

# Principe dispositif et droit judiciaire fiscal

Georges DE LEVAL<sup>(1)</sup> et Jean-François VAN DROOGHENBROECK<sup>(2)</sup>

## Résumé

*Aux termes d'une jurisprudence classique, le principe dispositif – pilier de la procédure civile – ne serait pas applicable en droit judiciaire fiscal. L'affirmation reste-t-elle exacte à la lumière de la réforme opérée par les lois des 15 et 23 mars 1999? L'a-t-elle même jamais été? Il est permis d'en douter. Pour s'en convaincre, il faut «revisiter» le principe dispositif lui-même, en dégager toutes les implications, les unes incontestables, les autres plus controversées. Au vu de cette analyse, la confrontation entre le droit processuel (droit commun du procès) et le (nouveau) droit judiciaire fiscal, révèle bien plus d'acointances que de divergences. En réalité, les seules entorses qui demeurent justifiées par la nécessité de rétablir, une fois l'instance engagée, l'égalité entre parties, provisoirement rompue en amont par le privilège du préalable. Tel est, du moins, le sens des lignes qui suivent.*

## Samenvatting

*Overeenkomstig de klassieke jurisprudentie zou het principe van het dispositief – pijler van de burgerlijke procedure – niet van toepassing zijn in het fiscaal gerechtelijk recht. Blijft deze bewering correct in het licht van de hervorming doorgevoerd door de wetten van 15 en 23 maart 1999? Is zij het zelfs ooit geweest? Enige twijfel dienaangaande is toegestaan. Ter overtuiging dient men het principe van het dispositief zelf opnieuw te bekijken, daar alle implicaties van verwijderen, de ene onbetwistbaar, de andere meer controversieel. In het licht van deze analyse vertoont de confrontatie tussen het procesrecht (gemeen procesrecht) en het (nieuwe) fiscaal gerechtelijk recht meer raakvlakken dan verschillen. In werkelijkheid worden de enige overblijvende afwijkingen gerechtvaardigd door de noodzakelijkheid om, eens het geding ingeleid, de gelijkheid tussen de partijen, die voordien voorlopig werd verbroken door het privilege van de voorrang, te herstellen. Dit is ten minste de zin van de hiernavolgende lijnen.*

## Introduction

1. A-t-on jamais mesuré l'exacte portée de la jurisprudence, apparemment classique, selon laquelle ni l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, ni le principe dispositif ne sont applicables à la procédure fiscale mue devant les juridictions de l'ordre judiciaire<sup>(3)</sup>? Pour qui se berce encore de l'idée selon laquelle ledit principe forme un «postulat fondamental de notre droit judiciaire auquel les praticiens de notre pays sont très attachés»<sup>(4)</sup>, cette affirmation ne laisse pas de surprendre. À la vérité, il y a tout lieu de penser que cette incompatibilité de lettre et d'esprit entre principe dispositif et droit judiciaire fiscal a perdu de sa substance; qu'en d'autres termes, sous l'angle des prérogatives respectivement dévolues au juge et aux parties – et plus fondamen-

talement, à l'aune des principes directeurs de l'instance – la procédure fiscale n'est guère si éloignée du droit commun du procès (*i.e.* du droit processuel). Au vu des réflexions toutes personnelles dont ces lignes sont le fruit, il serait même permis de se demander si la prétendue émancipation de la procédure fiscale par rapport aux contours communs de la fonction de juger a jamais connu de réelle consistance<sup>(5)</sup>.

2. L'affirmation d'une possible (ré)conciliation du principe dispositif et de la procédure fiscale, ou à tout le moins la nécessité de tenter l'exercice, procèdent de deux phénomènes convergents.

Il y a tout d'abord que la réforme opérée par les lois des 15 et 23 mars 1999 s'assignait, entre autres objectifs, de réintégrer autant que possible le conten-

<sup>(1)</sup> Professeur ordinaire à l'Université de Liège.

<sup>(2)</sup> Professeur à l'Université catholique de Louvain, avocat honoraire.

<sup>(3)</sup> Cass., 12 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1286; note 4 sous Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 828.

<sup>(4)</sup> Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Doc. parl., Sénat, sess. 1963-1964, n° 60, pp. 157-158.

<sup>(5)</sup> Sur le mythe de l'autonomie du droit fiscal, voy. plus généralement J.-P. BOURS, «La réforme de la procédure fiscale – Synthèse (historique, bilan, lacunes)», in *La nouvelle procédure fiscale*, Formation permanente C.U.P., vol. XXX, t. II, sept. 1999, pp. 243-244, n°s 30-32.

tieux fiscal dans le giron du droit commun de la procédure<sup>(6)</sup>. Cette volonté du législateur n'implique-t-elle pas une redistribution des rôles entre juge et parties au procès fiscal, calquée sur la configuration des devoirs et prérogatives tracée par le Code judiciaire<sup>(7)</sup>? Cette question est à l'origine de plusieurs études<sup>(8)</sup>. Mais, dans la foulée de deux contributions récentes et remarquables dues respectivement à Paul VAN ORSHOVEN<sup>(9)</sup> et Dominique LAMBOT<sup>(10)</sup>, notre propos entend se nourrir d'une autre réflexion, qui transcende les particularités du contentieux fiscal. Cette réflexion porte sur la signification même du principe dispositif. L'affirmation d'une dichotomie entre la procédure fiscale et le principe dispositif repose sur le présupposé que ce dernier jouirait d'une définition univoque et d'une consistance proprement dogmatique. Force est pourtant d'admettre qu'il n'en est rien.

C'est là, précisément, le second phénomène à relever : en droit judiciaire, il n'est guère de question plus opaque, ni plus controversée, que celle de la dévolution des pouvoirs et devoirs revenant respectivement au juge et aux parties dans l'articulation du

droit au fait. Il n'y a point d'office du juge dont se démarquerait la mission dévolue aux juridictions fiscales. En réalité, et depuis longtemps, il n'existe que des discours – profondément divergents – sur le rôle du juge, et l'importance du décalage – si même dérogation il y a – entre l'art de juger au civil et l'art de juger *in fiscalibus*, dépend exclusivement du discours que l'on fait sien, de manière générale, sur la place du juge dans les rouages de l'État de droit. Si, à l'instar des soussignés<sup>(11)(12)</sup>, l'on autorise, voire si l'on oblige, tout juge à sortir du canevas juridique inadéquat tissé par les plaideurs, les prérogatives classiquement reconnues, ou déniées, au juge fiscal n'ont plus rien d'exorbitant, ni même de spécifique. La singularité du rôle à tenir par le magistrat siégeant en matière fiscale, n'apparaît donc plus qu'à l'aune de l'opinion – classique, elle aussi – selon laquelle, sous la réserve de l'entrée en jeu de l'ordre public, le juge est lié par l'habillage juridique dont les parties revêtent leurs prétentions et défenses (*infra*, nos 24-27). Cette dualité des discours sur l'office du juge civil, et son effet de fragilisation des solutions enseignées sur le rôle (spécifiquement?) dévolu au juge

(6) Voy. A. DECROËS, «La procédure judiciaire fiscale», *J.D.F.*, 2001, p. 6, n° 70.

(7) *Contra*, l'avis du Conseil d'État, donné – il est vrai – sur le projet de réforme qui – quant aux prérogatives revenant respectivement au juge, au fisc et au contribuable – se situait aux antipodes du régime qui, finalement, fut coulé en droit positif par les lois des 15 et 23 mars 1999 : «(...) le principe dispositif qui a pu inspirer le droit actuellement en vigueur n'est, en effet, plus de mise dans une matière presque intégralement dominée par des lois d'ordre public qui revêtent, même souvent, un caractère de lois de police. Quand il y va de l'application de lois semblables, il n'y a plus de place pour une procédure où le procès appartient aux parties qui ont la liberté de le configurer comme elles l'entendent, où le juge est tenu de se plier à l'initiative des parties, et où l'issue finale du procès et singulièrement l'application des lois de police, dépend du moment où, avant tout procès, un plaideur a avancé tel ou tel argument. Le principe dispositif, qui veut que le procès soit celui décidé par les parties a pu, et peut encore, dominer la procédure civile sans que le procès soit déséquilibré au profit d'une des parties, mais, appliqué à la matière fiscale et combiné avec une restriction des pouvoirs du juge, ce principe fonctionne à sens unique pour assurer la protection des intérêts de l'État» (*Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire 1997-1998, nos 1341-1342/1, pp. 67-68. Il s'agit là, nous le verrons (nos 24-27), d'une conception classique mais controversée (et selon nous contestable) du principe dispositif, qui incorpore la règle de droit et la qualification juridique invoquées par les parties à l'objet et à la cause de la prétention (*i.e.*, en l'espèce, du recours).

(8) A. DECROËS, «Pouvoirs du tribunal de première instance et aggravation de la situation du contribuable», note sous Civ. Mons, 26 avril 2001 (deux espèces), *J.D.F.*, 2002, pp. 181 et s.; M. LEVAUX, «La procédure judiciaire fiscale», *Act. dr.*, 1999, pp. 86; Ph. VANBELLEN, «Ambtshalve beoordelen van grieven», note sous Civ. Anvers, 5 juin 2002, *T.F.R.*, 2003, pp. 127; H. VANDEBERGH, «De bevoegdheid van de rechtbank in een fiscaal geding : moet de rechter ambtshalve grieven tegen een aanslag inroepen?», *T.F.R.*, 2000, pp. 715-722; P. VAN ORSHOVEN, «De onmogelijke hervorming van het fiscaal procesrecht-II – Over de wetten van 15 en 23 maart 1999», *R.W.*, 1999-2000, p. 65; J.-P. MAGREMANNE, M. MARLIÈRE, D. LAMBOT et B. DE CLIPPEL, *Le contentieux de l'impôt sur les revenus*, Bruxelles, Kluwer, 2000, spéc. pp. 556 et s.; T. AFSCHRIFT et M. IGALSON, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», *J.T.*, 1999, spéc. pp. 496 et s.

(9) P. VAN ORSHOVEN, «Het verschil tussen "vragen" en "inroepen" – Over de beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter in fiscalibus», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, à paraître.

(10) D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge en matière d'impôts sur les revenus», in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 457 et s.

(11) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 33 et s., nos 19 et s.; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, éd. de la Conférence du jeune barreau de Liège, 1981, nos 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; «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; «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.

(12) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit Curia*, thèse, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2004, 919 p.

## Principe dispositif et droit judiciaire fiscal

fiscal, ont été véritablement cristallisés par les commentaires aux termes desquels l'administration, dans une circulaire n° Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, s'est penchée sur la question <sup>(13)</sup>.

C'est dire, dans ce contexte, et parce qu'elles sont nécessairement partisans, que les lignes qui suivent n'ont pas la prétention d'ébaucher une vérité dogmatique sur la juridiction en général, et sur l'étendue du rôle du juge fiscal en particulier.

### I. Le principe dispositif en lui-même

3. Pour mesurer pleinement la difficulté rencontrée dans l'élaboration d'un discours qui soustrairait, ou au contraire incorporerait, le contentieux de l'impôt sur les revenus à l'emprise du principe dispositif, il échet préalablement d'apercevoir les forces et les faiblesses théoriques intrinsèques de ce principe.

On l'a déjà rappelé, la direction du procès par les parties forme aujourd'hui un « postulat fondamental » de notre droit judiciaire. Ce postulat se traduit dans un principe appelé « principe dispositif ». Quoique son rang exact dans la hiérarchie des normes n'importe guère en pratique <sup>(14)</sup>, on signale, pour en souligner l'importance, que ce principe s'est vu reconnaître le statut de principe général du droit <sup>(15)</sup>. L'importance du principe dispositif explique également qu'on lui consacra de très substantiels développements <sup>(16)</sup>.

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>(17)</sup>. On pourrait dire

<sup>(13)</sup> Circulaire n° Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, disponible sur le site <http://www.fisconet.fgov.be>. Pour ce qui concerne les questions ici traitées, voy. spéc., plus abondamment commentés ci-après, les développements repris aux nos 139 et suivants de cette circulaire.

<sup>(14)</sup> Puisqu'il est de toute façon consacré par des textes. En Belgique, 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 1<sup>er</sup> septembre 1983, *J.T.*, 1983, pp. 513 et s., n° 12bis; F. RIGAUX, «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», note sous Cass., 4 mai 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 243; H. BOULARBAH, «La cause – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige», in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la dir. de J. LINSMEAU et M. STORME), Bruxelles, Bruylant – Kluwer, 1998, p. 101, n° 10.

<sup>(15)</sup> Voy. Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, n° 97 qui, pour la première fois, reconnaît au principe dit «dispositif», le statut de principe général de droit. Cons. également Cass., 27 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 601 qui «a accueilli pour la première fois, un moyen pris seulement de la violation du principe dispositif»: J. KIRKPATRICK, «L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit», in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 637; du même auteur, «Un principe général du droit plus fort que la loi...», *op. cit.*, loc. cit., p. 282, n° 3 et la note 5. Adde, B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gand, Mys & Breesch, p. 103 et les réf. citées aux notes 477 à 480. Comp. avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui, comme le rappelle F. RIGAUX, ne cassait pas sur le visa de la violation du principe dispositif mais sur celui, jugé plus «artificiel», de la violation de la foi due aux écrits de procédure, ou encore sur celui, aujourd'hui suranné, de la violation du «contrat judiciaire» noué entre parties (F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 48, n° 33, *initio* et p. 49, n° 33, *in fine*, et les arrêts cités en notes).

<sup>(16)</sup> L'on ne peut prétendre à l'exhaustivité. Sur le principe dispositif, cons. 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<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> septembre 1993, *J.T.*, 1993, pp. 17 et s.; 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.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 46-70, nos 32 et s.; F. RIGAUX, «L'objet et la cause de la demande», *R.C.J.B.*, 1973, p. 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. FETTWIS, *Da mihi factum, dabo tibi ius*, *Jur. Liège*, 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, nos 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, nos 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, nos 4-5; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Absens indefensus est*, in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, loc. cit., pp. 210-212, nos 63-64.

<sup>(17)</sup> Pour un exposé d'ensemble de ces idées, H. MOTULSKY, «Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits», in *Études de droit contemporain*, Paris, 1959.

qu'il est au droit judiciaire privé ce que le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la convention-loi (article 1134 du Code civil) sont au droit des obligations, qu'il est au procès civil ce que l'*abusus* est aux droits des biens. À s'en tenir à des parallèles plus modernes, le principe dispositif serait alors le voile derrière lequel les parties abriteraient leur vie privée (leur *privacy*) des indiscretions du juge étatique. Dans l'un et l'autre cas, il y va de la manifestation de l'émergence d'une société libérale, où le particulier détient une part plus grande de liberté, tenant en respect toute incursion de la puissance publique. Dans ce contexte philosophique, le système juridique fait de ses sujets des titulaires de droit. Il leur accorde des droits subjectifs dont ils peuvent librement «disposer». Le *ius agendi* est au nombre de ces droits; il se distingue toutefois de tous les autres dans la mesure où il 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>(18)</sup>.

L'idée est grandiose; l'option est fondamentale. Leurs retombées immédiates sont toutefois moins déterminantes qu'il y paraît. Certes, les applications du principe dispositif sont multiples. C'est de ce principe que procède l'interdiction faite au juge de modifier l'objet de la demande en se prononçant sur des choses qui ne lui sont pas demandées (*infra*, n° 19). Mais l'on ne peut davantage ignorer que si le rattachement de l'immutabilité de l'objet au principe dispositif se conçoit sans difficulté<sup>(19)</sup>, ledit principe n'aide pas à définir la notion même d'objet, en ce sens qu'en lui-même, ce principe ne permet pas d'inférer l'incorporation ou non de la qualification juridique de la prétention à l'objet.

C'est aussi du principe dispositif que découle l'interdiction faite au juge de se déterminer d'après des faits qu'il sait de «science personnelle», à moins que ceux-ci soient notoires, ou qu'il s'agisse de règles d'expérience commune. Mais c'est précisément pour faire entorse à cette interdiction de principe que la Cour de cassation énonce que le principe dispositif ne s'appliquerait pas en matière fiscale (*infra*, n°s 14-15, *supra*, note [31]).

Le principe dispositif n'est jamais aussi vivace qu'en présence d'accords procéduraux conclus par les parties. En vertu de ces accords, les parties font un usage simultané et convergent de leurs libertés en vue de lier le juge. Ainsi, nul n'a jamais contesté que le principe dispositif induit dans le chef du juge un devoir de prendre en compte, et une interdiction corrélative de contester, un fait «sur la réalité duquel s'accordent les parties en cause»<sup>(20)</sup>. Ce qui vaut pour le fait vaut également pour le droit : il est constant que, sous réserve de l'ordre public et pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elle entendent limiter le débat<sup>(21)</sup>. Cet aspect classique du principe dispositif demeurerait somme toute assez anodin si ne se posait pas, avec une particulière acuité, la question de la *nature* de ces accords en vertu desquels les parties lient le juge sur le fait et/ou sur le droit. Avec cette question, les certitudes se dissipent. S'agit-il nécessairement d'accords exprès, ou des accords implicites (dédits de l'absence de protestation formelle de l'adversaire sur le fait allégué ou sur la règle proposée) suffisent-ils? La question est éminemment controversée<sup>(22)</sup>.

(18) 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.

(19) J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, pp. 535 et s., n°s 50 et 51; proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge...», *op. cit.*, *J.T.*, 1983, p. 515, n°s 12 et 12bis.

(20) F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, p. 47, n° 32; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 81.

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

(22) 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. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *in Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10. *Contra*, exigeant à juste titre un accord procédural exprès, A. FETTWEIS, *Manuel...*, *op. cit.*, éd. 1987, p. 78, n° 62 et p. 81;

C'est encore du principe dispositif que le droit belge déduit le monopole de principe des parties sur l'introduction du litige et l'incapacité corrélatrice du juge à s'en saisir d'office <sup>(23)</sup>.

Dans le prolongement immédiat du monopole des parties sur l'introduction des actions, c'est également le principe dispositif qui se trouve à la source de la liberté, aujourd'hui très étendue, qui leur est offerte de modifier à tout moment, par le jeu des demandes incidentes, le cadre initial de leur débat <sup>(24)</sup> (*infra*, n° 6 et suiv.).

Il s'agit là, en substance, des seules applications que, sous réserve des nuances déjà signalées, l'on peut directement et certainement déduire du principe dispositif sans excéder les contours d'une pure description.

4. Mais les consensus s'estompent et les certitudes se diluent lorsqu'on entreprend de pointer le lien qu'entretient le principe dispositif avec la problématique des parts respectives du juge et des plaideurs dans l'application du droit au fait, c'est-à-dire avec la question du rôle du juge au regard de l'objet et du fondement (la cause) de la prétention judiciaire.

Sous cet angle, on a tôt fait de constater que ce qui peut être tenu pour réellement acquis se réduit à peau de chagrin. À vrai dire, la seule chose qui peut, avec certitude, être dite, dans ce contexte, 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>(25)</sup>. Tout le reste prête le flanc à la discussion. Sur un plan strictement descriptif, il est 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>(26)</sup>. Ce type de déductions appartient déjà au domaine de l'incertain, et, dès lors, leur affirmation relève, non plus de la description, mais de la spéculation. Car si la maîtrise de la matière litigieuse revient aux parties, et échappe corrélativement au juge, ce que recouvre cette «matière litigieuse» – et partant, les domaines respectifs du juge et des parties restent à identifier <sup>(27)</sup> : s'agit-il uniquement des faits; s'agit-il également du droit? Y a-t-il, à côté des principes, matière à exceptions? Hisser en déduit – comme le font les tenants des thèses classiques sur l'office du juge (voy. *infra*, n° 24-27) – que le principe dispositif s'étend à la détermination des normes et qualifications juridiques applicables, ce qui 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>(28)</sup>. Si l'on pose – rien ne le commande, mais ne l'interdit non plus – que le principe dispositif recouvre le choix de la règle de droit et, partant, que la cause s'entend du fondement juridique ou du titre juridique invoqué à l'appui des faits générateurs de la prétention, on oppose frontalement ledit principe à l'idée que le juge connaît et dit le droit en toutes situations. Dans cette conception, le principe dispositif limite considérablement la portée des adages précités. Ceux-ci n'y trouveraient plus application

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.*, loc. cit., p. 159, n° 19; A. MEEUS, «La notion de loi impérative...», *op. cit.*, R.C.J.B., 1986, p. 518, n° 22 et p. 523, n° 27. À propos de ce débat, qui sera analysé de manière approfondie ci-après, *sub* n° 475-477, 540-543, 732-754 et 1017-1036, voy. encore M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, n° 100 et 101. *Adde*, dans le même sens, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, n° 476, n° 540-543, 733-737, 747-754 et 1024-1036.

<sup>(23)</sup> Par exemple : proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge...», *op. cit.*, J.T., 1993, pp. 21 et s., évoquant également les exceptions controversées dont souffre la règle. Sur le principe et sur les exceptions, *adde* E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtgronden», *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et s., spéc. pp. 655-667, n° 2-16.

<sup>(24)</sup> G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 37, n° 23; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 85, n° 66.

<sup>(25)</sup> J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>e</sup> éd., 2001, pp. 478-479, n° 546.

<sup>(26)</sup> 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*).

<sup>(27)</sup> 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 en 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».

<sup>(28)</sup> 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.*, loc. cit., pp. 101-102, n° 11; V. VANNES, «Le rôle du juge dans le contentieux social», *op. cit.*, loc. cit., p. 374, n° 11.

que dans les cas, d'école, où les parties soumettent au juge des prétentions libellées en termes de faits 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 (civil ou fiscal) par un dogmatisme usurpé. Aussi, nous ne pouvons souscrire au discours qui, confrontant le principe dispositif à l'adage *iura novit curia* et limitant la portée du second par les exigences du premier, propose de tenir pour acquis incontesté un postulat selon lequel «le principe dispositif étend son empire à l'application du droit»<sup>(29)</sup>. Cette affirmation n'est pas plus légitime ni plus exacte que l'allégation du contraire. Tels sont, éminemment précaires, les fondements théoriques sur lesquels il s'agit à présent d'entreprendre l'analyse des déductions classiques du principe dit «dispositif», en l'indexant au contentieux fiscal.

## II. Principe dispositif et contentieux fiscal : la mutabilité du litige à l'initiative des parties

5. Rompant d'avec le dogme de l'immutabilité de l'instance et les contingences du contrat judiciaire, le

Code judiciaire offre aujourd'hui aux parties une très grande latitude de transformer, de modifier le cadre initial du litige, par l'adjonction de prétentions nouvelles ou d'éléments de fait et/ou de droit jusque-là inédits. Au prix d'un rappel sommaire de ces règles (A), il importe surtout d'en mesurer la pénétration et la compatibilité en droit judiciaire fiscal (B).

### A. Des demandes incidentes en droit commun du procès (généralités)<sup>(30)</sup>

6. Si l'on se place du côté du demandeur, celui-ci peut tout d'abord, en vertu de l'article 808 du Code judiciaire, formaliser une demande additionnelle. Ainsi que l'indique la liste, non limitative, de modifications ainsi autorisées par cette disposition, la demande additionnelle consiste tout au plus en l'adaptation de la demande (principale) originaire. Elle en forme le complément, l'accessoire, logique et prévisible<sup>(31)</sup>. Reprenant une terminologie fréquemment usitée par la Cour de cassation, on peut assimiler la demande additionnelle à toute demande, toute prétention qui, au vu de son objet, est «virtuellement comprise» dans la demande principale, et initiale, du demandeur<sup>(32)</sup>.

<sup>(29)</sup> F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, op. cit., pp. 50-51, n° 34.

<sup>(30)</sup> Sur les demandes incidentes en général, et sur la demande nouvelle régie par l'article 807 du Code judiciaire en particulier, voy. les importantes études de S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 55; du même auteur, «La modification de la demande...», op. cit., in *Rapport de la Cour de cassation*, éd. du Mon. b., 2002, pp. 177 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les demandes reconventionnelles depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire : aspects théoriques et pratiques», *Ann. dr. Louvain*, 1992, pp. 3 et s.; note sous Bruxelles, 10 octobre 1991, *R.G.D.C.*, 1993, pp. 165 et s., et surtout «Demande principale et demande incidente : dépendance ou autonomie», in *Le procès au pluriel* (sous la direction de M. STORME et P. TAELEMAN), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1998, pp. 27 et s. Adde, B. MAES, «De bepaling van het voorwerp van de vordering tijdens het burgerlijk geding», in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la direction de M. STORME et J. LINSMEAU), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, pp. 50 et s., spéc. pp. 60-63, n°s 11-12; K. BROECKX, «De feiten in de dagvaarding - Het arrest van het Hof van Cassatie van 28 april 1994», *R. Cass.*, 1994, p. 322, n° 4; J. VAN BOEKHOUDT, «Uitbreiding en wijziging van de aanhangende vordering - Een wondermiddel?», *R.W.*, 1978-1979, p. 2375; 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>e</sup> partie, pp. 5 et s.; Ph. THION, «Variatie op hetzelfde thema - De vordering vernieuwen zonder te verrassen : artikel 807 Ger. W.», note sous Anvers, 17 septembre 2001, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, pp. 122 et s.

<sup>(31)</sup> Voy. notamment A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., P.U. Liège, 1987, p. 86, n° 68. Sur les contours de la demande additionnelles, voy. par exemple Cass., 20 mai 1999, *J.T.*, 2000, p. 230.

<sup>(32)</sup> Cass., 29 novembre 2002, R.G., n° C.000156.N, en cause de K.-M. c. V.-M.; Cass., 29 novembre 2002, R.G., n° C.00.0729.N; précédé des concl. de M. l'avocat général délégué THYS. Aux termes de ses conclusions précédant le second arrêt, M. l'avocat général délégué THYS énonce à juste titre que la notion de «demande virtuellement comprise dans la demande principale» «concerne en réalité les dénommés "accessoires" que l'article 808 du Code judiciaire énumère à titre exemplatif. Il s'agit essentiellement des intérêts, arrérages, loyers et les augmentations ou dommages et intérêts ultérieurement justifiés, sans préjudice des sommes dues en compensation. (...) L'essentiel gît dans l'article 808 du Code judiciaire. (...) Ainsi, les demandes "virtuellement" (implicite) incluses dans la demande originaire ne sont pas considérées comme des demandes nouvelles. Ce sont des demandes qui limitent uniquement la portée de la demande originaire, des demandes qui en résultent nécessairement ou précisent leur conséquence, telle la majoration du montant des indemnités originairement demandées en raison de l'extension du dommage. La demande extensive ou modificative visée à l'article 807 du Code judiciaire dont il est question en l'espèce doit être distinguée des demandes complémentaires admises tant en première instance qu'en degré d'appel, même par défaut, en application de l'article 808 du Code judiciaire. Ces demandes ne pouvaient être introduites au même moment que la demande originaire dès lors que, même si elles prolongent immédiatement la demande originaire, les sommes réclamées n'étaient pas encore exigibles ou dues à cette époque. (...) Cette dernière condition (i.e. l'inclusion virtuelle d'une demande incidente dans la demande principale) coïncide avec la possibilité d'introduire une demande complémentaire au sens de l'article 808 du Code judiciaire, tant en première instance qu'en degré d'appel et même par défaut».

7. Le demandeur, et lui seul<sup>(33)</sup>, dispose ensuite de la faculté, moyennant le respect de certaines conditions, de greffer sur sa prétention initiale, voire d'y substituer, une ou plusieurs demande(s) proprement nouvelle(s). L'article 807 du Code judiciaire dispose en effet que «la demande dont le juge est saisi peut être étendue ou modifiée, si les conclusions nouvelles, contradictoirement prises, sont fondées sur un fait ou sur un acte invoqué dans la citation, même si leur qualification juridique est différente».

Le texte appelle quelques commentaires.

Quoique ne relevant pas de l'ordre public<sup>(34)</sup><sup>(35)</sup>, cette disposition constitue le legs le plus saillant de l'œuvre de MOTULSKY et du Nouveau Code de procédure civile français, à notre Code judiciaire<sup>(36)</sup>. À ce titre, elle constitue une clé fondamentale de réflexion et de compréhension de la fonction (moderne) de juger. Le texte apporte en effet un très solide appui à la conception factuelle de la cause (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 28-32), puisqu'il dissocie très nettement, et sans équivoque, les faits allégués à l'appui de la prétention des diverses qualifications juridiques dont ces faits seraient susceptibles d'être dotés. La modification, en cours d'instance, de la base légale ou

de la qualification alléguée à l'appui de la prétention, n'équivaut pas à l'introduction d'une demande nouvelle au sens de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(37)</sup>.

On ne peut en tout cas admettre l'interprétation selon laquelle l'article 807 distinguerait l'objet de la cause en maintenant l'intangibilité absolue du premier et en assimilant la seconde à la qualification juridique, renouvelable, de la prétention. Cette interprétation isolée<sup>(38)</sup> est formellement contredite par le *Rapport Van Reepingben*<sup>(39)</sup>, rejetée par une doctrine unanime<sup>(40)</sup> et condamnée par la jurisprudence, dépourvue sur ce point de toute ambiguïté, de la Cour de cassation<sup>(41)</sup>. Il est certain qu'en tant qu'il s'adresse aux parties, l'article 807 du Code judiciaire, d'une part, autorise et régit la modification de la cause tout autant que celle de l'objet, et d'autre part exclut de son champ d'application – et, partant, des notions mêmes d'objet et de cause – la qualification ou la requalification juridique de ces deux notions.

Ce faisant, l'article 807 sonne le glas du dogme de l'immutabilité de la demande et du litige<sup>(42)</sup> et, à travers celui-ci, de la notion surannée de «contrat judiciaire». Jusqu'ores, ces dogme et notion inter-

<sup>(33)</sup> S. MOSSELMANS, «La modification de la demande...», *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 181. Cass., 30 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 902; Cass., 26 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, 1032.

<sup>(34)</sup> Cass., 17 juin 2002, R.G., n<sup>o</sup> S.990144.F; Cass., 23 mai 1985, *A.C.*, 1984-1985, p. 1318; Cass., 1<sup>er</sup> octobre 1990, *Bull.*, 1991, p. 98; Cass., 26 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 281; J. MATTHIJS, «Tussenvordering, tegenvordering en tussenkomst voor arbeidsgerechtigd», *R.W.*, 1972-1973, col. 541-542; A. FETTWEIS, *Manuel...*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 91, n<sup>o</sup> 75; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 547, n<sup>o</sup> 65; Ph. THION, «Variatie op hetzelfde thema...», *op. cit.*, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, p. 122, n<sup>o</sup> 2; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *op. cit.*, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 29; S. CNUDE, «Tussengeschieden...», *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 14, n<sup>o</sup> 26.530. Voy. déjà, sous l'empire du Code de procédure civile, W. BROSEN, «Beroep in burgerlijke zaken en in zaken van koophandel», *A.P.R.*, 1956, p. 283, n<sup>o</sup> 673.

<sup>(35)</sup> En sorte que le moyen pris de la violation de l'article 807 du Code judiciaire ne peut être soulevé pour la première fois en instance de cassation; outre les arrêts cités à la note précédente, cons. Cass., 31 janvier 2002, R.G., n<sup>o</sup> C.00626.N.

<sup>(36)</sup> J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 27-28, n<sup>o</sup> 22; A. FETTWEIS, *Manuel...*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 61, n<sup>o</sup> 55, note 1, p. 62, n<sup>o</sup> 55, pp. 73-74, n<sup>o</sup> 61 et la note 6 et p. 88, note 5; A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, P.U. Liège, 1980, t. II, p. 155, n<sup>o</sup> 186 et les réf. citées en notes.

<sup>(37)</sup> S. MOSSELMANS, «La modification de la demande...», *op. cit.*, *loc. cit.* p. 185; Cass., 8 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n<sup>o</sup> 13. *Adde*, Cass., 16 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, n<sup>o</sup> 287; Cass., 8 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, n<sup>o</sup> 14.

<sup>(38)</sup> Proposée par F. RIGAUX, «L'objet et la cause ...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 250, n<sup>o</sup> 23, *in fine*.

<sup>(39)</sup> *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. du Sénat de Belgique, 1964, 60, pp. 193-198, spéc. p. 198.

<sup>(40)</sup> A. FETTWEIS, G. DE LEVAL et A. KOHL, *op. cit.*, t. II, p. 155, n<sup>o</sup> 186 et les réf. citées en notes; J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 27, n<sup>o</sup> 22; E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtsalve aanvullen...», *op. cit.*, *T.P.R.*, 1982, p. 663, n<sup>o</sup> 10; A. FETTWEIS, *Manuel...*, éd. 1987, pp. 88-89, n<sup>o</sup> 71 et p. 96, n<sup>o</sup> 85; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les demandes reconventionnelles depuis l'entrée en vigueur du Code judiciaire : aspects théoriques et pratiques», *Ann. dr. Louvain*, 1992, pp. 3 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, note sous Bruxelles, 10 octobre 1991, *R.G.D.C.*, 1993, pp. 165 et s., et surtout, du même auteur, «Demande principale et demande incidente : dépendance ou autonomie», in *Le procès au pluriel* (sous la direction de M. STORME et P. TAELMAN), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1998, pp. 27 et s.; K. BROECKX, «De feiten in de dagvaarding – Het arrest van het Hof van Cassatie van 28 april 1994», *R. Cass.*, 1994, p. 322, n<sup>o</sup> 4; J. VAN BOEKHOUDT, «Uitbreiding en wijziging van de aanhangende vordering – Een wondermiddel?», *R.W.*, 1978-1979, col. 2375. *Adde*, B. MAES, «De bepaling van het voorwerp van de vordering tijdens het burgerlijk geding», in *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil* (sous la direction de M. STORME et J. LINSMEAU), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, pp. 50 et s., spéc. pp. 60-63, n<sup>os</sup> 11-12; S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *op. cit.*, *loc. cit.*, n<sup>os</sup> 7-11 et les réf. citées; Ph. THION, «Variatie op hetzelfde thema...», *op. cit.*, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, pp. 122 et s.

<sup>(41)</sup> Cass., 8 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 28.

<sup>(42)</sup> Sur l'immutabilité de la demande et du litige, voy. en Belgique, BRAAS, *Précis...*, *op. cit.*, t. I, n<sup>os</sup> 874-875. Sur la condamnation de cette conception par l'article 807 du Code judiciaire, voy. A. FETTWEIS, *Manuel*, éd. 1987, pp. 83 et s., n<sup>o</sup> 94 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 27, n<sup>o</sup> 22.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 545, n<sup>o</sup> 60.

disaient au demandeur de changer, sans le consentement de son adversaire, le fondement juridique de sa demande. Pareil changement induisait, disait-on, une modification de la cause de la demande. Le formalisme excessif de ces solutions ne s'accommodait pas du souhait d'efficacité et d'accélération de la justice qui a présidé à la réforme du Code judiciaire. L'article 807 de ce Code l'a donc, purement et simplement, aboli. Sous l'empire de ce texte, inchangé depuis 1967, une partie peut librement modifier l'un des éléments constitutifs de sa demande (objet ou cause) pour autant que ce changement puisse être rattaché à un « fait ou à un acte » invoqué dans l'acte par lequel il a introduit cette demande; seul ce rattachement marque la survivance, extrêmement limitée, de la règle ancienne de l'immutabilité.

L'emprise de celle-ci est d'autant plus lâche, que les conditions subordonnant la recevabilité de la demande nouvelle sont généralement appréciées de manière très souple, comme y invite d'ailleurs le souci (le principe?) d'économie des procédures. « Il suffit que le fait ou l'acte fondant la demande étendue ou modifiée ait été énoncé dans l'acte introductif d'instance sans être invoqué de manière explicite par le demandeur à l'appui de sa demande. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le demandeur en déduise *ab initio* des conséquences quant au bien-fondé de sa demande »<sup>(43)</sup>. Dans le même sens, la recevabilité de la demande nouvelle n'est pas subordonnée à la condition qu'elle se fonde exclusivement sur le fait ou l'acte invoqué dans la citation. Elle doit y prendre appui, mais peut concurremment se fonder sur d'autres faits, survenus ou découverts depuis lors<sup>(44)</sup>. Les formes de la contradiction requises par l'article 807 du Code judiciaire doivent, elles aussi, s'entendre de manière raisonnable. Seul le respect du contradictoire importe, fût-il assuré par d'autres écrits de procédure (requête d'appel, acte d'opposition, etc.) que les conclusions visées par le texte<sup>(45)</sup>.

8. En vertu des articles 14, 809 et 810 du Code judiciaire, la partie défenderesse dispose quant à elle de la possibilité de former une demande reconventionnelle contre le demandeur originaire. La demande reconventionnelle n'est pas soumise aux

conditions de recevabilité assignée à la demande nouvelle par l'article 807 du Code judiciaire. Cependant, suivant la Cour de cassation, l'article 807 est applicable à la demande reconventionnelle introduite pour la première fois en degré d'appel<sup>(46)</sup>. Pour le surplus, le régime de recevabilité de la demande reconventionnelle n'appelle pas, pour les fins de la présente contribution, d'autres commentaires. On renvoie le lecteur aux études spécifiquement consacrées à ce régime<sup>(47)</sup>.

## B. Des demandes incidentes en droit judiciaire fiscal

9. Nous voici au seuil de la première étape de notre démarche de réconciliation : quelle serait la spécificité, ou l'absence de spécificité du droit judiciaire fiscal, au regard de ce premier corollaire du principe dispositif que constitue la mutabilité de l'instance par le jeu des demandes incidentes introduites en cours de procès par les parties?

10. Pour ce qui regarde les demandes additionnelles de l'article 808 du Code judiciaire (*supra*, n° 6), l'assujétissement du contentieux fiscal au droit commun du procès ne devrait souffrir aucune difficulté. Rappelant la définition classiquement donnée à ce type de demandes, le commentaire administratif précise à juste titre que « par exemple, le redevable pourrait compléter son action originaire en demandant en cours d'instance que le juge condamne l'État au paiement d'intérêts moratoires ou de dommages-intérêts »<sup>(48)</sup>.

### 1) Le principe : l'article 807 du Code judiciaire est applicable en droit judiciaire fiscal

11. S'agissant des demandes nouvelles visées et régies par l'article 807 du Code judiciaire, le changement opéré par la réforme est majeur. Jusqu'ores, c'est-à-dire sous l'empire des articles 377 à 385 du C.I.R. 1992, seule la décision directoriale était déférée à la censure de la juridiction fiscale, si bien que la saisine de celle-ci était circonscrite, et cadencée, par l'étendue de la demande du contribuable, telle que celle-ci était calibrée et formulée dans le recours administratif initialement introduit. De-

(43) S. MOSSELMANS, « La modification de la demande... », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 185. Cass., 18 février 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 136; Cass., 28 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 206.

(44) S. MOSSELMANS, « La modification de la demande... », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 185, et les arrêts cités en note 29. Voy. not. Cass., 20 mai 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 296.

(45) S. MOSSELMANS, « La modification de la demande... », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 185.

(46) S. MOSSELMANS, « La modification de la demande... », *op. cit.*, pp. 192-193, et les arrêts cités en notes.

(47) Voy. les réf. citées en note 28.

(48) Voy. la circulaire n° Ci.RH.863/530.827 n° 151.

## Principe dispositif et droit judiciaire fiscal

vant la cour d'appel, le contribuable se voyait donc interdire de formuler des griefs nouveaux<sup>(49)</sup>, et *a fortiori* d'introduire des demandes nouvelles sur pied de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(50)</sup>. Il en résultait en synthèse que «les cours d'appel ne [pouvaient] sans excéder leurs pouvoirs substituer leur juridiction à la compétence de l'administration, ce qu'elles feraient en s'attribuant le jugement de contestations soulevées devant elles sans avoir, au préalable, été soumises au directeur ou fait l'objet de la décision de celui-ci»<sup>(51)</sup>.

La réforme opère ici un renversement copernicien<sup>(52)</sup><sup>(53)</sup>. Au vu de l'article 569, alinéa 1<sup>er</sup>, 32<sup>o</sup>, du Code judiciaire, «ce n'est [plus] la décision directoriale qui est déferée à la censure de la juridiction mais bien la contestation fiscale dans son ensemble»<sup>(54)</sup>. Il en résulte que «la saisine de la juridiction n'est plus circonscrite et délimitée par l'étendue de la demande articulée au stade du recours administratif», si bien que «le contribuable peut donc formuler dans sa requête des griefs qui n'ont pas été articulés devant le directeur ou dont celui-ci ne s'est pas saisi d'office»<sup>(55)</sup>. Il se déduit également de l'extension de la saisine du juge fiscal à l'imposition elle-même, combinée avec l'applicabilité de principe des dispositions du Code judiciai-

re, qu'en vertu et aux conditions de l'article 807 de celui-ci, le contribuable peut, devant le tribunal de première instance<sup>(56)</sup>, formuler une demande nouvelle venant se greffer sur son recours administratif initial, et même sur son recours judiciaire<sup>(57)</sup>. Il y a là, assurément, une première et substantielle marque d'allégeance du nouveau droit judiciaire fiscal au droit commun du procès et au principe dispositif. L'administration paraît du reste s'inscrire à la fine pointe de ce mouvement, lorsque, s'inspirant de la jurisprudence la plus actuelle de la Cour de cassation (*supra*, n<sup>o</sup> 7), elle invite en ces termes à une application souple de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(58)</sup>, propice à l'économie des procédures : «en matière d'impôts directs, il conviendra de soulever l'irrecevabilité des demandes nouvelles exposées par le redevable au cours de la procédure et qui seraient fondées exclusivement sur des éléments de fait non articulés dans la requête introductive d'instance»<sup>(59)</sup>, ce pourquoi elle insiste également, et à juste titre, sur la nécessité, pour le redevable, de ne point se contenter, dans la rédaction de sa requête, d'une motivation vague et stéréotypée, se bornant à dénoncer le caractère arbitraire de la cotisation, ou encore à demander l'annulation ou le dégrèvement de celle-ci. Un libellé aussi laconique privera le redevable de la possibilité d'étoffer son

(49) Cass., 10 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1099; R. TOURNICOURT, «Griefs nouveaux ou bien moyens nouveaux : une vieille histoire», *R.G.F.*, 1981, p. 178; M. LEVAUX, «Griefs nouveaux – Pièces nouvelles et caractère d'ordre public du droit fiscal», *Act. dr.*, 1996, p. 663; P. BELLEN, «La compétence de la Cour d'appel au vu de la jurisprudence récente de la Cour de cassation», *R.G.F.*, 1993, p. 82.

(50) Cass., 16 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 51.

(51) Cass., 19 avril 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 899.

(52) J.-J. VISEUR, alors ministre des Finances, «Conclusions», in *La nouvelle procédure fiscale*, Formation permanente C.U.P., loc. cit., vol. XXX, t. II, sept. 1999, pp. 125-126. Sur l'applicabilité de l'article 807 du Code judiciaire au contentieux fiscal issu de la réforme des lois des 15 et 23 mars 1999, cons., outre les études recensées à la note 58, B. DE CLIPPEL, «Introduction d'une demande nouvelle en matière fiscale – La preuve de pertes au sens de l'article 23, § 2, 2<sup>o</sup>, du C.I.R. 1992», note sous Civ. Mons, 1<sup>re</sup> ch. fisc. temp., 17 décembre 2002, *R.G.C.F.*, 4/2003, pp. 57-6; L. DE MEYERE, «Art. 807 Ger. W. : mag het ietsje meer zijn?», note sous Civ. Mons, ch. fisc., 12 février 2002, *T.F.R.*, 2002, pp. 185 et s.

(53) Le revirement législatif était à ce point spectaculaire que fut rapidement posée la question – préjudicielle – de la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution de la différence de régimes entre redevables soumis à la procédure ancienne de «verrouillage» des griefs, et redevables bénéficiant de la possibilité offerte par l'article 807 du Code judiciaire. Par arrêts des 12 juillet et 10 octobre 2001, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 97, alinéa 7, de la loi du 15 mars 1999 relative au contentieux en matière fiscale et l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'ils établissent, à partir du 6 avril 1999, une distinction entre, d'une part, les contribuables qui ont introduit une action auprès de la cour d'appel avant le 1<sup>er</sup> mars 1999 et auxquels sont appliquées les règles relatives aux griefs nouveaux prévues par le C.I.R. 1992 et, d'autre part, les contribuables qui, après le 1<sup>er</sup> mars 1999, peuvent saisir le tribunal de première instance et ont la possibilité d'invoquer le régime prévu aux articles 807 et 808 du Code judiciaire (C.A., arrêt n<sup>o</sup> 92/2001, 12 juillet 2001, *M.B.*, 27 octobre 2001, p. 37394; C.A., arrêt n<sup>o</sup> 122/2001, *M.B.*, 13 novembre 2001, p. 38692; *T.F.R.*, 2002, p. 215, note M. MAUS). *Adde*, Cass., 27 juin 2003, F.010015.N.

(54) Circ. précitée du 18 septembre 2000, n<sup>o</sup> 121. A. DECROËS, «La procédure judiciaire fiscale», *J.D.F.*, 2000, pp. 268 et s., n<sup>os</sup> 19 et s.; J. LINSMEAU, «Les conséquences et effets pratiques de l'application du Code judiciaire», in *La nouvelle procédure fiscale et sa pratique*, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, 1999, p. 126. Comp. F. KONING, «La réforme de la procédure fiscale contentieuse», *Rev. not. belge*, 1999, p. 326.

(55) Circulaire précitée du 18 septembre 2000, n<sup>o</sup> 139.

(56) *Idem*, n<sup>o</sup> 139 et n<sup>os</sup> 145-148; voy. à ce propos l'avis circonstancié du Conseil d'État du 23 juin 1997, in *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire 1997-1998, n<sup>o</sup> 1341/1, p. 67.

(57) Sur cette innovation capitale, voy. A. DECROËS, «La procédure judiciaire fiscale», *J.D.F.*, 2001, pp. 17 et s., n<sup>os</sup> 89 et s.

(58) Comp. les inquiétudes exprimées par R. FORESTINI, *La réforme...*, op. cit., p. 43, n<sup>o</sup> 39.

(59) Circulaire précitée du 18 septembre 2000, n<sup>o</sup> 148.

recours dans des conclusions subséquentes, faute pour lui de bâtir ces demandes nouvelles sur des faits et/ou des actes réellement invoqués dans sa requête principale, au sens de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(60)</sup>. L'administration demeure parfaitement fidèle au droit commun énoncé par cette disposition légale, lorsqu'elle rappelle que celle-ci ne relève point de l'ordre public (en sorte que le juge ne pourra d'office soulever l'irrecevabilité de la demande nouvelle du redevable à raison du non-respect des conditions édictées par l'article 807)<sup>(61) (62)</sup>.

## 2) Le redevable est le demandeur originaire

C'est à juste titre également que l'administration rappelle que cette disposition ne s'applique par ailleurs qu'au seul demandeur originaire (*i.e.* le redevable)<sup>(63)</sup>. Ainsi que le précise le commentaire administratif, «il convient de noter que l'article 807 du Code judiciaire ne s'applique qu'au demandeur. Dès lors, l'article 807 n'est pas applicable à la demande incidente formée par le défendeur»<sup>(64)</sup>. En conséquence, poursuit le commentaire, l'administration pourrait en principe formuler en conclusions une demande incidente qui ne se fonderait pas sur un fait invoqué dans la requête, étant entendu, toutefois, que l'administration ne peut aggraver la situation du contribuable et que la partie adverse doit pouvoir y répondre. En réalité, la demande incidente dont l'administration envisage ici la possibilité correspond, eu égard au raisonnement qu'elle tient, à une demande reconventionnelle (*supra*, n° 8).

Nous verrons plus loin dans quelles limites s'inscrit toutefois la recevabilité de cette demande reconventionnelle du fisc.

Pour l'heure, attachons-nous à vérifier l'exactitude de l'affirmation selon laquelle l'administration ne peut, devant le tribunal de première instance, formuler à l'encontre du contribuable une demande nouvelle au sens, et aux conditions de l'article 807 du Code judiciaire. Car est-il tellement évident, devant les juridictions de l'ordre judiciaire, d'attribuer au redevable la qualité procédurale de demandeur (auquel est réservé le bénéfice de l'article 807), et au fisc celle de défendeur? Cette question permet de faire écho à la controverse touchant au point de savoir si, à l'instar du redevable, l'administration dispose elle aussi d'un droit à la saisine du tribunal de première instance<sup>(65)</sup>. Il se trouve en effet que le contentieux fiscal présente une spécificité ainsi décrite par Mme DECROËS<sup>(66)</sup>: «La seule particularité de ce litige par rapport au litige ordinaire est qu'en raison du privilège du préalable et du privilège de l'exécution d'office dont dispose l'administration en tant que puissance publique, il y a une inversion du contentieux, c'est-à-dire mise en œuvre de la procédure par le débiteur (le contribuable) et non, comme d'ordinaire, par le créancier (l'administration fiscale) (...)». «Le contribuable qui entend contester la déduction de l'impôt établi par l'administration est donc, sur le plan procédural "demandeur"». À nos yeux, la qualité procédurale de demandeur n'a point pour effet de modifier les règles de la charge de la preuve<sup>(67)</sup>; de soumettre le contribuable à la caution

<sup>(60)</sup> *Idem*, n° 148.

<sup>(61)</sup> Voy. d'ailleurs Civ. Bruxelles, 16 novembre 2001, *R.G.C.F.*, 2002, p. 22, déclarant recevable la demande nouvelle tendant à la condamnation de l'État belge au remboursement d'un montant de précompte mobilier retenu par le débiteur des revenus, s'ajoutant aux montants de précompte faisant l'objet de la demande originaire, qui est introduite plus de six mois après la date de réception de la réclamation contre ce nouveau précompte, alors que ce recours n'a pas fait l'objet d'une décision, par voie de conclusions auxquelles est jointe une copie du recours administratif et de l'accusé de réception de ce recours. Il n'appartenait pas au tribunal de relever d'office que la demande nouvelle n'était fondée ni sur un fait ni sur un acte invoqué dans l'acte introductif d'instance, l'article 807 n'étant, on le répète, ni impératif ni d'ordre public. Au passage, l'on souligne l'importance de la différence entre d'une part le droit procédural, qui est rythmé par sa propre distinction entre ordre public et ordre privé, et d'autre part le droit substantiel qui, comme c'est le cas en matière fiscale, peut ressortir totalement de l'ordre public. Sur cette distinction fondamentale entre ordre public substantiel et ordre public procédural, cons. not. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant - L.G.D.J., 2004, pp. 274 et s., n°s 281 et s.

<sup>(62)</sup> Circulaire du 18 septembre 2000, précitée, n° 148, *in fine*. Il est toutefois regrettable que l'administration se soit ensuite contredite sur ce point. Voy. en effet, les développements repris au n° 238 de la même circulaire, énonçant qu'«il conviendra d'être particulièrement attentif au respect de l'article 807 du Code judiciaire et de soulever l'irrecevabilité des griefs qui ne seraient pas fondés sur un fait ou un acte invoqué dans la requête. Toutefois, il y a toujours lieu de réfuter de tels griefs nouveaux à titre subsidiaire».

<sup>(63)</sup> *Idem*, n° 148, *in fine*.

<sup>(64)</sup> *Idem*, n° 149, citant Cass., 26 mai 1976, *Pas.*, I, 1032. *Adde, supra*, n° 7 et les réf. citées à la note 31.

<sup>(65)</sup> Au sujet de cette controverse, voy., en sens divers, A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, pp. 264 et s., n°s 10 et s.; J. LINSMEAU, «Les conséquences et les effets pratiques de l'application du Code judiciaire...», *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 124-125; Th. AFSCHRIJFT et M. IGALSON, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», *J.T.*, 1999, p. 496, n° 42; J.-P. BOURS, «La réforme de la procédure fiscale – Synthèse», in *La nouvelle procédure fiscale*, formation permanente C.U.P., vol. XXX, t. 1<sup>er</sup>, 1999, p. 277, n° 86; R. FORESTINI, *La réforme de la procédure fiscale par les lois des 15 et 23 mars 1999*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 33; F. KONING, «La réforme de la procédure fiscale contentieuse», *Rev. not.* 1999, p. 330.

<sup>(66)</sup> *Op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, p. 264, n° 10.

<sup>(67)</sup> Sous réserve de cas spéciaux de renversement de la charge de la preuve en matière fiscale, par exemple à défaut de réponse à une demande de renseignements ou en cas de taxation d'office.

*judicatum solvi*, ni de l'assujettir à peine de fin de non-recevoir à l'exigence d'une immatriculation au registre du commerce<sup>(68)</sup>. Est-ce cependant à dire que, tout comme en matière d'opposition à jugement par défaut, l'administration serait en réalité la partie demanderesse originaire, seule habilitée à formaliser une demande au sens de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(69)</sup>? Absolument pas, selon nous, car au stade judiciaire du litige fiscal, les situations ne sont plus comparables; le contentieux introduit par le contribuable est entièrement nouveau et, pour la première fois, de nature judiciaire<sup>(70)</sup>. Il nous paraît donc que, dans le prolongement logique de l'enseignement (classique au demeurant<sup>(71)</sup>), et appuyé par les travaux préparatoires de la réforme de 1999<sup>(72)</sup>) selon lequel l'administration ne dispose pas d'un droit d'action l'habilitant à saisir le tribunal de première instance, elle ne pourra davantage lui soumettre une «demande nouvelle» destinée, dans le respect des conditions prescrites par l'article 807, à recalibrer l'objet (*i.e.* le *quantum*) ou la cause (*i.e.* la justification) d'une cotisation.

### 3) Illustrations

Pour le surplus, c'est évidemment à la jurisprudence, et à l'analyse empirique qui pourra en être déduite, qu'il appartiendra de définir quelles sont, dans les limites admises par l'article 807 du Code judiciaire, les demandes nouvelles et les griefs nouveaux susceptibles d'être formulés en cours de procès par le redevable<sup>(73)</sup>. En voici quelques exemples. Devrait être reçue la demande nouvelle tendant à l'annulation totale de la cotisation litigieuse ou à un dégrèvement de celle-ci dans des proportions plus importantes que celles sollicitées par la demande initiale (principale). Satisferait également aux conditions de recevabilité édictées par l'article 807 une demande incidente visant à obtenir un remboursement d'impôt, substituée en cours de procédure à une demande initiale postulant le dégrèvement de la cotisation litigieuse<sup>(74)</sup>. Demeure recevable à l'aune de l'article 807 du Code judiciaire la demande du contribuable tendant à l'annulation de la cotisation litigieuse en raison du caractère arbitraire de l'imposition, là où sa demande initiale postulait le dégrèvement de la cotisation sur pied de preuves destinées à renverser les signes et indices retenus par l'administration<sup>(75)</sup>. Il y aura

<sup>(68)</sup> G. DE LEVAL, «Au sujet de l'inversion du contentieux», *Liber amicorum C.D.V.A.*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 243-244.

<sup>(69)</sup> Cass., 9 juin 1989, *Pas.*, 1989, 1087.

<sup>(70)</sup> Sur cette question voy. aussi Th. AFSCHRIJFT et M. IGALSON, «La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999», *J.T.*, 1999, p. 499 et 500, n°s 59 et s.; F. KONING, «La réforme de la procédure fiscale contentieuse», *Rev. not.*, 1999, p. 335.

<sup>(71)</sup> Voy. déjà, en effet, Cass., 8 juin 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 197, précédé des conclusions de M. l'avocat général SARTINI VAN DEN KERCKHOVE et Cass., 3 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 476, dont il résulte que l'administration ne pouvait prendre l'initiative de déférer la décision directoriale à la censure de la cour d'appel. Voy. égal. Ch. CARDYN, H.-R. DEPRET et M. LOOCKX, *Procédure fiscale contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 205, ainsi que J.-M. DEGEE, «Le pouvoir du juge fiscal de soulever d'office des moyens non invoqués par le contribuable dans la procédure issue des lois de mars 1999», note sous Civ. Anvers, 28 juin 2002, *R.G.C.F.*, 2004, p. 25, n° 13.

<sup>(72)</sup> Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget, *Doc. parl.*, Chambre sess. 1997-1998, n° 1341/17, p. 68, reprenant les propos du ministre, selon lequel «lorsque le directeur des contributions accepte la réclamation introduite par un contribuable, aucune autre autorité administrative (y compris l'inspection spéciale des impôts) ne peut introduire de recours devant le tribunal contre cette décision».

<sup>(73)</sup> Au regard de la souplesse avec laquelle la Cour de cassation interprète actuellement l'article 807 du Code judiciaire et la recevabilité des demandes nouvelles (voy. la remarquable étude, déjà citée de S. MOSSELMANS; en jurisprudence, voy. en particulier Cass., 28 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1250; Cass., 19 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 419, ainsi que Cass., 29 novembre 2002, commenté in «Rapport de la Cour de cassation», 2003, p. 426), on peut regretter que les exemples proposés à ce sujet par la circulaire n° Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000 (voy. spéc. le n° 148) témoignent d'une conception trop restrictive de la demande nouvelle notamment en ce qui concerne les charges professionnelles ou les situations indiciaires. Cette acception de la demande nouvelle paraît d'autant plus surannée qu'elle se fonde par ailleurs sur la jurisprudence, désormais périmée, en vertu de laquelle il était interdit au contribuable de soumettre de nouveaux griefs à la cour d'appel (la circulaire cite en effet Cass., 8 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 679; Cass., 27 novembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 85; Anvers, 2 mars 1982, *F.J.F.*, n° 83/7, ainsi que Anvers, 30 mars 1982, *F.J.F.*, 83/8). À relire tous ces exemples, on aboutit à la conclusion que la demande nouvelle ou le grief nouveau, demeurait fondé sur un «fait et/ou sur un acte invoqué(s)» dans le recours originaire. Au demeurant, en cours d'élaboration des lois des 15 et 23 mars 1999, le ministre avait lui-même judicieusement rappelé que «la jurisprudence qui s'est développée aboutit à une application extrêmement large et souple de cet article» (*i.e.*, l'article 807 du Code judiciaire) (in «Rapport de la commission des finances», *Doc. parl.*, Chambre sess. 1997-1998, n° 1341/17, p. 232). *Adde*, les judiciaires commentaires de R. FORESTINI, *op. cit.*, p. 43, n° 39 et la note 98).

<sup>(74)</sup> A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 20, n° 91. Voy. aussi, dans le même sens, n° 148. *Adde*, Civ. Liège (19<sup>e</sup> ch., 12 mars 2003, *R.G.C.F.*, 2004, p. 86).

<sup>(75)</sup> Civ. Anvers, 23 mars 2003, *F.J.F.*, 2003, p. 878. *Contra*, mais à tort selon nous, Civ. Mons, ch. fisc., 12 février 2002, *T.F.R.*, 2003, p. 185, note L. DE MEYERE : «le contribuable qui, après avoir soulevé au cours de la procédure, des éléments comme preuve contraire contre une imposition sur la base des signes et indices, objecte le caractère arbitraire de cette imposition, intente une nouvelle action judiciaire qui n'est pas admissible conformément à l'article 807 du Code judi-

encore demande nouvelle, recevable à l'aune de l'article 807, lorsque le contribuable réclamera, en sus des fins postulées par sa requête, l'obtention de dommages et intérêts du chef de taxation téméraire en vexatoire<sup>(76)</sup>. Jugé par contre, de manière trop timide à notre estime, qu'est irrecevable au regard de l'article 807 du Code judiciaire la demande nouvelle invoquant, comme nouveau fondement à la prétention à l'annulation de la cotisation litigieuse, l'absence de communication régulière d'un avis rectificatif, au motif que cette modification de la cause de la demande principale ne serait pas fondée sur un fait invoqué dans la requête introductive d'instance déposée par le contribuable<sup>(77)</sup>.

#### 4) Demande nouvelle portant sur d'autres impôts.

En raison de ses enjeux pratiques évidents, une hypothèse retiendra sans doute davantage l'attention : on vise la question de l'extension, par voie de demande(s) nouvelle(s), de la demande principale à d'autres cotisations relevant de l'I.P.P., voire à d'autres impôts.

##### a. Demande introduite après l'expiration du délai prescrit par l'article 1385undecies du Code judiciaire

Pour l'heure, on cantonne la question – et la difficulté – à des hypothèses où les demandes nouvelles sont

introduites après l'expiration du délai prescrit par l'article 1385undecies du Code judiciaire (lorsque tel n'est pas le cas, voy. *infra*). En cours de travaux préparatoires, le ministre a indiqué que «la jurisprudence devra régler cette question»<sup>(78)</sup>. La controverse allait inmanquablement surgir<sup>(79)</sup>. À la vérité, tout dépend à nouveau de l'acception – extensive ou restrictive – que l'on donne à la notion de «fait ou acte invoqué dans la citation originaire» au sens de l'article 807 du Code judiciaire. Si, comme nous le pensons au vu de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation et des déclarations du ministre en cours de travaux préparatoires, ce concept fait l'objet d'une interprétation souple, la recevabilité de la demande nouvelle, portant sur une autre cotisation et/ou sur un autre impôt, ne fait aucun doute. À l'appui de cette thèse, il est du reste permis de rapprocher l'hypothèse envisagée avec l'espèce ayant donné lieu à un arrêt du 3 mai 1978 de la Cour de cassation. Un chômeur saisit le tribunal du travail d'un recours tendant à la levée d'une sanction administrative l'excluant temporairement du bénéfice des allocations de chômage. Dans son acte introductif d'instance, le demandeur s'était borné à signaler l'existence d'une triple décision aux termes de laquelle l'O.N.Em. avait réduit la rémunération de référence, réclamé la restitution d'allocations indûment perçues, et enfin exclu l'intéressé du bénéfice du chômage pour une durée de treize semaines. Ce n'est qu'en degré d'ap-

ciaire. Il s'agit en effet d'une action comportant un autre objet (annulation au lieu de dégrèvement) et une autre cause (imposition arbitraire au lieu de preuve contraire contre les signes et indices invoqués). C'est précisément le propre de la demande nouvelle de l'article 807 du Code judiciaire (désormais applicable au contentieux fiscal) que de permettre la transformation de la demande initiale par modification de son objet et/ou de sa cause... (voy. d'ailleurs, dans notre sens, l'analyse proposée par Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 500, n° 59). Au demeurant, la Cour de cassation considère qu'un dégrèvement correspond à une annulation partielle de la cotisation : Cass., 6 février 1962, *J.P.D.F.*, 1962, p. 243; D. LAMBOT, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 486, n° 48. Comp. J.-P. MAGREMANNE, «Le délai de réenregistrement de l'article 355 du C.I.R. 1992», *R.G.F.*, 1998, p. 221.

<sup>(76)</sup> A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 20, n° 91, citant le «Rapport fait au nom de la commission des finances et du budget», *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1998-1999, n° 1341/23, p. 23, ainsi que le «Rapport fait au nom de la commission des finances et des affaires économiques», *Doc. parl.*, Sénat, session 1997-1998, n° 1-966/11, p. 232.

<sup>(77)</sup> Civ. Mons, 1<sup>re</sup> ch. fisc. temp., 17 décembre 2002, *R.G.C.F.*, 4/2003, p. 56, note B. DE CLIPPEL. On peut se demander si cette décision ne repose pas sur une interprétation trop sévère, et à ce titre inexacte, de l'article 807 du Code judiciaire. En effet, il est très généralement admis que l'article 807 du Code judiciaire autorise le demandeur, dans le respect de la contradiction, à modifier sa demande par l'apport aux débats de faits non invoqués dans l'acte introductif (A. FETTWEIS, *Manuel...*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 90, n° 74; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence – Droit judiciaire privé»; *R.C.J.B.*, 1997, p. 547, n° 64; J. VAN COMPERNOLLE, «Examen de jurisprudence – Les voies de recours», *R.C.J.B.*, 1987, pp. 176-177, et les réf. citées; Cass., 28 avril 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 812; Cass., 10 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 296; Cass., 15 juin 1981, *R.D.S.*, 1981, p. 500; Cass., 16 décembre 1982, *R.W.*, 1984-1985, col. 688; Cass., 4 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 158). Les raisons qui font admettre cette lecture souple, et constante, de l'article 807 du Code judiciaire, autorisent à nos yeux, par voie d'analogie et de symétrie, le juge à fonder sa décision en prenant appui sur des faits qui, quoique lui étant régulièrement soumis (par les conclusions et/ou par le dossier de la procédure), n'ont pas été spécialement invoqués (soudés) au soutien de la prétention originaire (voy. *infra*, n° 44; voy. déjà J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, spéc. p. 410, n° 460, et la note 1143).

<sup>(78)</sup> In «Rapport fait au nom de la commission des finances et des affaires économiques», *Doc. parl.*, Sénat, sess. 198-1999, n° 1-966/11, p. 232.

<sup>(79)</sup> Irrecevabilité de la demande nouvelle portant sur d'autres cotisations que celle faisant l'objet de la demande principale : Civ. Bruxelles, 32<sup>e</sup> ch., 23 juillet 2001, *R.G.C.F.*, 2002, p. 22. *Contra* (recevabilité de la demande nouvelle – introduite par voie de conclusions – portant sur d'autres cotisations, ou d'autres impôts (T.V.A., par exemple), réclamés au même contribuable), Civ. Mons, 4 mars 2003, *F.J.F.*, 2003, p. 527 (subordonnant la recevabilité de la demande nouvelle à celle de la demande principale); Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 500, n° 62 *initio* et n° 63; A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 21, n° 92.

pel que, pour la première fois, la personne sollicita de la cour du travail l'annulation de la deuxième décision (la restitution d'indemnités prétendument versées à tort). La Cour de cassation n'y vient rien d'autre qu'une demande nouvelle satisfaisant aux exigences de l'article 807 du Code judiciaire<sup>(80)</sup>. Il n'y a guère de raison convaincante de considérer qu'elle raisonnerait différemment en notre hypothèse. Au demeurant, la solution contraire heurterait le souci d'économie des procédures, et – pour tout dire – la logique même. En effet, il ne souffre cette fois aucune contestation, que deux actions introduites par le même justiciable, et portant sur deux cotisations – ou deux impôts – distincts, peuvent être jointes (article 701 du Code judiciaire), même d'office le cas échéant (article 856, alinéa 2, du Code judiciaire), pour cause de connexité (article 30 *juncto* article 566 du Code judiciaire)<sup>(81)</sup>. Le Code judiciaire ne peut donner d'une main, puis reprendre de l'autre. À moins (compte tenu des droits de rôles perçus sur l'introduction de chacune des demandes principales en cas de jonction pour cause de connexité), qu'il faille ramener la question à des enjeux exclusivement... fiscaux. Il est permis d'en douter.

#### b. Demandes introduites avant l'expiration du délai prescrit par l'article 1385undecies du Code judiciaire

La difficulté que l'on tente ici de résoudre gagne en intensité à raison d'une dernière considération technique. Celle-ci interroge la compatibilité du régime de recevabilité de la demande nouvelle fixé par l'article 807 du Code judiciaire, avec le prescrit de l'article 1385undecies du même Code, en vertu duquel l'action judiciaire du contribuable n'est reçue qu'à la double condition que l'intéressé ait «introduit préalablement le recours administratif organisé par ou en vertu de la loi»<sup>(82)</sup>, et que cette «action [soit] introduite au plus tôt six mois après la date de réception du recours administratif au cas

où ce recours n'a pas fait l'objet d'une décision et, à peine de déchéance, au plus tard dans un délai de trois mois à partir de la notification de la décision relative au recours administratif». Qu'advient-il, en d'autres termes, de l'extension de la demande, sur pied de l'article 807 du Code judiciaire, à des cotisations contre lesquelles le recours administratif préalable n'a pas été introduit ou pour lesquelles le délai d'attente de six mois imparti par l'article 1385undecies du Code judiciaire n'est pas encore expiré? Plus encore que la précédente, cette question paraît controversée. Il échet tout d'abord de déterminer si le non-respect de ce délai est ou non assorti d'une sanction, car une réponse négative autoriserait l'introduction de toute demande nouvelle, sans égard au délai de l'article 1385undecies, alinéa 2. Curieusement, la doctrine ne s'est pourtant guère montrée très disert sur cette question préalable. Selon les travaux préparatoires, il s'agirait d'un délai d'ordre<sup>(83)</sup>. Cette terminologie malencontreuse ne reflète certainement pas la volonté du législateur, car l'on sait qu'en règle, le délai d'ordre n'est assorti d'aucune sanction directe, ou qu'à tout le moins la question est gravement incertaine<sup>(84)</sup>. Par hypothèse, notre délai ne peut évidemment être assimilé à un délai dit «accélérateur». Il ne peut davantage être rangé dans la catégorie des délais d'attente<sup>(85)</sup>. En réalité, il s'agit selon nous d'un délai préfix, classiquement défini comme le délai qui précède le déclenchement de la procédure, qui précisément subordonne l'intentement de l'action, et qui à ce titre est sanctionné par l'irrecevabilité de l'action<sup>(86)</sup>. Ceci étant précisé, il reste à déterminer l'incidence de cette sanction (l'irrecevabilité) sur la problématique des demandes nouvelles. On l'a dit, l'unanimité ne règne guère. Aux termes d'une première thèse, la sanction précitée pourrait être évitée par application de l'article 867 du Code judiciaire, qui dispose que «l'omission ou l'irrégularité d'un acte en ce

<sup>(80)</sup> Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1006.

<sup>(81)</sup> Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 500, n° 62 *initio* et n° 63; A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 21, n° 92.

<sup>(82)</sup> Le texte exige que le recours ait été introduit, et non pas instruit et diligenté jusqu'à son terme : Civ. Gand, 5 juin 2003, *F.J.F.*, 2004, p. 399.

<sup>(83)</sup> Voy. J. THILMANY, *Le nouveau droit de la procédure fiscale*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 241, cité par A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, p. 291, n° 58, note 129.

<sup>(84)</sup> J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, «Examen de jurisprudence (1991 à 2001) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 2002, pp. 474 et s., n° 438 et s.

<sup>(85)</sup> *Contra*, Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 498, n° 54, ainsi que A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, p. 290, n° 57. En fin de paragraphe, cet auteur énonce cependant, mais cette fois à juste titre, que le délai de l'article 1385undecies, alinéa 2, est un «délai de fond», et non un «délai de procédure». Or, il n'y a de délais d'attente qu'au sein de la catégorie (générique) des délais de procédure (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 59, n° 41, B; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, «Examen...», *op. cit.* *R.C.J.B.*, 2002, pp. 473 et s., n° 435 et s.).

<sup>(86)</sup> G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, p. 58, n° 41A; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, «Examen...», *op. cit.* *R.C.J.B.*, 2002, p. 473, n° 435, et les réf. citées.

compris le non-respect des délais prescrits à peine de nullité ou de la mention d'une formalité ne peut entraîner la nullité, s'il est établi par les pièces de la procédure que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne ou que la formalité non mentionnée a, en réalité, été remplie». Quoique la fin qu'elle poursuit est salutaire, cette première solution ne peut être approuvée, car elle perd de vue que, *de lege lata*, l'article 867 du Code judiciaire, et plus généralement la théorie des nullités et déchéances déposée dans les articles 860 et suivants de ce même Code, ne s'appliquent qu'aux nullités et déchéances expressément comminées par la loi; tel n'est pas le cas des fins de non-recevoir et des autres défenses<sup>(87)</sup>. Selon une deuxième opinion, la demande nouvelle introduite prématurément (c'est-à-dire avant l'expiration du délai de six mois requis par l'article 1385*undecies*, alinéa 2, du Code judiciaire) est irrémédiablement irrecevable<sup>(88)</sup>. Quoiqu'elle ne le signale point, cette deuxième thèse pourrait, par analogie, se prévaloir de la jurisprudence, ancienne et désormais dépassée, aux termes de laquelle la Cour de cassation considérerait que, en matière de bail à ferme, une demande nouvelle formulée dans des conclusions en vertu de l'article 807 du Code judiciaire ne peut être reçue à défaut d'un appel en conciliation préalable sur la base de l'article 1345 du même Code<sup>(89)</sup>. Cette deuxième thèse a trouvé écho dans un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, du 8 février 2002<sup>(90)</sup>. Le tribunal déclare irrecevable une demande nouvelle introduite quatre mois (seulement) après l'introduction du recours administratif. La demande nouvelle demeure irrecevable, même si, entre-temps, le délai de six mois est venu à échéance sans que la décision ait été rendue : le demandeur ne peut à nouveau étendre sa demande dans le même sens, le tribunal en ayant déjà été saisi. Cette solution pêche selon nous par excès de formalisme, ce qui nous conduit à prôner une troisième piste. À notre estime, la demande nouvelle introduite avant l'expiration du délai de six mois prescrit par l'article

1385*undecies*, alinéa 2, du Code judiciaire ne se heurte à une fin de non-recevoir que dans l'hypothèse, à vrai dire peu fréquente, où ce délai n'a toujours pas expiré au jour de la clôture des débats. En revanche, dans l'hypothèse où aucune décision administrative ne serait intervenue au moment où le juge statue, et si à ce moment le délai de six mois a expiré, on ne voit pas pourquoi la demande ne pourrait être reçue. Pour Mme DECROËS<sup>(91)</sup>, la solution appropriée réside dans le mécanisme de l'exception dilatoire (selon nous le mécanisme des fins de non-procéder)<sup>(92)</sup>. Le caractère prématuré de l'action pourrait en effet être sanctionné non par l'irrecevabilité de la demande mais par une exception dilatoire tendant à la suspension de la procédure jusqu'à ce que le délai soit expiré et que le contribuable puisse exercer son droit d'action. En décider autrement, poursuit-elle, reviendrait à développer un formalisme desséchant. Rappelons en effet qu'en ce cas, le tribunal de première instance pourrait de toute façon, par le jeu des règles de la jonction pour cause de connexité (*supra*), se retrouver finalement saisi de toutes les cotisations critiquées par le contribuable.

**12.** L'administration fiscale peut-elle, à l'instar de tout défendeur en droit commun (*supra*, n° 8), introduire une demande reconventionnelle contre le contribuable demandeur ?

Pour répondre à cette question, il échet d'en poser une autre, en amont de la première : que ce soit par voie principale ou par le truchement de demandes incidentes, le fisc peut-il saisir les juridictions de l'ordre judiciaire d'un recours (d'une critique) contre une décision directoriale ? La réponse négative à donner à cette importante question a déjà été abordée dans l'examen des demandes nouvelles (*supra*, n° 11) : l'administration est sans intérêt pour agir puisqu'elle dispose déjà d'un titre en vertu du privilège du préalable, ce qui rendrait son action judiciaire irrecevable. «La décision du directeur est, en ce qui concerne la cotisation, le dernier acte de

<sup>(87)</sup> G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, op. cit., p. 55, n° 37; J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, op. cit., R.C.J.B., 2002, p. 452, n° 410; G. CLOSSET-MARCHAL, «Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire», note sous Cass., 27 mai 1994, R.C.J.B., 1995, pp. 643 et s., spéc. pp. 647 et s., n°s 9 et s.; C.T. Mons, 20 novembre 1990, J.T.T., 1991, p. 139.

<sup>(88)</sup> Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, op. cit., J.T., 1999, p. 500, n° 62 *initio* et n° 63; A. DECROËS, op. cit., J.D.F., 2001, p. 21, n° 92.

<sup>(89)</sup> Cass., 7 mars 2002, R.G., n° C.99.0360.N; S. MOSSELMANS, «La modification de la cause dans le cadre de l'article 807 du Code judiciaire», *Rapport de la Cour de cassation*, 2002, p. 186. La Cour de cassation est, à juste titre selon nous, revenue sur cette jurisprudence par son arrêt du 3 avril 2003 (Cass., 3 avril 2003, J.T., 2003, p. 420; J.L.M.B., 2003, p. 1393).

<sup>(90)</sup> R.G.C.F., 2002, p. 22.

<sup>(91)</sup> A. DECROËS, op. cit., J.D.F., 2000, p. 292, n° 58. Quelque temps plus tard, le même auteur a par contre soutenu que l'irrecevabilité de la demande prématurée s'imposait irrémédiablement (J.D.F., 2001, p. 21, n° 92).

<sup>(92)</sup> G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, op. cit., p. 49, n° 33.

l'administration, qui la lie et qui la dessaisit définitivement. L'administration a eu – au cours de la phase contentieuse administrative – l'opportunité de parachever l'imposition, en sorte qu'il ne lui serait plus permis de poursuivre la procédure en critiquant la décision du directeur»<sup>(93)</sup>.

En bref, l'administration ne peut, par voie d'action ou de demandes incidentes, aggraver la situation du contribuable. Comme l'énonçait déjà M. l'avocat général GESCHÉ, «le pouvoir de la Cour d'appel n'a d'autre limite que l'intérêt du contribuable requérant ou plutôt que celle qui résulte du caractère de l'instance, lequel s'oppose à ce qu'il soit rien accordé au fisc au-delà de ce que comporte la décision du directeur»<sup>(94)</sup>. Il suit logiquement de cet enseignement que l'administration ne peut formaliser une demande reconventionnelle tendant à la réformation de la cotisation ou de la décision directoriale<sup>(95)</sup>, ou encore à l'accroissement de la base imposable.

Cette règle particulière ne va pas au-delà de ce que sa justification exige, de telle sorte qu'une demande reconventionnelle de l'administration sera tout de même recevable dans trois hypothèses.

Elle le sera tout d'abord au titre de demande reconventionnelle pour procès téméraire et vexatoire<sup>(96)</sup>.

Elle le sera également au titre de demande de cotisation subsidiaire fondée sur l'article 356 du Code de l'impôt sur les revenus : «lorsqu'une décision du directeur des contributions ou du fonctionnaire délégué par lui fait l'objet d'un recours en justice, et que la juridiction saisie prononce la nullité totale ou partielle de l'imposition pour une cause autre que la prescription, l'administration peut même en dehors des délais prévus aux articles 353 et 354, soumettre à l'appréciation de la juridiction saisie qui statue sur cette demande, une cotisation subsidiaire à charge du même redevable et en raison de tout ou partie des mêmes éléments d'imposition que la cotisation initiale» (alinéa 1<sup>er</sup>). «La cotisation subsidiaire n'est recouvrable ou remboursable qu'en exécution de la décision de la juridiction saisie» (alinéa 2). En d'autres termes le droit de

réimposition par et en faveur de l'administration disparaît lorsque l'annulation est prononcée non par le directeur mais par une juridiction<sup>(97)</sup>; c'est le seul cas où un jugement ou un arrêt tient lieu de titre de perception d'un impôt. Au plan procédural, «cette cotisation subsidiaire est soumise à la juridiction par requête signifiée au redevable; la requête est signifiée avec assignation à comparaître lorsqu'il s'agit d'un redevable assimilé en vertu de l'article 35» (alinéa 4). Cette règle procédurale ne se justifie que lorsqu'il s'agit d'introduire une demande à titre principal lorsque la juridiction est déjà dessaisie; rien n'empêche évidemment que la demande de cotisation subsidiaire soit formalisée par voie reconventionnelle à titre subsidiaire dans l'hypothèse où le tribunal prononcerait l'annulation pour une cause autre que la prescription. En bref, voici une disposition qui organise en faveur de l'administration une réparation procédurale d'un type spécial; ce texte ne concerne évidemment pas le fond, notamment lorsqu'il s'agit d'une décision de dégrèvement.

L'on ne peut enfin perdre de vue que l'administration peut évidemment formuler contre le contribuable une demande reconventionnelle dont l'objet est étranger au litige suscité par l'application d'une loi d'impôt. Le tribunal de première instance de Bruxelles<sup>(98)</sup> a eu à connaître, dans le cadre d'une demande principale tendant au dégrèvement d'une taxe communale établie en raison d'un dépôt de véhicules d'occasion, d'une demande reconventionnelle formalisée par la commune tendant à la remise des lieux en état, en application de la législation sur la planification et l'urbanisme. Pour le tribunal, une telle demande serait irrecevable car sa cause est étrangère à celle de la demande principale, consistant dans l'absence de réunion des conditions matérielles et formelles de la dette d'impôt, qui ne sont pas liées à l'absence de permis d'urbanisme. Il est aussi relevé que cette demande reconventionnelle ne constitue pas une défense à l'action principale, qu'elle ne tend pas à la compensation et que les demandes ne sont pas connexes. Cette solution ne peut selon nous être admise; l'article 807 du

<sup>(93)</sup> A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, pp. 264 à 268, n<sup>os</sup> 10 à 18 et spéc. n<sup>o</sup> 16, p. 267 et les réf. cit. *Addé*, dans le même sens, la pertinente analyse de R. FORESTINI, *op. cit.* pp. 36 et s., n<sup>os</sup> 33 et s., ainsi que celle de M. LEVAUX, «La procédure judiciaire fiscale», *op. cit.*, C.U.P. vol. XXX, t. II, sept. 1999, *loc. cit.*, pp. 45-46.

<sup>(94)</sup> Av. gén. GESCHÉ, concl. précéd. Cass., 22 juin 1936, *Journ. prat. dr. fisc.*, 1938, p. 127.

<sup>(95)</sup> A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 22, n<sup>o</sup> 94, citant dans le même sens M. FEYE et C. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 1958, p. 124, n<sup>o</sup> 1000.

<sup>(96)</sup> Th. AFSCHRIJFT et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 500, n<sup>o</sup> 64; A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, p. 24, n<sup>o</sup> 96. Sur l'appréciation de l'abus de procédure, voy. Cass., 31 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 135, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «L'abus procédural : une étape décisive».

<sup>(97)</sup> A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2001, n<sup>o</sup> 99, p. 26.

<sup>(98)</sup> Civ. Bruxelles, 32<sup>e</sup> ch., 2 mai 2002, *R.G.C.F.*, 2002, p. 23.

Code judiciaire n'est pas applicable, au premier degré, à la demande reconventionnelle (*supra*, n° 8). L'absence de connexité d'une demande reconventionnelle ne soulève pas un problème de recevabilité mais le cas échéant, et tout au plus, de compétence. Et tel n'est précisément pas le cas pour le tribunal de première instance puisque celui-ci bénéficie, en vertu de l'article 563 du Code judiciaire, d'une quasi plénitude de juridiction en matière de reconvention (réserve faite des règles instituant des compétences dites « exclusives »)<sup>(99)</sup>. On approuvera par contre, et sans réserve, un jugement du même tribunal, prononcé le 8 février 2002, jugeant qu'« est recevable la demande reconventionnelle de l'État, défendeur à l'action en restitution en matière de T.V.A., tendant au paiement d'un complément d'intérêts de retard dus sur la T.V.A. Le tribunal observe que cette demande a été formée dans le délai de cinq ans prévu à l'article 81 du Code T.V.A. »<sup>(100)</sup>. Cette dernière considération est essentielle car l'interruption de la prescription produite par la demande principale ne produit pas d'effet interruptif en ce qui concerne la demande nouvelle et même la demande reconventionnelle, sauf si celle-ci était réellement une défense à la demande principale<sup>(101)</sup>.

### III. Le principe dispositif, les faits de la cause et le droit judiciaire fiscal

13. S'il est bien une règle – à vrai dire, un véritable postulat – dont l'origine et la solidité ne peuvent être remises en cause, c'est bien celle selon laquelle le principe dispositif interdit au juge de fonder sa conviction, puis sa décision, sur des faits puisés dans sa « science personnelle », ailleurs que dans le débat tissé par les écrits, les dires et les pièces des parties<sup>(102)(103)</sup>.

L'allégation des faits est l'apanage des parties. Les arrêts sont désormais innombrables, qui énoncent que si le juge « peut suppléer d'office aux motifs que [les parties] ont invoqués dès lors (...) », c'est à la condition *sine qua non* « qu'il se fonde uniquement sur des faits et des pièces régulièrement soumis à son appréciation (...) »<sup>(104)</sup>. D'autres arrêts franchissent un pas supplémentaire, mais toujours insistent sur les contours du vivier des faits déferés à l'office du juge; ces derniers arrêts autorisent en effet le juge à « fonder sa décision sur toute pièce qui lui est régulièrement soumise, quand même les parties n'en auraient pas fait état en conclusions »<sup>(105)</sup>. Au vu de ces formules constantes, on mesure que le juge belge ne peut se déterminer que sur des faits

<sup>(99)</sup> Sur tout ceci et en ce sens, cons. G. CLOSSET-MARCHAL, « Demande principale et demande incidente : dépendance ou autonomie ? », in *Le procès au pluriel* (sous la dir. de M. STORME et P. TAELEMAN), Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1997, pp. 28-36, n°s 4-15.

<sup>(100)</sup> Civ. Bruxelles, 32<sup>e</sup> ch., 8 février 2002, *R.G.C.F.*, 2002, p. 23.

<sup>(101)</sup> Cass., 17 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 54; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, op. cit., spéc. pp. 33 et s., n°s 21 et s., p. 414, modifiant certaines dispositions en matière de prescription », *J.T.*, 1998, p. 709.

<sup>(102)</sup> Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 226; Cass., 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 22; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1220; Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510; 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.

<sup>(103)</sup> Cette règle est la conséquence directe et, selon nous (voy. *supra*, n° 3), l'une des rares applications intangibles du principe dit « dispositif ». Voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, op. cit., spéc. pp. 33 et s., n°s 21 et s., p. 414, n°s 469 et s., p. 528, n°s 672 et s., p. 638, n° 838 et p. 728, n° 956. Voy. en ce sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 716; proc. gén. J. DU JARDIN, « Le droit de défense... », op. cit., *J.T.*, 2003, p. 620, n° 4.1 *in fine*; A. FET-TWEIS, *Manuel de procédure civile*, éd. 1987, Liège, p. 65; proc. gén. F. DUMON, « De l'État de droit », op. cit., *J.T.*, 1979, p. 497, n° 20 et les nombreuses réf. citées, ainsi que les multiples arrêts des Cours de cassation de France et de Belgique, aux notes 128 et 129. En sus de ces arrêts, voy. en jurisprudence belge, Cass., 15 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 226; Cass., 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 22; Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1220 et Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510. *Adde*, en droit français, J. CHEVALIER, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, pp. 5 et s.; H. MOTULSKY, *Ecrits*, op. cit., p. 52, et les réf. citées à la note 51.

<sup>(104)</sup> Voy. par exemple Cass., 15 mai 2003 R.G., n° C.02.0484.F; Cass., 21 décembre 2001, inédit; Cass., 28 juin 2001, R.G., n° C.99.0510.F, inédit; Cass., 1<sup>er</sup> juillet 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 15; Cass., 31 janvier 2000, *Bull.*, n° 82; Cass., 19 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 773; Cass., 27 février 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 270; Cass., 10 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 332; Cass., 9 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 161; Cass., 29 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1224; Cass., 25 juin 1990, *Pas.*, 1990, n° 624; Cass., 13 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 156; Cass., 17 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, n° 462; Cass., 10 novembre 1988, *Pas.*, 1988, p. 259; Cass., 16 décembre 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 497; Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, n° 40; Cass., 21 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 792; Cass., 10 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 208; Cass., 29 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 149; Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1011; Cass., 22 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 427 (jurisprudence constante). Au sujet de cette jurisprudence, *adde*, D. LÉONARD, « La distinction entre le motif et le moyen invoqués d'office par le juge, du point de vue des droits de la défense, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, spéc. n° 3.

<sup>(105)</sup> Cass., 24 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 121; Cass., 17 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1287; Cass., 12 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 306; Cass., 4 novembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 912; Cass., 23 octobre 1996, *Pas.*, 1996, n° 398; Cass., 21 décembre 2001, inédit; Cass., 11 mars 2002, R.G., n° C.010308.F.

arrivés aux débats par le canal des dires et écrits des parties, par celui des pièces produites, ou encore par celui des mesures d'instruction légalement ordonnées et diligentes<sup>(106)</sup>.

14. Cette interdiction ne souffre exception qu'en présence de faits dits «notoires» et de règles dites «d'expérience commune». Par dérogation au principe dispositif<sup>(107)</sup>, ces faits notoires et règles d'expérience peuvent participer au raisonnement judiciaire à l'initiative personnelle du juge, sans avoir à être allégués par les parties<sup>(108)</sup>.

15. Qu'en est-il du sort de ces principe et exception en droit judiciaire fiscal? Il serait étonnant, et pour tout dire choquant, qu'il y ait ici entorse au droit commun. On n'imagine guère le tribunal de première instance fondant sa décision sur des données de la connaissance personnelle qu'il aurait acquise de la situation (économique, sociale, conjugale ou

autre) du contribuable, ou simplement sur des pièces qui, quoiqu'intéressant l'issue du recours, n'auraient pas été «régulièrement produites» par les parties.

Et pourtant... aux termes d'un arrêt prononcé le 26 juin 1998, la Cour de cassation considère – à juste titre, selon nous – qu'«en se référant à la “grande complexité actuelle du calcul des impositions”, la cour d'appel [statuant en matière d'I.P.P.] s'est fondée légalement sur un fait d'expérience notoire, et non sur la connaissance personnelle des magistrats»<sup>(109)</sup>. Voilà qui semble confirmer la complète transposition, en droit judiciaire fiscal, aussi bien de la règle (interdiction faite au juge de se fonder sur d'autres faits que ceux résultant de pièces régulièrement versées aux débats par les parties) que l'exception (les faits notoires et les règles d'expérience) prévalant en droit processuel com-

<sup>(106)</sup> Sur ce que le juge du fond peut fonder sa décision sur un fait révélé par une mesure d'instruction, cons. par exemple Cass., 15 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 1228. *Adde*, proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *J.T.*, 1983, p. 518, n° 22.

<sup>(107)</sup> Proc. gén. J. DU JARDIN, «Le droit de la défense...», *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 619, n° 3.4 *in fine*. Selon la formule retenue par notre Cour de cassation dans quelques arrêts pouvant être regardés comme emblématiques sur ce point, «ne se fonde pas sur son information personnelle le juge qui statue sur la base de données de l'expérience commune qui avaient fait l'objet d'un débat entre les parties» : Cass., 23 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 278; Cass., 25 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 113; Cass., 10 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 308; Cass., 28 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 119; Cass., 23 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 578; Cass., 22 juillet 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1070; Cass., 1<sup>er</sup> février 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 594; Cass., 14 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 514; Cass., 28 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 1063 (il est d'expérience notoire que «la pluie diminue fortement le pouvoir d'adhérence d'une chaussée asphaltée»). *Adde*, dans le même sens, mais par des formules moins nettes (car ne reprenant pas l'exigence de contradiction; à ce sujet, voy. *infra*, n° 24), en matière répressive, Cass., 23 septembre 1997, *Dr. circ.*, 1998, n° 98/20 (le juge du fond peut légalement considérer, sans que la chose soit soutenue, qu'il est de notoriété publique que la ceinture de sécurité offre sensiblement moins de protection en cas de choc transversal que lors d'une collision frontale); Cass., 24 janvier 1995, *Bull.*, 1995, n° 39 (il est notoire qu'en cas de forte pluie, la visibilité diminue); Cass., 21 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 196 (est de commune renommée la distance entre deux communes belges); Cass., 6 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 78 (sont notoires les notions reprises dans la littérature spécialisée); Cass., 6 juin 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1222 (il est notoire qu'un «détecteur-radar sert à localiser les appareils “Multanova”»); Cass., 16 décembre 1981, *Pas.*, 1982, p. 521 (n'est pas d'expérience notoire la vitesse de déplacement d'un piéton eu égard à son âge); Cass., 6 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 566 (c'est de science personnelle que le juge décide de tenir pour inexacte la longueur d'un véhicule, cotée sur un plan); Cass., 20 juillet 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1408; Cass., 18 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 459, et en matière civile, Cass., 30 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 251; Cass., 15 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 775; Cass., 24 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 78; Cass., 28 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 925; Cass., 2 janvier 2003, R.G., n° C.02.0269.F (il est du pouvoir de la Cour de vérifier que le lundi 13 avril 1998 tombait un lundi de Pâques); Cass., 19 juin 2003, R.G., n° C.01.0383.F; Cass., 25 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 575; Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 346. Cass., 6 novembre 2002, R.G., n° C.01.0152.F. Comp. Cass., 11 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 389 (sommaire) : «ne constitue pas un fait général notoire ni une règle d'expérience commune, le fait que l'exhaussement d'une cheminée avec maintien du diamètre du conduit est un élément favorable améliorant le tirage, dans le cadre d'une utilisation identique», en manière telle que «viole les articles 1349 et 1353 du Code civil et méconnaît le principe général du droit relatif au respect des droits de défense, l'arrêt qui se fonde» sur semblable fait qui «ne ressortant d'aucune pièce auxquelles la Cour peut avoir égard, lui était connu de science personnelle». Comp. égal. avec Cass., 20 février 2002, R.G., n° 011045.F («le registre national ne constitue pas (...) un document légal et public auquel la Cour peut avoir égard»).

<sup>(108)</sup> Sur ces «faits notoires» (ainsi que sur les «faits normatifs», tel un plan de lotissement (Cass., 26 février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 565) ou un plan particulier d'aménagement du territoire (Cass., 10 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 837)) dont la Cour de cassation peut tenir compte pour «résoudre les questions de droit qui lui sont soumises par un pourvoi», voy. encore, outre les réf. citées ci-avant, proc. gén. R. HAYOIT DE TERMICOURT, note signée R.H. sous Cass., 26 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 158; Proc. gén. F. DUMON, «De l'État de droit», *op. cit.*, *J.T.*, 1979, p. 498, spéc. nos 20-23; P.-A. FORIERS, «La preuve du fait devant la Cour de cassation», *op. cit.*, *loc. cit.*, spéc. p. 128, n° 2 *in fine*. Sur la spécificité du statut de ces faits notoires et règles d'expérience dans l'instance au fond, voy. en particulier M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, 1963, spéc. pp. 390 et s.; R. MOUGENOT, *La preuve*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 71-72, n° 14; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence – Les obligations (1968-1973)», *R.C.J.B.*, 1975, pp. 708 et s., n° 120; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 291. En matière répressive, cons. R. DECLERCQ, *Beginnelsen van strafrechtspleging*, 1994, pp. 366-367; Ph. TRAEST, «Het bewijs in strafzaken», in *Prolegomena*, 1980, pp. 27-37; D. HOLSTERS, «Bewijsvoering in strafzaken» et «Bewijsmiddelen in strafzaken», in *Strafrecht en strafvoordering – Commentaar*, Kluwer Rechtswetenschappen.

<sup>(109)</sup> Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 828.

mun. Mais dans la *Pasicrisie*, le ministère public a fait suivre l'arrêt d'une note rédigée comme il suit : « bien que l'arrêt ne le dise pas expressément, il convient de rappeler et de souligner, d'une part, que les conditions et l'objet du recours devant la cour d'appel en matière d'impôts sur les revenus, ainsi que le rôle de cette juridiction, sont déterminés par les dispositions particulières des articles 377 à 385 du Code des impôts sur les revenus (1992), et, d'autre part, que ni l'article 1138, 2°, du Code judiciaire ni le principe dispositif ne sont applicables à cette procédure ». Qu'est-ce à dire ? Que le rôle du juge fiscal est régi par des dispositions particulières excluant l'application des textes du Code judiciaire ? Depuis l'entrée en vigueur des lois des 15 et 23 mars 1999, ceci est désormais inexact. Que le rôle du juge fiscal – quant à l'objet et à la cause du recours – n'est pas subordonné au respect du principe dispositif ? Nous avons vu, et nous verrons encore (*infra*, nos 20-21), que cette affirmation classique doit être contredite, sinon fortement nuancée. Ténons-nous, pour l'heure, au contexte dans lequel la notice reproduite ci-dessus a été conçue. Celle-ci voudrait-elle signifier qu'en droit judiciaire fiscal, ce n'est point le caractère notoire du fait, mais le bannissement complet du principe dispositif, qui autoriserait le juge à fonder sa décision sur un fait relevé d'office ailleurs que dans les allégations et productions des parties ? En d'autres termes, faudrait-il considérer que, affranchi de l'entrave assignée aux magistrats siégeant en toutes autres matières, le juge fiscal pourrait fonder sa conviction et sa décision sur un ou plusieurs fait(s), non notoire(s), étranger(s) aux allégations et productions des parties ? Il est heureusement permis de penser que, quoi que laisse entendre la note reproduite ci-dessus, la Cour de cassation n'est, quant à elle, guère encline à exonérer le juge fiscal de cette exigence primordiale, et indiscutée, du principe dispositif. Quelle que soit l'époque ou le droit positif en vigueur, plusieurs affaires purement fiscales lui fournirent en effet l'occasion de souli-

gner que si le juge peut suppléer d'office un motif, pour autant que celui-ci reste « *déduit de faits régulièrement soumis à son appréciation* »<sup>(110)</sup>.

16. L'on peut donc conclure qu'ici encore, l'affranchissement du droit judiciaire fiscal par rapport au principe dispositif est un leurre.

#### IV. Principe dispositif, objet et cause de la prétention, en droit judiciaire fiscal

17. Mais voici qu'il est question, sous l'angle du principe dispositif, de la dévolution des devoirs et prérogatives revenant respectivement au juge et aux parties. Cette problématique est classiquement abordée, en droit commun du procès, au travers des concepts de cause et d'objet. Nul n'ignore que c'est du principe dispositif que l'on déduit l'interdiction faite au juge de modifier la cause et l'objet des prétentions des parties. Qu'en est-il, plus spécifiquement, en droit judiciaire fiscal auquel – dit-on – le principe dispositif ne s'appliquerait pas ? Faut-il comprendre que le juge fiscal pourrait, lui, modifier la cause et/ou l'objet du recours judiciaire du redevable, et/ou de la défense articulée par l'administration ? Les choses resteraient somme toute assez simples si la définition des pouvoirs du juge par le biais des notions de cause et d'objet, ne constituait pas, en elle-même, le débat le plus controversé de notre droit judiciaire privé.

18. Il n'est point douteux qu'à la racine de toute demande, la cause doit impérieusement être distinguée de l'objet. On dira alors que l'objet de la demande – ou, selon les termes des articles 23 et 1138, 2°, de notre Code judiciaire, « la chose demandée » – correspond à l'avantage réclamé, au résultat social ou économique, ou encore moral recherché par le plaideur, tandis que la cause s'entend comme « la raison », le « pourquoi » ou encore « la justification » de l'objet ainsi défini<sup>(111)</sup>. « À la *fin*-

<sup>(110)</sup> Voy. en particulier Cass., 21 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1247; Cass., 28 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 489; Cass., 19 novembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 282; Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61; Cass., 10 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 191.

<sup>(111)</sup> Sur la distinction entre l'objet et la cause, et sur la définition de l'objet, cons., proc. gén. W.-J. Ganshof VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, spéc. pp. 815-816; F. RIGAUX, « L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1973, pp. 239 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, spéc. pp. 18-20, nos 7-9; B. MAES, « De bepaling van het voorwerp van de vordering tijdens het burgerlijk geding », 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. 50 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 535, n° 50; H. BOULARBAH, « La cause... », *op. cit.*, loc. cit., spéc. p. 93, note 11; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, pp. 13-22 et pp. 96-113; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, éd. 1987, n° 54; A. FETTWEIS, G. DE LEVAL et A. KOHL, *op. cit.*, p. 152; G. CLOSSET-MARCHAL, « Les pouvoirs respectifs... », *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 448 et s.; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 7; K. BROECKX, « De feiten in de dagvaarding... », *op. cit.*, *R. Cass.*, 1994, p. 322, n° 2; Ph. THION, « Variatie op hetzelfde thema... », *op. cit.*, *P&B/R.D.J.P.*, 2002, p. 123, n° 3.

lité de l'action judiciaire (l'objet) correspondrait en quelque sorte sa justification, son *fondement*»<sup>(112)</sup>.

Tout cela est bel et bon. Mais se pose immédiatement la question de savoir si la règle de droit ou la qualification juridique invoquée par les parties dans la présentation de la «chose demandée» et de la «justification» de celle-ci, s'incorpore ou non à l'objet et à la cause que le juge ne peut point modifier. C'est ici que règne la plus grande incertitude. Par la force des choses, cette incertitude rejaillit elle-même sur la question spécifique de l'étendue des pouvoirs du juge fiscal, que l'on dit émancipé du principe dispositif. Jugeons-en.

### A. Le juge et l'objet

#### 1) En droit commun du procès

19. Lorsque, sous couleur de principe dispositif, l'on interdit au juge de modifier l'objet de la prétention, on l'empêche de «se prononcer sur des choses non demandées», ou – en d'autres termes encore – de procurer un «résultat» non postulé. Empêcher le juge de modifier l'objet de la demande procède directement du principe dispositif, qui, on le sait, a acquis le rang de principe général de droit dans la jurisprudence de notre Cour de cassation<sup>(113)</sup> (*supra*, n° 3). Persuadés de son importance,

certaines vont même jusqu'à considérer que l'interdiction faite au juge de se prononcer sur des choses non demandées (*i.e.* de modifier l'objet de la demande) formerait *en soi* un principe général de droit, distinct du principe «dispositif» précité<sup>(114)</sup>. Cette question n'a d'importance que toute théorique car nul ne conteste que l'interdiction trouve de toute façon consécration écrite et explicite dans l'article 1138, 2°, de notre Code judiciaire<sup>(115)</sup>, et non, comme on le lit parfois dans les moyens de cassation, dans l'article 807 du même Code<sup>(116)</sup>. En raison de cette interdiction, le juge civil doit s'abstenir de s'ériger en «juge-providence»<sup>(117)</sup> ou encore en tuteur du plaideur étourdi; il n'a pas à voler au secours du justiciable en lui allouant un avantage que celui-ci n'a pas réclamé, la prétention fût-elle justifiée. Il lui est défendu, selon le brocard bien connu, de statuer *extra nec ultra petita*.

Ce devoir d'abstention ne trouve que très rarement exception, lorsque un texte autorise, voire oblige, formellement le juge à pourvoir le justiciable d'une prévision de la loi<sup>(118)</sup>. On rappellera par exemple 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>(119)</sup>, mais qu'il ne peut en revanche comminer une astreinte qui, dans son principe, ne lui a pas été demandée<sup>(120)</sup>.

<sup>(112)</sup> J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, R.C.J.B., 1982, p. 18, n° 7.

<sup>(113)</sup> Voy. Cass., 5 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, n° 97 qui, pour la première fois, reconnaît au principe dit «dispositif», le statut de principe général de droit. Cons. également Cass., 27 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 601 qui «a accueilli pour la première fois, un moyen pris seulement de la violation du principe dispositif»: J. KIRKPATRICK, «L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général de droit», in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 637.

<sup>(114)</sup> Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, spéc. p. 815; du même auteur et dans le même sens, «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *op. cit.*, J.T., 1970, p. 585; Mons, 27 juin 1990, *Pas.*, 1991, II, p. 1. Quoiqu'elle trouve appui dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 15 janvier 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 403; Cass., 26 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 885), cette opinion est vivement critiquée par d'autres éminents auteurs (voy. en particulier, proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, J.T., 1983, n° 12bis).

<sup>(115)</sup> Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, J.T., 1983, n° 12bis, *in fine*.

<sup>(116)</sup> Dans son discours cité à la note précédente, M. KRINGS expose à juste titre que la violation de l'article 807 du Code judiciaire n'a pas à être alléguée à l'appui d'un moyen de cassation reprochant au juge du fond d'avoir modifié l'objet de la demande. Non seulement l'article 1138, 2°, vise expressément l'hypothèse, mais en outre l'article 807 régit la modification de l'objet de la demande par les parties, et non son intangibilité à l'adresse du juge (*idem*, J.T., 1983, p. 515, n° 12bis; *adde*, J. LAENENS, note sous Cass., 25 mai 1984, R.W., 1984-1985, col. 1170). Cette dernière considération vaut également pour la notion de cause (*infra*).

<sup>(117)</sup> J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *op. cit.*, p. 104; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, R.C.J.B., 1982, p. 19, n° 8.

<sup>(118)</sup> 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 COMPERNOLLE, «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 bepaling van het voorwerp...», *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 60, n° 11. 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 (par exemple Cass., 21 octobre 1996, J.T.T., 1997, p. 441; rappr. des exemples cités par F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, p. 56, n° 37, note 34); M. STORME, «L'activisme du juge...», *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>(119)</sup> Cass., 22 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 384; C.J. Benelux, 17 décembre 1992, aff. A 94/4; E. KRINGS, concl. précéd. C.J. Benelux, 2 avril 1984, *Jur. C.J. Benelux*, 1984, pp. 54-55; J.T., 1984, p. 614.

<sup>(120)</sup> Article 1385bis du Code judiciaire; 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 COMPERNOLLE, «L'astreinte», *Rép. not.*, t. XIII, Bruxelles, Larcier, 1992, nos 26 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, R.G.D.C., 2002, p. 449. *Contra* en France, l'article 5 de la loi du 5 juillet 1972.

Sous ces réserves, la règle est absolue. 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>(121)</sup>. Même en ce cas, il ne pourra allouer plus qu'il n'a été demandé. La chose mérite d'être soulignée dans le cadre de la distinction de l'objet et de la cause, car dans les représentations classiques de l'immutabilité de la cause, l'ordre public emporte, cette fois (du moins selon les thèses classiques sur l'office du juge), d'importants effets dérogatoires (*infra*, n° 27). Que ce soit sur le visa de la violation du principe dispositif, d'un principe général de droit *ad hoc*, ou encore de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, notre Cour de cassation a censuré moult décisions ayant gratifié le demandeur au-delà ou à côté de ses prétentions<sup>(122)</sup>. Les exemples ne manquent pas, où la cassation s'imposait comme une évidence<sup>(123)</sup>. Mais les choses se compliquent, on l'a annoncé, lorsqu'il est question de déterminer si la qualification juridique donnée par le demandeur à sa prétention s'incorpore ou non à l'objet – intangible – de sa demande. On songe par exemple à un arrêt prononcé le 8 février 2001<sup>(124)</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 (de-

vait) s'analyser (en) un dol principal» et que «(la demanderesse) cherchait) vainement à s'exonérer de la tromperie incontestablement constitutive de dol dont elle s'(était) rendue coupable en lui adressant un spécimen d'emballage dont elle avait soigneusement effacé la date limite de consommation». En degré d'appel, la défenderesse en cassation avait en outre sollicité, par voie d'appel incident, l'allocation de dommages-intérêts réparant le préjudice causé par le dol principal admis par le premier juge. La cour d'appel de Liège s'écarte de cette présentation juridique du litige tout en ne modifiant pas le «résultat factuel» recherché. Elle prononce en effet la résolution de la convention litigieuse aux torts de la demanderesse en cassation, en se fondant sur les motifs qu'«en vertu de son obligation de délivrance, le vendeur doit mettre à la disposition de l'acheteur une chose conforme à la chose vendue; l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires que sont les éléments matériels ou juridiques qu'il faut considérer comme indivisibles ou inséparables de la chose (...), ainsi la date de péremption totalement fiable d'un produit destiné à l'alimentation des personnes; pour avoir délivré un produit impropre à sa commercialisation, (la demanderesse) devra subir les conséquences découlant de la résolution à ses torts des contrats portant sur un tel produit (...)».

La cour considère donc ici qu'en accordant la résolution là où l'annulation était demandée, le juge du fond modifie l'objet de la demande. Au regard de la définition dépouillée et largement consensuelle de l'objet (*supra*, n° 9), 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

(121) F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, pp. 55-57, n° 37; J. VAN COMPERNOLLE, «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 COMPERNOLLE 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.*, *loc. cit.*, 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. En jurisprudence, cons. par exemple Cass., 13 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 747; Cass., 7 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 475 (qui, selon J. VAN COMPERNOLLE, confond précisément l'objet et la cause de la demande; au sujet de cet arrêt, voy. *infra*, n°s 614 et n° 770).

(122) Voy. les nombreux arrêts recensés par B. MAES, «De bepaling van het voorwerp», *op. cit.*, *loc. cit.*, pp. 50 et s., par J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n° 8, note 23, par E. GUTT et J. LINS-MAEU, «Chronique de jurisprudence – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1980, p. 424, n° 8, par J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, «Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1997, pp. 535 et s., n° 50; et encore par G. CLOSSET-MARCHAL, «Les pouvoirs respectifs...», *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2002, p. 449, n° 11.

(123) Ainsi, lorsque le montant des indemnités réclamées par la partie civile ne rencontre aucune contestation de la part du prévenu, le juge répressif statuant sur l'action civile ne peut, sans violer le principe dispositif, réduire *motu proprio* lesdites indemnités (Cass., 28 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 761). De même, viole le principe dispositif le juge qui accorde d'office une délégation de sommes au conjoint qui s'était borné à réclamer une contribution alimentaire (Cass., 24 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 303, obs.). *Adde*, pour d'autres exemples flagrants, Cass., 13 mai 2002, *R.G.*, n° S.01.0165.F, inédit; Cass., 27 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 510; Cass., 14 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 474; Cass., 13 mai 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1054; Cass., 9 juillet 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 348, ainsi que les arrêts cités par M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht...*, *op. cit.*, pp. 96-98, n° 81, notes 153 à 158.

(124) Cass., 8 février 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 446.

# Principe dispositif et droit judiciaire fiscal

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>(125)</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 adviendrait si l'annulation demandée avait été prononcée, soit, précisément, l'«anéantissement» de la vente de beurre litigieuse<sup>(126)</sup>.

Il faut donc approuver la Cour de cassation de France lorsque, statuant dans une espèce similaire, elle considère que le juge du fond ne modifie pas l'objet de la demande, et partant ne méconnaît par le principe dispositif, s'il requalifie une demande en nullité en une demande en résolution d'un acte juridique<sup>(127)</sup>, ou si, inversement, il requalifiera une demande en résolution en une demande en annulation<sup>(128)</sup>. Cette jurisprudence française<sup>(129)</sup> s'inscrit dans le droit fil de l'enseignement très nettement majoritaire, commun aux doctrines française<sup>(130)</sup> et

(125) En ce sens, 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. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 7, n° 11 et n° 28; S. CNUDE, «Tussengeschieden voortvloeiend uit de wijziging van de partijen in hun aanspraken», in *Bestendig handboek burgerlijk procesrecht*, Anvers, Kluwer, 2000, titre VII, 3<sup>e</sup> partie, pp. 5-6, n° 26.360. Rapp. encore Ph. THION, «Kwalificatie van oorzaak...», *op. cit.*, *N.j.W.*, 2003, pp. 732-735, n°s 20-25. *Adde*, toujours dans le même sens, J. NORMAND, *R.T.D.civ.*, 1997, et G. BOLARD, *Dalloz action*, *op. cit.*, *loc. cit.*, 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, à paraître *Ann. dr. Louvain*, 2003, spéc. pp. 6-7 du stencil provisoire.

(126) 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 pensons qu'en ce cas, la Cour de cassation n'eût pu, effectivement, casser la décision attaquée du chef de la modification de l'objet et/ou de la cause de la demande. Mais, dans le prolongement de l'enseignement dispensé par l'auteur dans d'autres contributions, nous estimons également qu'en anéantissant un contrat par la résolution judiciaire là où le dol était invoqué (comme l'avait fait la décision cassée par l'arrêt du 8 février 2001), le juge du fond ne modifie pas davantage l'objet de la prétention.

(127) Cass. fr., comm., 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>re</sup> ch. civ., 16 octobre 1991, *D.*, 1992, somm., 265, obs. A. PENNEAU; *D.*, 1993, 186, note BRÉTAUDEAU; *R.T.D.civ.*, 1993, 176, obs. J. NORMAND. Rapp. Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 16 avril 1991, *Bull. civ.*, I, n° 144, p. 95; *D.*, 1992, somm., 196, obs. O. TOURNAFOND; *J.C.P.*, 1991, IV, 237 et Cass. fr. 3<sup>e</sup> ch. civ., 14 octobre 1997, *Bull. civ.*, III, n° 181, p. 120.

(128) Cass. fr. 1<sup>re</sup> ch. civ., 22 avril 1997, *Bull. civ.*, I, n° 129, p. 85; *J.C.P.*, 1997, II, 22.944, note G. BOLARD. Sur cet arrêt, voy. encore G. BOLARD et P. DRAI, «Justice hâtive, justice rapide – Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès», *J.C.P.*, 1997, I, 4961, ainsi que J. NORMAND, *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, *Ann. dr. Louvain*, 2003, pp. 10 et s., et encore Ph. BLONDEL, «Le juge et le droit», *op. cit.*, in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, *loc. cit.*, pp. 124-125, citant encore Cass. fr., soc., 14 décembre 1995, *Bull. civ.*, V, n° 348 et Cass. fr., soc., 30 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n° 406, dont il résulte qu'«il appartient au juge de définir l'objet du litige dont il est saisi et de restituer aux conclusions des parties leur véritable partie juridique». Aux termes d'un important arrêt du 12 juillet 2001, la première chambre civile de la Cour oblige même le juge à passer de l'annulation pour cause d'erreur à la résolution du chef de vice caché (Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 juillet 2001, *J.C.P.*, 2002, 10.143, note L. MAUPAS).

(129) 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, *Dalloz action*, *op. cit.*, *loc. cit.*, 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, *Dalloz action*, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1998, p. 525, n° 2312 et par J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>e</sup> éd., 2001, p. 487, n° 558, et les réf. citées en note 2. *Contra*, Cass. fr., comm., 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).

(130) H. MOTULSKY, in *Écrits*, t. I, p. 44; G. BOLARD, *Dalloz action*, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1998, p. 525, n° 2312; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, *op. cit.*, p. 109; J. NORMAND, *R.T.D.civ.*, 1978, pp. 705-710; *R.T.D.civ.*, 1979, pp. 175-176; *R.T.D.civ.*, 1981, p. 433; *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, à paraître in *Ann. dr. Louvain*, 2003, spéc. p. 7 du stencil provisoire.; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26<sup>e</sup> éd., 2001, pp. 486-487, n° 558; R. MARTIN, «Le fait et le droit...», *op. cit.*, *J.C.P.*; *La semaine juridique*, 1974, doct., n° 2625, n° 16; J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd. par Th. LE BARS, 2002, p. 189, n° 256. *Contra*, sur ce point, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, éd. 1996, n° 66.

belge<sup>(131)</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>(132)</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>(133)</sup>, l'habillage juridique adéquat<sup>(134)</sup>. N'a-t-on pas vu, au surplus, 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) (*supra* n° 7)?

## 2) En droit judiciaire fiscal

**20.** Qu'advient-il de cette acception de l'objet de la prétention en droit judiciaire fiscal<sup>(135)</sup>? Pourvu que l'on souscrive à l'idée que c'est uniquement le résultat factuel postulé par le contribuable (à l'exclusion donc de la règle de droit ou de la qualification juridique proposée par lui) qui constitue l'objet de son recours, il y a tout lieu de penser, en substance, que le droit judiciaire fiscal durcit les traits du principe dispositif.

Partant donc du postulat que la qualification juridique conférée – de manière inadéquate, le cas échéant – par le contribuable à l'objet de son recours ne lie point le juge, on retiendra que la seule limite assignée à l'office de celui-ci tient dans l'ampleur du «résultat factuel» (en l'occurrence, financier) recherché. Partant, que le contribuable s'exprime, à bon ou mauvais escient, en termes d'«annulation de la cotisation», de «dégrèvement», d'«annulation de l'imposition», de «rectification de la cotisation», qu'il évoque ou non un «remboursement d'impôts» consécutif, la seule limite que le juge ne pourra, selon nous, franchir est celle du *quantum* de la réduction judiciaire de l'impôt, postulée par le contribuable. Comme le résume judicieusement D. LAMBOT, «ce que le contribuable entend obtenir, c'est l'anéantissement, total, ou partiel, de la cotisation»<sup>(136)</sup>. Mais libre au juge, dans cette limite pécuniairement quantifiable, d'ajuster, ou même de rectifier, l'habillage juridique impropre de la prétention du contribuable<sup>(137)</sup>. Pourvu qu'il n'accorde ni plus ni autre chose que le «résultat factuel» réellement recherché par le contribuable, le juge fiscal ne modifie point l'objet du recours, et n'enfreint pas le principe dispositif, si, au prix d'une requalification juridique de la prétention, il accorde une «annulation partielle» de la cotisation, là où – dans la même proportion – le «dégrèvement» de celle-ci lui a été demandé<sup>(138)</sup>.

(131) 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., loc. cit., p. 371, n° 8; M. STORME, «L'activisme du juge dans la procédure», op. cit., loc. cit., 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, nos 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; Ph. 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., N.j.W., 2003, pp. 732-734, nos 20-25.

(132) 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.

(133) 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, *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, à paraître in *Ann. dr. Louvain*, 2003, spéc. pp. 6-7 du stencil provisoire.

(134) 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.

(135) Sur l'intangibilité de l'objet de la prétention en (nouveau) droit judiciaire fiscal, voy., outre l'étude de D. LAMBOT, celle de M. LEVAUX, op. cit., loc. cit., p. 468, et la note 17, et p. 486. Adde, A. DECROËS, op. cit., *J.D.F.*, 2000, p. 272, n° 25.

(136) D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», op. cit., in *Mélanges John Kirkpatrick*, loc. cit., p. 486, n° 48. Rapp. Th. AFSCHRIFT et M. IGALSON, op. cit., *J.T.*, 1999, p. 500, n° 59.

(137) Au demeurant, la Cour de cassation considère qu'un dégrèvement correspond à une annulation partielle de la cotisation : Cass., 6 février 1962, *J.P.D.F.*, 1962, p. 243; D. LAMBOT, op. cit., in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 486, n° 48. Comp. J.-P. MAGREMANNE, «Le délai de réenrôlement de l'article 355 du C.I.R. 1992», *R.G.F.*, 1998, p. 221, ainsi que Civ. Mons, ch. fisc., 6 septembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 205. *Contra*, Civ. Hasselt, 11 juin 2003, *F.J.F.*, 2004, p. 248.

(138) Voy. en ce sens les excellents développements de D. LAMBOT, op. cit., in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 486-487, nos 48-49, ainsi que les judicieux exemples donnés par l'auteur. Jugé d'ailleurs, et à juste titre, que «si le moyen que le tribunal soulève d'office est susceptible d'entraîner l'annulation intégrale de la cotisation litigieuse mais que le contribuable n'en poursuivait que l'annulation partielle, le juge fiscal ne peut annuler la cotisation que dans la mesure postulée par le contribuable» (Civ. Anvers, 28 juin 2002, *R.G.C.F.*, 2004, p. 20). Comp. et *contra* Civ. Hasselt, 11 juin 2004, *F.J.F.*, 2004, p. 248, dont il résulte que lorsque le requérant invite le juge à dégrever les cotisations litigieuses (et non pas à les annuler), l'action doit être déclarée non fondée, y aurait-il pourtant matière à annulation, dans la mesure où, peut-on lire, le tribunal ne peut statuer *ultra petita*.

21. L'on a vu par ailleurs que l'appartenance de la matière à l'ordre public n'exerce aucune incidence sur l'intangibilité de l'objet (*supra*, n° 19). Le contentieux fiscal, tel que remodelé par les lois des 15 et 23 mars 1999, ne déroge pas à la règle. Comme le note judicieusement le nouveau commentaire administratif, « même s'il s'agit d'appliquer des règles d'ordre public, le juge violerait le principe dispositif, s'il accordait à une partie un avantage non sollicité. Cette règle s'applique également en matière fiscale : le juge ne pourrait, sous le couvert du caractère d'ordre public de la matière des impôts <sup>(139)</sup>, statuer *ultra petita*, sur une demande qui ne lui est pas soumise par les parties » <sup>(140)</sup>. Il eût été plus exact encore d'énoncer que le juge ne peut se prononcer « sur une demande qui ne lui est pas soumise par le contribuable ». En effet, plusieurs occasions se sont déjà présentées (*supra*, n°s 11 et 12), pour rappeler la règle, largement consensuelle, selon laquelle seul le contribuable peut saisir le tribunal de première instance, puis le cas échéant, la cour d'appel de recours et de demandes, l'administration fiscale ne le pouvant point. Cette règle découle elle-même du dogme, jadis unanimement admis quant à lui, selon lequel les juridictions de l'ordre judiciaire ne peuvent pas aggraver la situation du contribuable clivée par la décision directoriale entreprise devant elles (*supra*, n° 12).

Il n'est guère de bonne raison pour considérer que ce dogme aurait été gommé par la réforme de 1999 <sup>(141)</sup>. Dans son commentaire circonstancié de cette réforme, l'administration note d'ailleurs, à juste titre, que « [...] comme par le passé, le juge fiscal ne pourra aggraver la situation du requérant. Le caractère de l'instance continuera à s'opposer à ce qu'il ne soit rien accordé au fisc au-delà de ce que comporte la décision éventuelle du directeur régional » <sup>(142)</sup>.

C'est par l'effet de cette règle, que l'intangibilité de l'objet et par là même les exigences du principe dis-

positif, se trouvent selon nous renforcées dans le contentieux fiscal. Eu égard à la double limitation dont ses pouvoirs font l'objet (interdiction de modifier l'objet du recours du redevable et interdiction d'aggraver la situation assignée à ce dernier par la décision directoriale attaquée), la marge de manœuvre du juge fiscal se situe en définitive entre, au pire, le sort réservé au redevable par la décision directoriale attaquée et, au mieux, la situation plus favorable postulée par le recours judiciaire.

Ces limites ne tolèrent notamment pas l'idée que le tribunal de première instance puisse, sur le recours du redevable et au détriment de celui-ci, remettre d'office en cause la recevabilité du recours administratif, admise par la décision directoriale entreprise <sup>(143)</sup>. Les principes rappelés ci-dessus s'opposent également à la remise en cause, par le juge fiscal, des dégrèvements consentis par la décision directoriale entreprise et, qui par hypothèse, ne sont pas contestés par le redevable <sup>(144)</sup>. Il est à espérer que les décisions s'écarter de ces solutions demeurent isolées. Les critiques exhaustives et convaincantes dont elles ont fait l'objet sous la plume de Mme DECROËS et de M. LAMBOT devraient y contribuer <sup>(145)</sup>.

## B. Le juge et la cause

22. L'on amorce ici, assurément, le volet le plus délicat de la réflexion. Quelle définition donner à la notion de cause? Quel sort réserver à cette définition dans le droit judiciaire fiscal issu de la réforme de mars 1999? L'enjeu concret de ces questions terminologiques est capital, et n'est que trop connu : pourvu qu'il demeure dans les limites assignées par l'objet des prétentions (voy. *supra*, n°s 19-21), le juge peut-il, voire doit-il, soulever d'office des moyens que les parties ne lui ont pas soumis? Quels types de moyens, de fait et/ou de droit, sont-ils, le cas échéant, offerts à son initiative? À quelles con-

<sup>(139)</sup> Faut-il rappeler, en effet, que toutes les lois d'impôts ressortissent à l'ordre public? Voy. à ce sujet D. LAMBOT, « L'étendue des pouvoirs du juge en matière d'impôts sur les revenus », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 457 et s., spéc. pp. 469 et s. n°s 22 et s.; P. VAN ORSHOVEN, « Waarom gemakkelijk... Over afspraken met de fiscus », in *Recht zonder omwegen – Fiscale opstellen aangeboden aan prof. Dr. J.J. COUTURIER*, Bruxelles, Larcier, 1999, spéc. pp. 103-108.

<sup>(140)</sup> Circulaire n° Ci.R.H.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 142.

<sup>(141)</sup> D. LAMBOT, « L'étendue des pouvoirs du juge... », *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 489 et s., n°s 52 et s.

<sup>(142)</sup> Circulaire précitée du 18 septembre 2000, n° 155.

<sup>(143)</sup> Cass., 23 décembre 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 559; Cass., 25 février 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 89; Cass., 5 mai 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 177, précédé des concl. de M. le proc. gén. L. CORNIL. Dans le même sens, voy. D. LAMBOT, « L'étendue des pouvoirs du juge en matière d'impôts sur les revenus », in *Mélanges John Kirkpatrick*, *loc. cit.*, pp. 489-490, n° 53; A. DECROËS, « Pouvoirs du tribunal de première instance et aggravation de la situation du contribuable », note critique sous Civ. Mons, ch. fisc., 26 avril 2001 (deux espèces), *J.D.F.*, pp. 181 et s. Voy. pourtant, en sens contraire la circulaire n° Ci.R.H.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 155, ainsi que Civ. Mons, ch. fisc., 26 avril 2001 (seconde espèce), *J.D.F.*, 2001, p. 167. Cette décision, apparemment isolée, est très sévèrement critiquée par la doctrine.

<sup>(144)</sup> *Contra*, Civ. Mons, ch. fisc., 26 avril 2001 (première espèce), *J.D.F.*, 2002, p. 159.

<sup>(145)</sup> Voy. les réf. citées à la note 142.

ditions, peut-il ou doit-il, le cas échéant toujours, les soulever d'office? Qu'en est-il des juridictions fiscales? À raison des controverses qui les affectent, ces questions et enjeux sont extrêmement délicats. Nous le verrons, la difficulté ne procède pas tant des spécificités traditionnellement prêtées au contentieux fiscal<sup>(146)</sup>, que d'une absence complète d'unanimité, voire de clarté, sur la notion de cause et sur la détermination corrélatrice de l'étendue des pouvoirs du juge, en droit judiciaire commun.

### 1) En droit commun du procès

23. À l'amorce de son étude consacrée à l'étendue des pouvoirs du juge en matière d'impôts sur les revenus, D. LAMBOT propose un tableau synthétique et fiable de la controverse qui, en droit commun, baigne la théorie de la cause en procédure civile<sup>(147)</sup>. Du moins les thèses en présence sont-elles fidèlement exposées. Peut-être convient-il cependant de souligner les importants affinements dont certaines d'entre elles ont récemment fait l'objet sous l'impulsion du droit français. En sus, s'agissant de l'orientation prêtée à la jurisprudence de la Cour de cassation, il convient selon nous de nuancer l'analyse suggérée par l'auteur. Ainsi que ce dernier le rappelle à juste titre, il faut, au tout premier chef, de distinguer – plus exactement, d'opposer – les conceptions dites «juridiques» de la conception dite «factuelle» de la cause, pour ensuite tenter, précisément, de situer l'inclination de la Cour suprême.

#### a. Les conceptions juridiques de la cause

24. L'on ne peut ici restituer par le détail les thèses à rattacher aux conceptions dites «juridiques» de la

cause, ni les critiques qu'elles appellent<sup>(148)</sup>. Une chose est en tout cas certaine : en dépit des nuances ou des variantes dont elles ont fait l'objet dans le discours de leurs promoteurs, ces thèses aboutissent toutes, finalement, à circonscrire par les mêmes contours (exigus) les pouvoirs du juge civil<sup>(149)</sup>.

25. Aux termes d'une toute première conception, la plus ancienne (et à ce titre, rangée parmi les conceptions «classiques» ou «traditionnelles»), la cause s'identifierait à la règle de droit, le principe ou encore, et selon le cas, la catégorie juridique invoqué(e) à l'appui de la prétention. La cause se voit ainsi définie comme le motif juridique, la raison de droit sur laquelle se fonde le plaideur aux fins de justifier la prétention contenue dans l'objet de sa demande (ou de sa défense). En un mot, la cause serait ici le fondement juridique donné à la prétention. Dès lors que le principe dispositif proscriit la modification de la cause de la demande, cette thèse revient donc à soutenir que le juge ne peut substituer une autre base légale, ou une autre qualification juridique, à celles, inadéquates, que les plaideurs auraient maladroitement suggérées à l'appui de leurs prétentions. Au prix de nuances ou de variantes apparentes qui – on le répète – n'importent guère ici, cette définition a été et reste promue par d'illustres auteurs, tels Henri DE PAGE<sup>(150)</sup>, François RIGAUX<sup>(151)</sup>, Jacques HERBOTS<sup>(152)</sup>, M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH<sup>(153)</sup>. MM. DIRIX et VAN OEVELEN<sup>(154)</sup>, ainsi que S. MOSSELMANS<sup>(155)</sup>, nous paraissent avoir rejoint cette conception.

26. Celle-ci n'est guère éloignée des thèses proposant d'assimiler la cause de la demande au fait, à

<sup>(146)</sup> Sur la question des moyens d'office en droit judiciaire fiscal, voy., outre évidemment les deux études récentes et approfondies de P. VAN ORSHOVEN et D. LAMBOT (notes 9 et 10), A. DECROËS, *op. cit.*, *J.D.F.*, 2000, p. 272, n° 25; M. LEVAUX, *op. cit.*, p. 468 et p. 486; M. LEVAUX, «Griefs nouveaux – Pièces nouvelles et caractère d'ordre public du droit fiscal», *Act. dr.*, 1996, p. 711; N. PIROTTE, «L'adéquation du droit judiciaire privé au nouveau procès fiscal en matière d'impôts sur les revenus», *J.D.F.*, 1999, spéc. pp. 136 et s., n°s 9 et s.; H. VANDEBERGH, «De bevoegdheid van de rechtbank in een fiscaal geding : moet de rechter ambtshalve grieven tegen een aanslag invoeren?», *T.F.R.*, 2000, pp. 715-722; J.-P. MAGREMANNE, D. LAMBOT, M. MARLIÈRE et B. DE CLIPPEL, *Le contentieux de l'impôt sur les revenus*, Bruxelles, Kluwer, 2000, spéc. pp. 540-558; H. DUNOIS, «De rol van de parties voor de fiscale rechtbank», *T.F.R.*, 2003, p. 261.

<sup>(147)</sup> D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, spéc. pp. 462-466, n°s 9 et s.

<sup>(148)</sup> Voy. à cet égard J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, pp. 356-380, n°s 380-416.

<sup>(149)</sup> *Ibidem*, pp. 376-380, n°s 412-416.

<sup>(150)</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 964.

<sup>(151)</sup> F. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, spéc. n°s 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*. Dans ces deux contributions, l'auteur assimile la cause au «fondement juridique de la prétention». Comp. l'étude «L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, spéc. pp. 247 et s., où l'auteur paraît mettre l'accent sur l'identification de la notion de cause à un l'ensemble des «faits juridiquement qualifiés» par les parties.

<sup>(152)</sup> J. HERBOTS, «Recht, feit en cassatiemiddel», *op. cit.*, *T.P.R.*, 1971, pp. 599-644, spéc. p. 604, n° 4.

<sup>(153)</sup> Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, pp. 807 et s., spéc. p. 816.

<sup>(154)</sup> 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. *Adde*, des mêmes auteurs et dans le même sens, «Kroniek van het verbintenissenrecht», *R.W.*, 1992-1993, p. 1127.

<sup>(155)</sup> S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 10.

l'acte, ou encore au titre juridique invoqué au soutien de la prétention, et non plus au «fondement juridique» de celle-ci. Ces thèses se lisent en Belgique sous la plume autorisée de M. le Procureur Général E. KRINGS et de Mme B. DE CONINCK<sup>(156)</sup>, rejoins par M. le Procureur général H. LENAERTS<sup>(157)</sup>, (furtivement) par W. RAUWS<sup>(158)</sup><sup>(159)</sup>, ainsi que par T. WERQUIN<sup>(160)</sup> et enfin, avec nuances, par S. MOSSELMANS<sup>(161)</sup>. Selon ces auteurs, le «titre juridique» immuable et intangible s'identifierait par exemple au contrat, à la faute aquilienne, à la faute contractuelle, à l'accident (de la circulation, du travail, sur le chemin du travail), au testament, à la gestion d'affaires ou au trouble de voisinage...<sup>(162)</sup> sur lequel ou sur laquelle le plaideur articule les faits générateurs de sa prétention. Cette seconde définition de la cause se distinguerait de la première par cela qu'elle identifie la cause au «titre juridique» (composite de faits et de droit) de la prétention et non plus au «fondement juridique» de celle-ci (la règle de droit, la base légale dont l'application est invoquée au départ du titre juridique), étant entendu que seul le «titre juridique» échappe à toute maîtrise du juge. Une distinction subtile est ainsi proposée entre, d'une part, le «titre juridique», le «concept juridique» sous l'angle duquel le plaideur appréhende les faits

invoqués (la responsabilité aquilienne, le contrat, le testament, etc.) qui seul forme la «cause» de la prétention et, à ce titre lie le juge, et, d'autre part, le «fondement juridique» (*i.e.* la «règle de droit» (ou encore la disposition légale), qui est étranger à la cause. La partie peut ne pas suggérer de fondement juridique à l'appui de sa prétention, en ce sens qu'elle peut s'abstenir d'indiquer la disposition légale qui commande la solution du litige circonscrit par le «titre juridique» choisi. En ce cas, le juge doit, d'office, identifier le fondement juridique (la disposition légale), et l'appliquer. Lorsque, en sus du «titre juridique», le plaideur invoque, par déduction de ce titre, un «fondement juridique» à l'appui de son argumentation, le juge doit – sans porter atteinte au «titre juridique», et en veillant au respect de la contradiction – modifier ce «fondement juridique» au profit d'un autre qui lui paraîtrait plus approprié à la solution du litige<sup>(163)</sup>. À raison des propositions qu'elle soutient et des résultats qu'elle induit en pratique, cette approche d'apparence plus moderne, ne s'affranchit guère, en réalité, de la conception dite «juridique de la cause»<sup>(164)</sup> (*supra*, n° 25) : ici aussi, le juge se voit interdire toute initiative (substitution de base légale; requalification; relevé d'office de moyens) s'écartant du canevas tracé par les parties.

<sup>(156)</sup> E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, pp. 655-683, spéc. pp. 663 et s. Rapp. proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *op. cit.*, *J.T.*, 1983, pp. 513-521 et 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. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 8 et s. Comp. proc. gén. E. KRINGS (alors av. gén.), concl. précéd. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, pp. 71 et s. et H. LE MAHIEU, «De lijdelijkheid van de rechter», *Jura Falconis*, 1981-1982, p. 232. Comp. également la thèse de M. KRINGS avec X. MALENGREAU, «À propos des usages dans les tribunaux – Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience», *J.T.*, 2000, pp. 673 et s. Cet auteur, sous l'angle du thème original de la tenue des audiences par le juge, invoque les propos d'E. KRINGS, mais paraît toutefois prôner une attitude beaucoup plus proactive du magistrat dans l'application du droit.

<sup>(157)</sup> 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.

<sup>(158)</sup> W. RAUWS, *Jura novit curia*, *R.W.*, 1984-1985, col. 900-903.

<sup>(159)</sup> Quelques mois plus tard, en effet, M. RAUWS consacra à un arrêt prononcé le 10 mai 1985 par la Cour de cassation, un commentaire («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.) aux termes duquel il rejoint, dans une très large mesure, la conception factuelle de la cause exposée ci-après.

<sup>(160)</sup> 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. Cet auteur paraît toutefois s'écarter de la thèse d'E. KRINGS sur un point, lorsqu'invoquant les travaux de Jacques NORMAND, il soutient que «lorsqu'une règle de droit est invoquée, le juge doit vérifier si les conditions de son application sont réunies; pour justifier l'application de la règle invoquée, le juge peut puiser, dans les éléments du dossier même, des faits qui n'auraient pas été expressément invoqués, mais qui lui paraîtraient plus déterminants; à l'inverse, et pour rejeter la prétention, il peut relever d'office tous les éléments qui le déterminent à penser que l'une des conditions d'application de la règle invoquée fait défaut» (*op. cit.*, p. 343, n° 15 et la note (85)).

<sup>(161)</sup> S. MOSSELMANS, «Artikel 807 Ger. W.», in *Commentaar gerechtelijk recht*, Kluwer, 2002, n° 8-11.

<sup>(162)</sup> Voy. les exemples, tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation, cités par E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, p. 670, n° 21.

<sup>(163)</sup> *Addé*, en ce sens, sur ce point précis, proc. gén. H. LENAERTS (alors av. gén.), concl. précéd. Cass., 16 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 523.

<sup>(164)</sup> Voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, pp. 376 et s., n° 412 et s.; J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige...», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 21, n° 12.

27. À l'aune de ces conceptions juridiques de la cause, classiques et bien vivaces, l'ordre public joue un rôle (dérogatoire) capital.

Leurs tenants ont toujours considéré que, par exception à la passivité obligatoire évoquée ci-dessus, le juge doit sortir de sa réserve, et soulever d'office un moyen de droit dérivé d'une règle d'ordre public, substituer d'office une base légale d'ordre public, ou encore et au besoin, doter d'office les faits d'une qualification commandée par l'ordre public<sup>(165)</sup>. Le juge ne pourrait ainsi, en matière civile, élever une contestation, à moins, précisément, que celle-ci soit d'ordre public<sup>(166)</sup>.

### b. La conception factuelle de la cause

28. En réaction à la conception classique (*i.e.* juridique) de la cause, est née puis n'a cessé de s'amplifier (non sans s'affiner) une tendance à définir la

cause comme le complexe ou l'édifice de fait(s) invoqué à l'appui de la prétention, indépendamment de la qualification juridique qui peut en être proposée par les plaideurs ainsi que des bases légales sur lesquelles ils discutent, ou encore des moyens de droit soulevés par eux.

L'émergence de cette thèse est, des dires mêmes de ses partisans, largement redevable de la diffusion des idées d'Henri MOTULSKY et de leur consécration, sous la plume du doyen G. CORNU, dans les dispositions liminaires (les « principes directeurs ») du nouveau Code de procédure civile français par suite du décret du 9 septembre 1971<sup>(167)</sup>.

Les deux soussignés n'ont jamais fait mystère de leur complète adhésion à cette seconde école de pensée<sup>(168)</sup><sup>(169)</sup>, qui fédère du reste, des auteurs de plus en plus nombreux<sup>(170)</sup>. Les expressions de la

<sup>(165)</sup> Fr. RIGAUX, *La nature du contrôle...*, *op. cit.*, pp. 55-57, n° 37; du même auteur, « L'objet et la cause... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1973, p. 253, n°s 30-31; E. KRINGS et B. DECONINCK, « Het ambtshalve aanvullen... », *op. cit.*, *T.P.R.*, 1982, pp. 674-677, n°s 26-27.

<sup>(166)</sup> Parmi beaucoup d'autres, voy. proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 815, et la note 6; A. MEEÛS, « La notion de loi impérative... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 518-519, n°s 21-22.

<sup>(167)</sup> On ne peut cependant manquer de signaler que dès les années 1950, R. VAN LENNEP avait déjà défendu une conception très factuelle de la cause, in *Belgisch Burgerlijk procesrecht*, vol. I, « Verhandelings », Anvers, Standaard, 1950, p. 33, n° 198.

<sup>(168)</sup> G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, éd. de la Conférence du jeune barreau de Liège, 1981, nos 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.

<sup>(169)</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – « Iura novit curia »*, Bruxelles-Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2004, 919 p.

<sup>(170)</sup> 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. L'auteur a, de conserve avec Mme CLOSSET-MARCHAL, repris succinctement l'exposé de sa thèse in J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985-1996) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, pp. 538-544, n°s 52-56. Plus récemment encore, dans le cadre d'une leçon intitulée « La constitutionnalisation du droit processuel » qu'il a donnée à Liège le 28 mars 2002 dans le cadre de la chaire Francqui dont il était le titulaire, M. VAN COMPERNOLLE rappela son attachement à la conception « motulskyenne » de la cause et de l'office du juge. Ce fut pour lui l'occasion d'exposer l'affinement de sa thèse par la prise en compte des évolutions du droit français depuis le début des années 1980; A. FETTWEIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, fasc. II, 5<sup>e</sup> éd., P.U. Liège, 1980, n° 185; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, Fac. droit de Liège, 1987, pp. 60-83; A. FETTWEIS, « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », *Jur. Liège*, 1983, pp. 179 et s.; M. STORME, « L'activisme du juge dans le domaine de la procédure », *op. cit.*, *loc. cit.*, spéc. pp. 15-17; P. LEMMENS, *Gerechtigd 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 partijen », *R.W.*, 1985-1986, col. 2215 et s. Comp. toutefois, du même auteur, *Iura novit curia*, *R.W.*, 1985-1986, col. 900 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. HUBEN), 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., n°s 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? », *Cab. 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°s 12-16; G.-L. BALLON, « Over het voorwerp en de oorzaak van de rechtsvordering », note sous Bruxelles, 9<sup>e</sup> 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

thèse promue par ces auteurs sont multiples et variées, mais toutes signifient la même idée, radicalement opposée aux thèses des partisans de la conception classique : «à la seule condition de ne pas toucher à l'édifice de fait, présenté comme soutien de la demande, le juge demeure maître du droit et doit donc procéder d'office à l'application de la règle de droit non invoquée, à la substitution de la règle à ses yeux appropriée à celle qui a été invoquée à tort, à la qualification des faits présentés sans coloration juridique et à la requalification de ceux qui lui ont été soumis avec une coloration selon lui erronée»<sup>(171)</sup>. Dans cette conception, «la cause de la demande en droit judiciaire est», dit-on encore, «l'ensemble des faits allégués pour obtenir en justice le résultat souhaité», étant entendu que «le choix et l'application de la norme juridique relèvent de l'office du juge et sont extérieurs à la cause de la demande qui n'est constituée que par les faits générateurs (...). La cause n'étant que le complexe de faits invoqués par le demandeur, la qualification juridique n'y est point comprise. C'est au juge qu'il appartient, en principe, de dire le droit d'appliquer aux faits la norme adéquate, et ce même si elle n'a pas été proposée par une des parties»<sup>(172)</sup>.

29. On se gardera toutefois de considérer que cette thèse moderne affranchit les pouvoirs du juge de toutes les limites qu'y assigne la thèse classique. De manière constante et unanime, les auteurs acquis à la conception factuelle de la cause soulignent que le principe dispositif et le principe du contradictoire apportent quatre restrictions à la «maîtrise du droit»

par le juge : 1) par le biais d'une requalification ou d'une substitution de base légale, le juge ne peut modifier l'objet de la prétention en allouant plus ou autre chose que le *petitum* (*supra*, n° 19); 2) en toutes situations, le juge qui estime devoir requalifier les faits générateurs de prétention, ou soustraire ceux-ci à l'application de la règle de droit inadéquatement proposée par les parties au profit d'une autre règle, «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» (*infra*, n°s 45-48); 3) le juge ne peut déjouer l'accord en vertu duquel les parties, dans les matières étrangères à l'ordre public où elles disposent librement de leurs droits, le lierait «par des qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat»<sup>(173)</sup> (*supra*, n° 3); 4) la requalification, la substitution de base légale ou le relevé d'office d'un moyen de droit ne peuvent intervenir que «dans la mesure où le juge s'en tient strictement aux faits que les parties lui ont soumis», en ce sens, plus précisément que «la liberté du juge dans le domaine du droit (...) doit être contenue dans la limite des actes ou des faits qui sont effectivement dans le débat (...) en manière telle que le juge ne pourrait prendre en considération, à titre de support matériel de la règle de droit réellement applicable, des faits qui se situent *hors de la discussion* ouverte à l'initiative des parties (...)»<sup>(174)</sup>. Si les partisans de la conception factuelle de la cause ne sont jamais, loin s'en faut, revenus sur les deux premières restrictions (l'immutabilité de l'objet et le respect du contradictoire)<sup>(175)</sup>, les deux

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 hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, p. 287, n°s 630-631; Ph. 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, visant plus spécifiquement (en l'approuvant) le passage d'office par le juge d'une responsabilité à une autre.

<sup>(171)</sup> J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 23, n° 14, reprenant la formule de H. MOTULSKY, «Prolégomènes...», *op. cit.*, in *Écrits...*, *loc. cit.*, p. 294.

<sup>(172)</sup> A. FETTWIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, fasc. II, 5<sup>e</sup> éd., P.U. Liège, 1980, n° 185.

<sup>(173)</sup> J. VAN COMPERNOLLE, «Le juge et le fondement du litige», *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n° 31.

<sup>(174)</sup> *Idem*, pp. 32-33, n° 30.

<sup>(175)</sup> On y insiste, le respect de la contradiction a toujours été au cœur des discours des promoteurs belges de la conception factuelle de la cause. Elle l'est d'autant plus aujourd'hui, compte tenu de l'essor pris par les garanties fondamentales du procès équitable sous l'impulsion de la jurisprudence aux termes de laquelle la Cour de Strasbourg interprète l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. On se doit néanmoins de signaler un certain décalage entre ces discours doctrinaux et les aspirations de la pratique. On observe en effet que les praticiens du droit (spécialement les magistrats et les avocats), quoiqu'ils affirment leur attachement à une vue dynamique de la mission du juge, respectueuse des droits de la défense, ne sont pas moins préoccupés par le ralentissement des procès provoqué par la multiplication des réouvertures des débats (voy. notamment les interventions rapportées par 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). Cette exaspération est parfaitement légitime et doit être entendue dans un contexte d'arriéré judiciaire massif où, plus que jamais, le principe d'économie des procédures doit prévaloir. On peut toutefois rétorquer à ces préoccupations, d'une part que le respect de la contradiction imposé par la conception factuelle de la cause ne prend pas nécessairement, ni systématiquement, la forme d'une réouverture des débats à date éloignée, et d'autre part que le non-respect de la contradiction, au même titre et pour les mêmes raisons que la conception juridique de la cause, retarde lui aussi l'issue du procès. Ces raisons tiennent, on le sait, dans les principes qui régissent la délimitation de l'autorité de la chose jugée en matière civile.

autres ont, quant à elles, fait récemment l'objet d'importants affinements.

30. Le premier de ceux-ci porte sur la nature des accords en vertu desquels les parties peuvent, sous la réserve de l'ordre public, lier le juge sur tel ou tel point de droit. Une partie importante de la doctrine (essentiellement les partisans des conceptions dites juridiques de la cause : *supra*, n<sup>os</sup> 24-27) soutient l'idée qu'un accord tacite fait l'affaire, en ce sens qu'il suffit, pour lier le juge, que le défendeur ne conteste point le choix de la base légale ou de la qualification juridique proposé par le demandeur.

La réponse est ici tout autre. Aux yeux des partisans de la conception factuelle de la cause, le pouvoir du juge de requalifier, de substituer la base légale ou de relever d'office un moyen de droit, ne cède que dans l'hypothèse, peu fréquente, où les écrits de procédure échangés par les parties forment et constatent un accord *exprès* sur les points de droit concernés <sup>(176)</sup>.

31. Par emprunt au droit judiciaire français (en particulier aux articles 7 et 12 du nouveau Code de procédure civile), les deux soussignés tentent d'apporter un second affinement à la conception factuelle de la cause et de l'office du juge.

Il s'agit d'une part de distinguer les faits spécialement invoqués (mobilisés) au soutien des prétentions des parties, des faits «adventices» (selon l'expression de MOTULSKY) que les parties se contentent d'alléguer incidemment, voire de produire inconsciemment, sans en tirer de déductions argumentatives. Il s'agit d'autre part d'adosser sur cette distinction entre faits invoqués et faits *adventices*, une différence fondamentale, dans le chef du juge, entre une obligation de dire le droit et une faculté de dire le droit. Le système que nous proposons est alors le suivant : dans le cadre d'une instance contradictoire, sous réserve de la violation d'une règle d'ordre public, le juge n'a l'obligation de dire le droit que sur la base des faits invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions, le cas échéant en redressant les qualifications juridiques erronées. En revanche, il n'est pas tenu de connaître des faits *adventices*, soit des faits sur lesquels les parties n'ont

pas attiré son attention, qu'elle les aient allégués incidemment sans en tirer de conséquence juridique ou qu'elles ne les aient même pas relevés dans les documents versés au dossier.

Ainsi, le juge a l'obligation de qualifier ou requalifier les seuls faits expressément invoqués par les plaideurs à l'exclusion des faits *adventices*. Mais il faut y insister, le juge a la faculté de dire le droit sur la base des faits *adventices*, y compris dans le cadre d'un débat contradictoire <sup>(177)</sup> <sup>(178)</sup>.

32. À l'aune de cette conception factuelle de la cause – et, *a fortiori*, des deux affinements que nous proposons de lui adjoindre –, la spécificité dérogatoire de l'ordre public – étincelante dans la thèse adverse (*supra*, n<sup>o</sup> 27) – se dilue considérablement.

Que le moyen soit d'ordre public, ou qu'il soit dérivé d'une disposition légale supplétive ou encore impérative, il pèse invariablement sur le juge l'obligation de le relever d'office s'il se déduit des faits spécialement invoqués à l'appui des prétentions des parties. Le juge d'appel s'abstiendrait-il de relever d'office ce moyen que celui-ci pourra être déféré à la Cour de cassation sans être regardé comme nouveau. Par contre, le juge n'aura jamais l'obligation – mais seulement la faculté – de relever d'office un moyen, même dicté par l'ordre public, si cette initiative lui est suggérée par un fait *adventice*, resté à l'arrière-plan des prétentions et des écritures des parties. À la vérité, la seule spécificité dont l'ordre public jouit encore sous l'angle de cette thèse consiste en l'interdiction faite aux parties de conclure un accord destiné à lier le juge sur les bases juridiques et/ou factuelles du litige lorsque cet accord viole, déjoue ou élude une disposition légale ou un principe rattaché(e) à la sphère de l'ordre public <sup>(179)</sup>.

### C. Et la Cour de cassation ?

33. Dans son étude sur l'étendue des pouvoirs du juge en matière d'impôts sur les revenus, Dominique LAMBOT considère qu'il semble que la Cour de cassation se soit finalement ralliée à la conception factuelle de la cause <sup>(180)</sup>.

<sup>(176)</sup> Voy. à ce sujet la démonstration proposée in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, op. cit., spéc. n<sup>os</sup> 476, n<sup>os</sup> 447-754, et n<sup>os</sup> 1024-1036, ainsi que les réf. citées.

<sup>(177)</sup> Adde, 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, *Éléments de procédure civile*, op. cit., pp. 35-37. 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, p. 196.

<sup>(178)</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, op. cit., spéc. les synthèses reprises aux n<sup>os</sup> 842 et s. et 1009 et s.

<sup>(179)</sup> *Idem*, spéc. n<sup>os</sup> 480 et s., n<sup>os</sup> 546 et s., n<sup>os</sup> 755 et s., et enfin n<sup>os</sup> 1037 et s.

<sup>(180)</sup> D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», op. cit., loc. cit., p. 463, n<sup>o</sup> 12.

Nous aimerions pouvoir partager, *hic et nunc*, l'optimisme de l'auteur. Au demeurant, nous entretenons résolument l'espoir que la Cour de cassation vienne consacrer prochainement, et définitivement, cette conception. Le second soussigné a du reste tenté de démontrer que cette même conception est la seule qui soit compatible avec les techniques de cassation, élaborées par cette même Cour aux fins d'apprécier la recevabilité des moyens qui lui sont soumis<sup>(181)</sup> : la Cour de cassation vient d'ailleurs de donner une illustration étincelante de cette idée dans une affaire, fiscale précisément (*infra*).

Pour l'heure, force est de dresser un constat plus nuancé. Comme le suggère D. LAMBOT<sup>(182)</sup>, il n'est pas de meilleur exemple, de meilleur laboratoire, pour rendre compte de la jurisprudence de la Cour de cassation en notre matière, que le terrain de la responsabilité civile. Du reste, l'exemple tombe à point nommé car c'est celui qu'emprunte également l'administration pour tenter, au contraire de D. LAMBOT, de rattacher la jurisprudence de la Cour de cassation à la conception juridique de la cause et d'indexer les pouvoirs du juge fiscal à cette même conception classique<sup>(183)</sup>.

En réalité, l'exemple du droit des responsabilités illustre parfaitement l'hésitation actuelle de la Cour de cassation entre les deux thèses rivales. Jugeons-en. Aux termes d'une tendance dominante, la Cour suprême aperçoit certes une modification de la cause de la demande dans le passage de la faute quasi délictuelle à la faute contractuelle<sup>(184)</sup>, dans le passage de la faute contractuelle à la faute quasi délictuelle<sup>(185)</sup>, dans le passage de la faute aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) au vice de la chose (article 1384 du Code civil)<sup>(186)</sup>, dans le pas-

sage du vice de la chose (article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) à la faute aquilienne (article 1382 du Code civil)<sup>(187)</sup>, dans le passage du vice de la chose (article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) à la faute contractuelle<sup>(188)</sup>, dans le passage de la faute aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) à la théorie des troubles de voisinage (article 544 du Code civil)<sup>(189)</sup>, dans le passage à la théorie des troubles de voisinage (article 544 du Code civil) au vice de la chose (article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil)<sup>(190)</sup>, ou encore dans le passage du quasi-contrat au quasi-délit<sup>(191)</sup>.

Mais la force de cette ligne d'arrêts<sup>(192)</sup> n'a pas empêché l'émergence, dans la jurisprudence de la Cour, d'une tendance récessive.

Premier soubresaut de cette tendance, un arrêt prononcé le 13 novembre 1989 sur les conclusions contraires de Mme le procureur général E. LIEKENDAELE, alors avocat général. En substance, la Cour avait à connaître d'un cas de substitution d'une faute aquilienne à la faute contractuelle alléguée. Le moyen de cassation critiquant la requalification vise la violation «des articles 702, 807, 1138, 2<sup>o</sup>, du Code judiciaire, du principe général du droit imposant le respect des droits de la défense, du principe général du droit consacrant l'autonomie des parties au procès civil, aussi appelé principe dispositif, et du principe général de droit interdisant au juge de se statuer sur des choses non demandées». Il était à prévoir, au vu de la série d'arrêts évoqués ci-dessus, que la Cour constate la modification de la cause et la violation de tous les principes et dispositions visés. Cependant, la cassation n'intervient *que* sur le fondement de la méconnaissance du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

(181) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*..., *op. cit.* spéc. pp. 658 et s., n<sup>os</sup> 886 et s.

(182) D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», *op. cit.*, p. 464, n<sup>o</sup> 13.

(183) Circ. n<sup>o</sup> Ci.RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n<sup>o</sup> 143.

(184) Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 743; Cass., 22 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 454.

(185) Cass., 12 mars 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 831; Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 737 (passage de la faute contractuelle à la *culpa in contrabando*); Cass., 5 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1348, précédé des concl. de M. l'av. gén. J. SPREUTELS.

(186) Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 805.

(187) Cass., 3 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 412.

(188) Cass., 20 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 338.

(189) Cass., 20 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 887, précédé des concl. de M. le procureur général E. KRINGS (alors av. gén.).

(190) Cass., 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 916.

(191) Cass., 10 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 745 (en l'occurrence, passage de l'enrichissement sans cause à l'abus de droit (art. 1382 et 1383, C. civ.). *Contra*, Cass. 25 mars 1982, précité, autorisant le passage du contrat au quasi-contrat (également un enrichissement sans cause).

(192) Au sujet de laquelle, sous l'angle spécifique des droits de la défense, cons. D. LÉONARD, «La distinction entre le motif et le moyen...», *op. cit.*, in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, *loc. cit.*, n<sup>o</sup> 10. Il est étonnant que l'enseignement dispensé aux futurs magistrats s'en tienne à la tendance exprimée par cette première ligne d'arrêts : on constate en effet que dans leur cours, au surplus remarquable, sur la Cour de cassation MM. les conseillers de Codt et Londers cantonnent l'exposé à ces arrêts-là, sans même évoquer un seul de ceux qui sont répertoriés dans les notes qui suivent (J. DE CODT et G. LONDERS, «La Cour de cassation», Formation de l'Ordre judiciaire, Séminaire résidentiel des stagiaires judiciaires, 3/Form/2004.1201, du 11 octobre 2004, S.P.F. Justice, pp. 30-31).

se<sup>(193)</sup>. L'arrêt laisse entrevoir que la Cour n'eût peut-être pas censuré la requalification comme modificative de la cause si la contradiction avait été observée par le juge du fond.

D'ailleurs, la conception factuelle de la cause connut ensuite, auprès de la Cour, des succès bien plus explicites.

Eu égard aux « passages interdits » par les cassations recensées au début du présent paragraphe, on comprend l'accueil réservé à l'arrêt du 18 février 1993, lequel a pu du reste être perçu comme un revirement de jurisprudence<sup>(194)</sup>. La ville de Liège adjuge un marché public à un entrepreneur, sous la réserve de l'approbation par la députation permanente. Sans attendre la réponse de celle-ci, le maître de l'ouvrage adjuge le même marché à une autre société. Devant le premier juge, l'entrepreneur évincé sollicite sur une base contractuelle la réparation de son préjudice. En degré d'appel, il déclare expressément abandonner le terrain contractuel pour ne plus fonder sa demande que sur la faute aquilienne de la ville. Malgré tout, la cour d'appel de Liège décide que la ville a bien commis une faute contractuelle aux motifs que la première adjudication avait donné naissance à un contrat conclu sous condition suspensive de l'approbation de l'autorité de tutelle et que la ville ne pouvait se délier des engagements souscrits aux termes de ce contrat. En instance de cassation, la ville de Liège reproche à la cour d'appel d'avoir ainsi modifié la cause de la demande de son adversaire. La Cour de cassation rejette son moyen aux motifs que « le moyen (...) fait grief à l'arrêt attaqué de modifier la cause de la demande en décidant que la demanderesse a engagé sa responsabilité contractuelle, alors que la défenderesse avait, en conclusions d'appel, donné à sa demande un fondement extracontractuel », qu'« il appartient au juge, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits régulièrement soumis à

son appréciation et sans modifier l'objet ni la cause de la demande les règles de droit sur la base desquelles il statue, pour autant qu'il n'élève pas de contestation dont les conclusions des parties excluent l'existence », que « certes, la défenderesse a, dans ses conclusions d'appel, considéré le comportement de la demanderesse comme engageant la responsabilité aquilienne de celle-ci, alors que, devant le tribunal de première instance, elle avait invoqué les règles de la responsabilité contractuelle », que « cependant, tant en appel qu'en première instance, la défenderesse a fondé sa demande sur la faute qu'aurait commise la demanderesse en l'évinçant du projet de construction dont elle lui avait confié l'exécution » et qu'« en statuant comme le moyen le reproduit, la cour d'appel a appliqué au litige les règles de droit qui lui ont paru régir les relations entre les parties, sans fonder sa décision sur des faits juridiques autres que ceux sur lesquels était fondée la demande et, dès lors, sans modifier la cause de celle-ci »<sup>(195)</sup>. Au regard notamment de l'arrêt, précité, du 22 décembre 1983, le « revirement est total »<sup>(196)</sup>. Pour la première fois, le « passage » reçoit l'autorisation de la Cour. Là n'est pas le seul mérite de l'arrêt du 18 février 1993. Il y est question de l'interdiction faite au juge de s'écarter des « faits juridiques ». Ces faits « juridiques » ne doivent pas être entendus dans le sens que leur donne, notamment, M. le procureur général Krings (voy. *supra*, n° 26). Au regard cette fois de l'arrêt du 18 février 1993, les faits juridiques dont le juge ne peut sortir sont, ni plus ni moins, que les faits matériels spécialement allégués au soutien de la démonstration de la faute, indépendamment de la coloration juridique (contractuelle ou aquilienne) donnée à celle-ci. Ce remarquable arrêt n'est pas la seule concession consentie par la Cour de cassation à la conception factuelle de la cause.

L'enseignement qui s'en dégage, certes remis en cause dans l'intervalle<sup>(197)</sup>, fut néanmoins prolongé

<sup>(193)</sup> Cass., 13 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 298.

<sup>(194)</sup> 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. Il est du reste tout à fait remarquable que, dans sa récente et pénétrante mercuriale sur le droit de défense, M. le procureur général J. DU JARDIN cite cet arrêt de même que celui du 27 janvier 1998 – en exergue, pour en déduire que notre Cour de cassation incline aujourd'hui à autoriser le passage d'une responsabilité à l'autre par le juge du fond (proc. gén. J. DU JARDIN, « Le droit dans la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, *J.T.*, 2003, p. 623, n° 4 et 5).

<sup>(195)</sup> Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 187; *Rev. dr. comm.*, 1994, p. 16, note R. ANDERSEN. Il est permis de considérer que la décision attaquée avait en revanche méconnu le principe du contradictoire en ne soumettant pas cette substitution à la discussion préalable des parties. Le moyen de cassation ne visant pas la violation dudit principe, la Cour ne pouvait la censurer de ce chef. Il est d'ailleurs significatif que la notice de l'arrêt à la *Pasicrisie* précise que la solution de l'arrêt devait être comprise « sans préjudice du respect des droits de la défense ». Sur cette lecture de l'arrêt du 18 février 1993, voy. dans notre sens J. LINSMEAU et H. BOULARBAH, « La Cour de cassation entre le pourvoi des parties et les conclusions du ministère public », in *Amicus Curiae*, quo vadis? (sous la dir. de P. VAN ORSHOVEN et M. STORME), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 176, n° 4.

<sup>(196)</sup> J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1997, p. 542, n° 56.

<sup>(197)</sup> Voy. notamment les arrêts des 31 octobre 1996 et 5 décembre 1997, précités.

par un arrêt du 22 janvier 1998<sup>(198)</sup>. Cet arrêt a, quant à lui, autorisé le passage du quasi délit au délit par le juge du fond. Ici aussi, le moyen de cassation s'inspirait de la thèse de M. KRINGS car il reprochait aux juges d'appel d'avoir, en violation du principe dispositif, modifié la cause de la demande en rejetant celle-ci sur la base d'un autre «fait juridique» (le délit de presse) que celui qui avait été invoqué au soutien de la prétention (le quasi-délit déduit d'une calomnie ou d'une diffamation (article 1382 du Code civil)).

34. Nous formons le vœu que la tendance illustrée par ces deux importants arrêts prenne définitivement le pas sur la conception dite «juridique» de la cause. Au demeurant, cette tendance au renforcement de l'activisme du juge sur le terrain de l'application du droit au fait, est la seule qui coïncide, et qui soit dès lors compatible, avec l'étendue du contrôle que la Cour de cassation s'assigne à elle-même (*supra*, n° 33). Pour l'heure, force est de constater que la question des pouvoirs du juge, de ses interventions *motu proprio* dans le canevas maladroitement tissé par les parties, reste profondément controversée. Concrètement, la doctrine est divisée et la Cour de cassation hésite quant à savoir si le juge peut, ne peut point, ou doit soulever d'office des moyens susceptibles d'orienter l'issue du litige. Au prix d'une heureuse coïncidence, c'est au moment précis où nous relisons cette étude pour la dernière fois que la Cour de cassation prononçait un arrêt qui, dans notre question, revêt l'allure d'une décision de principe annonçant le dénouement de la théorie de la cause. En effet, par arrêt du 18 novembre 2004, reproduit ci-après, la Cour a dit pour droit que le juge modifie la cause, et méconnaît à ce titre le principe dispositif lorsqu'il appuie sa décision sur «des faits non invoqués par les parties»<sup>(199)</sup>.

35. Il était indispensable de dresser ce constat avec précision. Car lorsqu'on envisage la question de l'étendue des pouvoirs du juge fiscal, il faut absolument percevoir que les réponses varieront du tout au tout, selon la conception que l'on se fait, au

coeur de la controverse, des pouvoirs du juge en général. Il ne mène donc à rien d'énoncer que les pouvoirs du juge fiscal procèdent, ou au contraire s'écartent, des solutions prévalant en droit judiciaire commun.

### 1) En droit judiciaire fiscal

36. La question est donc celle-ci : le tribunal de première instance, et à sa suite la cour d'appel, peuvent-ils, voire doivent-ils, soulever d'office un moyen, conduisant au rejet ou à l'accueil du recours du contribuable, lorsque ce moyen n'a pas été présenté par les parties?

37. À première vue, et contrairement à ce qui vient d'être annoncé (*supra*, n° 35), il peut paraître inutile de replacer cette question dans la controverse qui, en droit commun du procès, oppose les conceptions dites juridiques et factuelles de la cause. En effet, l'on a vu que ces deux thèses avaient au moins ceci en commun qu'elles obligent le juge à soulever d'office tout moyen dérivé d'une règle d'ordre public. Or, il est à peine besoin de rappeler que tout le droit fiscal ressortit à l'ordre public<sup>(200)</sup>, tant pour ce qui regarde le droit fiscal matériel<sup>(201)</sup> que pour ce qui concerne les règles régissant l'établissement et le recouvrement<sup>(202)</sup> de l'impôt, ou encore la procédure<sup>(203)</sup>.

Sous la réserve des importantes restrictions dont il est question ci-après, l'on peut d'ailleurs ériger en règle que, quelle que soit la conception (factuelle ou juridique) sous-jacente au propos, le juge fiscal a le devoir de soulever d'office tout moyen susceptible de justifier légalement la cotisation entreprise, ou – selon le cas – d'accueillir le recours formé contre cette cotisation.

Il y a simplement que les partisans de la conception juridique et classique de la cause de la demande (*supra*, n°s 24-27), justifieront cette solution par la spécificité et les vertus déroatoires de l'ordre public au regard de l'office du juge, tandis que les partisans de la conception factuelle de la cause considéreront, à l'instar des soussignés et de Dominique LAMBOT<sup>(204)</sup>, qu'il

<sup>(198)</sup> Cass., 22 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 115.

<sup>(199)</sup> Cass., 18 novembre 2004, C.040062.F, reproduit ci-après. Au sujet de cet arrêt, voy. également J.-F. VAN DROOGHENBROECK, «Vers le dénouement de la théorie de la cause», à paraître dans *J.T.*, 2005.

<sup>(200)</sup> D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 469 et s., n°s 22 et s.

<sup>(201)</sup> Cass., 5 janvier 1931, *Pas.*, 1931, I, p. 26; Cass., 11 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 185; J. KIRKPATRICK, «Le droit fiscal se fonde sur des réalités», *J.P.D.F.*, 1969, p. 168; M. LEVAUX, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1996, p. 683; proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 31 mai 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 407.

<sup>(202)</sup> Cass., 25 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 986.

<sup>(203)</sup> D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 472, n° 25, citant Ch. CARDYN, H. DEPRET et M. LOOCKX, *Procédure fiscale contentieuse*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 202.

<sup>(204)</sup> Liège, 10 janvier 2003, *F.J.F.*, 2003, p. 880 (définissant, en matière fiscale, la cause comme étant le complexe de faits invoqués, indépendamment de leur qualification juridique); D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, spéc. p. 485, n° 46, p. 488, n° 50, *in fine* et pp. 492-493, n° 58 (conclusion).

s'agit là de la transposition des pouvoirs usuels de tout juge, indépendamment de l'appartenance à l'ordre public des dispositions légales en jeu.

38. Cette première étape du raisonnement amène à regarder comme incomplète, ou exagérément timide, la réponse donnée à notre question par l'administration. Dans sa circulaire n° Ci. RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, celle-ci propose un raisonnement en trois temps, articulé comme il suit <sup>(205)</sup>. Tout d'abord, l'administration paraît faire sienne la définition assimilant la cause de la prétention au fondement juridique, à la base légale invoquée (*supra*, n°s 24-27), négligeant ce faisant d'évoquer l'autre définition, plus factuelle (*supra*, n°s 28-32), qui le dispute à la première dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un deuxième temps, l'administration invite à transposer ces principes (*i.e.* l'interdiction faite au juge de modifier le fondement juridique, la base légale, assigné(e) par les parties au soutien de leurs prétentions) à la matière fiscale. Elle énonce enfin, et c'est surtout cette troisième proposition qui fait problème, qu'«il faut toutefois nécessairement avoir égard à la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la saisine de la Cour d'appel dans le cadre de l'ancienne procédure, qui admettait quatre exceptions dont le juge pouvait se saisir d'office, à savoir la prescription, le non-respect volontaire de l'administration du délai d'un mois pour répondre à un avis de rectification ou d'imposition d'office, la force majeure et l'autorité de la chose jugée (Com. I.R., n°s 377/23 à 27). Cette jurisprudence semble devoir être maintenue dans le cadre de la nouvelle procédure. De même, au même titre, l'on doit ajouter le grief tiré de la violation du droit communautaire, eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, laquelle décide que le droit communautaire s'oppose à l'application de règles de procédure nationales, tels les anciens articles 377, alinéa 2, 378 et 381 du C.I.R. 1992, qui interdiraient au juge national saisi dans le cadre de sa compétence d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition de droit communautaire (C.J., 14 décembre 1995, *Rec. arr.*, 1995, p. I-4599)».

Pourquoi limiter à ces quelques cas, issus de la jurisprudence ancienne <sup>(206)</sup>, les situations dans lesquelles le juge doit désormais, depuis la réforme de mars 1999, soulever d'office des moyens (d'ordre public) s'écarter du canevas juridique tracé par les parties? Même pour les tenants de la conception juridique de la cause, à laquelle l'administration déclare pourtant se rallier, ce sont bien tous les moyens d'ordre public (et non point seulement certaines défenses ou exceptions), que le juge doit soulever d'office.

Ce principe étant posé, il s'impose tout de même de le compléter par l'énoncé d'importantes précisions. Pour la plupart d'entre elles, il s'agit de rappels.

39. On rappellera tout d'abord que le relevé d'office d'un moyen d'ordre public ne peut jamais conduire le juge à modifier l'objet du recours du contribuable, entendu comme le «résultat factuel» postulé par ce dernier (*supra*, n°s 20-21). D. LAMBOT illustre cette première limite par un judicieux exemple. L'auteur soutient à juste titre que le juge peut soulever d'office la nullité de la cotisation en raison de l'absence d'envoi préalable d'un avis de rectification, alors que le contribuable se borne à demander le dégrèvement partiel de la cotisation litigieuse au motif que l'administration a rejeté à tort la déduction d'une dépense professionnelle. Ce faisant, le juge ne modifie point l'objet de la demande, dès lors que l'annulation vaut dégrèvement, et pourvu qu'il s'en tienne, dans notre exemple au prononcé d'une annulation partielle. Il n'altère pas davantage la cause du recours <sup>(207)</sup>, pas plus qu'il ne modifie la cause ou l'objet du recours invoquant l'annulation de la cotisation du chef l'absence de signature de l'avis de rectification, en annulant la cotisation en raison d'insuffisance de motivation du dit avis <sup>(208)</sup>.

40. La deuxième limite à l'activisme est, elle aussi, fondamentale et déjà bien connue : sous prétexte de moyen(s) d'ordre public à soulever d'office, le juge ne peut aggraver la situation du contribuable.

Cette interdiction a certainement et irrévocablement survécu à la réforme de 1999 (*supra*,

<sup>(205)</sup> Circulaire n° Ci. RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 144.

<sup>(206)</sup> Au sujet de ces hypothèses, cons. D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 479 et s., n°s 37 et s. S'agissant de la forclusion, voy. par exemple Cass., 21 février 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 644 (deux espèces); prem. av. gén. MAHAUX, concl. précéd. Cass., 3 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 9; M. FEYE et Ch. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1958, p. 114. Pour ce qui concerne l'exception de chose jugée (qui, en droit fiscal comme en droit pénal, relève de l'ordre public. *Contra*, article 27 du Code judiciaire, en matière civile), voy. Cass., 3 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 11, précédé des concl. précitées de M. le premier avocat général MAHAUX).

<sup>(207)</sup> D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 487-488, n° 49, citant dans le même sens Civ. Anvers, 5 juin 2002, *T.F.R.*, 2003, p. 125, note Ph. VANBELLEN; Civ. Anvers, 28 juin 2002, *R.G.C.F.*, 2004, p. 20.

<sup>(208)</sup> D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 487, n° 49.

n° 21)<sup>(209)</sup>, si bien que le tribunal ne pourra pas, par exemple, soulever d'office l'exception tirée de l'irrecevabilité du recours administratif initial, qui n'aurait pas été accueillie ou soulevée par le directeur régional<sup>(210)</sup>. Il ne faut cependant pas se méprendre, en l'exagérant, sur la portée de ce tempérament. Ce qui est interdit au juge fiscal, c'est d'aggraver la situation du contribuable, c'est-à-dire, ni plus ni moins, de le placer dans une situation plus défavorable, plus onéreuse, que celle-ci qui se déduit de la cotisation entreprise.

Partant, le juge n'aggrave pas la situation de ce contribuable en soulevant d'office un moyen d'ordre public jusque-là négligé par l'administration, et le conduisant à maintenir la cotisation entreprise sur pied d'une autre motivation juridique<sup>(211)</sup>. L'on a parfois tenté de nuancer cette idée par l'affirmation que «si le juge fiscal peut invoquer d'office des arguments (moyens), elle ne peut en aucun cas s'écarter du litige proprement dit, des prétentions des parties et se baser sur des considérations qui n'ont plus le caractère de simples motifs ou arguments (moyens) mais qui constituent au contraire des contestations ou des demandes nouvelles (griefs)»<sup>(212)</sup>. Il n'est évidemment pas contestable, nous l'avons nous-mêmes souligné à plusieurs reprises, que l'obligation faite au juge (fiscal) de suppléer d'office les moyens appropriés, cesse dès que cet activisme le conduirait à modifier l'objet de la demande du contribuable (*supra*, n°s 20-21), ou à déjouer un accord en vertu duquel ce dernier et l'administration se seraient – expressément – entendus sur la matérialité d'un ou plusieurs fait(s) (*supra*, n°s 3 et 19; violation de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et du principe dispositif). Ce même juge ne peut davantage introduire de demandes nouvelles, étant cependant rappelé qu'aux termes mêmes de l'article 807 du Code judiciaire, la

(re)qualification juridique est étrangère au concept de demande nouvelle (*supra*, n° 7).

En revanche, la distinction à tracer entre de «simples motifs, arguments ou moyens» que le juge devrait relever d'office, et des «contestations» qu'il devrait s'interdire de susciter, nous paraît plus opaque. Au prix d'une analyse attentive de la jurisprudence de la Cour de cassation dont elle est issue, il appert en effet que la notion de «contestation» n'a pas de signification propre qui, au regard de l'office du juge, la distinguerait du moyen, de l'argument, ou encore du motif. En réalité, lorsque la Cour énonce que le juge ne peut soulever une «contestation exclue par les conclusions des parties», elle n'exprime pas autre chose que l'interdiction, d'une part de modifier l'objet de la prétention, d'autre part d'altérer un accord procédural venu entre parties<sup>(213)</sup>.

En droit fiscal, semblable accord ne liera le juge que pour autant qu'il porte exclusivement sur des questions de fait. En raison de l'appartenance du droit fiscal à la sphère de l'ordre public, le juge ne sera par contre pas lié par un accord sur points de droit entre le contribuable et l'administration, et devra le cas échéant soulever d'office «la contestation»<sup>(214)</sup>.

41. La jurisprudence fournit déjà, et l'on ne peut que s'en réjouir, des exemples illustrant l'activisme dont la réforme de 1999 a doté le juge fiscal.

Celui-ci peut d'office soulever la nullité en la forme (défaut d'envoi préalable d'un avis de rectification) de la cotisation dont le contribuable sollicite le dégrèvement partiel sur pied de la déduction d'une charge professionnelle<sup>(215)</sup>.

De même, «le juge fiscal peut très bien considérer qu'une indemnité accordée à un ancien salarié ne constitue pas une rémunération taxable au taux marginal, comme l'administration le soutenait,

<sup>(209)</sup> Circulaire n° Ci. RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 155; D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 489-490, n°s 52-53.

<sup>(210)</sup> D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 490, n° 53. *Contra*, circulaire n° Ci. RH.863/530.827 du 18 septembre 2000, n° 155, ainsi que Civ. Mons, 26 avril 2001, *J.D.F.*, 2002, p. 167. Au sujet de cette question voy. *supra*, n° 21.

<sup>(211)</sup> Cass., 16 septembre 2004, F.030049.F et F.030062.F. (implicite), commenté *infra*, n° 42; Cass., 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 827; Cass., 3 novembre 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 464; Cass., 17 juin 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 152; Cass., 5 mai 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 177, et les concl. de M. le procureur général L. CORNIL (alors prem. av. gén.); Civ. Mons, 26 avril 2001, *J.D.F.*, 2002, p. 164-165; A. DECROËS, «Pouvoirs du tribunal de première instance...», *op. cit.*, *J.D.F.*, 2002, p. 185. Rapp. M. LEVAUX, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1996, p. 711. *Contra*, N. PIROTTE, «L'adéquation du droit judiciaire privé au nouveau procès fiscal en matière d'impôts sur les revenus», *J.D.F.*, 1999, p. 137, n° 11.

<sup>(212)</sup> D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 475, n° 30, citant dans le même sens M. LEVAUX, «Griefs nouveaux – Pièces nouvelles et caractère d'ordre public du droit fiscal», *Act. dr.*, 1996, p. 711.

<sup>(213)</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, *op. cit.*, n°s 510-519, n°s 739-746 et n°s 1018-1022.

<sup>(214)</sup> X. PARENT, «L'application de la loi fiscale – Les accords en droit fiscal : transactions, accords individuels et rallongés», *Act. dr.*, 1993, pp. 35 et s., cité par D. LAMBOT, *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, *loc. cit.*, p. 470, n° 23.

<sup>(215)</sup> Civ. Anvers, 5 juin 2002, *T.F.R.*, 2003, p. 125, note Ph. VANBELLEN; Civ. Anvers, 24 juin 2002, *R.G.*, n° 00/2360/A, inédit cité par D. LAMBOT, «L'étendue...», *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 488, n° 49.

mais une indemnité de dédit, taxable au taux moyen afférent à l'ensemble des revenus imposables de la dernière année pendant laquelle le contribuable a eu une activité professionnelle normale»<sup>(216)</sup>.

**42.** La Cour de cassation a tout récemment, et de façon éclatante, manifesté son inclination pour l'«activisme» du juge fiscal, prôné ici dans le sillage des conceptions modernes et factuelles de la cause.

La Cour d'appel de Liège avait fait droit à une demande de dégrèvement d'une cotisation taxant la mise à disposition gratuite d'immeubles dans le chef des contribuables bénéficiaires. Le dégrèvement était justifié par le motif que la gratuité de la disposition litigieuse, érigée en condition de taxation par l'article 18, § 3, 2°, de l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, n'était pas vérifiée en l'espèce. Le premier moyen de cassation invoqué à l'appui du pourvoi de l'État belge reproche à cette décision de méconnaître l'article 18, § 4, de l'arrêté royal précité, aux termes duquel «dans les cas visés au § 3, points 2 à 9, et lorsque l'avantage n'est pas consenti à titre gratuit, l'avantage à prendre en considération est celui qui est déterminé audit, § 3, points 2 à 9, diminué de l'intervention du bénéficiaire de cet avantage». Les défendeurs soulèvent une fin de non-recevoir, déduite de la nouveauté de ce moyen au motif que «devant la cour d'appel le demandeur ne s'est pas référé à l'article 18, § 4, de l'arrêté royal du 27 août 1993 d'exécution du Code d'impôts sur les revenus 1992». La Cour de cassation écarte la fin de non-recevoir par la considération 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>(217)</sup>. Tout est – superbement – dit, le moyen est de pur droit, et à ce titre reçu en cassation, car le juge fiscal du fond avait l'obligation de la soulever d'office dans le silence des parties, sans pour autant qu'il puisse lui être reproché de, ce faisant, modifier la cause des prétentions ou violer le principe dispositif<sup>(218)</sup>.

**43.** On le répète, tout ceci devrait à l'avenir susciter l'unanimité, car quelle que soit la conception (juridique ou factuelle) de la cause que l'on fait sienne, l'appartenance du droit fiscal à l'ordre public valide de toutes façons les multiples hypothèses dans les-

quelles le juge fiscal suppléera d'office aux moyens des parties, que ce soit pour accueillir ou pour rejeter le recours du contribuable.

**44.** La problématique de l'étendue des pouvoirs du juge (fiscal) ne s'épuise cependant pas ici, si bien que la controverse, évoquée plus haut, entre les conceptions de la cause pourrait peut-être reprendre du service. La question, fondamentale à nos yeux, à se poser à présent est celle-ci : quelle est l'étendue du pouvoir désormais accordé au juge fiscal, au même titre que tout autre juge, de soulever d'office tout moyen, d'ordre public, tiré de la loi d'impôt? S'agit-il d'une obligation, ou d'une simple faculté?

La question est loin d'être purement théorique; elle trouve ses enjeux immédiats dans l'exercice des voies de recours. Le juge sur lequel pèse une obligation de soulever tel moyen de droit s'expose à la censure de l'instance supérieure s'il s'en abstient, tandis que, s'il y va d'une faculté, le juge qui l'exerce ne pourra se le voir reprocher, pas plus qu'il ne pourra lui être fait grief.

C'est ici que la transposition, en droit judiciaire fiscal, des derniers affinements de la conception factuelle de la cause dévoilera toute sa fécondité. On songe tout spécialement à la distinction essentielle, empruntée au nouveau Code de procédure civile français, entre faits spécialement invoqués et faits simplement adventices (ou allégués) (voy. *supra*, n° 31). Dominique LAMBOT pose, une fois encore, les bonnes questions : «(...) dans une conception extensive, la cotisation peut effectivement être considérée comme constituant la cause de la demande. On peut toutefois se poser la question de savoir si cette conception extensive ne perd pas de vue que la cause de la demande, c'est l'ensemble des faits invoqués comme fondement de la demande et qu'à cet égard les éléments de fait dont le contribuable ne tire aucune conséquence ne sont, en principe, pas compris dans la cause de la demande». Et l'auteur de poursuivre par un exemple : «si le contribuable sollicite le dégrèvement partiel de la cotisation au seul motif que l'administration n'a pas tenu compte de certaines dépenses déductibles, sans même faire allusion à la procédure de taxation dans sa requête, nous doutons que la procédure de taxation soit comprise dans la cause de la demande

<sup>(216)</sup> Civ. Anvers, 12 avril 2002, *F.7.F.*, 2002/266.

<sup>(217)</sup> Cass., 16 septembre 2004, *F.030049.F.* et *F.030062.F.*

<sup>(218)</sup> Sur les synergies entre le moyen de pur droit en cassation et l'étendue des pouvoirs du juge du fond, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *cassation et juridiction...*, *op. cit.*, spéc. pp. 658 et suiv., n°s 866 et suiv.; A. MEEÛS, «La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge», note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.7.B.*, 1988, pp. 518-519, n° 22.

et que le juge puisse, d'office, questionner la validité de l'avis de rectification ou l'envoi préalable d'un tel avis, sauf à assimiler automatiquement la cotisation à la cause de la demande»<sup>(219)</sup>.

Comme le suggère D. LAMBOT, il convient effectivement de distinguer trois types de faits : les faits spécialement invoqués (ou mobilisés) par le contribuable, à l'appui de son recours; les faits *adventices*, simplement allégués dans le recours, voire simplement signalés par les pièces versées au dossier de la procédure; et enfin les faits non susceptibles d'être tirés des écrits de procédure ou des pièces à conviction, versés au dossier par le contribuable et l'administration. On l'a déjà rappelé, le principe dispositif interdit formellement au juge fiscal d'aller puiser dans cette troisième catégorie de faits, réputés hors débats (*supra*, n° 13).

En revanche, il n'y a pas lieu, selon nous, de cantonner la cause aux faits de la première catégorie (faits spécialement invoqués à l'appui de l'argumentation développée par le recours) et d'en exclure les faits de la deuxième catégorie (les faits *adventices*, dont le contribuable ne tire pas expressément argumentation). Cette définition trop restrictive des faits formant la cause intangible de la cause paraît d'autant plus inopportune lorsque, comme en l'espèce, la matière en jeu relève de l'ordre public. Le souci – légitime – qui préside à cette définition se dissipe si l'on accepte d'indexer la distinction entre faits invoqués et faits *adventices*, à la distinction entre obligation de dire le droit et faculté de dire le droit. Quand les parties attirent spécialement son attention, de même que lorsqu'il s'empare d'un fait qu'elles auraient laissé dans la pénombre, le juge se rend coupable de cécité et/ou manque à son devoir de connaissance du droit s'il ne met pas en œuvre, après l'avoir identifiée, la solution juridique appropriée. Qu'importe que celle-ci découle d'une règle d'ordre public, ou d'une règle supplétive. C'est *a fortiori*, mais point exclusivement, lorsque les règles en jeu sont d'ordre public – et tel est le cas en droit fiscal –, que le juge doit appliquer aux faits spécialement invoqués les solutions juridiques idoines<sup>(220)</sup>. L'intensité de la règle indiffère si le fait qui en suggère l'application reste à l'arrière plan des débats. La charge de la sélection, de l'allégation, et

de la présentation des faits, pèse sur les parties; c'est là l'une des manifestations les plus essentielles du principe dispositif (*supra*, n° 3). Si le contribuable et l'administration, et le cas échéant leurs avocats, n'aperçoivent pas la nécessité de mettre un fait en exergue, il ne peut être exigé de leur juge qu'il le fasse. D'un autre côté, il serait tout aussi excessif de le lui interdire. L'équilibre de la coopération, la maîtrise des plaideurs sur leur litige, et peut-être surtout les exigences d'efficacité du principe d'économie des procédures, s'opposent à ce que sous menace de cassation ou de réformation, le tribunal de première instance ou, selon le cas, la cour d'appel soient contraints de scruter les moindres recoins, les remblais les plus enfouis, du dossier en vue d'y débusquer matière à appliquer telle ou telle règle de droit. Il serait illogique d'y déroger sous le prétexte que cette règle serait d'ordre public. En effet, par hypothèse, le juge ignore ce qu'il va trouver puisque, faute d'être alerté par le contribuable et l'administration, il ne sait ce qu'il recherche. Son regard n'étant pas attiré par le fait générateur d'un moyen d'ordre public, il n'a pas conscience de la possibilité de soulever ce moyen<sup>(221)</sup>.

Reprenons, sur ces bases, l'exemple proposé par D. LAMBOT : le recours ne se fonde pas sur l'irrégularité de la procédure; les faits spécialement invoqués par le contribuable ont trait uniquement aux dépenses au regard desquelles une déduction fiscale est demandée. Ceci étant, s'ils ne sont pas quant à eux montés en épingle dans le recours, les faits susceptibles de mettre en cause la régularité de la procédure (*i.e.* l'absence d'avis de rectification) n'en sont pas moins révélés par le dossier soumis au juge. Ils sont toujours dans la cause. Il serait choquant, et en tout cas contre-performant, d'interdire au juge de soulever d'office le moyen le conduisant à l'annulation de la cotisation, d'autant que la règle prévoyant l'envoi préalable d'un avis de rectification ressortit de l'ordre public. Mais il serait tout aussi excessif que ce même juge s'expose à la réformation ou à la cassation pour ne pas avoir soulevé le moyen : faute d'avoir été interpellé par les parties sur la régularité de la procédure, il n'avait pas nécessairement à partir en quête – aveugle, aléatoire et chronophage – d'un vice de forme.

<sup>(219)</sup> D. LAMBOT, «L'étendue des pouvoirs du juge...», *op. cit.*, in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 489, n° 51.

<sup>(220)</sup> Et tel était manifestement le cas dans l'espèce qui a donné lieu à cass., 16 septembre 2004, F.030049.F. et F.030062.F., commenté ci-dessus, n° 42.

<sup>(221)</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, *op. cit.*, pp. 801-802, n° 1053. Dans cet ouvrage, nous tentons de montrer que l'analyse proposée au texte (relevé facultatif du moyen d'ordre public dérivé d'un fait *adventice*) est la seule qui soit compatible avec la manière dont la Cour de cassation appréhende la recevabilité du moyen d'ordre public présenté pour la première fois devant elle (*op. cit.*, pp. 797-801, n°s 1048-1052). Comp. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 51, n° 34; pp. 194-195, n° 125 et p. 204, n° 128.

## V. Principe du contradictoire et moyens relevés d'office en droit judiciaire fiscal

45. La présente étude est consacrée au sort du principe dispositif dans le nouveau droit judiciaire fiscal, et l'on mesure toute l'ampleur atteinte par ce seul thème. Ceci étant, lorsqu'il est question de l'office du juge à l'aune du principe dispositif, la réflexion ne peut faire l'économie des liens que celui-ci entretient avec un autre pilier de l'instance : les droits de la défense, plus précisément en ce que ceux-ci requièrent la contradiction des débats. Dans les limites de l'objet de notre propos, on peut toutefois être bref. 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, il doit s'acquitter envers celles-ci d'une dette de contradiction. Il s'agit donc de prémunir les plaideurs contre l'effet de surprise qu'induit toute initiative par laquelle le tribunal, ou la Cour, s'immisce-rait *motu proprio* dans leur débat <sup>(222)</sup>.

Aucune raison ne justifie – tout au contraire –, qu'il doive en aller différemment en droit judiciaire fiscal, lorsque le tribunal de première instance, ou la cour d'appel, exerce son devoir – ou, selon le cas, saisit la faculté – de soulever d'office un moyen <sup>(223)</sup>.

46. Notre exposé nous a amenés à envisager successivement le relevé d'office d'un moyen de fait, conduisant le juge à tirer du dossier un élément de fait que les parties n'ont pas songé à « monter en épingle » dans leurs écrits de procédure (*supra*, n° 15), puis le relevé d'office d'un moyen de droit (ou mélangé de fait et de droit) amenant le juge à substituer une base légale ou une qualification, aux base et qualification juridiques maladroïtement suggérées par les parties (*supra*, n° 44). Cette typologie ressurgit à présent, sous l'angle des droits de la défense. En effet, il appert, de manière assez paradoxale, que les

parties pourraient être moins bien prémunies contre les surprises de leur juge en cas de relevé d'office d'un moyen de fait. Cette question, qui concerne le champ d'application même du principe du contradictoire, doit être envisagée par priorité.

La question est la suivante : le juge fiscal qui fonde sa décision sur un élément de fait relevé d'office, certes tiré de la corbeille des faits « régulièrement soumis à son appréciation » mais sur lesquels les parties n'avaient pas spécialement articulé leurs prétentions et argumentations respectives, doit-il au préalable rouvrir les débats ? Qu'en est-il, en d'autres termes, du principe du contradictoire (plus exactement, du principe prescrivant le respect des droits de la défense) en cas de relevé d'office de moyens déduits de faits « tirés du dossier » ? Il s'agit là d'une problématique très délicate <sup>(224)</sup>, qui n'est pas propre au procès fiscal, celui-ci l'ayant toutefois cristallisé à maintes reprises.

Au départ, il faut rappeler que, jusqu'il y a peu, la jurisprudence de la Cour de cassation était très fermement fixée en ce sens qu'« il appartient au juge de fonder sa décision sur toute pièce qui lui est régulièrement soumise, quand même il n'en aurait pas été fait état en conclusions », de sorte que, toujours selon cette jurisprudence, ne viole ni le principe dispositif ni le principe du contradictoire le juge qui fonde sa décision sur une pièce régulièrement versée au dossier de la procédure par les parties, mais que celles-ci n'auraient pas (spécialement) invoquée à l'appui des prétentions ainsi tranchées par le juge <sup>(225)</sup>.

La jurisprudence « fiscale » de la Cour a toujours été fixée exactement dans le même sens, plusieurs arrêts ayant énoncé que « la cour d'appel qui rejette le recours formé par le contribuable contre la décision du directeur des contributions, en se fondant sur un moyen déduit d'office, par elle, d'éléments régulièrement soumis à son appréciation n'est pas tenue d'ordonner, au préalable, la réouverture des débats » <sup>(226)</sup>.

<sup>(222)</sup> J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., notamment pp. 313 et s. n°s 331 et s., et les nombreuses réf. citées à la note 920.

<sup>(223)</sup> Voy. en notre sens, P. VAN ORSHOVEN, op. cit., in *Mélanges Jacques van Compernelle*, loc. cit., n° 17 ; D. LAMBOT, « L'étendue des pouvoirs du juge... », op. cit., in *Mélanges John Kirkpatrick*, p. 466, n° 17 ; p. 488, n° 49 (et les réf. citées).

<sup>(224)</sup> Sur cette délicate problématique, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction* – Iura dicit curia, Bruxelles, Bruylant - L.G.D.J., 2004, spéc. pp. 628 et s., n°s 620 et s.).

<sup>(225)</sup> Cass., 3 mai 2002, R.G., n° C.00.0655.F ; Cass., 11 mars 2002, R.G., n° C.01.0308.F ; Cass., 23 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 398 ; Cass., 4 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 912 ; Cass., 29 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1224 ; Cass., 12 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 306 ; Cass., 17 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1287. Au sujet et en faveur de cette jurisprudence, voy. encore D. LÉONARD, « La distinction entre le motif et le moyen, invoqués d'office par le juge du point de vue des droits de la défense d'après la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. p. 503, n° 5 ; F. GEORGES et O. CAPRASSE, « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », obs. sous Comm. Bruxelles, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, spéc. p. 725, n° 38, et la note 79.

<sup>(226)</sup> Cass., 28 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 489 ; Cass., 19 novembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 282 ; Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61 ; Cass., 10 octobre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 191.

La Cour de cassation s'étant, au contraire, toujours montrée très soucieuse du respect des droits de la défense en cas de relevé d'office d'un moyen de pur droit, ou de moyens déduits de faits allégués dans les conclusions des parties, pourtant moins susceptible(s) de surprendre les parties, cette jurisprudence affectait le paradoxe. Sont-ce ces considérations qui ont récemment amené la Cour à opérer ce qui, à notre estime, peut être regardé comme un salutaire revirement de la jurisprudence paradoxale commentée ci-avant? Il est en tout cas permis de saluer la solution consacrée par l'arrêt qu'elle a rendu le 15 mai 2003. Le litige porte sur les droits et obligations découlant de la rupture abusive d'une concession exclusive de vente automobile. Faut-il préciser que l'*instrumentum* de cette convention fut produit et débattu devant les juges d'appel? Entre autres réclamations, le concessionnaire évincé postule l'indemnisation d'une perte consécutive au refus du concédant de lui racheter le stock. Le concédant se défend par divers moyens que les juges d'appel ne retiennent pas, préférant rejeter la prétention par application de l'article 15 du contrat de concession stipulant que «la rupture (...), quel qu'en soit le motif, n'entraîne pour le concédant aucune obligation de rachat de véhicules ou de pièces de rechange qui seraient en stock chez le concessionnaire». La clause est, de toute évidence, tirée du dossier régulièrement soumis aux juges d'appel. Dans la terminologie que nous empruntons à la doctrine française, il s'agit d'un fait (très) *adventice*. Saisie d'un moyen pris de la violation de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, la Cour de cassation casse l'arrêt, uniquement sur pied dudit principe, au motif qu'il «ressort des pièces auxquelles [elle] peut avoir égard que, d'une part, la défenderesse ne s'est pas prévaluée de cette clause du contrat pour contester la demande d'indemnisation dirigée contre elle et que, d'autre part, la cour d'appel n'a pas soumis à la contradiction des parties cette clause qu'elle a constatée d'office»<sup>(227)</sup>.

Au vu des décisions évoquées ci-dessus, et tout particulièrement des arrêts que la Cour avait rendus en sens

contraire les 24 septembre 1982 et 25 juin 1990 dans des espèces pratiquement identiques, le revirement paraît très net. Pour la cohérence du discours de cassation sur la juridiction, et derrière celle-ci pour la protection du justiciable contre les surprises du juge, il est selon nous à espérer que cet heureux changement de cap s'affermisse dans un proche avenir. Car on peut, sans crainte d'erreur, poser en règle que le juge qui mobilise un fait qu'il tire des remblais du dossier déjoue les prévisions des parties et les surprend. Il nous paraît, en d'autres termes, que tout moyen de fait, ou tout moyen mêlé de fait et de droit, ne peut être soulevé d'office par le juge qu'au prix d'un débat (oral ou écrit) préalable<sup>(228)</sup>. Le respect du contradictoire s'impose d'autant plus en ce cas que, à la différence d'une base légale ou d'une qualification juridique, le fait monté en épingle par le juge appelle peut-être des éclaircissements, des précisions, voire des nouvelles productions, que seules les parties sont en mesure de lui fournir. Et si ceci vaut pour toutes matières, l'on serait tenté de dire qu'il en va *a fortiori* de la sorte en droit judiciaire fiscal. Gageons donc que s'infléchisse dans un proche avenir cette jurisprudence dispensant le juge de rouvrir les débats avant d'accueillir, ou de rejeter, le recours du contribuable sur pied d'un moyen tiré d'office d'un fait tiré du dossier, non spécialement invoqué dans les écrits de procédure.

47. On peut donc retenir des développements qui précèdent que quelle que soit la nature du moyen qu'il relève d'office (de fait; de droit; mélange de fait et de droit), le juge fiscal doit veiller au respect de la contradiction en recueillant les observations des parties.

48. Mais il ne faut pas non plus se départir d'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 hypothèses, des faits judiciaires coûteux et chronophages<sup>(229)</sup>. Aussi

<sup>(227)</sup> Cass., 15 mai 2003, R.G., n° C.02.0484.F. Sur cet arrêt, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., p. 555, n° 722 et p. 631, n° 826.

<sup>(228)</sup> On rapprochera de cette idée C.E.D.H., *Krcmar et autres c. République tchèque*, du 3 mars 2000 (ce rapprochement est aussi suggéré par F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges», in *Droit transitoire jurisprudentiel*, Rev. dr. U.L.B., 2002-2, p. 54, n° 66, note 185. Cette décision juge non conforme au principe du contradictoire garanti par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention le relevé d'office, par la Cour constitutionnelle tchèque, d'un moyen mêlé de fait et de droit non préalablement soumis à la discussion des parties. On notera toutefois la particularité de l'espèce tranchée, où le moyen litigieux était d'autant plus sournois que les faits sur lequel il reposait ne s'appuyaient même pas sur des allégations adventices ou sur des pièces tirées du dossier produit par les parties, mais sur des documents sollicités auprès de tiers par la Cour constitutionnelle elle-même.

<sup>(229)</sup> 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<sup>er</sup> septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 624; B. MAES, «Verslag over

faut-il, à notre estime, en droit judiciaire fiscal peut-être plus encore que dans bien d'autres contentieux, 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>(230)</sup>.

L'on ne peut, dans cette perspective, que saluer la jurisprudence selon laquelle le (bon) magistrat qui, au prix d'une étude préalable du dossier, interpelle les parties à l'audience sur le moyen inédit n'a plus à rouvrir les débats en cours de délibéré<sup>(231)</sup>.

Dans le même ordre d'idées, on songera que l'oralité des débats n'est pas le seul canal que puisse emprunter la contradiction : l'exemple français illustre à merveille, avec la bénédiction de la Cour européenne des droits de l'homme, que le système d'échange de « notes en délibéré » se substitue avantageusement à la tenue systématique d'audiences de plaidoiries. Le droit fiscal, où la technicité des débats est plus grande que dans les autres matières, ne se prêle-t-il pas à merveille à ce type de 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>(232)</sup>?

## VI. Principe dispositif, droit judiciaire fiscal et dirigisme procédural

À présent qu'est dépeint le tableau complexe des rôles respectifs du juge et des parties dans l'application du droit fiscal matériel, le principe dispositif pose une ultime question : l'appartenance du droit fiscal et des règles de procédure fiscale à la sphère de l'ordre public justifie-t-elle que, au plan cette fois de l'instruction et de la mise en état de la cause, le juge exerce un

rôle actif, voire dirigiste, que ne lui reconnaît pas (encore?) le droit commun régi par les articles 735 et suivants du Code judiciaire? Sous l'empire de l'article 385 du C.I.R. 1992, aujourd'hui abrogé par les lois des 15 et 23 mars 1999, la question appelait une réponse affirmative, car cette disposition autorisait la fixation d'office de la cause par la cour d'appel. Aujourd'hui que le législateur a aligné l'instruction du litige fiscal sur les règles du Code judiciaire, rien ne permet plus de justifier ce dirigisme procédural. En matière d'impôts sur les revenus, le tribunal de première instance ne dispose donc d'autres pouvoirs que ceux – pour l'heure limités – dont les dotent les articles susdits du Code judiciaire<sup>(233)</sup>. Ces dispositions portent très visiblement, on l'a déjà souligné (*supra*, n° 3), le sceau du principe dispositif. Il est classiquement déduit de ce principe que, au même titre que son introduction, l'instruction et la progression du litige sont aux mains – et donc laissées au bon vouloir – des parties. Techniquement, le caractère d'ordre public d'une matière ne confère pas au magistrat des prérogatives non prévues par la loi. Certes, ce magistrat a le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser la remise d'une cause fixée à l'audience, mais dès le moment où il décide de ne point accorder la remise, l'affaire ne peut malgré tout être prise en délibéré contre le gré des parties, le juge disposant alors tout au plus de la faculté d'omettre la cause du rôle de l'audience (article 730, §2, b, du Code judiciaire). Certes, en droit judiciaire fiscal comme en toutes autres matières, la partie la plus diligente peut toujours contrecarrer la passivité de son adversaire (articles 747, §2, 750, 751 du Code judiciaire). Mais le juge ne peut à son tour que subir passivement l'enlèvement de l'affaire, lorsque cette situation est conforme au vœu commun des parties. Tèl est, *de lege lata*, le rôle très limité qui est dévolu au juge. Mais une prochaine réforme ne serait-elle pas l'occasion de l'investir d'un peu plus de dirigisme dans l'instruction des causes, sans toutefois porter atteinte aux droits de la défense<sup>(234)</sup>.

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.

(230) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction...*, op. cit., n°s 464-465, 801-804, 828-829 et 1100-1102.

(231) Cass., 6 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13; Cass., 22 décembre 1986, 1986-1987, p. 542. Sur ce rôle actif du magistrat à l'audience de plaidoiries, cons. X. MALENGREAU, « A propos des usages dans les tribunaux – Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », *J.T.*, 2000, pp. 673-676. *Adde*, A. FETTWIS, *Manuel...*, op. cit., 2<sup>e</sup> éd., pp. 76-78, n°s 35-37; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar*, op. cit., 2002, n° 10, in fine.

(232) Pour de plus amples développements sur ce point, cons. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, op. cit., n°s 1100-1109, et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La procédure écrite ou le paradigme des promesses non tenues d'une réforme à repenser », in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 70, mars 2004, Bruxelles, Larcier, pp. 191 et s., n°s 34 et s. *De lege ferenda*, voy. les propositions formulées dans le même sens in F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Les dialogues Justice*, Bruxelles, S.P.F. Justice, 2004, pp. 218-219.

(233) M. LEVAUX, « La procédure judiciaire fiscale », op. cit., in C.U.P., vol. XXX, t. II, sept. 1999, loc. cit., p. 59; A. DECROËS, op. cit., *J.D.F.*, 2001, p. 7, n° 70.

(234) F. ERDMAN et G. DE LEVAL, *Les dialogues Justice*, op. cit., pp. 153 et s.