

NOTE

L'interdiction d'abjurer en cassation,
même au nom de l'ordre public

1. — De l'union de la célérité et de la loyauté est née, depuis lors prospère, et avec l'arrêt annoté, exulte, une règle vertueuse : l'interdiction de se contredire, de «manger sa parole», au détriment de son adversaire (1). Nul n'est besoin d'explicitement en quoi la règle sert le principe de loyauté. Ses rapports avec l'exigence de célérité s'aperçoivent aussi aisément : une volte-face bouleverse, ralentit et rallonge le procès.

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

L'interdiction de se contredire recouvre la prohibition faite au plaideur de présenter au juge un moyen «renégat», c'est-à-dire un moyen qui reviendrait sur l'accord procédural — explicite (2) — en vertu duquel ce justiciable se serait précédemment engagé à ne pas soutenir ce moyen. Dans le langage parfois usité par la Cour de cassation, ce moyen serait rejeté au motif qu'il «soulève une contestation exclue par les conclusions des parties» (3). Et c'est précisément dans le rejet du moyen que la déloyauté de son auteur trouve ainsi sa sanction : en nature.

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

I. — LA THÈSE CLASSIQUE : LA LICENCE D'ABJURER

3. — Face au phénomène de dilution de la spécificité du moyen d'ordre public (4) (5), l'on serait tenté d'affirmer, avec Michèle GRÉGOIRE, que le

(1) En doctrine, voy. p. ex. O. HILLEL et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, «Les applications du principe en droit du contentieux interne et international», in *Actes du colloque sur le thème du Principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, organisé le 13 janvier 2000 par l'Université Paris 5, Paris, Economica, pp. 49 et s.; S. GUINCHARD, «Quels principes directeurs pour les procès de demain», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 212 et s. Adde H. MUIR WATT, «Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français», in *Mélanges Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 303 et s. On apparente volontiers cette prohibition au concept anglo-saxon d'«estoppel» : voy. à son sujet la remarquable thèse de M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, ici spéc. pp. 236 et s., n^{os} 416 et s.

(2) Cass., 9 mai 2008, *J.T.*, 2008, p. 721, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

(3) Au sujet de la signification et de la portée de cette expression, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, «Le juge, les parties, le fait et le droit», in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de G. DE LEVAL), Formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 219 et s., n^{os} 95 et s.

(4) *Idem*, pp. 229 et s., n^{os} 101 et s.

(5) «Une distinction dépassée : moyens de pur droit et moyens d'ordre public». C'est par ce titre évocateur que Serge GUINCHARD introduit la synthèse du commentaire de l'article 12 du N.C.P.C. dans son excellent *Mégacode de Procédure civile (Mégacode de*

seul trait distinctif du moyen d'ordre public consiste, précisément, en ce qu'il est le seul qui «*autorise le demandeur à abjurer devant la Cour de cassation, les éventuelles renonciation ou exclusion consenties par lui antérieurement, car un tel moyen échappant à la maîtrise des parties, n'a cessé de hanter le débat au fond, même sans y être jamais exprimé*» (6).

Rien de très surprenant dans cette conception classique de l'Etat de droit (7) : lorsque celui-ci se dote, pour son fonctionnement, de règles essentielles, les sujets de droit ne peuvent en disposer autrement et seront toujours recevables à s'en prévaloir, même si pour ce faire ils doivent revenir sur leurs choix et accords procéduraux, et par là même «abjurer». S'il y

Procédure civile, par Serge GUINCHARD, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 028 (sous art. 12 et 13)). Comme le note également Jacques HÉRON dans une communication à un congrès international consacré à l'ordre public, «*en droit judiciaire privé, on peut dire que l'évolution est arrivée à son terme. Le moyen d'ordre public n'existe plus en tant que tel, pour ce qui est du droit interne. Les distinctions que posent l'article 12 et l'article 619 du nouveau Code de procédure civile ne reposent pas sur ce caractère, et la jurisprudence applique ces textes de la même façon à tous les moyens, qu'ils soient ou non d'ordre public [...]*» (J. HÉRON, «Rapport français», in *L'ordre public, travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIX, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 953, n° 14, citant dans le même sens la thèse de F. EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, Rouen, 1994). En filigrane de cette assimilation du moyen d'ordre public aux autres moyens de pur droit, s'ébauche une réflexion fondamentale sur la pertinence même de la notion classique d'ordre public. Dans une étude qui fait référence sur la question, A. DORSNER-DOLIVET et Th. BONNEAU assignent de judicieux jalons à cette question : «*le juge a, selon nous, dès qu'il est saisi, l'obligation d'appliquer la loi, quel que soit son caractère. A partir du moment où l'on considère que la loi doit recevoir application, la notion d'ordre public n'apporte rien de plus. Sinon un élément d'incertitude dans la mesure où il est difficile de connaître ce que recouvre l'ordre public, tant en théorie qu'en pratique. Aussi nous paraît-il opportun de supprimer la notion de moyen d'ordre public qui ne constitue en définitive qu'une couverture. Cette possibilité pour le juge de décider discrétionnairement qu'un moyen n'est pas d'ordre public lui permet en effet, surtout au stade de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, en définitive de se retrancher derrière l'absence d'ordre public pour ne pas relever d'office comme il doit le faire un moyen de pur droit [...]. La suppression de la notion de moyen d'ordre public présenterait, par conséquent, l'avantage de faire tomber le masque et d'obliger le juge à relever le moyen de pur droit. L'épanouissement de cette dernière notion, à laquelle on reconnaîtrait un caractère impératif, permettrait une application plus fidèle des règles de droit*» (A. DORSNER-DOLIVET et Th. BONNEAU, «L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure», *D.*, 1986, *chron.*, p. 65). Tous ces propos résument parfaitement le statut actuel du moyen d'ordre public en droit processuel français : les principes directeurs du Nouveau Code de procédure civile ont dissous la singularité du moyen d'ordre public.

(6) M. GRÉGOIRE, «L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in *L'ordre public. Concept et application*, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 79-80, n° 12 in fine-13.

(7) Du même auteur, sur la définition, le rôle et le statut procédural de l'ordre public substantiel, voy. l'excellente note intitulée «Géométrie de l'instance», sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, ici spéc., pp. 21 et s., n° 24 et s. Cette étude n'aborde pas le thème de l'émergence d'un ordre public procédural (n'autorisant pas l'abjuration, à la différence de l'ordre public substantiel), illustrée par les arrêts commentés ici. Son auteur écrit du reste, indistinctement, qu'«*un moyen de cassation ne pourrait davantage revenir sur l'exclusion, valablement consentie par les parties, ou la renonciation faite par l'une d'elles, quant à l'application d'une règle de droit déterminée, pour autant que la matière soit étrangère à l'ordre public ou qu'aient disparu les conditions inhérentes à une protection impérative. Le moyen de cassation qui tenterait de revenir sur une telle exclusion ou renonciation serait non recevable [...]*» (p. 35, n° 53). S'agissant du moyen de procédure d'ordre public, cette affirmation de la licéité du moyen renégat est démentie par l'enseignement consolidé par l'arrêt annoté.

avait une idée que l'on ne pouvait soupçonner d'être un jour bousculée, c'est bien celle selon laquelle le juge du fond doit déjouer les accords contraires à l'ordre public sous le contrôle de la Cour de cassation qui, *ultima ratio*, absout le plaideur revenant sur semblables accords. Que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, le dogme s'est exprimé sous des formules variées, dont la solennité n'a d'égale que la constance: le juge ne peut jamais se tenir lié par un accord sur points de droit destiné à le détourner de l'application d'une règle d'ordre public (8), ce que notre Cour traduit par l'expression rituelle selon laquelle il n'y a violation du principe dispositif par le juge que si celui-ci «*élève d'office une contestation, étrangère à l'ordre public, dont les parties avaient exclu l'existence*» (9).

La dimension très théorique de la règle n'a du reste pas empêché l'expression de sa validation par la technique de cassation. En effet, il est (à vrai dire, il *était*) de principe absolu que, pour autant qu'il soit de pur droit, la recevabilité du moyen d'ordre public devant la Cour de cassation, n'est pas affectée par la circonstance que le demandeur y ait pourtant — par convention explicite — renoncé devant le juge du fond, de même que ce n'est que lorsqu'il est «*étranger à toute disposition légale d'ordre public ou impérative*», qu'«*est nouveau et, dès lors irrecevable, le moyen [de cassation] dirigé contre une décision des juges d'appel, conforme à une décision du premier juge que le demandeur n'a pas critiquée en degré d'appel*» (10).

(8) Doctrine constante. Voy., sans prétendre à l'exhaustivité, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, *o.c.*, pp. 54-55, n° 36, citant Cass., 26 septembre 1958, *Pas.*, 1959, p. 98 et Cass., 29 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 930; J. VAN COMPERNOLLE, «L'office du juge et le fondement du litige», note sous Cass. 24 novembre 1978, *R.C.J.B.*, 1982, p. 34, n° 31; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht of de rechter en de procespartijen*, Bruxelles, Swinnen, 1987, pp. 116-117, n° 98; Proc. gén. E. KRINGS, «L'office du juge dans la direction du procès», *J.T.*, 1983, p. 520, n° 36; Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. précéd. Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 886; E. KRINGS et B. DE CONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgonden», *T.P.R.*, 1982, pp. 674-677, n°s 26-27 et n° 29; G. DE LEVAL, *Les conclusions en matière civile*, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1981, p. 66, n° 92; W. RAUWS, «Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgrond en de autonomie van de partijen», *R.W.*, 1985-1986, col. 2217; B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gand, Mys en Breesch, 1993, p. 133, n° 160.

(9) Voy. p. ex. Cass., 30 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 657; Cass., 17 septembre 1999, *Bull.*, 1999, n° 467. Pour des exemples plus anciens, cons. Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 69; Cass., 31 mars 1978, *Pas.*, 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 838; Cass., 27 mai 1972, *Pas.*, 1971, I, p. 886, précédé des concl. de M. le Proc. gén. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass., 17 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 181.

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

L'importance de la règle prend le pas sur la loyauté dans le procès : au nom de l'ordre public, il *était* permis d'abjurer en cassation (11).

II. — LE REVIREMENT : PROHIBITION DU MOYEN RENÉGAT D'ORDRE PUBLIC

4. — L'imparfait est de mise car l'arrêt annoté (12), précédé de quelques coups de semonce, entame la démolition de ce dernier bastion de l'ordre public sur l'autel de la loyauté et de la concentration du litige.

A nos yeux, il s'agit là d'une heureuse révolution.

L'arrêt annoté rejette le premier moyen de cassation reprochant au tribunal de première instance de Gand de s'être, aux termes du premier jugement attaqué, déclaré compétent pour connaître de l'appel d'un jugement du juge de paix en matière de bail commercial entre commerçants. Le rejet est fondé sur le motif que le demandeur, qui avait lui-même saisi le tribunal de première instance de cet appel, était sans intérêt à revenir sur ses propres écritures, lors même, on le sait (*infra*, n° 5, et la note 14), que le déclinatoire de compétence relevait de l'ordre public. Et l'arrêt du 31 janvier 2008 déclare également irrecevable le deuxième moyen de cassation reprochant au tribunal de première instance de Gand d'être revenu, par un second jugement alors qu'il en était dessaisi par son premier jugement précité, sur la question de sa compétence en décidant le renvoi de la cause au tribunal de commerce. Le moyen est rejeté comme manquant d'intérêt pour les mêmes motifs car c'est le demandeur en cassation lui-même qui, en accord avec ses adversaires, avait sollicité le renvoi de la cause au tribunal de commerce. On sait pourtant que l'interdiction faite au juge de revenir sur des questions sur lesquelles il a épuisé sa saisine relève de l'ordre public (13).

5. — Cet enseignement audacieux était annoncé par un arrêt du 10 octobre 2002. Rappelons, pour en saisir la portée, que la compétence d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire relève de l'ordre public (14), en sorte que la Cour a toujours reçu le moyen déduit de

Th. CLAY, «Le contrôle par la Cour EDH de la nouveauté du moyen invoqué devant la Cour de cassation», *D.*, 2000, n° 43, pp. 883 et s.).

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

(12) Précédé des excellentes conclusions, conformes, de M. l'avocat général G. DUBRULLE, disponible à la date de l'arrêt sur le site <http://www.cass.be>, ainsi que dans les *Arresten*.

(13) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, «L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige», in *L'effet de la décision de justice* (sous la dir. de G. DE LEVAL et Fr. GEORGES), Formation permanente C.U.P., vol. 102, Liège Anthémis, 2008, p. 216, n° 105, et les nombreuses réf. citées en note (203).

(14) Cass., 4 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2080; Cass., 2 avril 2001; *Chron. D.S.*, 2002, liv. 7, p. 324, et la note; Cass., 13 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 401.

R.C.J.B. - 4^e trim. 2008



l'incompétence des juridictions de fond, soulevé pour la première fois devant elle (15). Aux termes de cet enseignement constant, la Cour recevait le moyen alors même que la saisine du juge incompétent fut le fait du demandeur en cassation (16). Qu'importe, pour la Cour de cassation, car «*l'acquiescement n'est pas valable en matière d'ordre public*» (17). Tel est l'enseignement au regard duquel l'arrêt du 10 octobre 2002 opérait déjà, selon nous, un net revirement. Selon la Cour de cassation, l'article 601*bis* du Code judiciaire institue, au profit du tribunal de police, une compétence *exclusive* pour connaître des actions nées d'un accident de la circulation (18). C'est dire si, pour elle, cette compétence relève de l'ordre public. Deux victimes d'un accident de la circulation portèrent leur action devant le tribunal de première instance, puis devant la Cour d'appel, alors que l'introduction de leur demande fut, de quelques jours, postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 601*bis* précité. Leur avocat à la Cour de cassation tira parti de leur erreur pour alléguer, pour la première fois à l'appui de leur pourvoi, que les juridictions qu'elles avaient elles-mêmes saisies n'étaient pas compétentes. On pouvait s'attendre à ce que la Cour tolérât cette abjuration. Elle surprit cependant les demandeurs en rejetant le moyen au motif qu'ils étaient «*sans intérêt à critiquer la disposition de l'arrêt qui, conformément à leurs conclusions, reçoit l'action qu'ils ont introduite devant le tribunal de première instance*» (19). Au regard de l'enseignement constant rappelé ci-dessus, et ne fût-ce qu'au vu de l'arrêt du 25 juin 1982 (*supra*, note 15), le revirement paraît total.

Quelques mois auparavant, la Cour avait déjà, à deux reprises, esquissé le principe explicité par l'arrêt du 10 octobre 2002, puis par l'arrêt annoté du 31 janvier 2008.

6. — Aux termes d'un arrêt du 26 avril 2001, elle avait décidé qu'était «*irrecevable, à défaut d'intérêt dans le chef du demandeur, le moyen dirigé contre la décision de recevoir la demande d'interprétation d'une décision, lorsque le demandeur lui-même a demandé l'interprétation de celle-ci*» (20). Dans

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

(16) Cass., 25 juin 1982, précité, rejetant la fin de non-recevoir soutenant que «*le moyen est sans intérêt pour le demandeur, les deux parties litigantes ayant comparu volontairement devant le tribunal de commerce et, partant, le demandeur a reconnu ainsi la compétence de ce tribunal et y a acquiescé*».

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

(18) Cass., 27 février 1997, *Pas.*, 1997, I, 114, sur concl. contraires Proc. gén. J.-M. PIET.

(19) Cass., 10 octobre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1902.

(20) Cass., 26 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 710, concl. Av. gén. X. DE RIEMAECKER. Comp. Cass., 21 mars 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 668 : en l'espèce, les parties s'étaient, devant le juge du fond, accordées sur la rectification à apporter à une décision rendue en la cause. De la même manière que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 avril 2001, le demandeur avait abjuré en critiquant devant la Cour une rectification convenue entre parties, justifiant sa trahison par la considération, au demeurant exacte, que les règles régissant la rectification des jugements, à l'instar de celles qui en régissent l'inter-

ses conclusions précédant cet arrêt, M. l'avocat général DE RIEMAECKER relevait explicitement l'appartenance du moyen à l'ordre public, mais invitait la Cour à en constater malgré tout l'irrecevabilité en application de la doctrine selon laquelle «*doit être déclaré irrecevable*», parce que ne critiquant pas une décision infligeant grief au demandeur, «*le moyen qui critique une disposition conforme aux conclusions du demandeur, notamment la disposition qui reçoit son appel*» (21).

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

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

On songe ici, en particulier, à un arrêt déjà ancien de la chambre commerciale de la Cour de cassation de France (23). Le Directeur général des Impôts faisait «*grief au jugement d'avoir ordonné le remboursement au contribuable des sommes versées au titre des taxes litigieuses, alors, selon le pourvoi, qu'en matière fiscale, seules les décisions de l'Administration qui ne donnent pas entière satisfaction aux intéressés peuvent être portées devant un tribunal; qu'en l'espèce, l'assignation produite le 20 novembre 1984 par M. Feldain était prématurée en l'absence de décision prise sur la réclamation déposée le 5 septembre 1984 et que le tribunal a violé l'article L.1999 du Livre des procédures fiscales et l'article 4 du nouveau Code de procédure civile*». Le moyen est rejeté aux motifs que «*dans un mémoire produit devant le tribunal, le Directeur général des Impôts a énoncé que l'irrégularité tirée du caractère prématuré de l'assignation avait été régularisée*», et que «*le Directeur*

prétation, «*relèvent [...] des règles concernant l'organisation judiciaire et sont d'ordre public*». Au vu de l'arrêt du 26 avril 2001, l'on eût pu s'attendre au rejet du moyen qui, quoique d'ordre public, se distinguait par son défaut d'intérêt. La Cour reçoit pourtant le moyen, et casse la décision fidèle à l'accord procédural venu entre parties, au motif que «*nonobstant tout accord des parties à cet égard, le juge saisi d'une demande en rectification est tenu d'examiner s'il y a lieu de rectifier la décision ou si la rectification demandée ne modifie, ne restreint ni n'étend les droits concernés*».

(21) Concl. précitées, citant notamment J. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1997, n^{os} 656-657.

(22) Cass., 22 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1680; Rapp., en matière répressive, de Cass., 17 décembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 2037.

(23) Cass. fr. (com.), 7 novembre 1989, *Bull. civ.*, IV, n^o 270. Sur les tribulations du principe de loyauté en droit processuel français, cons., outre la thèse de M.-E. BOURSIER (citée *supra*, note 1); S. GUINCHARD, «Quels principes directeurs pour les procès de demain?», in *Mélanges en l'honneur de Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 211 et s.; ainsi que S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHENAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 570, n^o 641, c).

général n'est pas recevable à soutenir devant la Cour de cassation un moyen qui, fût-il de pur droit et d'ordre public, est contraire à la thèse qu'il a développée devant les juges du fait» (24).

III. — UNE ÉTAPE DÉCISIVE DE LA CONSÉCRATION D'UN ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL

9. — Il n'entre pas dans notre propos de mesurer toutes les retombées de l'arrêt annoté et de ceux qui, l'annonçant, l'ont précédé. Au-delà de l'heureuse abolition de l'autorisation d'abjurer en cassation, c'est un profond bouleversement de toute la théorie de l'ordre public que provoquent ces arrêts. C'est là l'objet d'une réflexion fondamentale qui, à elle seule, se prête à monographies.

10. — A notre humble avis, ces arrêts, *a priori* insolites, n'annoncent en réalité que la consécration, très heureuse, d'une plus nette scission de nature et de régime entre l'ordre public substantiel et un ordre public procédural. Il n'est certainement pas dû au hasard que les arrêts recensés ci-dessus aient tous porté sur un ou plusieurs moyen(s) de pure procédure. Et l'on souligne la précision du phrasé de l'arrêt annoté, qui limite expressément son enseignement aux «*décisions rendues sur la procédure*» (*beslissing nopens de rechtspleging*).

N'y aurait-il pas matière, dans la foulée de ces décisions, à repenser les contours, le statut, le régime et l'intensité de l'ordre public procédural et des moyens qui en sont issus, indépendamment des dogmes gouvernant le régime des moyens dérivés de l'ordre public substantiel? Au cœur de cette réflexion, il conviendrait notamment, mais pas seulement, d'affirmer, comme la Cour l'a judicieusement décidé dans ses arrêts des 26 avril 2001, 22 octobre 2001, 10 octobre 2002 et 31 janvier 2008, qu'un moyen de procédure, quoiqu'étant d'ordre public, ne peut plus être présenté pour la première fois en instance de cassation, au risque de faire vaciller tout l'édifice d'un procès déjà trop long.

Nous avons tenté d'amorcer cette réflexion renouvelée qu'appelle l'ordre public procédural (25). A n'en pas douter, il y a là matière à un vaste débat qui ne peut s'épuiser ici et maintenant.

(24) Ph. BLONDEL qui commente l'arrêt in «Le juge et le droit», in *Le Nouveau code de procédure civile : vingt ans après, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation de France, Paris, La Documentation française, 1998*, p. 138), écrit : «*Et que dire de cette jurisprudence quelque peu troublante [...] aux termes de laquelle un demandeur au pourvoi est irrecevable à soutenir un moyen devant la Cour de cassation, fût-il de pur droit et d'ordre public, contraire à la thèse développée devant les juges du fond [...] ; qu'en est-il ici du principe de légalité ? Dans ce cas, si le principe de cohérence dans la façon de conduire un procès à travers plusieurs instances est satisfait, en revanche, le principe fondamental de légalité est singulièrement malmené et avec lui l'ordre public puisque la Cour de cassation consacre expressément une solution contraire aux exigences du droit substantiel*».

(25) Voy. ég. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004, pp. 274 et s., n^{os} 281 et s.; *idem*, «Le défaut d'intérêt : une fin de non-recevoir hybride», obs. sous Cass., 22 février 2007, *J.T.*, 2007,

11. — Esquissons tout au plus quelques balises qui pourraient être assignées à l'entreprise.

Il conviendrait surtout, et avant tout, d'apercevoir les différences fondamentales qui opposent la règle — et le moyen — touchant au fond des droits en litige à la règle — et au moyen — relevant de la procédure menée pour les réaliser.

En France (26) comme en Belgique (27), de belles études ont déjà été consacrées à la mission du juge en situation de soulever des moyens dits «de procédure». Il s'agit selon nous d'en prolonger l'enseignement par une dissociation plus nette des régimes et enjeux respectifs des moyens de droit substantiel et des moyens de procédure (28).

Les deux types de moyens présentent des *finalités* et des *logiques* distinctes. En matière de fonction de juger comme à tous autres égards, les règles du procès ne revêtent ni la même nature ni la même finalité que le droit substantiel. Le régime des moyens de procédure doit être directement orienté vers la satisfaction de principes nouveaux d'économie, de célérité et de loyauté de la procédure (29), tandis que les liens entre ces principes émergents et l'application du droit matériel sont plus indirects.

L'arrêt annoté illustre et soutient à merveille cette perspective, en sacrifiant précisément — et heureusement — l'ordre public procédural sur l'autel de l'économie et de la loyauté. Ne pourrait-on finalement considérer

p. 482. *Adde*, en droit judiciaire français, les réflexions de A. DORSNER-DOLIVET et T. BONNEAU, «L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure», *D.*, 1986, *chron.*, pp. 59-66, ainsi que les contributions consacrées à l'«ordre public dans le procès», in *L'ordre public, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées libanaises, 1998, t. XLIX, Paris, L.G.D.J., 2001, et tout particulièrement les excellents «Rapport général» de K.D. KERAMEUS (pp. 859 et s.) et «Rapport français» de J. HÉRON (pp. 943 et s.).

(26) G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 2002, spéc. pp. 348-357, n^{os} 178-181. Comme l'indique le titre de son ouvrage, l'auteur s'intéresse plus particulièrement au cas des fins de non-recevoir. On note par ailleurs qu'il livre de substantiels développements de droit belge, dans une perspective comparative.

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

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

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



que ces deux principes culminent au sommet de cet ordre public procédural, quitte à leur conférer la vertu de déroger à toutes les autres règles subsumées par ce concept ?

Il convient aussi de souligner la distinction essentielle à tracer entre le statut des faits de la cause aptes à fonder des moyens de droit matériel, et celui des faits de la procédure donnant lieu à des moyens éponymes (30). Les faits de la cause appartiennent exclusivement aux parties, à leur histoire, à leur intimité; ils se sont produits en dehors du prétoire, hors la vue du juge; aux plaideurs reviennent donc leur sélection, et leur narration. C'est là toute l'essence du principe dispositif. En revanche, le juge n'est pas étranger aux faits de la procédure; lorsqu'il n'en est pas l'acteur, il n'en demeure pas moins le spectateur direct et, d'une certaine manière, le comptable. Ces faits-là concernent la trame du procès, dont le bon déroulement est affaire d'un service public confié au juge. Partant, il est normal qu'en termes de pouvoirs assignés au juge, l'on ne raisonne pas à l'identique les moyens de fond et les moyens de procédure.

Il y a enfin — et ce dernier aspect est au cœur de la question tranchée par l'arrêt annoté —, des considérations touchant au rôle joué par l'*intensité* des règles applicables aux faits. Progressivement estompée, voire complètement diluée quant au droit substantiel (31), la distinction entre moyens d'ordre public et moyens d'ordre privé continue à rythmer l'office du juge aux prises avec la procédure. Là où elle ne donne plus, comme ce fut peut-être le cas jadis, la clé des pouvoirs attribués au juge dans la recherche de la solution juridique appropriée aux faits de la cause, la *summa divisio* entre ordre public et ordre privé reste à l'origine de presque tous les textes et jurisprudences qui, sans ambiguïté, se prononcent sur ce que le juge doit, peut et ne peut faire en matière de moyens de procédure. A côté d'un ordre public substantiel, dont le caractère protéiforme contribue sans aucun doute à la perte de ses vertus de référent, se dessine de plus en plus nettement un *ordre public procédural*, dont les contours plus précis indiquent clairement au juge et aux plaideurs ce qui, dans le déroulement du procès, leur revient ou leur échappe respectivement (32). Et à côté d'un ordre privé substantiel, dont on constate qu'il est de plus en plus source d'intervention obligatoire dans le chef du juge, il y a un ordre privé pro-

(30) Sur la distinction essentielle entre faits de la cause et faits de la procédure, voy. P.-A. FORIERS, «La preuve du fait devant la Cour de cassation», in *La preuve en droit* (sous la dir. de Ch. PERELMAN et P. FORIERS), Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 123 et s. *Adde* : J. HÉRON, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd. par Th. LE BARS, Paris, Montchrestien, 2002, pp. 628-629, n^o 813.

(31) Voy. à cet égard J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, o.c., spéc. n^{os} 481-494, 546-553, 755-783 et 1039-1061.

(32) Sur ce thème, voy. les contributions, précitées, consacrées à l'«*ordre public dans le procès*», in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, l.c., et tout particulièrement les excellents «Rapport général» de K.D. KERAMEUS (pp. 859 et s.) et «Rapport français» de J. HÉRON (pp. 943 et s.).

cédural, identifié par des textes qui *interdisent* expressément le relevé d'office du moyen de procédure (33).

Jean-François VAN DROOGHENBROECK

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN ET AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
SAINT-LOUIS

(33) A bien y regarder, l'élaboration d'un régime propre pour les moyens de procédure, réglant notamment leur recevabilité dans le temps, est déjà à l'œuvre depuis des décennies. Songeons en effet à la recevabilité des déclinatoires de compétence (art. 854, C. jud.; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 87, n° 138), des exceptions de nullité (art. 864, C. jud.), des exceptions dilatoires (art. 868, C. jud.), de l'exception de chose jugée (art. 27, C. jud.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, *o.c.*, p. 214, n° 102), de la fin de non-recevoir déduite du défaut de qualité (Cass., 17 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 188), de la fin de non-recevoir déduite du défaut d'intérêt (Cass., 22 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 482, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK), des incidents de répartition (art. 88, §2, al. 2, C. jud.), etc. *Adde* : P. Taelman, « Loyale procesvoering », in *Propositions de réforme de la procédure civile* (sous la dir. de B. Maes), Bruges, La Charte, 2006, spéc. pp. 143 et s., n°s 26 et s.

R.C.J.B. - 4^e trim. 2008

