

Obligations

Bail commercial et coronavirus : un arrêt de la Cour de cassation en faveur de l'application de l'article 1722 de l'ancien Code civil

Dans un arrêt du 26 mai 2023^{1*}, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'application de l'article 1722 de l'ancien Code civil² et, partant, de la théorie des risques, lorsque le bailleur est dans l'impossibilité de fournir la jouissance des lieux loués en raison des mesures de confinement adoptées par les autorités publiques afin de lutter contre la propagation du coronavirus. En l'espèce, la demanderesse en cassation est preneur dans un bail commercial. Le bien loué est destiné à l'exploitation d'un musée d'Histoire ainsi que, dans ce cadre, de diverses activités commerciales, telles qu'un service Horeca et une boutique cadeaux. Devant les juges du fond, le locataire s'est prévalu de l'article 1722 de l'ancien Code civil pour être libéré de son obligation de paiement du loyer. Le tribunal de première instance de Flandre occidentale n'a pas fait droit à la demande du locataire au motif que ladite disposition ne vise que les cas de perte définitive et non ceux où l'impossibilité n'est que temporaire. La Cour de cassation censure toutefois la décision attaquée en ces termes : « les juges d'appel qui constatent que, en raison des mesures des autorités pour limiter la propagation du coronavirus, la demanderesse n'a pas pu exploiter l'espace commercial loué durant les périodes de confinement, et qui décident que l'article 1722 de l'ancien Code civil ne peut trouver application parce qu'il "était seulement question d'une impossibilité temporaire et donc d'une perte de jouissance temporaire" ne justifient pas légalement leur décision »³. La Haute juridiction confirme ainsi que l'article 1722 de l'ancien Code civil n'est qu'une application de la théorie des risques. Par conséquent, lorsque le bailleur est temporairement dans l'impossibilité de fournir la jouissance de la chose, l'exécution de l'obligation corrélatrice du locataire est suspendue, de sorte que ce dernier sera libéré de son obligation de payer le loyer. En d'autres termes, la Cour condamne l'opinion d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence qui, s'en tenant à une lecture littérale de l'article 1722, considère que celui-ci n'est applicable qu'en cas d'impossibilité définitive⁴.

L'arrêt annoté présente un autre intérêt. On sait que la jurisprudence est profondément divisée en ce qui concerne la possibilité de se prévaloir de la force majeure et, partant, de la théorie des risques lorsque, en raison des mesures de confinement, le commerce n'était plus accessible au public. Certaines décisions ont admis la force majeure et ont considéré que le bailleur était dans l'impossibilité de fournir la jouissance du bien, conformément à sa destination, de sorte que le locataire pouvait être libéré de son obligation monétaire, par application de la théorie des risques⁵. En revanche, une autre partie de la jurisprudence n'a pas retenu la force majeure dans le

¹ Cass., 26 mai 2023, n° C.22.0296.N.

² « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

³ Traduction libre.

⁴ Voy. not. N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », obs. sous J.P. Huy (1er cant.), 19 octobre 2020, J.P. Ixelles, 29 octobre 2020, J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020 et J.P. Bruxelles, 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 44, n° 6 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *J.T.*, 2020, p. 271. Voy. ég. Civ. Anvers, 15 novembre 2021, publié in S. DEVROE, K. DEWAELE, M. HIGNY, J. RENIERS et F. VAN DEN ABEELE, *COVID-19 : une deuxième vague en première instance*, Bruges, La Chartre, 2022, p. 3, spéc. n° 20.

⁵ Voy. not. Civ. fr. Bruxelles (6^e ch.), 30 novembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 289 ; J.P. Molenbeek Saint-Jean, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2021, p. 342 ; J.P. Liège, 30 juillet 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 108 ; J.P. Anvers, 17 septembre 2020, *Huur*, 2021, p. 23. Voy. ég. M. HIGNY, « Premier tour d'horizon des décisions d'appel prononcées suite à la crise du coronavirus », *COVID-19 : une deuxième vague en première instance*, Bruges, La Chartre, 2022, pp. 123 à 125.

chef du bailleur, pour des motifs qui nous paraissent parfois contestables. Ainsi, certains magistrats ont estimé que les mesures de fermeture, édictées par les autorités, frappaient non pas l'immeuble donné en location mais uniquement l'activité ou l'exploitation du locataire, ce qui signifie, en d'autres termes, que les obligations du bailleur n'étaient pas impossibles à exécuter⁶. Cette justification nous paraît prêter le flanc à la critique. Elle perd, en effet, de vue que le bailleur est tenu de fournir la jouissance de la chose conformément à la destination convenue, ce qui permet d'incorporer à l'objet de l'obligation l'usage convenu qu'en fait le créancier. Ainsi, dès lors que le bail commercial est défini par la loi elle-même comme celui qui porte sur un immeuble affecté à un commerce « directement en contact avec le public »⁷, on peut, nous semble-t-il, admettre, en principe, la force majeure (dans le chef du bailleur) lorsque le locataire ne peut exploiter son commerce en raison des mesures sanitaires⁸. À cet égard, la Cour de cassation semble prendre position en faveur de la thèse qui admet l'application de la théorie des risques. En effet, dans la décision annotée, elle énonce ce qui suit : l'article 1722 de l'ancien Code civil « suppose que le trouble de jouissance du bien immeuble est la conséquence d'une impossibilité définitive ou temporaire dans le chef du bailleur de fournir la jouissance promise dans le contrat de bail, en raison d'un cas fortuit ou de force majeure. *Tel est le cas* lorsque l'accessibilité au public de l'espace commercial loué n'est totalement ou partiellement plus possible à la suite des mesures des autorités en vue de lutter contre la pandémie de coronavirus »⁹.

La décision de la Cour de cassation nous paraît devoir être approuvée. On relèvera toutefois qu'elle s'écarte de la position défendue par d'autres juridictions (suprêmes), telles que le *Hoge Raad*¹⁰ ou la Cour de cassation de France¹¹.

Jean van Zuylen ■

Chargé d'enseignement et doctorant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Conseiller juridique Fednot

⁶ Voy. not. J.P. Saint-Pierre, 2 juillet 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique face à une pandémie – Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruges, La Charte 2019, p. 34 ; J.P. Anvers (3^e cant.), 10 juillet 2020 in M. HIGNY et H. VYNCKE, *Panoplie juridique...*, p. 49. Adde : J. RENIERS, F. VAN DEN ABEELE, S. DEVROE et K. DEWAELE, « Risicoverdeling bij (handels)huur tijdens de coronacrisis: aanzet tot systematisering », *COVID-19 : une deuxième vague en première instance*, Bruges, La Charte, 2022, pp. 149-150, n° 8 et p. 155, n° 11.

⁷ Voy. l'article 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, *M.B.*, 10 mai 1951.

⁸ Voy. not. en ce sens : M. HIGNY, *op. cit.*, *J.T.*, 2020, pp. 267 et s. ; J. VAN ZUYLEN, *Coronavirus et force majeure : questions choisies*, *R.G.D.C.*, 2020, pp. 393 et 394, n° 16.

⁹ Traduction libre ; nous soulignons.

¹⁰ H.R., 24 décembre 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974.

¹¹ Dans 3 arrêts du 30 juin 2022, la Cour de cassation de France a décidé que l'effet des mesures prises pour lutter contre la pandémie de Covid-19 et l'interdiction faite notamment aux commerces de recevoir du public est « sans lien direct avec la destination contractuelle du local loué » et « ne peut donc être assimilé à la perte de la chose, au sens de l'article 1722 du code civil » (voy. Cass. fr. (3^e ch. civ.), 30 juin 2022, n° 21-20.190, ECLI:FR:CCASS:2022:C300604 ; n° 21-19.889, ECLI:FR:CCASS:2022:C300603 ; n° 21-20.127 ECLI:FR:CCASS:2022:C300605).

Procédure

L'annulation d'office d'un contrat par le juge : volte-face de la Cour de cassation

1.- **Un arrêt étonnant.** Passé inaperçu jusqu'il y a peu, l'arrêt annoté^{12*} étonne pourtant à plus d'un titre. Il désavoue de manière subreptice un revirement de jurisprudence opéré à peine dix-huit mois plus tôt par (presque) la même formation de jugement. La volte-face laisse d'autant plus circonspect que, d'une part, les conclusions du ministère public* censées en éclairer la portée taisent jusqu'à l'existence même dudit revirement¹³ et que d'autre part, la Cour y improvise à la sauvette, probablement en guise de compromis, un pouvoir discrétionnaire de suggestion, de bienveillante sollicitude, dont serait désormais doté le juge.

2.- **L'interdiction faite au juge de modifier l'objet : rappel du principe.** Il est ici question de l'étendue de l'interdiction faite au juge de modifier l'objet de la demande. On sait qu'en vertu du principe dispositif s'exprimant dans l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, l'objet de la prétention cantonne l'action du juge¹⁴. Sauf exceptions expressément prévues par la loi¹⁵, et sous la réserve de l'assouplissement notable du principe en droit familial¹⁶, le juge ne peut statuer "*ultra nec extra petita*" en octroyant d'office à la partie un avantage qu'elle n'aurait point sollicité ou qu'*a fortiori*, elle aurait exclu¹⁷. En vertu des articles 5 et 1138, 3°, du même Code, il lui incombe par contre de statuer sur toutes les prétentions (tous les objets) qui lui sont soumis, en comprises les prétentions qui découlent implicitement mais certainement du débat noué par les parties¹⁸.

¹² Cass. (1^{ère} ch. N), 10 février 2022, C.20.0373.N., concl. conf. av. gén. E. Herregodts ; R.W., 2022-2023, p. 1539, note J. DEL CORRAL, « Restitutie na vernietiging of ontbinding gevorderd : koerswijziging of niet ? ». Au sujet de cet arrêt, voy. encore tout récemment le commentaire très circonspect de B. ALLEMEERSCH, « Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen », *Gerechtelijk recht*, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023, pp. 12 et s., ainsi que l'étude remarquablement approfondie de F. PEERAER, « De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie », à paraître à la R.G.D.C., en 2023.

¹³ Par contre, il n'est pas étonnant que le demandeur en cassation ne se soit pas prévalu de ce revirement dans son pourvoi car ce dernier fut déposé le 7 août 2020, soit quelques jours avant le prononcé de ce fameux arrêt du 4 septembre 2020.

¹⁴ Selon le Conseil d'Etat, ces principe et obligation valent également pour le juge administratif : C.E. (ch. réunies), 8 mai 2019, J.T., 2019, p. 593, obs. F. XAVIER.

¹⁵ Songeons p. ex. à la condamnation aux dépens, que l'article 1017, al. 1^{er}, C. civ. impose au juge de prononcer d'office : Cass. (3^{ème} ch.), 16 janvier 2023, C.21.0193.F, concl. av. gén. H. Mormont. Rapp., s'agissant cette fois du montant même de l'indemnité de procédure (et non plus seulement le principe de son allocation), Cass. (1^{ère} ch.), 13 janvier 2023, C.22.0518.N. ; contra Cass. (1^{ère} ch.), 12 septembre 2014, C.12.0237.F). Sur ces deux arrêts, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Indemnité de procédure et principe dispositif », J.T., 2023, pp. 175, M. ARNOLDY, « De rechtsplegingsvergoeding en de taak van de rechter », R.A.B.G., 2023, pp. 223 et s., ainsi que P. THIRIAR, « Het Hof van Cassatie knipt de vereffening van de gerechtskosten volledig los van het beschikkingsbeginsel », R.W., 2022-2023, p. 1162.

¹⁶ Spéc. lorsque l'intérêt de l'enfant entre en jeu : Cass. 4 janv. 2013, J.T. 2014, p. 525 ; Act. dr. fam. 2014, p. 182, note Q. FISCHER ; RABG 2013, p. 930, note S. BROUWERS ; T. Fam. 2014, p. 50, note T. VERCRUYSE. Adde, Cass. 16 mars 2004, RW 2007-2008, p. 83, ainsi que S. MOSSELMANS, « Taak van de rechter bij verstek », op. cit.

¹⁷ P. ex. Cass. (1^{ère} ch.), 6 décembre 2018, J.T., 2019, p. 203.

¹⁸ Voy. ainsi Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} février 2019, C.18.0350.N., cassant la décision aux termes de laquelle le juge du fond n'avait pas ordonné la restitution de la somme empruntée à la banque par suite de l'annulation d'un contrat de crédit aux motifs qu'elle n'en avait pas explicitement réclamé la restitution de cette somme, alors pourtant, comme le constate la Cour, que la Banque avait fait valoir dans ses conclusions qu'une « 'annulation de principe' aurait pour effet de rétablir les droits initiaux des parties et de ne pas "exempter [les défendeurs] de rembourser le capital emprunté" ».

3.- **Même lorsque l'ordre public est en jeu.** Aux termes d'une jurisprudence jusqu'ici constante de la Cour de cassation¹⁹, soutenue par une doctrine unanime²⁰, l'interdiction de modifier l'objet perdurait en présence d'une convention heurtant l'ordre public : faute d'une demande en ce sens, le juge ne peut annuler d'office le contrat. Il doit se borner à en constater la nullité et à repousser les demandes en exécution introduites sur son fondement. On épingle volontiers comme emblème de cet enseignement, un arrêt prononcé le 28 septembre 2012 par la première chambre néerlandaise de la Cour, dont il résulte que « *par un accord explicite sur la procédure, les parties peuvent lier le juge sur un point en droit ou en fait auquel elles entendent limiter les débats. Un tel accord n'empêche toutefois pas que le juge, respectant les droits de défense, soulève l'application de dispositions d'ordre public, fussent-elles contraires à l'accord sur la procédure. Il ne permet toutefois pas au juge de modifier, pour de tels motifs, l'objet du litige tel qu'il a été délimité par les parties* »²¹.

4.- **L'arrêt du 4 septembre 2020 : revirement de jurisprudence.** Aux termes de son arrêt du 4 septembre 2020, la même première chambre néerlandaise de la Cour revira spectaculairement cette (sa) jurisprudence constante, considérant pour la première fois qu'en présence, précisément, d'une convention affectée d'une nullité d'ordre public, mais dont aucune des parties n'aurait sollicité, fût-ce implicitement, l'annulation, le juge « *peut* » (« *mag* ») tout de même prononcer celle-ci et ordonner corrélativement les restitutions réciproques qui s'ensuivent²².

Gratifié d'un accueil mitigé, ce revirement de jurisprudence aura fait long feu.

¹⁹ Cass. 28 sept. 2012, J.L.M.B., 2013, p. 1297, concl. av. gén. C. Vandewal ; R.G.D.C., 2013, note T. TANGHE, « *De rechter kan een overeenkomst niet ambtshalve vernietigen* » ; R.W., 2012-2013, pp. 897 et s., note J. VAN DONINCK, « *Grenzen aan de taak van de rechter als hoder van het algemeen belang* » ; J.L.M.B., 2013, pp. 1307 et s., note J.-FR. VAN DROOGHENBROECK, « *Chronique de l'office du juge Cass. 14 févr. 2011, Arr. Cass. 2011, p. 492 ; Cass. 21 juin 2001, Arr. Cass. 2001, p. 1254 ; Cass. 13 avr. 1972, Pas. 1972, I, p. 747 ; Cass. 7 déc. 1967, Pas. 1968, I, p. 475* »

²⁰B. ALLEMEERSCH, « *Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen* », *Gerechtelijk recht, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023, pp. 12 et s.* ; B. ALLEMEERSCH, « *Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen* », *Gerechtelijk recht, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023, pp. 12* ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces, Anvers-Oxford, Intersentia, 2007, p. 234* ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 55-57, n° 37* ; J. VAN COMPENOLLE, « *Le juge et le fondement du litige* », R.C.J.B., 1982, p. 19, n° 8 ; F. RIGAUX, « *L'objet et la cause* », R.C.J.B., 1982, p. 6, n° 19 ; J. VAN COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « *Examen de jurisprudence (1985 à 1996). Droit judiciaire privé* », R.C.J.B., 1997, p. 536, n° 50 ; L. DU CASTILLON, « *Le rôle du juge par rapport aux exceptions, nullités et fins de non-recevoir dans l'instance contradictoire* », in *Le rôle respectif du juge...*, op. cit., p. 158-159, n° 18 in fine ; K. BROECKX, obs. sous Cass. 7 mai 1998, EJ 1999/2, p. 22 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht of de rechter en de procespartijen, Bruxelles, Swinnen, 1987, p. 122, n° 104.*

²¹ Cass. (1^{ère} ch. N), 28 septembre 2012, cité à la note (8).

²² Cass. (1^{ère} ch.), 4 septembre 2020, J.T., 2022, p. 653 ; R.W., 2020-2021, p. 1624, note (approx.) L. CORNÉLIS, « *Strijdigheid met de openbare orde : bloed, zweet en tranen* ». Cet arrêt énonce que « [...] de rechter die ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst heeft opgeworpen wegens de strijdigheid ervan met de openbare orde, na heropening van het debat, de overeenkomst nietig mag verklaren en de restitutie mag bevelen van hetgeen krachtens die overeenkomst werd verkregen, ook al werd die nietigheid door geen van de partijen gevorderd. Hij mag echter niet oordelen over de omvang van deze restituties zonder hierover aan de partijen de gelegenheid te geven hierover tegenspraak te voeren », mais – de manière incompréhensible – casse pourtant la décision attaquée sur le visa de la violation de l'objet de la demande (article 1138, 2^o, du Code judiciaire) et pas seulement celui de la violation des droits de la défense. La Cour, qui rejoint ici la thèse minoritaire soutenue par L. CORNÉLIS (Openbare orde, Antwerpen, Intersentia, 2019, pp. 671 et s.), paraît assumer ce revirement (Rapport de la Cour de cassation 2020, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 121 : « *Dans un précédent arrêt du 28 septembre 2012, la Cour considère dans un cas analogue que le juge, qui soulève d'office la nullité de la convention en raison de sa contrariété à l'ordre public et rejette la demande tendant à son exécution, ne modifie pas l'objet de la demande mais applique les dispositions d'ordre public que les parties ont enten du exclure. Il lui est cependant interdit de déclarer la nullité de la convention lorsqu'aucune des parties ne le demande. La Cour franchit à présent une nouvelle étape en considérant que le juge, qui a soulevé d'office la nullité de la convention, peut, après réouverture des débats, déclarer la convention nulle et ordonner la restitution de ce qui a été obtenu en vertu de celle-ci, même si la nullité n'a été poursuivie par aucune des parties La Cour casse néanmoins l'arrêt attaqué, au motif qu'il a statué sur l'étendue de ces restitutions sans soumettre cette question à la contradiction des parties ». Cette dernière explicitation de l'arrêt du 4 septembre 2020 n'est pas tout à fait exacte car la cassation n'intervient pas seulement sur le visa de la violation des droits de la défense, mais aussi sur celui de la violation du principe dispositif et de l'article 1138, 2^o, du Code judiciaire. On comparera par ailleurs cet arrêt du 4 septembre 2020 avec celui du 6 janvier 2022, qui rejette le moyen de cassation reprochant au juge du fond de ne pas avoir annulé d'office le bail d'un bien insalubre. La Cour fonde ce rejet sur le motif que l'article 2, § 1^{er}, de la loi sur le bail d'habitation, qui est certes d'ordre public, offre au locataire le choix entre la résiliation immédiate et la mise en conformité du bien (Cass. (1^{ère} ch.), 6 janvier 2022, C.21.0089.N). Au sujet du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 4 septembre 2020, cons. les excellentes études C. BOTMAN, « *Principe dispositif et concours d'action en matière de vente* », R.G.D.C., 2021, pp. 429 et s. ; « *L'office du juge face au contrat entaché d'une cause de nullité (absolue) et aux restitutions* », J.T., 2022, p. 641 et s., ainsi que l'analyse tout aussi remarquable de M. VERDICKT, « *De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt : het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos* », note sous Cass. (1^{ère} ch. N), 4 septembre 2020), R.W., 2021-2022, pp. 408 et s.*

5.- **L'arrêt du 10 février 2022: déjà le contre-revirement.** Car voici qu'avec son arrêt du 10 février 2022, cette même première chambre néerlandaise (en une composition presque identique) renoue déjà avec l'orthodoxie commandée par l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et le principe dispositif (*supra*, nn°s 2 et 3) en considérant de nouveau que « *het algemeen rechtsbeginsel van de autonomie van de procespartijen of het beschikkingsbeginsel houdt in dat het uitsluitend aan de partijen toekomt om te bepalen welke vorderingen zij instellen en dat de rechter slechts over de door de partijen ingestelde vorderingen kan oordelen* ». Jamais l'interdiction faite au juge de s'écarter des prétentions des parties n'avait été exprimée de façon aussi catégorique par la Cour, qui renie ainsi l'exception esquissée par son arrêt du 4 septembre 2020. La Cour poursuit que « *[h]ieruit volgt dat de rechter niet kan oordelen over de restitutie van een prestatie na vernietiging of ontbinding van een overeenkomst wanneer geen vordering tot restitutie werd ingesteld* », tout en précisant tout de même de manière particulièrement innovante et audacieuse (*infra*, n°8), et vraisemblablement pour traduire le compromis dont le délibéré fut le fruit que « *[d]e rechter heeft evenwel de mogelijkheid om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen* »²³.

On ne peut pas dire que la compatibilité des arrêts des 4 septembre 2020 et 10 février 2022 saute aux yeux²⁴. Le mystère s'épaissit à la lecture des conclusions du ministère public précédant l'arrêt du 10 février 2022, qui de manière déconcertante ne pipent mot de l'arrêt du 4 septembre 2020 qui fut pourtant précédé de conclusions prises par la même avocate générale.

Tout nous porte à croire que première chambre néerlandaise de la Cour de cassation est déjà revenue sur l'audace de son revirement du 4 septembre 2020, et partant à la jurisprudence antérieure de la Cour (*supra*, n°3)²⁵.

6.- **Vaines tentatives de conciliation.** A moins de considérer que son arrêt du 10 février 2022, sans le dire explicitement, ne concernerait que les cas dans lesquels, faute d'une atteinte à l'ordre public, le juge n'aurait pas à annuler d'office le contrat, ni donc à ordonner les restitutions réciproques découlant de cette annulation prononcée d'office...

Cette justification n'est pas avancée par la Cour ; elle ne serait du reste ni très convaincante ni très équitable²⁶. En particulier, la Cour ne saurait être soupçonnée d'avoir consacré ici une distinction qui méconnaîtrait de manière flagrante l'exigence constante de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de laquelle le juge national doit d'office donner pleine effectivité aux normes de droit européen dérivé, assimilant donc celles-ci à des règles d'ordre public²⁷. Rappelons en effet que l'article 1649*quinquies* de l'ancien Code civil, dont la violation

²³ Cass. (1^{ère} ch.), 10 février 2022, C.20.0373.N, concl. av. gén. E. Herregodts.

²⁴ Voy. le commentaire très circonspect de B. ALLEMEERSCH, « *Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen* », *Gerechtelijk recht*, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023, pp. 12 et s.

²⁵ Dans notre sens, voy. F. PEERAER, « *De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie* », à paraître à la R.G.D.C., en 2023

²⁶ F. PEERAER, « *De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie* », à paraître à la R.G.D.C., en 2023

²⁷ CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, EU:C:2009:615, n°52; CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse en De Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, nn°s 44 et 45; CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, C-497/13, EU:C:2015:357, n° 56; CJUE, 26 janvier 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, nn°s 42 et 43; CJUE, 17 mai 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, C-147/16, EU:C:2018:320, nn°s 35 et 36; CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank en OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, nn°s 87 et 89; CJUE 30 mai 2013, *DF Asbeek Brusse et K. de Man Garabita c/ Jahani BV*, RCJB 2015, p. 133 s.; CJUE 4 juin 2009, *Pannon GSM*, JCP 2009, n° 42, note G. Plaisant; CJUE 4 juin 2012, *Banco Espanol de Credito*; CJCE 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, JCP II-10513, note M. CARBALLO FIDAGO et G. Plaisant; RTD civ. 2001. 878, obs. J. MESTRE et B. Page; RTD com. 2001. 291, note M. LUBY; CJCE 21 nov. 2002, *Cofidis c/ Fredout*, JCP II-10082, note G. PLAISANT; D. 2003. 486, note C. NOURISSAT; DAOR 2003, p. 21, note T. GILLAIN. Sur ce thème, cons. L. VAN BUNNEN, « L'office

était alléguée en l'espèce par le demandeur en cassation, est de ces règles-là, puisque les articles 1649bis à octies de l'ancien Code civil transposent les directives européennes 1999/44, 2019/770 et 2019/771.

Une autre vaine explication est avancée pour tenter de concilier les arrêts des 4 septembre 2020 et 10 février 2022²⁸ : le juge serait tenu d'ordonner les restitutions consécutives à l'annulation ou à la résolution lorsqu'il prononce celles-ci d'office (hypothèse rencontrée par l'arrêt du 4 septembre 2020) ou que ces restitutions auraient été implicitement demandées (hypothèse rencontrée dans l'arrêt du 1^{er} février 2019, cité *sub* 2, en note (7)), tandis qu'il lui serait interdit d'ordonner ces restitutions si l'annulation ou la résolution lorsque celles-ci lui ont été demandées par les parties. Dans cette dernière hypothèse, la balle resterait dans le camp des parties.

Cette distinction ne trouve aucune trace dans les arrêts précités, dont les termes mêmes contredisent d'ailleurs l'explication puisque l'arrêt du 4 septembre 2020 n'oblige pas, mais autorise seulement, le juge à ordonner les restitutions consécutives à l'annulation prononcée d'office, tandis que l'arrêt du 10 février 2022 autorise le juge à suggérer aux parties de compléter leur demande en annulation ou résolution d'une demande en restitution. Au demeurant, on reste bien en mal d'apercevoir la justification objective, raisonnable et proportionnée de cette prétendue différence de traitement. Si l'on prête à la Cour de vouloir le triomphe de l'ordre public sur le principe dispositif, il n'y aurait pour elle aucun sens à tolérer que le juge doive, dans une seule des deux situations pourtant absolument identiques, s'arrêter au milieu du gué menant au respect de l'ordre public. Pour s'en convaincre, rappelons que pour la Cour, qu'il s'agisse de circonscrire l'action confiée au ministère public par l'article 138bis du Code judiciaire²⁹ ou l'intérêt légitime au sens des articles 17 et 18 du même Code³⁰, c'est le maintien d'une situation concrète mettant en péril l'ordre public, et non la seule violation d'une loi d'ordre public, qui importe.

7.- Une clarification urgente et nécessaire. Rien ne permet décidément d'éclaircir cette palinodie. Selon nous³¹, la Cour de cassation a opéré un contre-revirement de jurisprudence en désavouant *mezzo voce* l'enseignement de son arrêt du 4 septembre 2020. Il conviendrait tout de même qu'elle saisisse la première occasion venue pour confirmer clairement – pourquoi pas en audience plénière (art. 151, C. jud.) ? – son retour à sa jurisprudence constante selon laquelle l'ordre public n'autorise par le juge à modifier l'objet des prétentions des parties (*supra*, nn°s 2 et 3).

8. Emergence d'un pouvoir de suggestion confié au juge ? - Cette clarification est d'autant plus souhaitable qu'il appartient à la Cour de confirmer ou d'infirmer par ailleurs le bémol dont serait désormais affectée la classique interdiction de modifier l'objet de la demande : on songe bien sûr à la dernière phrase de l'arrêt, décidément mystérieux, du 10 février 2022, énonçant que « [d]e rechter heeft evenwel de mogelijkheid om de partijen uit te nodigen standpunt in te nemen over de restitutie en in voorkomend geval een vordering in dat verband in te stellen ».

du juge stimulé par le droit européen », RCJB 2015, p. 148 s. ; J. VAN MEERBEECK, « L'application du droit de l'Union européenne par les juridictions belges », in N. CARIAT et J. T. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 189 s. Adde B. WYLLEMAN, « L'obligation du juge civil de soulever d'office des fondements juridiques et les moyens de droit », *op. cit.*, p. 202, n° 47 ; B. ALLEMEERSCH, « Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen », *Gerechtigd recht, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023*, pp. 29 et s.

²⁸ J. DEL CORRAL, « Restitutie na vernietiging of ontbinding gevorderd: koerswijziging of niet ? », note sous Cass., (1^{ère} ch. N), 10 février 2022, R.W., 2022-2023, p. 1540.

²⁹ Cass., 7 février 2013, C.12.0165.F. et C.12.0229.F. ; Cass., 11 mai 1977, Pas., 1977, p. 924 ; Cass., 4 décembre 1974, Pas., 1975, I, p. 368.

³⁰ Cass., 10 mars 2022, n° C.21.0317.N ; Cass., (1^{ère} ch.), 6 décembre 2018, J.T., 2019, p. 709 ; Cass. (1^{ère} ch.), 8 mars 2018, R.W., 2018-2019, p. 703 ; R.G.D.C., 2019, p. 639

³¹ Et déjà bien d'autres : F. PEERAER, « De taak van de rechter en het voorwerp van de vordering: van spierballengerol tot rechterlijke suggesties bij nietigheid, ontbinding en restitutie », à paraître à la R.G.D.C., en 2023B. ALLEMEERSCH, « Ambtshalve substitutie van motieven door de burgerlijke rechter. Stand van zaken en actuele ontwikkelingen », *Gerechtigd recht, Themis 126, Antwerpen, Intersentia, 2023*, pp. 12 et s. ; M. VERDICT, « De taak van de rechter wanneer de openbare orde zich opdringt: het Hof van Cassatie brengt chaos in de chaos », note sous Cass. (1^{ère} ch. N), 4 septembre 2020), R.W., 2021-2022, pp. 408 et s.

De toute évidence, il faut y voir la trace du compromis au prix duquel la première chambre néerlandaise de la Cour s'est résolue à revenir si vite sur son propre revirement de jurisprudence.

Cette singulière affirmation marquerait-elle une étape décisive de l'émergence, d'une nouvelle dimension de l'office du juge³² qui serait à présent doté d'un pouvoir (discrétionnaire) de suggestion, d'interpellation, de sollicitude ? A côté de ses aspects impératifs (le juge doit statuer sur toutes les prétentions et appliquer les bases juridiques commandées par les faits spécialement invoqués à leur appui) et prohibitifs (le juge ne peut modifier l'objet de la demande ni déjouer un accord procédural noué expressément par les parties), l'office du juge recouvrirait-il désormais une zone grise où il serait question de susurrer aux parties d'exercer, le cas échéant de telle ou telle manière, leurs prérogatives ?³³ Jusqu'ici, la consistance de cette zone grise ne tenait qu'à quelques timides illustrations, comme la possibilité offerte au juge d'interpeller les parties sur les critères modulateurs de l'indemnité de procédure (art. 1022, al. 3, C. jud.) ou celle de suggérer à un plaideur la mise en cause d'un tiers sans se rendre coupable d'une violation de l'article 811 du Code judiciaire³⁴.

Faut-il aller, dans un même contexte, jusqu'à « l'admission d'un pouvoir de suggestion du juge à l'égard des sanctions de l'inexécution contractuelle » ?³⁵ Le juge peut-il, en d'autres termes, suggérer au demandeur de modifier l'objet de sa demande lorsque l'intéressé n'a pas songé, par exemple, à présenter une demande subsidiaire (ex. dommages et intérêts plutôt qu'une résolution ; résolution plutôt qu'une exécution forcée ; réduction du prix plutôt qu'une résolution) ou, comme en l'espèce, à solliciter l'annulation d'un contrat illicite ou les restitutions consécutives à semblable annulation ?

C'est apparemment sur cette voie, particulièrement audacieuse, que paraît s'être engagée la Cour de cassation en son arrêt, décidément étonnant, du 10 février 2022.

Cette innovation devrait, à son tour, être consolidée, précisée et balisée par la Cour de cassation. Car pour l'heure, juges et plaideurs ne sauront trop où placer les limites du pouvoir de suggestion confié au premier sans que les seconds n'y voient une atteinte à l'exigence d'impartialité où à l'interdiction de consulter sur le différend (art. 297, C. jud.).

9. Pouvoirs ou devoirs ? A notre estime, la Cour serait bien inspirée de saisir ces prochaines occasions d'affinement des contours de l'office du juge pour également revenir sur sa tendance récente et regrettable à reléguer dans l'ordre du facultatif ce qu'elle avait jusqu'ici érigé en obligations. Car pour l'heure, c'est, nous paraît-il, au détriment de la sécurité juridique et de l'égalité entre les justiciables qu'elle considère par exemple que le juge *peut* restituer à l'objet sa qualification juridique adéquate³⁶, qu'il *pouvait* annuler un contrat contraire à l'ordre

³² Pour une synthèse des contours actuels de l'office du juge, cons. J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, "Rapport belge", in *Les principes directeurs du du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky. Journées multilatérales de l'association Henri Capitant. (sous la dir. de V. Bolard et M. Pierrat), Paris, Dalloz, 2019.*

³³ En termes prudents, voy. B. BIEMAR, H. BOULARBAH, F. LAUNE et Ch. MARQUET, "L'instruction de la cause et les incidents", in *Actualités de droit judiciaire, CUP, vol. 145, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 240 et suiv. En termes plus audacieux, cfr D. MOUGENOT, «Le juge (trop?) bavard», in L'audience (sous la dir. de P.E. Cornil et J.-Fr. van Drooghenbroeck), Limal, Anthémis, 2023, p.163, nn°s 7 et s.; D. MOUGENOT, "L'office du juge en matière de prescription", obs. sous Cass., 6 octobre 2011, P. & B./RDJP, 2012/5, p. 162 et s.*

³⁴ Cass., 3 avril 2006, J.T., 2007, p. 154; Civ. Huy (3ème ch.), 13 novembre 2008, J.T., 2008, p. 745 ; J.P. Tournai (2ème canton), 8 décembre 2015, J.T., 2016, p. 266. Rapp. Cass.(3ech.), 28 octobre 2019, Chr.dr.soc., 2021, p.26. En législation, voy. ég. art. 1514, al. 3, C. jud. (modif. L. 29 janvier 2011 ; Gent, 10 juin 2014, R.W., 2016-2017, note CL. VAN SEVEREN, « De noodzakelijke partij(en) in een geding betreffende de revindicatie van in beslag genomen roerende goederen ») ainsi que l'art. 331decies, al. 2, C. civ. (actions d'état), l'art. 1371bis, C. jud. (en matière de droit de passage) et l'art. 1390bis, al. 4, C. jud. (en cas de délégation de sommes).

³⁵ L. MAYER, « Réflexions sur l'étendue d'initiative du juge en matière contractuelle », in *Les coutures du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Théry, L.G.D.J., spéc. nn°s 17 à 24 ; D. MOUGENOT, «Le juge (trop?) bavard», in L'audience (sous la dir. de P.E. Cornil et J.-Fr. van Drooghenbroeck), Limal, Anthémis, 2023, p.163, nn°s 7 et s.*

³⁶ Voy. J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, "L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », note sous Cass., 14 décembre 2017 et sous Cass., 9 mars 2018, R.C.J.B., 2020, ici spéc. pp. 35 et s., nn°s 38 et s.

public, ou encore qu'il *peut* aujourd'hui interpellier les parties sur l'opportunité de le saisir de telle ou elle prétention.

Jean-François van Drooghenbroeck ■

*Professeur ordinaire à l'UCLouvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université Paris-Panthéon-Assas
Avocat au barreau de Bruxelles*

Brève

Pas d'enclavement d'un terrain en cas de tolérance (sous l'ancien droit)

Sauf accord contraire des parties, le nouveau livre 3 du Code civil dédié au droit des biens ne gouverne pas les effets futurs des faits juridiques survenus avant son entrée en vigueur³⁷ (survenue le 1^{er} septembre 2021), lesquels restent alors régis par le texte de loi précédent. Une situation d'enclavement d'un terrain (qui justifie droit de passage) constitue indubitablement un tel fait juridique ; elle demeure soumise dès lors, en théorie à tout le moins, à l'article 682 de l'ancien Code civil (plutôt qu'à son successeur : l'article 3.135 du Code civil). Or, l'interprétation traditionnellement associée audit article 682 exclut toute idée d'enclavement lorsqu'un accès à la voie publique est toléré par le propriétaire ou l'utilisateur d'un fonds voisin³⁸ (ce qui était le cas en l'espèce) ; c'est sur cette base légale que la juridiction de dernier ressort avait rejeté la demande d'un droit de passage, faisant application par-là de cette disposition transitoire. Mais, s'il n'y a pas d'enclavement, il n'y a pas non plus de « fait » juridique et, partant, c'est sur l'article 3.135 du Code civil (qui aurait abouti à une solution contraire³⁹) qu'il aurait fallu plutôt s'adosser, a estimé la Cour de cassation — laquelle n'a donc pas hésité, dans son arrêt du 13 février 2023*, à anéantir la décision entreprise. Le nouveau droit, et lui seul, pouvait (et devait) être mobilisé.

Nicolas Bernard ■

*Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Professeur invité à l'UCLouvain*

³⁷ Art. 37, §1^{er}, al. 2, de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, M.B., 17 mars 2020.

³⁸ Notamment Cass., 26 septembre 2013, Pas. 2013, p. 1809

³⁹ En ce qu'il requiert désormais, pour faire obstacle à une demande judiciaire d'un droit de passage, une véritable servitude de passage du fait de l'homme (inexistante in casu).