

ment des défendeurs par rapport au droit de la demanderesse s'explique le mieux par une stipulation pour autrui ».

4. Par ces motifs, l'arrêt ne viole pas les droits de la défense de la demanderesse.

Le moyen ne peut être accueilli.

O OBSERVATIONS

Pour les droits de défense aussi : *iura vigilantibus*

1. Il est désormais de règle heureuse et déjà constante¹ qu'en présence de qualifications juridiques ou de bases légales inadéquatement suggérées par les parties, « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable ». Il a « l'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 »², tandis qu'il dispose de la faculté de relever d'office semblables moyens lorsque ceux-ci lui sont inspirés par des faits adventices du dossier, que les plaideurs ont simplement allégués ou signalés, mais non montés en épingle à l'appui de leurs propres moyens³.

2. L'exercice de ces obligation ou faculté de dire le droit suppose l'observation d'un autre devoir essentiel, corollaire du premier. La règle n'est pas moins claire : le juge actif doit soumettre ses initiatives à la contradiction. Ce n'est, en règle, qu'« en respectant les droits de la défense »⁴ que le juge s'acquittera valablement de son devoir de soulever *ex officio* le moyen de pur droit qui lui est dicté par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions⁵. Et ce ne devrait être

également qu'au prix de sa mise en discussion que le moyen mêlé de fait et de droit, adossé à un fait ou une pièce adventice, pourrait être spontanément tiré du dossier⁶.

3. Qu'advient-il de ces deux excellents principes directeurs du procès civil dans les hypothèses, somme toute beaucoup plus rares, dans lesquelles les parties, s'exprimant en termes de faits bruts et nus, n'assortissent leurs prétentions d'aucun fondement juridique?

C'est à cette question que l'arrêt annoté apporte des réponses tantôt confirmatives tantôt inédites. C'est là son premier mérite. Le second réside selon nous dans le contenu même de ces réponses, dont l'enseignement appelle l'approbation.

4. Alors que la controverse sur l'office du juge saisi de moyens de droit inappropriés battait encore son plein pour encore près de trente ans, la Cour de cassation avait, dès son célèbre arrêt *Bunge* du 24 novembre 1978⁷, clarifié son rôle en cas de prétentions dépourvues de coloration juridique. Rappelons qu'aux termes de cet importante décision, la Cour avait à définir le sens de l'article 702, 3^o, du Code judiciaire qui prescrit à peine de nullité que l'exploit de citation doit contenir « l'objet et l'exposé sommaire des moyens de la demande ». La décision attaquée avait prononcé la nullité de la citation de la demanderesse en cassation aux motifs qu'elle n'« énonçait aucun fondement juridique » à l'appui de l'exposé des faits. La Cour casse judicieusement cette décision aux motifs que « par le terme "moyens", cette disposition ne vise nullement la norme juridique, mais les éléments de fait qui servent de fondement à la demande », qu'« il appartient au juge d'appliquer, en respectant les droits de la défense, aux faits dont il est régulièrement saisi et sans modifier ni l'objet ni la cause de la demande, les normes juridiques sur la base desquelles il fera droit à la demande ou la rejettera ».

L'arrêt annoté le confirme, ne fût-ce qu'implicitement⁸ : le juge saisi de faits purs a

donc, selon l'expression de la doctrine française, l'obligation de « faire le tour de la question », et d'appliquer d'office les qualifications juridiques et bases légales commandées par ces faits⁹.

5. Mais doit-il, ce faisant, rencontrer les exigences des droits de la défense qui, le plus souvent, le contraindraient à procéder à une coûteuse et chronophage réouverture des débats?

L'arrêt répond clairement par la négative à cette seconde question et, ce faisant, tranche la controverse qui l'émallait jusqu'ores.

La Cour de cassation n'avait, à notre connaissance, jamais rencontré (ou à tout le moins saisi) l'occasion de se prononcer sur le sort des exigences de la contradiction lorsqu'accomplissant son devoir, le juge du fond donne la solution juridique d'un litige que les parties lui ont narré par l'exposé de purs faits. Il était, selon nous, trop audacieux de déduire la réponse à cette question de son arrêt du 24 novembre 1978, précité. Tout au plus, pouvait-on s'interroger sur la portée de l'incise « en respectant les droits de la défense », que l'arrêt ajoute à la règle selon laquelle « [...] il appartient au juge d'appliquer [...] aux faits dont il est régulièrement saisi et sans modifier ni l'objet ni la cause de la demande, les normes juridiques sur la base desquelles il fera droit à la demande ou la rejettera ».

Au demeurant, la mention de cette incise n'avait pas empêché l'émergence d'une controverse bien nourrie¹⁰. Celle-ci perdure, dans les

pas la Cour à la réaffirmer expressément puisqu'ils ne faisaient pas grief aux juges d'appel d'avoir qualifié d'office de stipulation pour autrui le rapport juridique unissant les parties.

(9) La Cour de cassation réaffirma l'enseignement de cet arrêt dans plusieurs arrêts subséquents : Cass., 10 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, 520; Cass., 30 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 902; Cass., 7 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1048; Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, 159, avec les concl. de M. le proc. gén. Krings (alors av. gén.). *R.W.*, 1980-1981, avec la note J. ERAUW; Cass., 23 février 1984, *R.W.*, 1984-1985, note L. DE FOER; Cass., 28 avril 1994, *R.G.* n° C.93.0245.F., inédit. Sur cet enseignement constant voy., en doctrine, G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1981, n° 91-92. En doctrine : J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », note sous Cass., 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, spécialement p. 26, n° 20; 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, pp. 99-100, n° 9; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 50-51, n° 34; F. RIGAUX, « La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger », note sous Cass., 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 40; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, éd. 1987, Liège, pp. 60-83, n° 55-63, spécialement p. 62, n° 55, p. 67, n° 57; A. FETTWEIS, « *Da mihi factum, dabo tibi ius* », *Jur. Liège*, 1983, p. 179; proc. gén. F. Dumon, « De l'Etat de droit », discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1979, *J.T.*, 1979, pp. 497 et s.; A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure de cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 518; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar gerechtelijke recht*, Malines, Kluwer, 2002, n° 10; V. VANNES, « Le rôle du juge maline du contentieux social », in *Espace judiciaire et social européen* (sous la dir. de G. DE LEVAL et J. HUBIN), Bruxelles, Larcier, 2003, p. 373.

(10) Plaidant pour la dispense de réouverture des débats, voy. A. FETTWEIS, *Manuel...*, op. cit., 2^e éd., 1987, p. 78, n° 62 c), L. DU CASTILLON, « Le rôle du juge par rapport aux exceptions de nullité et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire », in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, loc. cit., pp. 172-173,

(1) Pour plus de détails sur cette jurisprudence historique, et notamment sur les arrêts qui sont venus subseqüemment l'enrichir et l'affiner, cons. 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?*, loc. cit., ici spécialement pp. 152 et s. ainsi que nos études « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en mutation - Hommage à Alphonse Kohl*, loc. cit., spécialement pp. 288 et s. ainsi que « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, loc. cit., ici spécialement pp. 199 et s.

(2) 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, « De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden ». *Adde*, au sujet de cet arrêt retentissant, la très belle thèse de doctorat de B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling in het burgerlijk proces », Anvers, Intersentia, 2007, ici spécialement pp. 197 et s.

(3) Cass., 12 octobre 2006, *R.G.* n° C.040481.F.; Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier ». En doctrine, voy. les contributions citées aux deux notes précédentes.

(4) Cass., 14 avril 2005, déjà cité en note 2.

(5) Sur la dette de contradiction du juge en cas de relevé d'office de moyens, les exceptions qui l'assortissent, et les formes économes qu'elle peut revêtir, cons.

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?*, loc. cit., ici spécialement pp. 152 et s. ainsi que nos études « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en mutation - Hommage à Alphonse Kohl*, loc. cit., spécialement pp. 288 et s. ainsi que « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, loc. cit., ici spécialement pp. 199 et s.

(6) La prudence du conditionnel est ici de mise car la jurisprudence de la Cour affecte quelque hésitation. Le commentaire de l'arrêt annoté n'est pas le lieu d'y revenir : voy. Cass., 15 mai 2003, *J.T.*, p. 682, note (soumission du moyen au contradictoire) et comp. Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier ». Sur ce flottement, cons. également 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?*, loc. cit., ici spécialement pp. 155-156.

(7) Cass., 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 5, avec les notes divergentes de J. VAN COMPERNOLLE et de F. RIGAUX. Les conclusions (conformes) de M. le procureur général Krings (alors avocat général) sous cet arrêt ont été publiées à leur date in *Arresten van het Hof van cassatie*. A. FETTWEIS (*Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, P.U. Liège, 2^e éd., 1987, pp. 170-171, n° 197-199) résume comme suit la solution consacrée par cet arrêt : « la loi impose l'indication des éléments de fait qui servent de fondement à la demande. C'est au juge qu'il incombe d'appliquer à ces faits la norme juridique adéquate ». La formule revient littéralement aux adages *iura novit curia* et *da mihi factum, dabo tibi ius*.

(8) Car, de manière très révélatrice de la fermeté dissuasive de la solution, les moyens de cassation n'invitaient

mêmes termes et proportions, en France lors même que la Cour de cassation de ce pays s'est, quant à elle et de longue date, déterminée en faveur de la soustraction de l'hypothèse aux exigences des droits de la défense¹¹. D'aucuns, suivant cette jurisprudence, la justifient par la présomption que toutes les parties (soit le demandeur et le défendeur) s'en remettent sans discussion à la sagesse d'un juge qui n'a pas à récompenser leur négligence¹². D'autres, au contraire, préconisent le respect de la contradiction eu égard à la généralité des termes de l'article 16, alinéa 3, du nouveau Code de procédure civile¹³, mais aussi et surtout pour permettre au défendeur, qui peut ne pas avoir pallié la négligence de son adversaire, de s'expliquer sur la qualification ou le moyen de droit dont l'application est envisagée par le juge¹⁴.

6. Aux termes de l'arrêt annoté, la Cour de cassation de Belgique fait sienne la thèse de son homologue française : « lorsque les parties invoquent les faits sur lesquels elles fondent leur demande sans énoncer aucun fondement juridique à ce propos, le juge qui applique un fondement juridique à ces faits sans le soumettre à la contradiction des parties, ne viole pas leurs droits de défense ».

On ne peut que l'en approuver.

A l'heure où tout doit (et peut) être mis en œuvre pour adapter, sans le gauchir, le principe du contradictoire aux impératifs de l'économie de la procédure et de la célérité du procès¹⁵, il ne serait pas admissible de réserver les faveurs (le luxe) de ce principe aux partisans du moindre effort.

Lorsqu'il s'agit d'en mesurer la portée à l'aune de l'office du juge, les exigences des droits de défense n'ont d'autre fin que 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 débat¹⁶. L'on ne peut admettre que les parties qui, délibérément, s'abstiennent d'asseoir leurs dires sur des bases juridiques, seraient surprises lorsque celles-ci sont révélées par un juge dont elles attendent, précisément, qu'il dise le droit pour les départager. « Sauf à admettre leur négligence coupable, l'attitude » de tels plaideurs « s'ils ne qualifient pas, ne révèle-t-elle pas leur confiance totale dans la mission du juge auquel il s'en remettent quant à la qualification »¹⁷?

Poussée par des arguments d'économie et d'équité, la solution ne manque pas non plus de relais proprement normatifs.

Songeons tout d'abord au nouvel article 744, alinéa 2, du Code judiciaire. Insérée par la loi du 26 d'avril 2007 modifiant le Code judiciaire en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, cette disposition énonce que « les conclusions doivent formuler expressément les prétentions du concluant ainsi que les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ». Le texte¹⁸ n'est certes — et heureusement — pas prescrit à peine de nullité, ni même d'écartement, des conclusions. Au demeurant, le juge saisi de conclusions qui ne satisferaient pas à l'exigence qu'il formule n'est pas, pour autant, déchargé du devoir juridictionnel que lui assigne la jurisprudence issue de l'arrêt, précité, du 24 novembre 1978. Mais l'on peut raisonnablement considérer, au titre de sanction indirecte et librement assumée, que les parties qui s'abstiennent sciemment de prendre les conclusions « qualificatives » requises par cette disposition, renoncent à la possibilité de discuter le choix des bases juridiques que le juge, s'acquittant de ce devoir, a dû faire à leur place.

Car la contradiction des débats, au même titre que les autres garanties du procès équitable, sont, à semblables conditions, susceptibles de renonciation : c'est là un dernier argument à ne pas perdre de vue¹⁹.

Ici comme en tout, *iura vigilantibus*.

Jean-François VAN DROOGHENBROECK
Professeur à l'U.C.L. et aux F.U.S.L.

(16) 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 1^{er} septembre 2003, *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 ambtshalve aanvullen van rechtsgronden », *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et s., spécialement n°s 17 et s.; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile...*, *op. cit.*, 2^e éd., pp. 76 et s., n° 82.

(17) G. BOLARD, in *Droit et pratique de la procédure civile* (sous la dir. de S. GUINCHARD), coll. Dalloz Action, éd. 2005-2006, Paris, Dalloz, 2004, p. 513, n° 222.36; du même auteur, « Le juge et les droits de la défense », in *Mélanges offerts à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 49 et s., ici spécialement n° 19; J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 143.

(13) En vertu duquel 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 ».

(14) S. GUINCHARD et Fr. FERNAND, *Procédure civile*, 28^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 626, n° 722; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 1991, n° 249 et la note 7; Ph. BLONDEL, « Le juge et le droit », *op. cit.*, in *Le Nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 117-118.

(15) Voy. notamment C.E.D.H., arrêt *Verdu* *Verdu* *c. Espagne*, du 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 543, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire ».

I. FONCTION PUBLIQUE. — Examen d'avancement. — Procédure d'inscription. — Délai. — Retard. — Cause étrangère (articles 1302 et 1303 du Code civil). — Erreur de la hiérarchie chargée de transmettre l'inscription. — Conséquence. — II. OBLIGATIONS. — Extinction. — Cause étrangère (articles 1302 et 1303 du Code civil). — Champ d'application. — Procédure d'inscription à un examen d'avancement dans la fonction publique (oui). — Appréciation. — Erreur de la hiérarchie du candidat (oui).

C.E. (8^e ch.), 2 octobre 2007

Siég. : M. Geus (prés. ch. et rapp.), et Mmes Daurmont et Gehlen.

Min. publ. : Mme Jottrand (aud.).

Plaid. : M^e D. Renders.

(Dumay c. Selor.).

I et II. *Le fonctionnaire ne peut se voir opposer l'irrecevabilité de son inscription à un examen d'avancement s'il prouve que la tardiveté de cette candidature résulte d'une cause étrangère au sens des articles 1302 et 1303 du Code civil.*

Tel est le cas lorsque le retard est le fait de son supérieur hiérarchique par l'intermédiaire duquel son inscription devait être introduite.

(Extraits)

Vu la requête introduite le 30 septembre 2002 par Michel Dumay qui demande l'annulation de la décision du Bureau de sélection de l'administration fédérale du 11 septembre 2002 refusant de prendre en considération son inscription à la dernière sélection d'avancement barémique organisée pour les assistants administratifs;

Entendu, en leurs observations, M^e Renders, avocat, comparaisant pour le requérant, et M^e Dufour, conseiller, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, Mme Jottrand, auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

1. Par une lettre-circulaire du 12 avril 2002, le Selor informe les administrations fédérales de l'organisation, le 21 mai 2002, d'une dernière session spéciale de sélection d'avancement barémique organisée pour les assistants administratifs pour l'obtention de l'échelle barémique 20 E (BFG 01220), avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2002, de la nouvelle carrière du niveau C.