a pu légalement déduire cette décision: voy. E.L., note sous Cass., 20 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, n° 495; Proc. gén. F. DUMON, «De l'État de droit», *op. cit.*, *J.T.*, 1979, pp. 475 et s., n° 17 et s.; P. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, «Introduction à la méthode de la Cour de cassation», *op. cit.*, in *Les cours suprêmes, I.c.*, *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 20, 1999, p. 106; Proc. gén. H. LENAERTS, «Dire le droit en cassation aujourd'hui», *op. cit.*, *J.T.*, 1991, pp. 534-535, n° 14 et s. Ces auteurs, ainsi que ceux qui sont cités à la note précédente, font référence à d'innombrables arrêts, rendus dans les matières les plus diverses, et illustrant l'étendue actuelle du contrôle de la Cour sur les qualifications juridiques retenues par les juridictions de fond.

169. Proc. gén. F. DUMON, concl. précédant Cass., 22 janvier 1977, *R.W.*, 1976-1977, col. 1940; Prem. prés. SOETAERT, «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber amicorum J. Ronse*, p. 61; Prem. prés. P. MAR-CHAL, «Het Hof van Cassatie bij het begin van een nieuwe eeuw: een terugblik en vooruitzichten», *op. cit.*, *Jura Falconis*, 2000-2001, pp. 131-132. En termes critiques, Proc. gén. H. LENAERTS, «Dire le droit en cassation aujourd'hui», *op. cit.*, *J.T.*, 1991, p. 535, n° 16.

170. La notion de «contrôle marginal» se retrouve aujourd'hui sous la plume de la plupart des auteurs belges versés dans le droit judiciaire de la cassation: cons. p. ex. R. SOETAERT, «Rechtsbeginselen en marginale toetsing», in *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, pp. 51-66; L. DE GRUYSE et B. DE GRUYSE, «Recht of feit: een hanteerbaar onderscheid», in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 71-88.

171. J. RONSE, «Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé», in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du Centre national de recherches de logique, p. 403.

172. Sur la notion de «contrôle léger» de la Cour de cassation de France, cons. p. ex. J. BETOULLE, «La distinction contrôle léger/contrôle lourd de la Cour de cassation. Mythe ou réalité?», *J.C.P.*, 2002, I, 171; A. PERDRIAU, «Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait?», *J.C.P.*, 1993,

qu'elle contrôle les déductions qu'en a tirées en droit le juge du fond, elle ne le fait que du bout des doigts et, lit-on parfois, n'incline qu'à la censure des déductions «manifestement déraisonnables».

### TITRE III. La requalification judiciaire de la prétention contractuelle

**57. Interdiction faite au juge de modifier l'objet de la prétention (contractuelle).** Le principe dispositif relayé par l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, interdit au juge de modifier l'objet de la prétention, c'est-à-dire de «se prononcer sur des choses non demandées», ou – en d'autres termes encore – de procurer un «résultat» non postulé. Il lui est défendu, selon le brocard bien connu, de statuer *extra nec ultra prelitata*.<sup>173</sup> Ce devoir d'abstention ne trouve que très rarement exception, lorsqu'un texte autorise, voire oblige, formellement le juge à pourvoir le justiciable d'une prévision de la loi.<sup>174</sup> Ainsi, par exemple, la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (art. 6) confère au juge un devoir de vérifier d'office, moyennant le respect des droits de la défense, si la victime a été remplie des droits que cette loi lui confère.<sup>175</sup> On rappellera de même que le juge peut condamner une partie au paiement d'une astreinte d'un montant supérieur à celui suggéré par la partie qui l'a demandée<sup>176</sup>, mais qu'il ne peut en revanche comminer une astreinte qui, dans son principe, ne lui a pas été demandée.<sup>177</sup>

Sous la réserve de ces rares exceptions prévues par la loi, l'interdiction faite au juge de modifier l'objet de la prétention est absolue.

**58. Même lorsque l'ordre public est en jeu.** Elle l'est à ce point que même lorsque l'ordre public est en jeu (*i.e.* lorsque l'avantage offert au plaideur consiste en un droit fondamental consacré par une loi d'ordre public), le juge ne pourra sortir de son mutisme.<sup>178</sup>

Sur ce dernier point, l'arrêt, précité (*supra*, n° 47), du 28 septembre 2012 précédé des conclusions remarquables de Monsieur l'Avocat général VANDEWAL retiendra tout particulièrement l'attention. Après avoir rappelé que «par un accord procédural explicite, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait auquel elles entendent limiter les débats» et qu'«un tel accord n'empêche toutefois pas que le juge, respectant les droits de défense, soulève l'application de dispositions d'ordre public, fussent-elles contraires à l'accord procédural des parties<sup>179</sup>», la Cour poursuit que ce faisant, le juge ne peut cependant aller jusqu'à modifier l'objet de la prétention. Illustrant son propos, la Cour énonce que «lorsque les parties limitent le litige à l'exécution du contrat et que le juge rejette la demande tendant au respect de ce contrat sur la base de sa nullité pour contrariété à l'ordre public, il ne modifie pas l'objet de la demande, mais il applique les dispositions d'ordre public que les parties ont entendu exclure» pour en conclure à juste titre qu'en revanche «les juges d'appel qui [...] ne se sont pas limités à constater la nullité des conventions et à rejeter les actions tendant à leur exécution, mais qui ont déclaré les conventions nulles, ont ordonné d'office à un huissier de justice de transcrire au bureau de la conservation des hypothèques l'arrêt d'annulation du transfert de propriété en marge des transcriptions faites auparavant de l'acte de vente et ont condamné la défenderesse au remboursement du prix déjà payé par les demanderesses, ont violé le principe dispositif».

**59. Le problème.** Mais venons-en au cœur du sujet. Le thème de la dévolution des rôles, entre juge et parties, dans l'opération de qualification des conventions, rebondit avec la question de la (re)qualification juridique de l'objet de la prétention déduite de la convention avenue entre parties.

Cette question n'est que trop connue<sup>180</sup>: la qualification juridique donnée par le demandeur à sa préten-

I, n° 3683; du même auteur, «Le pragmatisme de la Cour de cassation», *J.C.P.*, 2001, I, n° 364; J.-F. BURGELIN, «La Cour de cassation en question», *D.*, 2001, p. 932.

173. Parmi beaucoup d'autres, voy. récemment *Voy.*, p. ex., *Cass.*, 25 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 461; *Cass.*, 26 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 222.

174. Au sujet de ces cas exceptionnels, voy., en Belgique, G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 32, n° 18B; F. RIGAUX, «L'objet et la cause...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, n° 19 et J. VAN COMPENOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n° 8 et la note (21); B. MAES, «De bepalend van het voorwerp...», *op. cit.*, *I.C.*, p. 60, n° 11.

175. P. ex. *Cass.*, 21 octobre 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 441.

176. *Cass.*, 22 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 384; Cour Just. Benelux, 17 décembre 1992, aff. A 94/4; E. KRINGS, concl. précéd. Cour Just. Benelux, 2 avril 1984, *Jur. C.J. Benelux*, 1984, pp. 54-55; *J.T.*, 1984, p. 614; *Cass.*, 29 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1187. Voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 32, n° 18B; J. VAN COMPENOLLE, «L'astreinte», *Rép. not.*, C.XIII, Bruxelles, Larcier, 1992, no 26 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449.

177. *Cass.*, 29 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1187. Voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 32, n° 18B; J. VAN COMPENOLLE, «L'astreinte», *Rép. not.*, C.XIII, Bruxelles, Larcier, 1992, no 26 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449.

178. *Cass.*, 28 septembre 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1297, concl. Av. gén. Ch. VANDEWAL, *R.W.*, 2012-2013, note J. VAN DONINCK et *R.G.D.C.*, 2013, p. 234, note T. TANGHE; *Cass.*, 14 février 2011, *Arr. Cass.*, 2011, p. 492; *Cass.*,

21 juin 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 1254; *Cass.*, 13 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 747; *Cass.*, 7 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 475; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, *op. cit.*, p. 234; F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, pp. 55-57, n° 37; J. VAN COMPENOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n° 8; F. RIGAUX, «L'objet et la cause...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, n° 19; J. VAN COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1997, p. 536, n° 50; L. DU CASTILLON, «Le rôle du juge par rapport...», *op. cit.*, *I.C.*, pp. 158-159, n° 18 *in fine*; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449, n° 11; K. BROECKX, obs. sous *Cass.*, 7 mai 1998, *E.J.*, 1999/2, p. 22; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, p. 122, n° 104.

179. Traduction libre; sur ces deux premières prémisses, voy. *supra*, n° 31 et s. et 42.

180. Outre les réf. citées dans les notes suivantes, cons. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, *I.C.*, pp. 166 et s., n° 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. Voy. encore la remarquable contri-

tion 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?

L'intuition indique que si le juge peut – doit même – requalifier le contrat qui sert de cause à la demande, il pourrait – devrait même – modifier la qualification de l'objet de la prétention déduite de ce contrat, sans se voir reprocher pour autant de statuer *ultra* ou *extra petita*.

Et pourtant...

Longtemps, la Cour de cassation opta en faveur de l'incorporation à l'objet de la qualification juridique qui lui est donnée et, ce faisant, développa une conception juridique de l'objet.

Il fallut attendre l'année 2006 pour la voir opérer un très salubre revirement dont voici l'histoire et l'analyse.

## Section 1. Une tendance contestable à la juridisation de l'objet

**60. Une conception juridique tenace.** 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>181</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 cou-*

*pable 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 considérait 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>182</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 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>183</sup>

**61. L'exemple français: à suivre.** Il faut donc approu-

bution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variaties énigmatiques?», ici spéc. n° 40 et s.

181. Cass., 8 février 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 446., note G. CLOSSET-MARCHAL.  
182. En ce sens, S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, spéc. n° 202 et 313-316; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *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. MOSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *op. cit.*, *I.c.*, n° 7, n° 11 et n° 28; S. CNUUDE, «Tussengeschieden voortvloeiend uit de wijziging van de partijen en hun aanspraken», in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Anvers, Kluwer, 2000, titre VII, 3<sup>ème</sup> partie, pp. 5-6, n° 26.360. Rapp. encore P. THION, «Kwalificatie van oorzak...», *op. cit.*, *N.J.W.*, 2003, pp. 732-735, n° 20-25. Adde, toujours dans le même sens, J. NORMAND, in *R.T.D.Civ.*, 1997, et G. BOLARD, in *Dalloz action*, *op. cit.*, *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.*, 2003, pp. 3-26. Voy. encore la remarquable contribution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variaties énigmatiques?», ici spéc. n° 40 et s. Voy. encore D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat», *R.R.D.*, 2009, pp. 26 et s., ici spéc. p. 28, n° 7.

183. 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...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 451, n° 16). Avec Mme CLOSSET-MARCHAL, nous pen-

ver 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>184</sup>, ou si, inversement, il requalifie une demande en résolution en une demande en annulation.<sup>185</sup> Cette jurisprudence française<sup>186</sup> s'inscrit dans le droit fil de l'enseignement très nettement majoritaire, commun aux doctrines française<sup>187</sup> et belge<sup>188</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 réelle de leurs auteurs<sup>189</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>190</sup>), l'habillage juridique adéquat.<sup>191</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 «la juridique» 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.

**62. L'objet, résultat factuel de la prétention.** 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.

- sons 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.
184. 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. (1<sup>ère</sup> civ.), 16 octobre 1991, *D.*, 1992, somm., 265, obs. A. PENNEAU, *D.*, 1993, 186, note BRÉTAUDEAU et *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 et *J.C.P.*, 1991, IV, 237 et Cass. fr. (civ. 3<sup>ème</sup>), 14 octobre 1997, *Bull. civ.*, III, n° 181, p. 120.
185. Cass. fr. (civ. 1<sup>ère</sup>), 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n° 129, p. 85 et *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.*, 2003, pp. 10 et s., et encore P. BLONDEL, «Le juge et le droit», *op. cit.*, 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 portée 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).
186. 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*, *op. cit.*, *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*, *op. cit.*, *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).
187. H. MOTULSKY, in *Écrits*, t. I<sup>er</sup>, p. 44; G. BOLARD, in *Dalloz action*, *op. cit.*, *I.c.*,

- 1998, p. 525, n° 2312; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *op. cit.*, p. 109; J. NORMAND, in *R.T.D. Civ.*, 1978, pp. 705-710, *R.T.D. Civ.*, 1979, pp. 175-176, *R.T.D. Civ.*, 1981, p. 433 et *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.*, 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...», *op. cit.*, *J.C.P.*, La semaine juridique, 1974, doctr., n° 2625, n° 1 6; J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd. par T. 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.
188. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, spéc. n° 202 et 313-316; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 32, n° 18A et la note (77); V. VANNES, «Le rôle du juge dans le contentieux social», *op. cit.*, *I.c.*, p. 371, n° 8; M. STORME, «L'activisme du juge dans la procédure», *op. cit.*, *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», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n° 8; A. FETTWEIS, G. DE LEVAL et A. KOHL, *Éléments de la compétence*, P.U. Liège, 1983, n° 131-132; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 537, n° 51. G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449, n° 11; P. THION, «Variatie op het zelfde thema...», *op. cit.*, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, p. 123, n° 3; du même auteur, «Kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, *Nj.W.*, 2003, pp. 732-734, n° 20-25. Voy. encore la remarquable contribution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variaties énigmatiques?», ici spéc. n° 40 et s., ainsi que D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat», *R.R.D.*, 2009, pp. 26 et s., ici spéc. p. 28, n° 7.
189. 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.
190. 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.*, 2003, pp. 3-26.
191. 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», *op. cit.*, *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...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 537, n° 51.

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 promérités en vertu de son contrat de travail.<sup>192</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>193</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° 60), «*si la 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>194</sup>.

**63.** 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>195</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>196</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>197</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>198</sup>

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

## Section 2. Les prémisses d'un revirement au profit d'une définition factuelle de l'objet

**64.** Deux autres tendances jurisprudentielles, concurrentes à celle – contestable – qu'illustrent les arrêts précités des 13 juin 1994, 19 juin 2000 et 8 février 2001, avaient déjà donné à penser que la Cour allait abandonner sa conception juridique de l'objet.

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° 62), 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

192. Cass., 19 juin 2000, A.C., 2000, 1145 et 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.

193. 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.

194. S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, spéc. n° 202 et 313-316; 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. F. GEORGES et O. CAPRASSE, «Responsabilité du gérant...», *op. cit.*, 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; P. THION, «De kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, N.J.W., 2003, pp. 732-734, n° 20-25. Voy. encore la remarquable contribution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variations énigmatiques?», *ici spéc.* n° 40 et s. ainsi que D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat», R.R.D., 2009, pp. 26 et s., *ici spéc.* p. 28, n° 7. Comp. B. MAES, «De bepaling van het voorwerp...», *op. cit.*, in *Le rôle respectif du juge et des parties*, I.c., p. 54, n° 6.

195. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 35, n° 18. Voy. encore la remarquable contribution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variations énigmatiques?», *ici spéc.* n° 40 et s. ainsi que D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat», R.R.D., 2009, pp. 26 et s., *ici spéc.* p. 28, n° 7.

196. Voy. la jurisprudence et la doctrine constantes, à tout le moins en droit belge, commentées in J.-F. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, «L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige», in *L'effet de la décision de justice* (sous la dir. de G. DE LEVAL et Fr. GEORGES), Formation CUP, Vol. 102, Limal, Anthémis, 2008, *ici spéc.* p. 210 et s., n° 93 et s. *Contra* Cass. fr. (ass. plén.), 7 juillet 2006, D., 2006, p. 2135, note WELER, *Procédures*, 2006, p. 201, note R. PERROT et J.C.P., G., 2006, I, p. 183, n° 5, obs. S. AMRANI-MEKKI.

197. P. 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.

198. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, I.c., pp. 166 et s., n° 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. Voy. encore la remarquable contribution de P. BAZIER au présent ouvrage (spéc. n° 21 et s.), de même que celle de S. JANSSEN, «De rol van de rechter bij prijsvermindering in de koop: variations énigmatiques?», *ici spéc.* n° 40 et s. ainsi que D. MOUGENOT, «Actualités en matière d'office du juge. Quelques réflexions d'un magistrat», R.R.D., 2009, pp. 26 et s., *ici spéc.* p. 28, n° 7.

conformes du Procureur général DUMON.<sup>199</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 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>200</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.

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° 17 et s.), 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>201</sup> Sachant au demeurant la corrélation qu'entretiennent les notions mêmes de cause et d'objet<sup>202</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 juger.

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>203</sup>

### Section 3. Le revirement

**65. Analyse.** 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)*».

Aux termes d'un premier arrêt du 16 octobre 2003 ouvrant 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 défen-*

199. Cass., 31 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 622, concl. Proc. gén. F. DUMON.

200. 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. Sur cette jurisprudence, voy. ég. F. KÉFER et J. CLESSE, «La prescription extinctive en droit du travail», in *Les prescriptions et les délais*, éd. du Jeune barreau de Liège, 2007, pp. 120 et s., et voy. ég. *Rapport de la Cour de cassation*, 2006, éd. du Moniteur belge, 2007, pp. 126 et s.

201. Voy. à ce propos B. MAES, «De bepalings van het voorwerp...», *op. cit.*, in *Le rôle respectif du juge et des parties...*, *l.c.*, pp. 50 et s.; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, pp. 13-22 et pp. 96-113; P. THION, «Kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, *N.J.W.*, 2003, pp. 732-733, n° 20-24; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, pp. 229 et s., n° 225 et s.

202. Pour plus de détails quant à ce, voy. F. RIGAUX, «L'objet et la cause...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 244, n° 13; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige...», *op. cit.*, *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.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, pp. 221 et s., n° n° 213 et s.

203. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», *op. cit.*, *l.c.*, pp. 166 et s., n° 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. CAPPART, «La prescription de la demande en paiement de rémunérations», *J.T.*, 2006, pp. 452-454.

deresse) 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, 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 originaire, 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° 60).

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 tenter 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 qu'elle n'avait guère

reçu la publicité qu'elle aurait mérité.<sup>204</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° 60), 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, alors 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.

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>205</sup>, c'est ce qu'elle fit par son arrêt du 23 octobre 2006.<sup>206</sup>

*Exit* la conception juridique de l'objet!

**66.** Il était à prévoir que les conséquences de ce revirement seraient assurément spectaculaires, comme le furent celles, pour la cause, de l'arrêt du 14 avril 2005. Les premières retombées concerneraient forcément le paradigme de la controverse et seront doubles. Il y a tout d'abord que le juge devra, dans le respect du contradictoire et sous la réserve d'accords procédu-

raux explicites (*supra*, n° 38), 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>207</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>208</sup>

**67.** À 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 est désormais acquis que l'habillage juridique donné à l'objet ne s'incorpore pas à celui-ci, en sorte que, pourvu qu'il s'en tienne au résultat factuel postulé (*supra*, n° 62), 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.

#### Section 4. La réception et la confirmation du revirement

**68.** Apparemment, les juridictions de fond ont réservé bon accueil au revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation.

Se prévalant de l'enseignement nouveau qui s'en dégage, un arrêt inédit prononcé le 13 décembre 2006 par la Cour du travail de Liège «*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>209</sup>». La même cour réaffirma cette jurisprudence dans des arrêts du

204. Cass., 12 octobre 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 958, *Bull.*, 1998, p. 1024 et *R.W.*, 1998-1999, p. 1419 (abrégé).

205. Lesquelles n'évoquent pas la controverse alimentée par les nombreux autres arrêts de la Cour.

206. Cass. (ch. réun.), 23 oct. 2006, *Pas.*, 2006, concl. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ (alors Prem. av. gén.); à paraître in *R.R.D.*, 2007, p. 233 note R. CAPART, «La Cour de cassation consacre la conception factuelle de l'objet de la demande». Au sujet de cet arrêt, *adde* l'excellente étude de F. KEFER et J. CLESSE, «La prescription extinctive en droit du travail», in *Les prescriptions et les délais*, éd. du Jeune barreau de Liège, 2007, pp. 120 et s., et voy. ég. *Rapport de la Cour de cassation*, 2006, éd. du Moniteur belge, 2007, p. 126, *ici spéc.* pp. 132 et s.

207. Cass., 3<sup>e</sup> ch., 25 octobre 2004, 99.0190.F; 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».

208. Voy. en ce sens et sur les ces liens entre l'office du juge et le jeu des demandes incidentes, R. CAPART, «La prescription de la demande en paie-

ment 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, *R.R.D.*, 2007, p. 233. *Contra*: F. KEFER et J. CLESSE, «La prescription extinctive en droit du travail», in *Les prescriptions et les délais*, éd. du Jeune barreau de Liège, 2007, p. 148 *in fine*, n° 28 et la note (107), citant Cass., 19 juin 2000, p. 443. Il nous paraît que cette opinion, tout comme l'arrêt dont elle se prévaut, sont désormais dépassés par les arrêts des 23 octobre 2006 et 22 janvier 2007. Aux termes de ces derniers arrêts, la Cour considère expressément que le juge ne modifie point l'objet de la prétention en «passant» de la rémunération aux dommages et intérêts. Il faut donc en déduire qu'au regard de l'article 807 du Code judiciaire, cette même mutation n'est pas non plus constitutive d'un changement d'objet de la part du demandeur. Il ne s'agit, ni plus ni moins, que d'un changement de qualification juridique, dont l'article 807 souligne qu'il n'est pas constitutif d'une demande nouvelle.

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

21 février 2008 et 23 juin 2008, demeurés inédits eux aussi.<sup>210</sup>

Le Tribunal de première instance de Tournai est saisi d'une demande tendant à la résolution d'un contrat de prêt, justifiée par le non-remboursement de celui-ci. Constatant que la résolution judiciaire d'un contrat unilatéral ne peut se concevoir, ledit Tribunal énonce qu'«il apparaît que la sanction de l'inexécution par la défenderesse de la convention litigieuse réside dans son inexécution forcée (s'agissant d'obligation de somme, cette exécution ne peut revêtir que la forme d'une exécution en nature)» et rouvre les débats «afin de permettre aux parties d'examiner ce fondement juridique».<sup>211</sup> Cette décision pousse la conception factuelle de l'objet dans ses ultimes retranchements. En effet, à s'en tenir aux concepts juridiques purs, l'exécution forcée de la convention n'est pas un résultat équipollent à la résolution maladroitement postulée. Mais, comme la souligne très justement le Tribunal de première instance de Tournai, le résultat strictement factuel (c'est-à-dire pécuniaire) demeure, lui, inchangé: le juge alloue la même somme que celle que réclamait le prêteur impayé aux termes de sa demande en résolution.

**69.** 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>212</sup>

Aux termes d'un second arrêt du même jour<sup>213</sup>, 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, sous déduction des retenues fiscales et sociales obligatoire, 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>214</sup>

Il suit encore d'un arrêt prononcé le 20 avril 2009 que les juridictions du travail ont l'obligation de constater que la demande tend, en réalité, à l'indemnisation du préjudice résultant de l'infraction de non-paiement de la rémunération du demandeur, et partant à lui appliquer d'office la prescription quinquennale de l'article 2262bis, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du Code civil, en lieu et place de la prescription annale de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.<sup>215</sup>

On signalera enfin, prononcé lors de la mise sous presse de cette contribution, un arrêt du 10 février 2014 (C.13.0381.N.) venant très spectaculairement cristalliser et illustrer la nouvelle conception que la Cour se fait de l'objet de la prétention contractuelle. À vrai dire, nous sommes ici en présence d'un paradigme.

Après avoir, comme il se devait sans doute, requalifié une opération complexe entre coïndivisaires improprement dénommée «vente immobilière» en «abandon de droits avec effet déclaratif», le juge d'appel rejette la prétention aux termes de laquelle la demanderesse sollicitait l'annulation de ladite opération du chef de lésion de plus de sept-douzièmes sur la base de l'article 1118 du Code civil. Rappelant que le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit applicables et de soulever d'office les moyens de droit commandés par les faits spécialement invoqués au soutien de prétentions les parties, la Cour de cassation casse cet arrêt par l'accueil du moyen (typiquement de pur droit) reprochant au juge d'appel de n'avoir pas d'office requalifié la prétention de la demanderesse en «récision du partage pour lésion de

210. C. T. Liège (12<sup>ème</sup> ch.), 21 février 2008, R.G. n° 8.436/2007, inédit; C.T. Liège (13<sup>ème</sup> ch.), 23 juin 2008, R.G. n° 8.471/007, inédit.

211. Civ. Tournai (1<sup>ère</sup> ch.), 2 avril 2007, R.G. n° 06/1060/A, inédit.

212. Cass., 22 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 36.

213. Cass., 22 janvier 2007, *Pas.*, 2007, n° 37. Au sujet de cet arrêt, et de celui – du même jour – cité à la note précédente, cons. F. KÉFER et J. CLESSE, «La prescription extinctive en droit du travail», in *Les prescriptions et les délais*, éd. du Jeune barreau de Liège, 2007, pp. 120 et s., et voy. ég. *Rapport de la Cour de cassation*, 2006, éd. du Moniteur belge, 2007, p. 99, ici spéc. pp. 132 et s., n° 11 et s.

214. Réponse à la quatrième branche du moyen présenté au soutien du premier pourvoi. Cette dernière et importante considération dément selon nous la distinction proposée F. KÉFER et J. CLESSE («La prescription extinctive en droit du travail», in *Les prescriptions et les délais*, éd. du Jeune barreau de Liège, 2007, pp. 154-155, n° 36). Ces auteurs considèrent que le résultat économique recherché par le travailleur (*i.e.* l'objet de sa demande) n'est pas le même selon qu'il postule, la réparation en nature ou la réparation par

équivalent du dommage causé par l'infraction de non-paiement de sa rémunération. Dans tous les cas, et quels que soient – à nouveau – les vocables juridiques utilisés plus ou moins adroitement par le demandeur, la Cour de cassation autorise – oblige même – le juge à replacer le travailleur dans la situation qui eût été la sienne si l'infraction avait été commise (*i.e.* s'il avait été payé au jour où il dût l'être): logique aquilienne oblige. C'est cela, et rien d'autre, le résultat économique recherché par le travailleur qui réclame l'indemnisation de son préjudice. Il conviendra donc, dans tous les cas, que le juge condamne l'employeur à verser au travailleur le montant brut de la rémunération litigieuse, sous la déduction des retenues fiscales et sociales obligatoires. Et la retenue desdites cotisations entraînera, dans tous les cas, la prise en compte des montants alloués dans l'application du régime des prestations sociales dues au travailleur (sa pension de retraite, en particulier).

215. Cass., 20 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 967, concl. Av. gén. R. MORTIER. Voy. ég. Cass., 7 avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 206.

plus d'un quart» en vertu des articles 887 et suivants du Code civil.

### Section 5. Étendre le revirement au profit du juge statuant sur sa compétence

**70.** 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>216</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.

**71.** La doctrine<sup>217</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.

À 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° 65) 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 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>218</sup>».

Ce qui, pour l'auteur, n'était encore qu'une supposition<sup>219</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.

À présent que la Cour est, pour ce qui concerne le jugement de la demande, résolument acquise à la conception factuelle de l'objet, on a donc pu sérieusement se demander si cette jurisprudence mal reçue conserve quelque justification pertinente: «*si 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>220</sup>».

**72.** Ces espoirs sont – provisoirement? – déçus puisque la Cour a tout récemment réaffirmé que «*la compétence d'attribution déterminée en raison de l'objet de la demande s'apprécie en fonction de la demande telle qu'elle est formulée par le demandeur*<sup>221</sup>».

216. 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).

217. J. VAN COMPENOLLE, 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.-F. VAN DROOGHENBROECK, s. UHLIG, A. DECROES, O. MIGNOLET et B. BEELDENS, «Les avatars de l'article 660 du Code judiciaire», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, 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.

218. F. BOUQUELLE, «Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande», *Chron. D.S.*, 2004, p. 549.

219. 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.

220. F. BOUQUELLE, «Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande», *Chron. D.S.*, 2004, p. 549; S. UHLIG, «Questions actuelles en matière de compétence», in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, CUP, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 15 et s.; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 163 et s.

221. Cass., 5 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1302 et *J.T.*, 2013, p. 320, avec les obs. critiques de M. BAETENS-SPETCHINSKY et J.-S. LENAERTS, «La compétence d'attribution en raison de l'objet: le paradoxe d'une interdiction persistante de requalification». *Adde*, réaffirmant cette jurisprudence, Cass. (1<sup>ère</sup> ch.), 22 février 2013, C.0239.N.