

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'office du juge en matière de baux

Mougenot, Dominique

Published in:
Le bail

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mougenot, D 2009, L'office du juge en matière de baux. dans *Le bail : actualités et dangers*. Collection du jeune Barreau de Mons, Anthemis, Louvain-La-Neuve, pp. 277-312.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'office du juge en matière de baux

Dominique MOUGENOT

Juge au Tribunal de commerce de Mons
Maître de conférences aux F.U.N.D.P. (Namur)

Introduction

La détermination de la mission du juge n'est évidemment pas propre à la matière des baux. Tout magistrat se demande tôt ou tard ce qu'il peut faire ou ne pas faire, quel que soit le domaine du droit qu'il pratique. Toutefois, la matière des baux est intéressante, étant donné la palette très large des interventions du juge. Il n'y a guère que les compétences présidentielles au provisoire qui ne soient pas représentées. Une part des interventions du juge de paix ne relève pas des actes juridictionnels, parce que le juge ne tranche aucun litige, même latent. Les actes non juridictionnels étaient jadis considérés comme relevant de la juridiction gracieuse. La doctrine récente considère toutefois que la distinction entre juridiction contentieuse et juridiction gracieuse ne revêt plus aucun intérêt pratique parce que le Code judiciaire ne fait pas de différence entre ces deux notions¹. Cependant, à l'heure où le rôle du juge en matière contentieuse devient de plus en plus actif, on peut se demander si cette situation contamine également l'office du juge dans d'autres domaines. La réponse à cette question n'est pas évidente.

L'office du juge en matière contentieuse offre peu de spécificités en matière de bail. L'évolution récente de la jurisprudence sera rappelée. Des particularités existent néanmoins, telles que la possibilité de prendre en compte l'intérêt des parties ou l'équité pour trancher certaines questions. L'exposé portera aussi sur les particularités de la mission du juge en matière contractuelle, notamment les procédures d'annulation ou de résolution du bail.

¹ H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2009, à paraître, n° 227 et s.; A. FETTWIS, *Manuel*, p. 307, n° 412, spécialement note 4; J. LAEMENS, K. BROECKX et D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Anvers, Intersentia, 2004, p. 149, n° 259; L. DE WILDE, « De vlag en de lading: over homologaties », *R.W.*, 1984-1985, n° 7, col. 916; Ch. VAN REEPINGHEN et E. KRINGS, « La juridiction gracieuse en droit belge », in *Atti 3e congresso dir. int.*, Milan, 1962, pp. 261-262.

Section 1

Le rôle du juge de paix saisi par requête unilatérale

1. L'article 594, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose que le juge de paix, saisi par voie de requête, statue sur les demandes de désignation d'experts ou d'arbitres, lorsque la convention des parties ou la loi lui attribue cette désignation ou que l'objet de l'expertise entre dans sa compétence d'attribution. Tel est le cas en matière de bail. Le juge de paix peut parfaitement être saisi par voie de requête unilatérale² pour désigner un expert chargé d'établir un état des lieux. Même dans ce cadre restreint, des questions existent quant à l'office du juge de paix. Peut-il librement définir la mission de l'expert ou doit-il respecter des limites particulières?

De manière assez classique, la Cour de cassation considère qu'une mission d'expertise ordonnée sur requête unilatérale par le juge de paix n'est valable que pour autant qu'elle porte sur des constatations matérielles, mais ne peut porter sur la cause et l'étendue des dommages³.

La jurisprudence des juges de paix sur ce point est partagée. Si certains suivent la Cour de cassation⁴, d'autres chargent l'expert d'une mission complète⁵.

En revanche, la position de la Cour est vivement critiquée en doctrine. D'une part, le texte de l'article 594, 1^o, du Code judiciaire, sur lequel se fonde la Cour, ne permet pas une telle interprétation. D'autre part, dès lors que l'expertise ordonnée sur requête unilatérale est elle-même contradictoire, on ne voit pas bien quels dangers cette procédure pourrait présenter au regard du respect des droits de la défense⁶.

Contrairement aux requêtes soumises aux présidents des tribunaux, l'urgence n'est pas requise pour saisir le juge de paix⁷.

² Une juridiction considère toutefois, à tort, que la requête, dans cette matière, est une requête contradictoire: J.P. Roulers, 29 octobre 1999, T.W.V.R., 1999, p. 177; J.J.P., 2000, p. 309.

³ Cass., 12 novembre 1990, Pas., 1991, I, 268; R.W., 1990-1991, 1169; Cass., 27 décembre 1985, Limb. Rechtsl., 1986, 91, note RASKIN; Cass., 21 mars 1979, Pas., 1979, I, 846.

⁴ Dans le même sens que la Cour de cassation: J.P. Saint-Nicolas-Waes I, 12 novembre 1991, J.J.P., 1992, p. 87; J.P. Courtrai, 10 mars 1993, R.W., 1994-1995, 1067; J.P. Gand VII, 10 mai 1994, T.G.R., 1994, 112. Le juge de Paix de Saint-Nicolas-Waes relève néanmoins que les parties sont libres d'étendre la mission.

⁵ J.P. Uccle, 20 mars 2006, J.J.P., 2007, p. 117; Civ. Hasselt, 6 octobre 1997, Limb. Rechtsl., 1998, p. 35, note; J.P. Gand, 25 janvier 1991, T.G.R., 1991, p. 25.

⁶ S. DUFRENE, «L'expertise», J.T., 1988, p. 181 s., n° 27 et s.; E. GUTT et J. LINSMEAU, «Droit judiciaire privé (chronique de jurisprudence: 1971 à 1978)», R.C.J.B., 1983, p. 144 s.; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruxelles, Bruylant, 1985, n° 81; J. VAN COMPERNOLLE, «La désignation, la mission et la fonction de l'expert», in *L'expertise*, Bruxelles, Fac. Univ. Saint-Louis, 1994, pp. 105 et s., n° 29.

⁷ J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, n° 25.

Section 2

Le rôle du juge de paix en matière de conciliation

§ 1^{er}. Une question controversée

2. L'office du juge en matière de conciliation soulève davantage de questions, au vu de l'abondante littérature qui lui est consacrée. La matière des baux est au cœur du sujet, dès lors que la conciliation est obligatoire en matière de baux de logement en général (article 1344septies, tel que modifié par la loi du 18 juin 2008⁸), de baux à ferme (article 1345 du Code judiciaire) et facultative en matière de bail commercial (article 30 de la loi sur les baux commerciaux). On peut ajouter que la conciliation facultative préalable à toute procédure est prévue à l'article 731 du Code judiciaire. Cette disposition est générale et donc susceptible de s'appliquer également en matière de baux.

3. Certains auteurs critiquent l'opportunité de l'intervention du juge en matière de conciliation. Ch. Panier a ainsi écrit: «pour que cette dimension symbolique soit opérante, il faut que le juge soit exclusivement juge, en situation d'extériorité et d'arbitrage, en mesure de décider avec autorité et de façon crédible. (...) Face à ces exigences, il paraît illusoire et dangereux de demander au juge de jouer un autre rôle que celui qui est propre à réaliser la dimension symbolique de la fonction judiciaire; il n'a pas à être conciliateur ou médiateur. Ce sont d'autres métiers qui appellent d'autres formations, postulent d'autres disponibilités, requièrent d'autres déontologies. Leur utilité n'est pas contestable, mais il faut se garder d'entretenir des confusions des rôles et des genres au risque de brouiller irrémédiablement les logiques d'action et les symboliques qui les sous-tendent»⁹.

Cette opinion reste toutefois relativement isolée. Il est en effet admis de longue date que la mission de conciliation rentre naturellement dans l'office du juge¹⁰.

⁸ M.B. 14 juillet 2008. Contrairement au régime antérieur, cette conciliation ne doit plus être préalable à l'introduction de la procédure. Le non-respect de cette disposition n'est pas sanctionné, par opposition à ce qui est prévu pour les procédures en matière de droit du travail (voy. article 734 du Code judiciaire.). Voy. à ce sujet: C. CAUFFMAN, «Hervorming van de verzoeningspoging bij hoofdvorderingen inzake de huur van woningen», R.W., 2008-2009, p. 252.

⁹ CH. PANIER, «Le rôle et la coordination des acteurs dans la justice familiale contentieuse: entre contrôle juridictionnel et gestion assistée», in *Familles et justice*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. 369, n° 30 et 31.

¹⁰ RAPPORT VAN REEPMINGHEN, Doc. parl., Sénat, 1963-1964, n° 60, p. 58; P. ADRIAENSEN, «De actieve rechter in het hof van beroep te Antwerpen», in *L'arrière judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 284; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 546; I. BRANDON, «L'office du juge dans la conciliation», J.T., 1995, p. 506; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, «Fonction et organisation judiciaire», Bruxelles, Larcier, 1974, p. 175; F. LIGOT, «Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords», *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 81; F. LIGOT, «Justice

et elle est expressément inscrite dans la loi. En outre, la conciliation permet, mieux que le débat judiciaire, de tenir compte de l'équité¹¹ ou des intérêts des parties¹². Bien plus, la doctrine reconnaît largement le rôle particulier dévolu au juge de paix dans cette matière¹³. Cela tient entre autres à la proximité du juge de paix, ce concept ne devant pas être compris uniquement dans un sens spatial (le canton est proche du domicile des parties), mais aussi symbolique (l'écart entre le juge de paix et le justiciable n'est pas aussi grand que devant d'autres juridictions)¹⁴.

4. Ce préliminaire étant posé, il convient de définir la mission particulière du juge dans ce contexte. Je m'attacherai plus spécifiquement au rôle du juge durant le processus de conciliation. La mission du juge qui doit acter l'accord à la fin de la procédure de conciliation sera examinée à la section suivante.

Cette question a fait couler beaucoup d'encre. Le problème principal est de déterminer si le juge doit rester passif et se borner à entendre les positions des parties, éventuellement noter les points de rapprochement, puis acter l'accord qui pourrait intervenir, ou s'il peut être actif, c'est-à-dire qu'il peut s'impliquer dans le processus transactionnel, informer les parties de leurs droits, leur proposer des solutions. Sur un plan très concret, cette problématique relève avant tout de la sensibilité personnelle du juge. Quel que soit l'avis des auteurs, il y aura toujours des juges qui ont davantage la « fibre conciliatrice » que d'autres et qui auront plus spontanément tendance à susciter la négociation et s'y impliquer. La discussion scientifique à ce sujet n'y changera rien.

§ 2. L'impartialité du juge conciliateur

5. Il existe peu de balises dans ce domaine. La problématique a été essentiellement examinée sous l'angle de l'impartialité du juge. Lorsque le juge (de paix) est intervenu dans le cadre d'une conciliation et que celle-ci échoue,

négociée: le rôle conciliateur du juge et la médiation», in *Familles et justice*, op. cit., p. 401; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé - La procédure civile*, première partie, «L'introduction de la demande», t. I, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 73 et s., spéc. p. 93; avis du Conseil supérieur de la justice relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure, approuvé lors de l'assemblée générale du 9 octobre 2002, p. 35, www.csj.be.

¹¹ E. JEAMMIN-PETIT, «Le juge et l'esprit de conciliation», formation de l'E.N.M. du 11 décembre 2008 sur la conciliation/médiation, *lus et actores*, 2009, à paraître.

¹² I. BRANDON, op. cit., p. 509.

¹³ B. BEELOENS, «Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité», *J.J.P.*, 2005, p. 199; E. KRINGS, «Le juge de paix conciliateur», *J.J.P.*, 1991, pp. 4 et s., spéc. p. 5; W. NIEWOLD, «Bemiddeling en verzoening», in *L'arrière judiciaire n'est pas une fatalité*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 141 et s.; M. VERRYCKEN, «Le juge de paix conciliateur», *J.J.P.*, 2002, p. 435.

¹⁴ M. VERRYCKEN, loc. cit.; G. DE LEVAL, «Panorama européen de la justice de proximité», *J.J.P.*, 1998, pp. 397 et s.

est-il encore impartial lorsqu'il est saisi ultérieurement par une des parties dans le cadre d'une procédure contentieuse? Si l'impartialité du juge peut-être mise en cause, il pourra être récusé par une des parties. C'est la raison pour laquelle, dans la jurisprudence, cette question est évoquée dans le cadre de procédures en récusation. Le problème peut évidemment être contourné lorsque le juge qui concilie et celui qui tranche le litige sont différents. Mais ce mécanisme ne peut être mis en œuvre dans une justice de paix, puisque le juge est au four et au moulin: comme il est le seul magistrat de sa juridiction, il assure lui-même en principe les conciliations et les procédures contentieuses, sauf à faire intervenir systématiquement des juges suppléants pour l'une ou pour l'autre de ces tâches¹⁵. Il n'est d'ailleurs pas évident qu'il soit bon de dissocier ces deux missions et de les confier à des juges distincts. Le fait d'avoir suivi le dossier dans sa phase non contentieuse peut aider à le trancher lorsqu'il devient contentieux. G. de Leval écrit à ce sujet: «En définitive, il n'est pas bon, à une époque où l'on souligne les mérites du suivi de l'évolution du contentieux par le même juge, de fractionner, sans motif légitime, les différentes phases d'un même contentieux afin de confier chaque segment à un autre juge au nom d'une conception exagérée, parfois paralysante pour l'institution judiciaire, désavantageuse pour les parties et offensante pour le juge dont le statut est méconnu, de l'unpartialité»¹⁶. Certains auteurs attribuent à ce cumul de fonctions le peu de succès de la conciliation: les justiciables ont peur de se livrer devant un magistrat qui va les juger en cas de désaccord¹⁷. Selon d'autres, la qualité de juge est au contraire recherchée par les parties: elles souhaitent que la personne qui va les concilier incarne l'autorité et puisse les rassurer quant à la validité de leurs engagements¹⁸. Il est difficile de tirer des conclusions générales de cette discussion. Les mobiles des parties relèvent de leur for intérieur et ne sont pas toujours faciles à déterminer.

6. Reprenons donc la question: l'impartialité du juge peut-elle être mise en cause lorsqu'il intervient successivement dans le cadre d'une conciliation, puis d'une procédure contentieuse? Encore faut-il s'entendre sur ce que signifie

¹⁵ On peut aussi noter la suggestion de G. de Leval et F. Erdman de faire intervenir des juges de paix à la retraite pour les conciliations (*Les dialogues justice*, rapport de synthèse rédigé à la demande de Laurette Onkelinx, juillet 2004, p. 95). Ces auteurs étaient dubitatifs quant à la possibilité de mettre en place pareil système sans modifier la loi.

¹⁶ G. DE LEVAL, «Le miroir de la procédure», in *Droit du contentieux*, formation permanente C.U.P., vol. IV, octobre 1995, p. 102. Dans le même sens: J. NORMAND, «Le rôle conciliateur du juge», in *Familles et justice*, op. cit., p. 381.

¹⁷ B. ALLEMEERSCH, «Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces», *T.P.R.*, 2003, p. 454.

¹⁸ I. BRANDON, op. cit., p. 507; E. JEAMMIN-PETIT, op. cit.

l'impartialité. Il faut à cet égard distinguer l'impartialité subjective de l'impartialité objective¹⁹.

L'impartialité subjective (ou personnelle) est le fait pour un juge de ne manifester ni parti pris ni préjugé personnel à l'égard d'aucune partie. Elle est présumée jusqu'à preuve du contraire²⁰. Généralement, elle peut se déduire du comportement du juge ou des réflexions qu'il fait à l'audience.

L'impartialité objective (ou fonctionnelle) est le fait que la procédure se déroule dans un contexte matériel qui offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à l'impartialité du tribunal²¹. Il ne suffit pas que le juge soit effectivement impartial, au plus profond de lui-même, il faut encore que la procédure donne toutes les apparences d'impartialité pour un observateur neutre. On n'examine plus ici la situation personnelle du juge, comme pour l'impartialité subjective, mais la manière dont le tribunal ou la procédure sont organisés. Ce n'est plus la partialité avérée qui est en cause, mais le risque de partialité. En d'autres termes, on s'intéresse à l'apparence d'impartialité de la procédure. Comme le dit l'adage anglais : *justice must not only be done, it must also be seen to be done*²². Dans la pratique, les problèmes d'impartialité objective apparaissent fréquemment lorsqu'un magistrat a pu connaître de l'affaire à plusieurs reprises, en des qualités différentes. C'est la problématique du « cumul de fonctions ». On peut citer à titre d'exemple le juge de référé qui connaît de la même affaire au fond²³, l'ancien substitut qui connaît de la même affaire après

¹⁹ Voy. notamment G. TARZIA, « L'impartialité du juge civil dans l'exercice de ses fonctions », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 716 et s.; F. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 731 et s.; J. VAN COMPERNELLE, « L'impartialité du juge », in *Finalité et légitimité du pouvoir judiciaire*, Bruges, la Chartre, 2005, pp. 7 et s.

²⁰ C.E.D.H., 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*; C.E.D.H., 26 février 1993, *Padovani c. Italie*; C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France*.

²¹ Voy. notamment C.E.D.H., 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*.

²² « Il ne suffit pas que la justice soit rendue. Il faut aussi que l'on voie que la justice est rendue ». C'est un principe formulé pour la première fois dans une décision judiciaire anglaise en 1923.

²³ Concernant plus particulièrement le problème du juge des référés qui connaît du fond ou du juge saisi par voie de requête unilatérale qui connaît de la tierce opposition, voy. B. ALLEMEERSCH, « Het verbod voor een rechter om tweemaal kennis te nemen van dezelfde zaak », *R.D.J.P.*, 2003, pp. 201 et s.; B. BEELDENS, « L'impartialité et la problématique du cumul de fonctions judiciaires », *Ann. dr. Louvain*, 2001, pp. 239 et s.; H. BOULARBAH, « Dessaisissement, récusation et impartialité du juge : évolutions récentes en matière civile », *R.D.J.P.*, 1999, pp. 295 et s.; S. COOLS, « Kan de rechter op (derden)verzet nog onpartijdig zijn? », *R.D.J.P.*, 2002, pp. 78 et s.; J. VAN COMPERNELLE, « Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 935 et s.; J.-Fr. VAN DROOCHENBROECK et S. VAN DROOCHENBROECK, « Référé et procès équitable », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 507 et s., spéc. pp. 547 et s.; P. VAN ORSHOVEN, « De objectieve onpartijdigheid van de rechter die opnieuw recht spreekt of non bis in idem », *Echts. J.*, 2004, pp. 117 et s.

avoir été nommé juge, du juge de première instance qui retrouve le même dossier en appel, après sa nomination dans la juridiction d'appel...

La problématique du juge appelé à tenter de concilier les parties qui connaît ensuite de l'affaire dans une procédure contentieuse est susceptible de relever de l'impartialité subjective ou objective.

7. Subjective tout d'abord, lorsque, durant la tentative de conciliation, le juge a donné des signes manifestes qu'il prenait fait et cause pour une des parties. « La pire des pressions qu'un juge pourrait exercer, écrit I. Brandon, est de laisser entendre aux parties quelle serait sa décision s'il devait trancher en droit »²⁴. Ce ne serait pas seulement une pression inacceptable sur les parties, mais aussi un manquement à l'impartialité du juge. R. Perrot surenchérit : « Elle [la conciliation] a ses limites, car il arrive un moment où il [le juge] doit s'arrêter s'il ne veut pas que les solutions qu'il imagine deviennent des suggestions de nature à préfigurer, dans l'esprit des parties, la décision qui sera la sienne en cas d'échec »²⁵. L'hypothèse n'est pas théorique. Avec les meilleures intentions, le juge peut se trouver amené, en cours de discussion, à aller trop loin dans ses propos et formuler des suggestions qui ressemblent furieusement à des prises de position en fait ou en droit. Le risque est d'autant plus grand lorsque le juge est confronté à la mauvaise foi d'une des parties et tente de la ramener à une attitude plus raisonnable. Reste que la preuve d'un tel comportement du juge ne sera pas simple, étant donné que rien n'est acté en cas d'échec de la conciliation²⁶.

8. Objective parce qu'un observateur extérieur peut légitimement se demander si le juge ne s'est déjà pas formé une opinion en entendant les déclarations des parties durant la conciliation. C'est un problème fonctionnel, parce que c'est le mécanisme procédural qui est en cause, et non plus le comportement du juge.

On peut noter à ce sujet une différence d'approche entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, d'une part, et la Cour européenne des

²⁴ I. BRANDON, *op. cit.*, p. 513.

²⁵ R. PERROT, Préface de l'ouvrage *Familles et justice*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1997, p. XIX.

²⁶ F. LIGOT (« Justice négociée... », *op. cit.*, p. 406) rappelle qu'à défaut de conciliation, on ne dresse pas de procès-verbal des déclarations des parties (ni de celles du juge par ailleurs). Quoique l'article 1345, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire indique que, en matière de bail à ferme, il est dressé procès-verbal de la comparution, ce qui laisse entendre qu'un procès-verbal est établi, quel que soit le résultat de la conciliation; cf. à ce sujet P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking bij de vrederechter », *J.J.P.*, 1998, p. 453, n° 29.

droits de l'homme, d'autre part²⁷. La Cour constitutionnelle²⁸ et la Cour de cassation²⁹ considèrent qu'il n'y a pas violation de l'impartialité objective du tribunal lorsqu'un juge a pu connaître à plusieurs reprises de la même affaire, parce qu'il peut toujours modifier son opinion en prenant connaissance d'une argumentation nouvelle pertinente. À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme³⁰ considère que les apparences ne sont plus sauves lorsque le juge a déjà tranché antérieurement une des questions litigieuses, fût-ce à titre provisoire (en référé par exemple). Une simple connaissance antérieure du dossier ne suffit pas, mais, lorsque le juge a été amené à trancher des « questions analogues » à celles qui lui sont soumises à nouveau, on peut douter de son impartialité et de sa capacité à se détacher de la décision qu'il a déjà prise. Cette jurisprudence amène donc à réaliser un examen approfondi des circonstances du cas d'espèce, pour déterminer quel a été le rôle exact du juge lors de ses interventions successives³¹.

Si on adopte la position de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle, le risque de violation de l'impartialité objective du juge de paix est limité : puisque ces juridictions tablent sur l'honnêteté intellectuelle du magistrat, toujours prêt à modifier son opinion s'il est mieux informé, l'impartialité du juge de paix ne pourrait guère être mise en cause. Dans la conciliation, il entend un bref exposé de la position des parties alors que, durant la phase contentieuse, il prend connaissance de leurs conclusions et des pièces de leur dossier. On passe indubitablement d'un juge moins informé à un juge mieux informé, tout comme en matière d'opposition ou de tierce opposition. Ceci devrait donc conforter l'idée que le juge pourra aisément modifier son opinion dans le cadre du débat contradictoire. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. En effet, il est tout à fait possible que, dans le cadre d'une conciliation, une partie soit amenée à faire des déclarations ou dévoiler des faits qu'elle n'aurait jamais évoqués durant un débat judiciaire ordinaire. Le juge de la conciliation, dans ce contexte, serait mieux informé que le juge du contentieux et il pourra difficilement faire abstraction de ce qu'il aura entendu durant la phase de conciliation. En outre, cette position ne peut être retenue, dès lors qu'elle est contraire à la

²⁷ Le Conseil d'État, après avoir adopté une jurisprudence assez proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme (C.E., 14 décembre 2000, *A.P.M.*, 2001, sommaire, p. 12; *J.T.*, 2001, p. 235; *J.L.M.B.*, 2001, p. 168; *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 1269), a ensuite modifié sa position, pour la rapprocher de celle de la Cour de cassation (C.E., 27 janvier 2005, *A.P.M.*, 2005 (sommaire), p. 38; *J.L.M.B.*, 2005, p. 621).

²⁸ C.A., 10 février 1999, n° 17/1999; C.A., 8 octobre 2003, n° 132/2003; C.A., 10 décembre 2003, n° 163/2003.

²⁹ Cass., 28 février 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 954.

³⁰ C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France*.

³¹ Voy., pour des exemples récents de cette démarche : C.E.D.H., 31 juillet 2007, *Ekberg c. Norvège*; C.E.D.H., 15 février 2007, *Mathory c. Luxembourg*; C.E.D.H., 16 janvier 2007, *Warsicka c. Pologne*; C.E.D.H., 10 février 2004, *Depiets c. France*.

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme indiqué ci-dessus.

Si on s'en tient à la jurisprudence européenne, il convient de faire preuve de davantage de prudence. Il faut alors examiner au cas par cas quel a été le rôle du juge dans les phases successives de la procédure pour déterminer s'il existe un risque de suspicion légitime à son égard. Mme Brandon considère toutefois que, par principe, le risque de partialité objective est limité. Elle relève en effet que la conciliation s'inscrit dans le cadre d'un conflit d'intérêts entre parties, et qu'à ce stade, il n'est pas encore question d'examiner leurs droits et obligations³². En outre, dans le cadre du conflit d'intérêts, les solutions sont multiples et évolutives. Lorsque la procédure deviendra contentieuse, le contexte se sera modifié, de telle sorte que les solutions que le juge aurait pu envisager lors de la conciliation ne seront plus d'actualité³³. J. van Compernelle est nettement plus réservé³⁴. Selon lui, la circonstance que les solutions sont diverses et évolutives n'empêche pas que, dans la conciliation, le juge pourrait laisser deviner aux parties la solution qu'il adopterait en cas d'échec de la discussion.

Pour départager les auteurs, il convient de repartir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « le simple fait pour un juge d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès »³⁵. Or, dans le cadre de la conciliation, le juge n'exerce aucun pouvoir juridictionnel³⁶. Il n'a donc pris aucune décision sur des questions analogues à celles qu'il devra trancher ultérieurement. Dès lors, à mes yeux, seul le risque de partialité subjective existe réellement et il dépendra du comportement adopté par le juge *in concreto* et non d'un défaut apparent d'impartialité du juge, résultant du seul fait qu'il est intervenu à deux stades successifs du dossier.

§ 3. L'attitude du juge conciliateur

9. Au-delà de ces considérations, on peut tenter de cerner de manière plus précise les différentes attitudes que le juge peut adopter durant la conciliation.

³² I. BRANDON, *op. cit.*, p. 509.

³³ *Ibid.*, p. 513.

³⁴ J. VAN COMPERNELLE, « Conciliation judiciaire et conflit familial », in *Liber amicorum M.-Th. Meulders-Klein - Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 613.

³⁵ C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel c. France*, § 45.

³⁶ I. BRANDON, *op. cit.*, p. 510; E. JEAMMIN-PETIT, *op. cit.*; F. LIGOT, « Justice négociée... », *op. cit.*, p. 408.

– Expliquer aux parties le contexte de la conciliation³⁷. Ce préliminaire est important, parce que les parties ne réalisent pas toujours que le juge ne va rien trancher³⁸. Les parties doivent également savoir qu'elles ont le droit de ne pas être d'accord avec ce qui leur sera proposé³⁹. Cela peut décrier la situation parce que les parties pourront se sentir plus libres pour exposer leur point de vue.

– Écouter les parties, synthétiser leur position, chercher les points de convergence. C'est le cœur même de la conciliation. Toutes les techniques de l'écoute active peuvent être mobilisées pour faciliter l'émergence de l'accord. C'est à ce stade que les limites de la conciliation risquent cependant d'apparaître, notamment si on la compare à la médiation : les juges ne sont pas formés à ces techniques et le temps leur est compté.

Il convient, même en conciliation, de veiller au respect du contradictoire. Même si certaines formes de médiation passent par l'audition séparée des parties (*caucus*), ce procédé paraît incompatible avec la conciliation judiciaire⁴⁰. Le juge risque d'entendre à cette occasion des déclarations, dont il pourrait se rappeler dans le cadre d'une éventuelle procédure ultérieure et dont la partie adverse n'aura pas connaissance⁴¹.

10. Pour certains auteurs, il n'est pas question que le juge se montre plus actif dans son rôle conciliateur⁴². Au contraire, moins il s'implique, mieux cela vaut. D'autres reconnaissent au juge la possibilité d'aller plus loin dans la recherche d'un accord et d'adopter les positions suivantes.

– Informer les parties de leurs droits. Tout d'abord, qu'est-ce qu'une information ? G. de Leval insiste bien sur la différence entre une *information*, qui est la communication d'une donnée sans aucune recommandation du juge, et le *conseil*, qui inclut une évaluation des circonstances particulières et la recommandation d'une action spécifique⁴³. Ce rôle d'information, selon certains auteurs, est capital et constitue la meilleure garantie du maintien du principe de l'égalité des armes⁴⁴ : il permet de corriger les déséquilibres entre parties.

³⁷ I. BRANDON, *op. cit.*, p. 508 ; M. VERRYCKEN, *op. cit.*, p. 438.

³⁸ F. LIEVENS, « Bevoegdheid en onbevoegdheid van de vrederechter inzake minnelijke schikking », in *Compétences des juges de paix et des juges de police 1892-1992*, Bruges, la Charte, 1992, p. 58.

³⁹ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling ... », *op. cit.*, p. 558.

⁴⁰ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling ... », *op. cit.*, p. 556.

⁴¹ W. NIEWOLD, *op. cit.*, p. 147 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Conciliation judiciaire et conflit familial », *op. cit.*, p. 611.

⁴² F. LIEVENS, *op. cit.*, p. 58, qui considère que le juge ne peut rester que superficiel s'il ne veut pas porter atteinte à son impartialité.

⁴³ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2005, n° 54, note 9.

⁴⁴ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling ... », *op. cit.*, p. 557.

Comment le juge doit-il procéder ? Il n'y a pas unanimité sur la manière de faire. Si certains auteurs considèrent que, en cas de défaut d'information dans le chef d'une des parties, il y a lieu de suspendre la conciliation et de les inviter à prendre conseil auprès d'un tiers⁴⁵, d'autres estiment qu'il appartient au juge de fournir cette information aux parties, pour qu'elles puissent transiger de manière éclairée⁴⁶.

La jurisprudence n'est guère prolixe à ce sujet. En 1993, la Cour de cassation a décidé que le fait que le juge donne une information aux parties dans le cadre d'une conciliation ne permet pas d'en déduire qu'il a « donné conseil »⁴⁷. Il convient toutefois de bien comprendre la portée de cet arrêt. L'article 828, 9° du Code judiciaire⁴⁸ prévoit que le juge qui a « donné conseil précédemment sur le différend » peut être récusé. La Cour s'est bornée à dire que « donner une information » n'équivaut pas à « donner conseil » mais on ne peut rien tirer de plus de cet arrêt. En particulier, on ne peut en déduire que le juge qui informe les parties de leurs droits n'encourra jamais aucun reproche de partialité⁴⁹. Toutefois, dans un arrêt du 12 janvier 2009⁵⁰, la Cour va plus loin. Elle commence par indiquer que le fait pour le juge de s'interroger sur les limites de sa saisine et de reporter la cause pour permettre à une partie de consulter un avocat ne constitue pas non plus un « conseil » au sens de l'article 828, 9° du Code judiciaire. Mais, depuis 2001, le Code judiciaire comprend une cause de récusation générale : la suspicion légitime, mentionnée à l'article 828, 1°. C'est une sorte de catégorie fourre-tout qui comprend tous les manquements au devoir d'impartialité qui ne rentrent pas dans les hypothèses énumérées aux alinéas 2 et suivants de l'article 828. Or, la Cour poursuit son raisonnement et décide que le comportement précité du juge n'est pas non plus de nature à inspirer une suspicion légitime quant à son aptitude à statuer avec indépendance et impartialité. Dépassant la portée limitée de l'arrêt de 1993, elle a ainsi clairement écarté tout grief quelconque de partialité dans cette affaire. Cela étant, peut-on réellement parler d'information donnée aux parties dans ce cas ? D'une certaine manière, s'interroger sur la limite de sa saisine est aussi une forme d'information donnée aux parties : c'est leur indiquer qu'une contes-

⁴⁵ I. BRANDON, *op. cit.*, p. 510.

⁴⁶ B. BEELDENS, « Médiation, conciliation... », *op. cit.*, p. 212 ; R. HAEX, « Commentaire de l'article 733 », in *Gerechtigd recht - Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, feuil. mob., p. 28 ; E. JEAMMIN-PETIT, *op. cit.* ; E. KRINGS, *op. cit.*, p. 11 ; F. LIGOT, « Justice négociée... », *op. cit.*, p. 409 ; M. VERRYCKEN, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁷ Cass., 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307.

⁴⁸ C'était le 8° à l'époque.

⁴⁹ B. BEELDENS, « Médiation, conciliation... », *op. cit.*, p. 212 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Conciliation judiciaire et conflit familial », *op. cit.*, p. 610.

⁵⁰ Cass., 12 janvier 2009, R.G. n° C.08.0614.F.

tation est possible sur un élément de la cause. Sans épiloguer à l'infini sur cet arrêt, qui n'est d'ailleurs pas prononcé dans le contexte d'une conciliation, on peut donc constater que le juge peut sans crainte adopter un rôle relativement actif à l'audience, avec toutefois toute la prudence requise.

— Suggérer des solutions. Pas d'unanimité non plus sur ce point. Certains auteurs manifestent leur réticence à ce sujet⁵¹, alors que d'autres n'y voient pas d'inconvénient, pour autant que le juge prenne la précaution de proposer plusieurs solutions, pour que les parties n'aient pas l'impression qu'il en privilégie une⁵². Selon W. Niewold, le juge pourra désamorcer les griefs éventuels à l'encontre de ses propositions, en indiquant bien aux parties qu'il s'agit d'une simple piste pour trouver un accord et non de la solution qu'il appliquerait au litige⁵³.

Tout réside finalement dans la manière de faire : ce qui est réalisé avec tact et prudence ne posera sans doute pas de problème. Le juge doit néanmoins être attentif au fait qu'il ne maîtrisera jamais la manière dont les parties reçoivent ses propos et les interprètent. Alors qu'il croit agir de manière modérée, il se peut très bien que l'une des parties voie une affirmation là où il n'y a que suggestion. Le risque est d'autant plus élevé avec des personnes peu rompues au raisonnement judiciaire.

11. En aucun cas, le juge ne pourra forcer la conciliation⁵⁴. Même pas de manière indirecte, en laissant entendre à l'une des parties que sa prétention n'aurait aucune chance de succès dans le cadre d'une procédure⁵⁵. Outre qu'elle ouvre la porte au grief de partialité du juge (voy. *supra*, n° 7), une telle attitude ne laisse guère le choix à la partie concernée et la contraint à accepter la proposition transactionnelle formulée.

12. Le juge doit-il vérifier sa compétence, dans le cadre d'une conciliation ? L'article 731 dispose que la conciliation doit être introduite devant le juge compétent pour connaître du litige au fond, ce qui ouvre la possibilité d'un incident relatif à la compétence du juge⁵⁶. Toutefois, I. Brandon relève à juste

titre que le problème ne pourrait se poser que si les deux parties s'accordent à comparaître devant un juge incompetent⁵⁷. Si l'une d'elles conteste la compétence du juge, elle ne comparaitra pas ou refusera de s'accorder et il n'y aura pas de conciliation. Lorsque les deux parties sont présentes et ne soulèvent aucun déclinatoire, le juge qui constate son incompetence peut-il soulever un déclinatoire d'office ?

En réalité, cette question n'a guère d'incidence dans le domaine qui nous occupe. En ce qui concerne la compétence d'attribution, les litiges relatifs aux baux sont spécifiquement attribués au juge de paix par l'article 591, 1° du Code judiciaire. Quant à la compétence territoriale, elle n'est pas d'ordre public en cette matière, de telle sorte que le juge ne pourrait soulever d'office son incompetence. Dans le cadre d'une procédure contentieuse, un problème pourrait apparaître en cas de défaut du défendeur, car le juge devrait soulever d'office son incompetence territoriale dans cette hypothèse (article 630, alinéa 2, du Code judiciaire)⁵⁸. La difficulté ne se pose pas en matière de conciliation puisque, si l'une des parties ne comparait pas, il ne peut y avoir d'accord.

Section 3

Le rôle du juge de paix en matière de réception ou d'homologation de l'accord des parties

13. À différents stades de la procédure, voire même en dehors de toute procédure contentieuse, le juge pourra être amené à constater l'accord des parties : à l'issue d'une conciliation effectuée avant ou après l'introduction d'une procédure contentieuse, en cours de procès, lorsqu'une médiation a abouti... La législation sur les baux contient d'ailleurs des dispositions spécifiques à ce sujet : l'article 3 de la loi sur les baux commerciaux dispose que les parties peuvent mettre fin au bail à tout moment, pour autant que leur accord soit constaté par un acte authentique ou par une déclaration devant le juge ; l'article 14 de la loi sur les baux à ferme contient une disposition similaire.

Quel doit être le rôle du juge à cette occasion ? Doit-il se contenter de tenir la plume ou peut-il exercer un rôle actif ? Dans la seconde hypothèse, quelle est l'étendue de son pouvoir de contrôle ?

⁵¹ B. BEELDENS, *op. cit.*, p. 214 ; W. NIEWOLD, *op. cit.*, p. 147 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Conciliation judiciaire et conflit familial », *op. cit.*, p. 613.

⁵² I. BRANDON, *op. cit.*, p. 513 ; dans le même sens : E. JEAMMIN-PETIT, *op. cit.* ; J. LAENENS, « Schikken of beschikken – Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling », *R.W.*, 2000-2001, p. 407, n° 34 ; M. VERRYCKEN, *op. cit.*, p. 438.

⁵³ W. NIEWOLD, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁴ Cour eur. D.H., 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, qui rappelle que la transaction ne peut jamais être obtenue sous la contrainte, sous peine de violer le droit à l'accès à la justice.

⁵⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling ...*, *op. cit.*, p. 556 ; I. BRANDON, *op. cit.*, p. 513 ; G. ROMMEL, « De rechterlijke verzoening. Jurisdictionele aard en betekening », *T.P.R.*, 1999, p. 14, n° 10.

⁵⁶ P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking bij de vrederechter », *J.J.P.*, 1998, p. 443, n° 12.

⁵⁷ I. BRANDON, *op. cit.*, p. 515. W. NIEWOLD relève que, en pratique, les juges de paix refusent rarement de concilier les parties, au seul motif que la matière ne serait pas de leur compétence (*op. cit.*, p. 144).

⁵⁸ S. UHUG, « Les contours de la compétence du juge de paix en matière de baux à loyer », *J.J.P.*, 2007, p. 41.

§ 1^{er}. Une distinction fondamentale...

14. Avant de répondre à cette question, il convient de rappeler une distinction importante entre les cas où le juge se borne à constater l'accord des parties dans un procès-verbal (réception des accords) et ceux où il rédige un jugement (homologation des accords). Quoique cette distinction soit floue sur plusieurs aspects, elle a une incidence importante sur la procédure, notamment les recours qui peuvent être introduits.

15. Lorsque le juge dresse un procès-verbal, il ne fait qu'établir un acte authentique assorti de la force exécutoire, exactement comme le ferait un notaire⁵⁹. Ce n'est pas un acte juridictionnel et le procès-verbal ne présente aucune caractéristique d'un jugement. C'est le cas de la conciliation effectuée dans le cadre de l'article 731 du Code judiciaire ou de l'article 1345 du Code judiciaire. Elle prend place en dehors de toute procédure contentieuse : le juge n'étant pas chargé de trancher un litige, il n'assume pas sa mission juridictionnelle ordinaire et ne prononce pas de jugement⁶⁰. C'est également le cas lorsque le juge entérine la résiliation de commun accord des baux commerciaux ou baux à ferme : la demande de constatation de l'accord des parties se fait en dehors de toute procédure. Le texte légal contient un indice très clair de la nature uon juridictionnelle de l'acte dressé par le juge : la déclaration d'accord des parties peut également être faite devant notaire⁶¹. C'est la démonstration évidente de ce que l'acte notarié et l'acte établi par le juge sont de même nature et remplissent les mêmes fonctions⁶².

Le cas de la conciliation exécutée alors qu'une procédure est déjà introduite (c'est notamment l'hypothèse de l'article 1344septies) est moins clair. Une partie de la doctrine estime que le juge peut encore dresser un procès-verbal

de l'accord, à la demande des parties, dans cette hypothèse⁶³. D'autres auteurs considèrent cependant que, puisque la procédure contentieuse est introduite, le juge est saisi du litige et l'acte qu'il dresse pour constater l'accord est un jugement⁶⁴.

16. Sous cette réserve, les accords constatés par le juge en cours de procédure prennent en principe la forme du jugement d'accord⁶⁵. Il s'agit cette fois d'un acte juridictionnel, même s'il présente des caractéristiques inhabituelles : en réalité le juge n'a pas véritablement tranché le litige⁶⁶ et le jugement d'accord ne comporte pas de motivation, au sens courant du terme en tout cas (formellement, le jugement sera motivé au moins par une phrase par laquelle le juge constate l'existence d'un accord des parties). L'homologation d'une médiation prend également la forme d'un jugement ou d'une ordonnance (article 1733 du Code judiciaire).

17. Cette distinction est essentielle pour l'examen des recours. Avec une nuance toutefois : la nature contractuelle de la convention constatée par le juge est prééminente dans tous les cas, que ce soit dans un procès-verbal ou un jugement, de telle sorte que l'article 1134 du Code civil empêchera les parties de remettre l'accord en cause en dehors des cas admis par la loi (causes de nullité ou de résolution des contrats). Mais cette remise en cause prendra des formes différentes, suivant qu'il s'agit d'un procès-verbal ou d'un jugement.

Lors de l'établissement d'un procès-verbal, l'intervention du juge ne purge pas l'accord de ses vices. Comme il ne s'agit pas d'un jugement, il n'est pas susceptible de recours. La partie qui voudrait soulever la nullité ou la résolution devra introduire une procédure judiciaire distincte à cet effet⁶⁷.

En revanche, le jugement d'accord ne peut être frappé de nullité que dans le cadre d'un recours. Sa nature juridictionnelle rend possibles les recours clas-

⁵⁹ L. DE WILDE, « De vlag en de lading: over homologaties », *R.W.*, 1984-1985, n° 21, col. 925.

⁶⁰ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 562; H. BOULARBAH, « Requête unilatérale... », *op. cit.*, n° 245; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, « Fonction et organisation judiciaires », Bruxelles, Larcier, 1974, p. 162, note 41; Ch.-E. DE FRESART, « Conciliation obligatoire en matière de location de logements (article 1344septies du Code judiciaire) », *J.T.*, 2003, p. 115; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, Éd. Fac. droit, 1988, p. 489; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° 186 A; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge... », *op. cit.*, p. 104; R. HAEX, *op. cit.*, p. 29; P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking bij de vrederechter », *J.J.P.*, 1998, p. 446; P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking », in *Procesrecht vandaag*, Anvers, Kluwer, 1980, p. 204, n° 15; P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions*, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 68, p. 188; V. PIRE, « L'introduction de l'instance devant le juge de paix », *J.J.P.*, 2007, p. 10, n° 18; *contra*, mais à tort : P. ROUARD, « Le préliminaire de conciliation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 1970, pp. 718 et s., spéc. p. 724.

⁶¹ P. MOREAU, *op. cit.*, n° 68, p. 192.

⁶² B. LOUVEAUX assimile cependant l'acte dressé par le juge dans cette hypothèse à un jugement d'accord et non un procès-verbal (B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, De Boeck, 2002, n° 148, p. 126).

⁶³ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 562; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge... », *op. cit.*, p. 108; P. ROUARD, *Traité*, t. V, pp. 130 et 161.

⁶⁴ C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, « Fonction et organisation judiciaires », Bruxelles, Larcier, 1974, p. 162; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 488; K. BROECKX, *Het hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiel geding*, Anvers, Maklu, 1995, n° 258; P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking », in *Procesrecht vandaag*, Anvers, Kluwer, 1980, p. 205, n° 16, note 55; A. KOHL, « Appel en matière civile, sociale et commerciale », *R.P.D.B.*, compl. t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 126; M. VERRYCKEN, *op. cit.*, p. 439.

⁶⁵ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° SS B et 186 B; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge... », *op. cit.*, p. 106.

⁶⁶ C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁷ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 563; H. BOULARBAH et V. PIRE, « Les aspects procéduraux », in *Le bail de résidence principale*, Bruges, la Chartre, 2006, p. 472, n° 11; M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gand, Academia, 2004, p. 225, n° 391; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° 186 A; A. FETTWIS, *Manuel*, n° 696; R. HAEX, *op. cit.*, p. 30; P. MOREAU, *op. cit.*, n° 68, p. 191; V. PIRE, *op. cit.*, n° 19, p. 10; P. HEURTERRE, « De minnelijke schikking bij de vrederechter », *J.J.P.*, 1998, p. 447, n° 21.

siques (appel), sous la réserve du respect de l'article 1134. En pratique, selon l'article 1043 du Code judiciaire, l'appel ne sera donc admissible que si une cause de nullité peut être soulevée⁶⁸. Quant à la résolution, elle devra être sollicitée par le biais d'une nouvelle procédure, parce que la transaction met fin à la procédure introduite⁶⁹.

§ 2. ...sans intérêt en ce qui concerne l'office du juge

18. Cette distinction a donc un impact pratique évident⁷⁰. Mais qu'en est-il du rôle du juge à l'occasion de la constatation judiciaire de l'accord? Son rôle est-il plus étendu lorsqu'il prononce un jugement que lorsqu'il dresse un procès-verbal?

Curieusement, la réponse est négative. Après de nombreuses hésitations, qui tiennent au fait que la matière est confuse et que les interventions du juge en matière non contentieuse sont protéiformes, la doctrine reconnaît que le rôle du juge est identique dans les deux cas. En principe, il doit tout d'abord vérifier la réalité du litige⁷¹. En effet, le juge n'est pas un notaire et les parties ne pourront avoir recours à lui pour conférer l'authenticité à n'importe quel accord préexistant, sauf dans les cas prévus par la loi⁷². Cette vérification faite, le juge doit se borner à 1) constater la réalité du consentement entre les parties et 2) vérifier le respect de l'ordre public⁷³.

Cette affirmation n'étonne guère lorsque le magistrat dresse un procès-verbal. En effet, sa tâche est totalement dépourvue de son aspect juridictionnel. En définitive, son intervention est analogue à celle d'un notaire. Lorsqu'il prononce un jugement, cette conclusion apparaît moins évidente, puisque le juge intervient alors davantage dans ses fonctions habituelles. Au sujet des autorisations judiciaires auxquelles sont soumis certains actes relatifs à des mineurs,

⁶⁸ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 563; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, *op. cit.*, p. 490; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° 186 B; A. FETTWEIS, *Manuel*, n° 693 et 694.

⁶⁹ B. DE CONINCK, « La transaction », in *Les contrats spéciaux - Chronique de jurisprudence, 1996-2000, Dossiers du J.T.*, n° 34, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 219, n° 312; DE PAGE, t. V, n° 511; P.-A. FORTIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, formation permanente C.U.P., vol. XXXIV, novembre 1999, p. 149, n° 25; Bruxelles, 8^e ch., 3 septembre 1997, R.G. n° 96AR2617; Comm. Hasselt, 25 octobre 1999, *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 79.

⁷⁰ On peut encore citer le fait que le jugement d'accord doit être signifié avant exécution, ce qui n'est pas le cas du procès-verbal, et le fait que des termes et délais peuvent être demandés ultérieurement par voie principale devant le juge des saisies lorsque l'accord est acté dans un procès-verbal, alors qu'ils doivent être demandés devant le juge qui acte l'accord dans un jugement d'accord.

⁷¹ F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge... », *op. cit.*, p. 104.

⁷² La résiliation des baux commerciaux ou à ferme par exemple.

⁷³ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 564; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge... », *op. cit.*, pp. 106 et 108; P. MOREAU, *op. cit.*, n° 71, p. 196 et n° 125 et s., pp. 318 et s.

C. Capitaine écrit: « si le législateur n'avait pas voulu qu'un examen sérieux de l'intérêt du mineur soit le prélude à l'octroi de l'autorisation sollicitée, il n'aurait pas confié à un magistrat la compétence de donner cette autorisation »⁷⁴. C'est le cri du cœur du magistrat qui craint de se voir bridé dans l'exercice de sa mission. Mais cette exclamation, en elle-même, n'est pas une justification. C'est le législateur qui décide de l'ampleur de l'office du juge et il faut examiner, au cas par cas, les attributions confiées au juge de l'homologation. La difficulté provient de ce que la loi est souvent peu explicite à ce sujet. La situation varie suivant que le juge statue « sans connaissance de cause » ou « en connaissance de cause »⁷⁵, c'est-à-dire suivant que le juge exerce un simple contrôle de légalité ou également un contrôle d'opportunité⁷⁶. Or, dans la matière des baux en tout cas, l'homologation de l'accord des parties n'entraîne pas de vérification de l'opportunité de l'accord⁷⁷. Procès-verbal ou jugement d'accord sont donc sur le même pied, sur ce plan du moins.

19. Le juge doit donc vérifier la réalité du consentement des parties. Certains auteurs lui dénie cette attribution et estiment qu'en dehors de ses fonctions juridictionnelles, le juge n'a pas à vérifier que les parties ont agi en connaissance de cause, notamment lorsqu'elles renoncent à la protection d'une disposition impérative⁷⁸. J'ai relevé que la fonction du juge qui dresse un procès-verbal s'apparente à celle d'un notaire. À tout le moins, son rôle doit-il être aussi actif que celui du notaire. Or, il est admis que le notaire doit, dans le cadre de son ministère, éclairer les parties sur la portée de leur accord et l'étendue de leurs engagements et ses conséquences⁷⁹. Le juge qui entérine l'accord des parties devrait donc également bénéficier de cette prérogative⁸⁰.

En matière de conciliation, il s'agit en réalité d'un faux débat. En effet, on ne peut, lorsqu'on apprécie la tâche du juge qui entérine l'accord intervenu entre parties dans le cadre d'une conciliation, faire abstraction de toute la discussion qui a précédé et au cours de laquelle, on l'a vu plus haut, le juge est habilité à informer les parties de leurs droits. Donc, en définitive, en matière de conciliation, peu importe l'ampleur des pouvoirs reconnus au juge qui acte l'accord, c'est l'intervention du magistrat lors de la formation de cet accord qui est décisive.

⁷⁴ C. CAPITAIN, « Aspects procéduraux et judiciaires du droit de la tutelle et de l'autorité parentale », in *Les incapacités*, formation permanente C.U.P., vol. 60, 2003, p. 169.

⁷⁵ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, P.U.F., 1996, p. 130.

⁷⁶ P. MOREAU, *op. cit.*, n° 125, p. 318.

⁷⁷ L. DE WILDE, *op. cit.*, n° 25, col. 927.

⁷⁸ H. BOULARBAH et V. PIRE, *op. cit.*, n° 10, p. 472.

⁷⁹ J. DEMBLON, « Le droit notarial », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, t. XI, 1992, n° 34.

⁸⁰ L. DE WILDE, *op. cit.*, n° 21 et 22, col. 925 et 926.

La situation est moins claire lorsque les parties se sont déjà accordées avant de comparaître devant le juge de paix. C'est le cas en matière de résiliation de commun accord des baux à ferme ou des baux commerciaux. Toutefois, dans ce domaine, la vérification des consentements est spécifiquement attribuée au juge dans les travaux préparatoires de la loi sur le bail commercial et sur le bail à ferme. L'exposé des motifs de la loi sur le bail commercial précise en effet que « ce magistrat devra s'assurer de la liberté réelle des volontés manifestées »⁸¹. En matière de bail à ferme, la chambre a « estimé insuffisant que le juge de paix se contente d'acter, sans plus, la déclaration du preneur sur la résiliation anticipée du bail. Le juge de paix doit exposer au preneur les conséquences de cet acte juridique ; c'est à cet effet que le deuxième alinéa a été complété par les mots "sur interpellation" »⁸². Concrètement, pour que le juge puisse interpellier les parties, il faut qu'elles soient présentes à l'audience, ce qui n'est pas souvent le cas en pratique.

20. Mais une fois cette information donnée, le juge de paix a-t-il le pouvoir de refuser d'acter l'accord des parties, s'il estime que l'une des parties (généralement le preneur) a donné son consentement de manière inappropriée ou a renoncé de manière hâtive à la protection que la loi lui accorde ? Si l'accord viole l'ordre public, le juge peut refuser de l'acter ou de l'homologuer. C'est la tâche minimale qui lui est reconnue dans tous les cas. Mais pourrait-il également refuser d'accomplir sa tâche lorsqu'une disposition simplement impérative a été méconnue ? La situation est infiniment plus fréquente en matière de baux, compte tenu de la présence de nombreuses dispositions protectrices des intérêts du preneur dans cette législation. De manière générale, la doctrine considère que, une fois les parties éclairées sur la portée de leurs actes, le juge ne peut refuser de constater l'accord⁸³.

21. L'office du juge connaît par ailleurs des limites strictes en cette matière. Tout d'abord, le juge ne peut pas modifier l'accord des parties. Il peut tout au plus l'entériner ou refuser de l'entériner. Raisonner autrement porterait atteinte au principe dispositif⁸⁴. Même la réception ou l'homologation partielle est interdite parce qu'elle dénaturerait l'accord des parties⁸⁵.

⁸¹ Doc. parl. Chambre, sess. ord. 1946-1947, doc. 27, p. 4.

⁸² Doc. parl. Sénat, sess. ord. 1968-1969, doc. 422, p. 8. Voy. aussi : H. D'UOKEEM O'ACCOZ, I. SNICK et M. SNICK, *De pachtovereenkomst*, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 476, p. 299 ; E. STASSIUS, *Pacht*, A.P.R., Antwerpen, Kluwer, 1997, n° 327, p. 310.

⁸³ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 567 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, De Boeck, 2002, n° 148, p. 126. Voy. cependant la position nuancée de P. MOREAU, *op. cit.*, n° 129 et s.

⁸⁴ L. DE WILDE, *op. cit.*, n° 48, col. 979 ; P. MOREAU, *op. cit.*, n° 114, p. 291.

⁸⁵ I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1978, p. 65, n° 40.

Le juge ne peut non plus passer outre au refus de consentement d'une partie. Même en cas d'abus de droit, le refus de contracter ne peut aboutir à la conclusion forcée d'une convention. Tout au plus la partie lésée pourrait-elle réclamer des dommages-intérêts⁸⁶.

22. La question se pose de la même manière en matière d'homologation d'une médiation. En effet, en application des articles 1733 et 1736 et mis à part l'hypothèse d'une médiation familiale (non visée dans le cas présent), le juge ne peut refuser l'homologation qu'en cas de contrariété à l'ordre public. Il n'est pas prévu de contrôle d'opportunité de l'accord. On peut toutefois se demander si la loi belge n'est pas contraire à la directive du 21 mai 2008 sur la médiation en matière civile et commerciale⁸⁷. En effet, l'article 6.1 de la directive prévoit le refus de rendre l'accord exécutoire s'il est contraire au droit de l'État membre concerné. Il n'est fait aucune distinction à cet effet entre les dispositions d'ordre public ou simplement impératives. De ce fait, la loi belge, qui n'autorise le refus d'homologation qu'en cas de contrariété à l'ordre public, serait trop restrictive⁸⁸.

Section 4

Le rôle du juge de paix en matière contentieuse

§ 1^{er}. L'objet et la cause de la demande

23. L'évolution de la jurisprudence concernant l'objet et la cause de la demande a fait l'objet de nombreux commentaires, de telle sorte que seul l'essentiel sera rappelé dans les lignes qui suivent. Cette problématique n'est pas propre à la matière des baux, quoiqu'elle soit susceptible de s'appliquer également dans ce domaine. Je retiendrai donc quelques exemples d'application des principes généraux en matière de louage d'immeuble.

⁸⁶ B. DE CONINCK et C. DELFORGE, « La rupture des négociations et le retrait intempestif de l'offre – Régime général et sanctions », in *Le processus de formation du contrat*, formation permanente C.U.P., vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 94, n° 13 ; W. DE BONDY, « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, p. 107 ; M. VANWIJK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. dr. Liège*, 1980, pp. 32 et s. ; M. VANWIJK-ALEXANDRE et A. MAHY-LECLERCQ, « Le processus de formation du contrat : aspects juridiques », in *La négociation immobilière : rapport du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 120, n° 13 ; I. VEROUCKSTRAETE, « Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten », *T.P.R.*, 1990, p. 1181.

⁸⁷ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E. L* 136 du 24 mai 2008, p. 3.

⁸⁸ B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, p. 567 ; voy. aussi, dans le présent ouvrage : P.P. RENSON, « La médiation dans les conflits locaux : info ou intox ? », n° 87.

A. La cause

24. La définition de cette notion a été à l'origine d'une des plus importantes controverses en droit judiciaire⁸⁹. Il n'est pas contesté que la cause est le fondement de la demande. Les avis divergeaient toutefois lorsqu'on essayait de préciser ce qu'il fallait entendre par fondement. Durant de nombreuses années, la Cour de cassation a considéré que la cause était le *fondement juridique* de la demande. Or le principe dispositif interdit au juge de modifier la cause de la demande⁹⁰. Cette interprétation avait donc pour conséquence d'empêcher le juge de remettre en cause le fondement juridique invoqué par le demandeur. Dès lors que le demandeur se fondait sur un contrat de bail de droit commun, le juge de paix était donc dans l'incapacité de disqualifier ce contrat. Si le contrat conclu entre parties n'était pas un bail de droit commun, mais une autre forme de bail, il pouvait tout au plus déclarer la demande non fondée.

Cette position a été critiquée par la doctrine, qui relevait, entre autres, que le Code judiciaire n'oblige nullement le demandeur à indiquer le fondement juridique de sa demande. Il doit simplement préciser les faits sur lesquels il se fonde. Comment alors déterminer la cause de la demande si le fondement juridique n'est pas précisé? Et pourquoi faire une différence entre les cas où le demandeur a qualifié juridiquement sa demande (le juge serait alors tenu par le fondement invoqué par le demandeur) et les cas où le demandeur n'a pas qualifié sa demande (le juge serait alors libre de rechercher le fondement juridique adéquat)? Tout cela n'était pas très cohérent. C'est la raison pour laquelle la doctrine unanime, suivant l'opinion d'Henri Motulsky⁹¹, préférerait voir dans la cause « l'ensemble des faits invoqués par le demandeur à l'appui de sa prétention, indépendamment de la qualification juridique » qui peut leur être donnée. Dans cette thèse, le juge reste libre de rechercher la qualification juridique la plus adéquate. C'est ce qu'expriment les adages *jura novit curia* ou *da mihi factum dabo tibi jus*.

25. Jusqu'il y a peu, la Cour de cassation était restée peu sensible à la position des auteurs. Dans un arrêt de principe du 14 avril 2005⁹², la Cour a toutefois confirmé, de manière très explicite, un revirement de jurisprudence et l'adoption de la conception factuelle de la cause. Cet arrêt a été confirmé depuis lors⁹³. On peut donc considérer que cette importante controverse est définitivement terminée. Le juge peut librement qualifier ou requalifier les faits qui lui sont soumis. Il n'est pas nécessaire que les faits qui vont fonder sa décision aient été expressément invoqués par les parties : le juge peut s'appuyer sur n'importe quel fait tiré du dossier⁹⁴. Rien ne l'empêche donc de relever des passages d'un contrat dont les parties n'ont pas discuté, des correspondances échangées entre parties et produites au dossier, mais dont les conclusions ne soufflent mot, etc. Les faits doivent être « régulièrement produits », c'est-à-dire doivent figurer dans les dossiers des parties ou le dossier de la procédure (rapport d'expertise, audition de témoins...). Le juge peut aussi se fonder sur des faits « d'expérience commune », c'est-à-dire des choses que tout le monde est supposé savoir. Les limites de ce concept sont toutefois assez élastiques et difficiles à déterminer⁹⁵.

B. L'objet

26. L'objet de la demande est ce qui est réclamé par le demandeur ; c'est le résultat économique, social ou moral qui est recherché et que l'on demande au juge de consacrer dans sa décision.

Le juge ne peut jamais modifier l'objet de la demande, même dans des matières qui touchent à l'ordre public, sauf lorsque la loi le permet expressément⁹⁶. Il commettrait un excès de pouvoir. En revanche, rien ne l'empêche de préciser l'objet, lorsque celui-ci n'est pas clairement défini par le demandeur. Au besoin, il rectifiera la qualification juridique invoquée, lorsqu'elle ne correspond pas à ce que souhaite effectivement le demandeur. Si l'objet n'existe pas ou n'existe plus, la demande est irrecevable à défaut d'intérêt. C'est le cas lorsque le loca-

⁸⁹ Sur cette question, voy. B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, pp. 197 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction* – *jura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2004; « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, pp. 141 et s. et « Le nouveau droit judiciaire, en principes », in *Le droit judiciaire en effervescence*, Bruxelles, éd. Jeune barreau, 2007, pp. 367 et s., également publié dans *Le droit judiciaire en mutation – En hommage à Alphonse Kohl*, formation permanente C.U.P., vol. 95, Liège, Anthémis, 2007, pp. 213 et s., et les nombreuses références citées par cet auteur.

⁹⁰ Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, 743.

⁹¹ H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, Paris, 1959, t. II, p. 855; H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *Dall.*, 1964, chron., pp. 235 et s. Voy. aussi J. NORMAND, « Les principes directeurs du procès civil en droit français », *Ann. dr. Louvain*, 2003, pp. 3 et s.

⁹² Cass., 14 avril 2005, *J.L.M.B.*, 2005, 856, note G. DE LEVAL; *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE; *R.D.J.P.*, 2005, p. 300, cond. min. publ., note; *R.A.B.G.*, 2005, p. 1663, note A. VERBEKE; Rapport de la Cour de cassation, 2005, p. 85, A.

⁹³ Cass., 16 mars 2006, R.G. n° C.04.0267N; Cass., 24 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 680, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les faits tirés du dossier »; Cass., 12 octobre 2006, R.G. n° C.04.0481F; Cass., 6 décembre 2007, R.G. n° C.06.0092N; Cass., 14 janvier 2008, R.G. n° S.07.0030N; Cass., 15 février 2008, R.G. n° C.06.0184F.

⁹⁴ Cass., 24 mars 2006, R.C.J.B., 2008, p. 5, note M. GRÉGOIRE; *J.T.*, 2006, p. 680, note VAN DROOGHENBROECK.

⁹⁵ Voy. pour des exemples récents dans la jurisprudence de la Cour de cassation : L. SIMONT, « La charge de la preuve », in *Actualités du droit des obligations*, formation UB¹, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25, n° 4.

⁹⁶ Ne pas confondre : alors que l'ordre public autorise le juge à soulever certains moyens d'office, l'objet de la demande ne peut en principe être modifié. Pour des exceptions à ce principe, voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, *op. cit.*, n° 18 B.

taire demande à pouvoir réintégrer l'immeuble loué, alors que celui-ci a été détruit par un incendie.

27. L'objet est-il simplement « la chose demandée » (le paiement d'une somme, l'anéantissement d'un contrat...), sans aucune qualification juridique ? Ou, au contraire, la qualification juridique donnée par le demandeur à l'objet est-elle incluse dans celui-ci, de telle sorte que le juge ne pourrait y toucher⁹⁷ ? Par exemple, une partie demande la nullité d'un contrat. Le juge estime que les conditions de la nullité ne sont pas présentes, mais qu'il est en revanche possible de prononcer la résolution⁹⁸ du contrat. L'annulation et la résolution sont deux mécanismes juridiquement distincts. Ils visent cependant tous deux l'anéantissement rétroactif du contrat. Si on inclut la qualification juridique dans l'objet, le juge ne pourrait donc modifier une demande d'annulation en demande de résolution. Si on admet la conception factuelle de l'objet, le juge pourrait alors constater que le demandeur poursuit la même chose dans les deux hypothèses (anéantissement rétroactif de la convention) et prononcer indifféremment la résolution ou l'annulation du contrat. Le juge doit toutefois vérifier si la qualification nouvelle qu'il entend retenir ne crée pas des conséquences juridiques différentes de la qualification initiale, auquel cas il modifierait implicitement l'objet de la demande⁹⁹.

28. Une querelle identique à celle qui concerne la détermination de la cause de la demande apparaît donc au niveau de l'objet. Durant de nombreuses années, la Cour de cassation est restée fidèle à la conception juridique de l'objet¹⁰⁰. Par un arrêt du 23 octobre 2006¹⁰¹, la Cour de cassation a décidé d'aligner la conception de l'objet sur celle de la cause et a consacré la conception factuelle de l'objet. Désormais, le juge ne doit plus tenir compte que de ce qui est demandé, indépendamment de toute qualification juridique. Ainsi, si le demandeur réclame une somme d'argent à titre d'arriérés de loyers, le juge peut librement qualifier cette somme d'indemnité pour occupation sans titre

⁹⁷ Sur cette question, voy. aussi B. ALLEMEERSCH, « Taakverdeling... », *op. cit.*, pp. 225 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, n° 56 et s.

⁹⁸ En matière de bail, certains auteurs et certaines décisions utilisent volontiers le terme « résiliation » pour désigner la rupture judiciaire qui sanctionne l'inexécution du contrat par une partie. C'est une impropriété de langage. En effet, il y a résiliation lorsque les parties défont elles-mêmes le contrat qu'elles avaient fait (DE PAGE, t. II, n° 759), alors qu'il convient de parler de résolution en cas d'inexécution fautive d'un contrat synallagmatique par l'une des parties (DE PAGE, *op. cit.*, n° 768; voy. aussi P. WERY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, formation permanente C.U.P., vol. 51, décembre 2001, p. 34, n° 25).

⁹⁹ En ce qui concerne l'équivalence entre nullité et résolution en matière de bail, voy. *infra*, n° 40.

¹⁰⁰ Voy. notamment Cass., 8 février 2001, R.G.D.C., 2002, p. 446.

¹⁰¹ Cass., 23 octobre 2006, J.T.T., 2007, p. 226; voy. aussi Cass., 22 janvier 2007, J.T.T., 2007, p. 289; Cass., 7 avril 2008, R.G. n° S.07.0058.F; Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P.07.1627.F.

ni droit ou encore de dommages-intérêts pour dégâts locatifs... quelle que soit la qualification retenue par le demandeur. Il doit juste être attentif à ne pas dépasser le montant réclamé par le demandeur¹⁰².

C. Les limites du pouvoir du juge

29. Le juge est désormais libre de requalifier le contrat qui lui est soumis par les parties : il peut estimer que ce que le demandeur considère comme un bail commercial est un bail de droit commun. Il pourrait aussi requalifier la somme d'argent réclamée par le demandeur.

Il est simplement tenu par une double limite : respecter l'accord des parties et ne pas les prendre par surprise. Il doit donc ordonner la réouverture des débats si la qualification nouvelle qu'il retient peut avoir une incidence sur l'acceptation ou le rejet de la demande.

Sauf lorsque la matière touche à l'ordre public, les parties peuvent clairement retirer un point précis de la contestation soumise au juge. C'est une manifestation du principe dispositif : ce sont les parties qui délimitent la matière litigieuse¹⁰³. Là où il n'y a pas de contestation, le juge est sans pouvoir. Les parties peuvent donc parfaitement s'accorder sur la qualification de la cause ou de l'objet. C'est ce qu'on appelle un accord procédural : il ne porte pas sur le fond du litige, mais sur un point de la procédure. Si cet accord est certain, le juge ne pourra que s'incliner, même s'il n'est intérieurement pas convaincu de l'adéquation de la qualification retenue. L'idéal à ce sujet est évidemment d'interpeller les parties à l'audience pour vérifier si l'absence de contestation résulte d'un accord véritable ou d'une simple distraction. Mais cet accord procédural peut-il également être tacite ? Cette question a fait couler beaucoup d'encre, et tous les auteurs ne sont pas sur la même longueur d'onde à ce sujet¹⁰⁴. La Cour de cassation y a mis bon ordre en excluant les accords procéduraux tacites : « par un accord procédural *explicite*, les parties peuvent lier le juge sur un point de droit ou de fait sur lequel elles entendent circonscrire le débat »¹⁰⁵.

Par ailleurs, le juge qui soulève un moyen inattendu, qui n'a pas fait l'objet d'un débat antérieur, supporte à l'égard des parties une « dette de contradiction » :

¹⁰² Voy. à ce sujet l'intéressant arrêt de cassation du 21 mars 2008 (R.G. n° C.06.0599.F) qui refuse de casser une décision qui avait accordé au demandeur des intérêts compensatoires non demandés, au motif que les intérêts compensatoires font partie du dommage et que le montant total du principal et des intérêts compensatoires accordés ne dépasse pas le montant total réclamé dans l'instance au fond.

¹⁰³ Cass., 6 décembre 2007, R.G. n° C.06.0092.N; Cass., 2 juin 2005, R.G. n° C.04.0099.F; Cass., 18 avril 2005, R.G. n° S.04.0174.F.

¹⁰⁴ Voy. pour un examen récent : J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, n° 68 et s.

¹⁰⁵ Cass., 9 mai 2008, J.T., 2008, 721, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK.

il doit leur permettre de s'expliquer à ce sujet avant de prendre position¹⁰⁶. Cette obligation se matérialisera bien souvent par une réouverture des débats. Ce mécanisme est propice au respect des droits de la défense, mais retarde l'issue du procès. L'article 775 nouveau permet toutefois de limiter les dégâts à ce sujet en permettant au juge de déterminer simplement un calendrier pour l'échange des « observations » des parties et en ne fixant pas de nouvelle audience. Cela étant, il est des cas où la réouverture des débats n'est même pas nécessaire, parce que la question évoquée par le juge est tellement proche des problèmes débattus par les parties que l'on peut raisonnablement considérer que celles-ci ont eu l'occasion de s'en expliquer et qu'il n'est plus utile de rouvrir les débats¹⁰⁷. Cette jurisprudence est toutefois délicate et malaisée à pratiquer. En revanche, il est un point qui ne souffre plus de discussion : lorsque les parties n'ont pas qualifié l'objet ou la cause de la demande, le juge qui procède à cette qualification n'a pas à rouvrir les débats¹⁰⁸.

§ 2. La compétence du juge fixée en fonction de l'objet du litige

A. La jurisprudence classique...

30. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, pour apprécier la compétence du juge saisi, il faut avoir égard, non pas à l'objet réel du litige, mais à l'objet tel qu'il est qualifié par le demandeur dans l'acte introductif d'instance¹⁰⁹. Contrairement à ce qui est admis dans le cadre de l'examen du fond du litige, le juge statuant sur sa compétence ne dispose donc pas du pouvoir de requalifier l'objet de la demande.

Si on prend un exemple en matière de bail, il suffit, pour que le juge de paix soit compétent, que le demandeur invoque l'existence d'un bail dans l'acte introductif d'instance. Peu importe que la convention doive en réalité être qualifiée autrement : le juge appréciera sa compétence uniquement en fonction de l'objet déclaré par le demandeur. En revanche, lorsqu'il examinera le fond du litige, le juge de paix constatera que le bail allégué n'existe pas et devra

débouter le demandeur de sa demande, parce qu'elle est fondée uniquement sur l'existence d'un contrat de bail.

Cette position a été critiquée par la doctrine unanime, qui relève, entre autres, son manque de pragmatisme¹¹⁰. En effet, si le tribunal, après s'être déclaré compétent, réalise que la qualification invoquée par le demandeur est erronée, il doit débouter le demandeur. Celui-ci doit alors introduire une nouvelle procédure en invoquant la qualification correcte, avec tous les risques liés à l'écoulement de la prescription. C'est contraire au principe d'économie de procédure. Il serait plus logique que le tribunal vérifie de prime abord la réalité de la qualification invoquée par le demandeur, même si cette question l'oblige à se pencher – ne fût-ce que partiellement – sur le fond du litige. Si cet examen l'amène à se déclarer incompétent, la cause sera renvoyée devant le juge compétent sans qu'il soit nécessaire d'assigner à nouveau. D'ailleurs, on assiste à une rébellion de certains juges du fond, qui refusent catégoriquement d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point¹¹¹.

Des objections plus techniques sont aussi soulevées, notamment l'incompatibilité de la jurisprudence de la Cour de cassation avec l'article 660, alinéa 2, du Code judiciaire. Cette disposition indique que le juge à qui l'affaire est renvoyée n'est pas lié par la décision de renvoi en ce qui concerne le fond du litige. Cela signifie implicitement que la juridiction appelée à statuer sur la compétence peut examiner le fond du litige, dans la mesure où c'est nécessaire pour trancher le problème de compétence (par exemple, déterminer si un contrat est civil ou commercial relève du fond du litige, mais permet aussi d'apprécier si le tribunal de commerce est compétent pour connaître d'une demande). Si on suit la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge doit apprécier la compétence en se fondant uniquement sur l'objet indiqué par le demandeur dans l'acte introductif d'instance, sans analyser le fond du litige. Dans ce cas, l'article 660 du Code judiciaire n'aurait pas de sens : si le juge qui se déclare incompétent n'a pas abordé le fond du litige, il est inutile d'indiquer que le

¹⁰⁶ Proc. gén. J. DU JARDIN, « Le droit de la défense dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2003, p. 620; J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, pp. 35-37, n° 33; E. KRINGS et B. DE CONINCK, « Het ambtsalve aanvullen van rechtsgronden », *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et s., spécialement n° 17 et s.; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., pp. 76 et s., n° 82; M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », *R.C.J.B.*, 2008, pp. 59 et s., n° 109 et s.

¹⁰⁷ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, n° 77 et s., spéc. 84 et s.

¹⁰⁸ Cass., 16 janvier 2007, *J.T.*, 2008, p. 173, note J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Pour les droits de la défense aussi : iura vigilantibus », *J.T.*, p. 174.

¹⁰⁹ Cass., 8 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 29; Cass., 24 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 104; Cass., 4 mai 1981, *J.T.*, 1983, p. 395; Cass., 19 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 511; Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1045; Cass., 30 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, 552; Cass., 21 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, 1011.

¹¹⁰ A. FETTWIS, A. KOHL et G. DE LEVAL, *Éléments de la compétence civile*, Liège, Presses universitaires, 1983, n° 59 et s.; A. KOHL, note sous Cass., 19 décembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 281; E. GUTT et J. LINSMEAU, « Droit judiciaire privé – Examen de jurisprudence (1971-1978) », *R.C.J.B.*, 1982, p. 242, n° 49; J. LAEMENS, « De materiele bevoegdheid bepaald naar het onderwerp van de vordering », *R.W.*, 1978-1979, col. 960; S. UHLIC, « Questions actuelles en matière de compétence », in *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 70, mars 2004, Bruxelles, Larcier, pp. 15 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996) – Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 594, n° 142; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et al., « Les avatars de l'article 660 du Code judiciaire », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 783 et s., n° 8 et s.

¹¹¹ Par exemple, Comm. Bruxelles, 7 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1592.

juge à qui la cause est renvoyée n'est pas lié par la décision de renvoi en ce qui concerne le fond¹¹².

B. ... un peu remaniée...

31. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation donnent à penser que la Cour a nuancé sa position¹¹³. Selon le dernier état de cette jurisprudence, le tribunal saisi :

- après s'être déclaré compétent sur la base de l'objet déclaré par le demandeur dans l'acte introductif d'instance,
- après avoir débouté le demandeur en constatant que l'objet réel du litige ne permet pas de faire droit à la demande,

pourrait, à ce stade seulement, constater que l'objet réel du litige est de la compétence d'une autre juridiction. La cause pourrait donc être finalement renvoyée devant la juridiction compétente, sans qu'une nouvelle assignation soit nécessaire.

Ces arrêts permettent de faire l'économie d'une seconde assignation. Mais force est de constater que le raisonnement est particulièrement tortueux et n'est pas des plus cohérents : le juge, après s'être déclaré compétent, se déclare finalement incompétent !

Si on continue avec le même exemple, le juge de paix, après avoir déclaré non fondée la demande justifiée par le bail, pourra constater que la demande, autrement qualifiée, pourrait être de la compétence d'un autre juge, par exemple le tribunal de commerce, s'il estime que le soi-disant bail camoufle en réalité un contrat de société. Au lieu de débouter le demandeur, il renverra la cause au tribunal de commerce.

C. ... mais plus vraiment d'actualité...

32. En fait, même à défaut de nouveaux arrêts dans cette matière, cette jurisprudence n'est déjà plus d'actualité. Cela résulte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'office du juge (voy. paragraphe précédent), qui a également une incidence directe sur cette question. En effet, le juge qui se déclare compétent en fonction de l'objet de la demande qualifié par le demandeur *ne sera plus tenu par cette qualification lors de l'examen du fond*. Il va alors devoir rechercher la qualification la plus adéquate de l'objet réclamé par le demandeur. Dès lors, au lieu de se déclarer incompétent dans un second

temps, le juge va en fait trancher le litige. Il n'y a donc plus matière à renvoi devant un autre juge, ce qui lève à la fois les critiques relatives à la méconnaissance du principe de l'économie de procédure et les contradictions relevées à l'alinéa précédent. Mais, dans cette hypothèse, il resterait une incohérence entre le rôle du juge qui apprécie sa compétence et celui du juge qui statue sur le fond du litige. Le premier serait lié par la qualification donnée par le demandeur alors que le second aurait toute liberté pour requalifier l'objet de la demande. Par ailleurs, puisque, dans ce système, la qualification de l'objet donnée par le demandeur dans l'acte introductif est déterminante pour l'appréciation de la compétence, il y a risque que le demandeur n'adapte expressément la rédaction de l'acte introductif de façon à ce que le juge se déclare compétent. Il pourrait ainsi choisir le tribunal qui l'avantage le plus (*forum shopping*), en veillant, par ce mécanisme, à éviter le renvoi devant une autre juridiction.

Reprenons notre exemple : le juge de paix apprécie toujours sa compétence sur la base de l'objet déclaré par le demandeur, c'est-à-dire un contrat de bail. Le juge passera ensuite à l'examen du fond du litige. Après avoir reconnu que la qualification de bail invoquée par le demandeur n'est pas établie, il devra requalifier le contrat et appliquer, le cas échéant, des règles relevant d'un contentieux qui n'est normalement pas de sa compétence, le droit des sociétés, par exemple. Il n'y aura donc plus de renvoi.

D. ... et vouée à la disparition à brève échéance ?

33. La jurisprudence de la Cour évoluera-t-elle encore ? La logique voudrait que la Cour de cassation aligne sa jurisprudence, dans cette matière, sur sa jurisprudence concernant l'objet et la cause de la demande et autorise aussi le juge à requalifier l'objet de la demande dès l'examen de la compétence¹¹⁴. Dès lors, la cause serait renvoyée devant le juge compétent pour connaître de l'objet réel de la demande. Pour certains auteurs, ce dernier pas est virtuellement franchi, depuis que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence relative à la qualification de l'objet de la demande¹¹⁵. En effet, la notion d'objet de la demande ne pourrait recevoir des contenus différents au niveau de l'examen de la compétence et du fond du litige¹¹⁶. On peut l'espérer, mais tant que la Cour

¹¹² J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et al., *op. cit.*

¹¹³ Cass., 19 février 1987, *Pas.*, 1988, I, 730 ; Cass., 10 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, 142.

¹¹⁴ F. BOUQUETTE, « Compétence matérielle des tribunaux et objet de la demande », *Chron. dr. soc.*, 2004, pp. 549 et s. ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le nouveau droit judiciaire, en principes », *op. cit.*, n° 67. Sur l'évolution de la jurisprudence des tribunaux d'arrondissement sur ce point, voy. A. FRY, « Actualités en matière de compétence », in *Actualités en droit judiciaire*, formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 25 et s., n° 16 et s.

¹¹⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 38, p. 31 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Les pièges des déclinatoires de compétence », *R.G.D.C.*, 2009, p. 228, n° 3.

¹¹⁶ J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge et le contrat », *R.G.D.C.*, 2007, p. 618, n° 48.

ne s'est pas exprimée clairement à ce sujet, le doute restera permis. En tout cas, les juges du fond feraient preuve d'une audace très modérée en anticipant le changement de la jurisprudence de la Cour sur ce point.

Cette solution ultime restituerait une cohérence à une matière qui en est assez dépourvue, mais n'irait pas sans soulever quelques écueils. Ainsi, l'objet réel du litige pourrait alors être examiné et qualifié successivement par le juge qui statue sur sa compétence puis par le juge de renvoi. Cela pourrait donner lieu à des décisions inconciliables.

Terminons avec notre exemple : le juge de paix apprécierait sa compétence non plus en fonction de l'objet déclaré par le demandeur, mais de l'objet réel du litige. Si le juge de paix constate que le contrat n'est pas un bail, il se déclare dès lors incompétent et renvoie devant le juge compétent. Celui-ci n'est toutefois pas tenu par la décision de renvoi en ce qui concerne la solution à apporter au fond du litige (article 660, alinéa 2). Il pourrait dès lors considérer que le juge de paix s'est trompé et appliquer les règles du contrat de bail pour trancher le litige au fond.

Le Code de procédure civile français a résolu cette question en disposant que les décisions prises en matière de compétence, même lorsqu'elles abordent le fond du litige, lient ultérieurement le juge appelé à statuer sur le fond. Mais c'est exactement l'inverse qui prévaut en Belgique : en application de l'article 660 du Code judiciaire, le juge de renvoi n'est pas lié par l'appréciation du fond du litige faite par le juge qui s'est déclaré incompétent. Il conserve donc toute sa liberté pour qualifier l'objet de la demande comme il l'entend.

§ 3. L'impact de l'équité en matière de bail

34. L'équité constitue certainement un motif inavoué de bon nombre de décisions de justice. Elle apparaît toutefois rarement de manière explicite, et pour cause, parce que son rôle dans notre droit reste modeste. La doctrine moderne a mis en lumière ses deux fonctions essentielles : la fonction supplétive et la fonction correctrice¹¹⁷. La fonction supplétive permet de compléter le contenu du contrat, dans l'hypothèse de lacunes, afin d'assurer un équilibre entre les intérêts des cocontractants¹¹⁸. La fonction correctrice permet au juge de déroger à l'application du droit strict lorsque cette application rigoureuse blesserait gravement l'équité¹¹⁹. Elle suppose nécessairement l'existence d'un

¹¹⁷ Voy. à ce sujet : Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 253 et s.

¹¹⁸ Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n° 463.

¹¹⁹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions) », *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, note 16, p. 88.

texte légal spécifique qui investit le juge d'un tel pouvoir modérateur¹²⁰. Et de fait, la Cour de cassation sanctionne les magistrats qui sapent la force obligatoire des contrats sans autorisation légale spéciale¹²¹.

Or, la matière des baux contient un exemple de la fonction correctrice de l'équité : l'article 11 de la loi sur le bail de résidence principale, qui autorise le juge à proroger le bail pour circonstances exceptionnelles. Le texte légal permet au juge d'apprécier l'opportunité de cette prorogation, en tenant compte de l'intérêt des deux parties. On sort dès lors de la pure logique des droits et obligations, tout comme en matière de conciliation (*cf. supra*). En outre, s'il admet la prorogation, le juge peut en outre apprécier, toujours sur la base de l'équité, une éventuelle augmentation de loyer ou une diminution ou une suppression de l'indemnité de résiliation¹²².

§ 4. L'office du juge en matière contractuelle

A. La résolution et l'exécution forcée

35. Le bail est un contrat synallagmatique. De ce fait, en cas d'inexécution, il est soumis au droit commun de ce type de contrats¹²³. Le rôle du juge, dans cette matière, ne sera guère différent de l'office du juge en matière de responsabilité contractuelle en général.

Pour rappel, en cas d'inexécution du contrat, le créancier de l'obligation inexécutée dispose d'une option entre l'exécution forcée et la résolution du contrat. Le débiteur ne peut forcer ce choix et le juge non plus¹²⁴. Quel que soit son rôle actif, le juge ne peut donc d'initiative obliger le créancier à opter pour la résolution, parce qu'il estime l'exécution forcée inadéquate, ou vice versa.

Le seul levier dont il dispose est la théorie de l'abus de droit. Comme tout droit, le droit de choisir entre la résolution forcée et l'inexécution est suscep-

¹²⁰ Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n° 259.

¹²¹ P. VAN OMMESSLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », *T.P.R.*, 2001, p. 363, n° 7 et les références citées.

¹²² Sur ces questions voy. : M. DAMBRE et B. HUBEAU, *Woninghuur*, A.P.R., Anvers, Kluwer, 2002, n° 1010 et s. ; L. HERVE, « La prorogation du contrat en raison de circonstances exceptionnelles », in *Le bail de résidence principale*, Bruges, la Chartre, 2006, pp. 231 et s., spéc. n° 7 et s. ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail de résidence principale*, Bruxelles, De Boeck, n° 258 et s.

¹²³ J. VANKERCKHOVE et al., « Le louage de choses - Les baux en général », *Les Nouvelles*, « Droit civil », t. VI, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2000, n° 385, p. 232 ; S. NAPORA, « Effets de l'inexécution fautive et non fautive », in *Le droit commun du bail*, Bruges, la Chartre, 2006, pp. 341 et s.

¹²⁴ Cass., 30 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 672 ; *Pas.*, 2003, I, 227 ; *R.W.*, 2005-2006, 1219 ; *R.G.D.C.*, 2004, p. 405 ; DE PAGE, t. II, n° 884 et s. ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., pp. 513 et s., n° 10 et s. ; S. NAPORA, *op. cit.*, n° 46.

tible d'usage abusif. Dans ce cas, le juge qui constate cet abus, peut ramener le droit exercé fautivement à son usage normal. Ceci peut passer par l'adoption de l'autre branche de l'alternative. La Cour de cassation l'a rappelé en matière d'exécution forcée. Le juge ne peut prononcer la résolution d'office, sans avoir constaté au préalable que le bailleur abusait de son droit à l'exécution forcée¹²⁵.

36. La question est moins claire lorsque le problème se pose en sens inverse : le juge, saisi d'une demande de résolution, peut-il opter d'office pour l'exécution forcée par équivalent (dommages-intérêts) sans devoir constater au préalable l'abus de droit du créancier ? La Cour de cassation considère que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de la résolution¹²⁶. Ce pouvoir d'appréciation ne peut être limité par une clause résolutoire expresse en matière de bail, celle-ci étant interdite par l'article 1762bis du Code civil¹²⁷. S'il ne prononce pas la résolution, le juge peut opter pour une autre sanction, moins radicale, par exemple l'octroi de dommages-intérêts.

Quel est le fondement de ce pouvoir modérateur ? De Page qualifie le juge de « ministre de l'équité », lorsqu'il doit peser la question de l'adéquation de la sanction¹²⁸. L'équité est toutefois rejetée par la doctrine récente¹²⁹. Pour écarter la résolution et contraindre le créancier à opter pour une autre sanction, le juge devra constater en fait que le manquement reproché ne présente pas une gravité suffisante¹³⁰. Un manquement grave n'est pas nécessairement un manquement à une obligation essentielle du bail, mais un manquement qui prive le créancier de l'utilité économique qu'il attend du contrat¹³¹. Lorsque le contrat ne rapporte plus cette utilité économique à l'une des parties, son maintien ne se justifie plus.

¹²⁵ Cass., 30 janvier 2003, cité à la note précédente ; Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, 602 ; *J.T.*, 1986, p. 404 ; *R.C.J.B.*, 1991, 4, note FONTAINE ; *Rev. rég. dr.*, 1986, p. 37 ; Y. MERCHERS, « Les baux », *Rép. not.*, t. VIII, Bruxelles, Larcier, 1997, n° 547 ; S. NAPORA, *op. cit.*, n° 46 ; P. JADOUL et M. VUES, « Le bail et la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Le droit commun du bail*, formation permanente C.U.P., vol. 71, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 64 et s. ; S. STIJNS, *op. cit.*, n° 13 et s. ; J. VANKERCKHOVE et al., *op. cit.*, n° 388bis.

¹²⁶ Cass., 29 février 2008, *R.G.* n° C.06.0303.F ; Cass., 23 juin 2005, *R.G.* n° C.03.0450.F ; Cass., 22 février 2003, *R.G.* n° S.03.0055.F ; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, 652 ; Cass., 31 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, 520.

¹²⁷ Pour des nuances concernant cette interdiction en matière de logements sociaux, voy. dans cet ouvrage, N. BERNARD, « Les enjeux nouveaux du bail de logement social en Région wallonne », n° 59.

¹²⁸ DE PAGE, t. II, n° 889, 2°.

¹²⁹ M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 12 et s., n° 16 ; S. STIJNS, *op. cit.*, n° 41.

¹³⁰ Pour des exemples en matière de bail, voy. J. VANKERCKHOVE et al., *op. cit.*, n° 388ter.

¹³¹ S. STIJNS, n° 36.

La doctrine moderne évoque également la théorie de l'abus de droit¹³². S. Stijns a vigoureusement plaidé pour que l'abus de droit constitue le critère unique pour apprécier tous les cas où l'option du créancier pourrait être modifiée par le juge : aussi bien l'exécution forcée que la résolution¹³³. Cette opinion n'apparaît toutefois pas de manière aussi tranchée dans l'ensemble de la doctrine. Lorsque le créancier demande l'exécution forcée, la jurisprudence est claire : seul l'abus de droit permettra d'infléchir le choix du créancier. Lorsqu'il réclame la résolution, c'est essentiellement la gravité du manquement qui amènera le juge à accepter ou refuser la résolution ou la troquer contre une forme d'exécution forcée. Ceci dit, S. Stijns relève à juste titre que le fait de demander la résolution du contrat pour un manquement bénin constitue en définitive aussi une manifestation d'une des formes d'abus de droit : celle qui consiste à user de son droit de manière inutilement dommageable pour autrui.

37. Le rôle actif du juge a une incidence importante sur la décision qu'il pourra prendre concernant l'option du créancier : en effet, comme le juge peut d'office conférer la qualification juridique adéquate aux faits du dossier, il peut constater l'existence d'un abus de droit, même si les parties ne l'ont pas explicitement évoqué.

B. Les délais de grâce

38. Rappelons également que l'article 1184, alinéa 3, du Code civil prévoit la possibilité d'accorder au débiteur un délai pour s'exécuter, avant de prononcer une sanction, que ce soit l'exécution forcée ou la résolution. Ce délai de grâce ne se confond pas avec le délai de paiement prévu à l'article 1244 du Code civil et ses conditions d'application ne sont pas les mêmes (le juge ne doit pas nécessairement constater que le débiteur est malheureux et de bonne foi).

Sur ce point, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu : il peut décider souverainement, en fonction des éléments de la cause, que le prononcé immédiat d'une sanction ne s'impose pas.

Le juge peut-il déjà prononcer la résolution dans la décision qui accorde un délai de grâce, pour le cas où le débiteur ne s'exécuterait pas¹³⁴ ? En principe, rien ne s'y oppose, si le juge estime, au moment où il statue, que le manquement du débiteur est suffisamment grave pour justifier la résolution. Cette pra-

¹³² M. FONTAINE, *op. cit.*, n° 6 et s. ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence – Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1985, p. 296 ; P. VAN OMMELAGHE, « Examen de jurisprudence – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, n° 66, p. 606 ; P. WERY, « La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques enfin admise ? », *R.C.J.B.*, 2004, p. 339, n° 27.

¹³³ S. STIJNS, *op. cit.*, n° 41.

¹³⁴ En ce sens, J. VANKERCKHOVE et al., *op. cit.*, n° 388ter, f.

tique est-elle toutefois adéquate si le débiteur s'exécute partiellement durant le délai de grâce? La résolution serait-elle encore admissible si, par exemple, le preneur a régularisé les trois quarts de l'arriéré de loyer durant le délai qui lui est accordé? La réponse découle de ce que ce délai de grâce ne peut être renouvelé¹³⁵ et que, à l'issue du délai, si le débiteur ne s'est pas exécuté, la résolution est acquise¹³⁶. Dès lors, le débiteur qui n'a pas totalement exécuté son obligation à l'issue du délai n'est pas en droit de solliciter un nouveau sursis et la résolution s'impose, même en cas d'exécution partielle. La résolution conditionnelle est donc justifiée.

C. La nullité

39. La législation sur les baux revêt un caractère impératif sur bien des points, car elle entend protéger les droits du preneur et, parfois, du bailleur. La nullité qui résulte du non-respect de ces dispositions est dès lors une nullité relative. La question de savoir si certaines dispositions du droit du bail touchent à l'ordre public est controversée. Le problème se pose notamment en ce qui concerne le respect des dispositions régionales relatives à l'état de salubrité minimale du bien loué¹³⁷. Il n'entre pas dans l'objet de cet article de trancher cette discussion. Je me bornerai à indiquer les conséquences procédurales des différentes formes de nullité.

40. La nullité absolue tout d'abord. Il est de doctrine constante que la nullité absolue peut être soulevée d'office par le juge¹³⁸. Mais cela ne signifie pas qu'il puisse faire n'importe quoi en cette matière. Il convient de respecter les limites de la mission du juge évoquée à la section précédente.

La nullité peut être invoquée comme moyen de défense pour s'opposer à une demande. Sur ce point, nul doute que le juge puisse suppléer à l'argumentation du défendeur en invoquant d'office la nullité. Pour assurer le respect du contra-

dictoire, le juge devra toutefois soit interpellier les parties à l'audience à ce sujet, soit ordonner la réouverture des débats.

Une demande de résolution peut être requalifiée en demande en annulation. Nous avons vu plus haut que le juge n'est pas tenu par la qualification de l'objet de la demande et peut modifier cette qualification à sa guise, en respectant les droits de la défense et un éventuel accord procédural. La difficulté provient toutefois de ce que, contrairement à ce qui se passe pour des contrats instantanés, la résolution des contrats successifs n'est généralement pas totalement rétroactive. Dans la matière des baux, comme pour beaucoup de contrats successifs, le contrat n'est pas complètement anéanti, parce qu'il n'est pas possible ni opportun de revenir sur la période durant laquelle l'exécution du contrat n'a pas donné lieu à difficulté. La Cour de cassation estime que, dans ce contexte, la rétroactivité ne joue en principe qu'à partir de la demande en justice¹³⁹. La nullité quant à elle opère nécessairement depuis la conclusion du contrat, mais les actes matériels accomplis par les parties et dont l'existence ne peut être remise en cause donnent lieu à restitutions réciproques¹⁴⁰. Ces restitutions, qui peuvent avoir lieu par équivalent, se règlent par compensation. Nullité et résolution peuvent donc éventuellement, mais pas obligatoirement, aboutir à des résultats identiques au niveau des sommes dues par l'une ou l'autre des parties. Il convient donc d'apprécier au cas par cas les effets des deux mécanismes juridiques envisagés pour vérifier s'ils sont effectivement superposables¹⁴¹.

En revanche, même confronté à une violation de l'ordre public, le juge ne peut d'office, sans autorisation légale, modifier l'objet de la demande¹⁴². Il s'agit d'un ultime bastion du principe dispositif. Cela signifie que, sous couvert de nullité absolue, le juge ne peut pas transformer radicalement l'objet demandé, par exemple modifier une demande d'exécution forcée en demande d'annulation¹⁴³. Lorsque l'annulation est susceptible d'avoir un retentissement sur l'ob-

¹³⁵ DE PAGE, t. II, n° 889, 2°.

¹³⁶ S. STIJS, *op. cit.*, n° 30.

¹³⁷ N. BERNARD, « [Le droit commun du louage d'immeuble] État du bien loué », *Commentaire pratique des baux*, Waterloo, Kluwer, feuil. mob., 2002, chap. I.8.2, n° 9; N. BERNARD et J.-M. LETIER, « L'état du bien loué, l'interférence avec les normes régionales et le bail de rénovation », in *Le bail de résidence principale*, Bruges, la Charte, 2006, pp. 111 et s., n° 63 et s.; M. DAMBRE et B. HUBEAU, *Woninghuur, op. cit.*, n° 637 et s.; voy. aussi le rapport de T. VANDENPUT et D. VERMER, « Le bail confronté à d'autres législations en Région wallonne », dans le présent ouvrage.

¹³⁸ M. DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, formation permanente C.U.P., vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 24, p. 62; C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistance et annulabilité en droit civil belge », *Ann. dr. Liège*, 1962, p. 280; DE PAGE, t. II, n° 789; V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in *Les nullités en droit belge - Sanctions du vice et conséquences*, Liège, éd. Jeune barreau, 1991, p. 80.

¹³⁹ Cass., 23 juin 2006, J.L.M.B., 2007 (sommaire), p. 1031; *Pas.*, 2006, I, 1488; Cass., 10 avril 1997, *Pas.*, 1997, I, 443; *Tijds. not.*, 1999, 192; Cass., 29 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1199.

¹⁴⁰ T. STAROSSELETS, « Effets de la nullité », in *La nullité des contrats*, formation permanente C.U.P., vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 6 et s., pp. 242 et s.

¹⁴¹ Pour un exemple en matière de résolution et d'annulation de bail, voy. T. STAROSSELETS, *op. cit.*, n° 23, pp. 262-263. En outre, en matière de nullité, l'adage *in pari causa* peut amener à limiter, voire supprimer, les restitutions dues par l'une des parties; voy. aussi, N. BERNARD et J.-M. LETIER, *loc. cit.*, note 137; M. DAMBRE et B. HUBEAU, *loc. cit.*, note 137.

¹⁴² M. GREGOIRE, *op. cit.*, n° 13; A. FETTWIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 134; J. VAN COMPERNOLLE, « L'office du juge et le fondement du litige », *R.C.J.B.*, 1982, p. 19, n° 8; J. LINSMEAU et X. TATON, « Le principe dispositif et l'activisme du juge », in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, Bruges, la Charte, 2005, p. 117.

¹⁴³ À ne pas confondre avec la possibilité de transformer une demande de résolution en demande d'exécution forcée et vice versa. Voy. *supra*, n° 35 et 36.

jet de la demande, le juge peut tout au plus évoquer le problème de la nullité, puis inviter les parties à en tirer les conséquences en ce qui concerne l'objet de leur demande. L'ordre public étant en jeu, la nullité ne pourrait être couverte parce que l'accord des parties sur ce point serait lui-même contraire à l'ordre public¹⁴⁴. Les parties, mises devant le problème par le juge, ne pourraient donc faire comme si de rien n'était et maintenir des demandes qui se fondent sur un contrat valide.

41. La nullité relative ensuite. La question de savoir si un tel type de nullité peut être soulevée d'office par le juge a été fort controversée. M. le conseiller Meeûs, dans une analyse fouillée et fort remarquée¹⁴⁵, a plaidé avec conviction pour un pouvoir renforcé du juge de veiller au respect des dispositions impératives. Le tribunal devrait appliquer ces dispositions d'office, sauf à constater une confirmation par les parties. Dans les relations entre un professionnel et un consommateur, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a imposé au juge de soulever d'office d'éventuelles clauses abusives¹⁴⁶. Le problème a perdu de son importance, compte tenu de l'office élargi du juge. Celui-ci peut soulever tout moyen de droit qui lui paraît opportun, qu'il soit ou non d'ordre public. Toutefois, contrairement à la nullité absolue, la nullité relative peut être couverte. La partie titulaire de l'action en nullité relative, informée par le juge de l'existence d'une cause de nullité du bail, reste libre de renoncer à la protection qui lui est accordée par la loi pour autant que sa volonté soit certaine¹⁴⁷. C'est, à l'heure actuelle, la différence la plus notable qui subsiste entre nullité absolue et nullité relative, puisque le juge peut librement invoquer l'une et l'autre.

§ 5. Le pouvoir d'interpellation à l'audience

42. Le pouvoir important du juge de requalifier la cause ou l'objet de la demande ou de se fonder sur des faits ressortant du dossier, mais non spécialement invoqués par les parties a néanmoins des limites. Dans certains cas, la loi elle-même interdit au juge de soulever certains moyens d'office. C'est le cas notamment de la prescription (article 2223 du Code civil) ou de l'autorité de chose jugée (article 27 du Code judiciaire). Le juge peut être confronté à des situations délicates, notamment lorsque le défendeur comparait seul, sans l'assistance d'un avocat. Le défendeur, imparfaitement informé, pourrait omettre

¹⁴⁴ DE PAGE, t. I, n° 97; M. DUPONT, *op. cit.*, n° 36, p. 73.

¹⁴⁵ A. MEEÛS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 525 et s.

¹⁴⁶ C.J.C.E., *Oceano Grupo*, 27 juin 2000, C-240/98 à C-244-98; C.J.C.E., *Cofidis*, 21 novembre 2002, C-473/00.

¹⁴⁷ M. DUPONT, *op. cit.*, n° 37 et s., pp. 74 et s.

de soulever un moyen décisif pour l'issue du litige. La tentation est alors grande pour le juge de lui « souffler » l'information qui lui manque. Mais est-ce véritablement aller à l'encontre de la loi?

43. Ces interpellations à l'audience laissent évidemment peu de traces, et les décisions sur ce point sont donc quasiment inexistantes. On peut relever les quelques indications tirées de la jurisprudence relative à l'impartialité du juge, citée ci-dessus. On peut aussi rappeler à cet égard que la Cour de cassation n'a pas cassé la décision du juge du fond qui suggérait aux parties d'appeler un tiers à la cause¹⁴⁸. Cette proposition s'est faite dans le cadre d'une réouverture des débats, mais on pourrait parfaitement envisager qu'elle fasse l'objet d'une remarque du juge à l'audience. À nouveau, on frôle l'interdit, car le juge ne peut d'office ordonner la mise à la cause d'un tiers (article 811 du Code judiciaire). On voit donc que ce qui ne peut faire l'objet d'une décision directe du tribunal peut à tout le moins asseoir une suggestion ou une question.

44. Nous avons également vu que le juge, dans l'opinion majoritaire, devait veiller à ce que les parties qui comparaissent lors d'une conciliation soient correctement informées de leurs droits. Je ne suis pas convaincu de la possibilité de transposer telle quelle cette règle en matière contentieuse, parce qu'il ne s'agit plus ici d'aider l'émergence d'un accord, mais de trancher le litige. Le juge qui veut éviter tout grief de partialité devra faire preuve de prudence à ce sujet. En revanche, la problématique de l'accord procédural ouvre également la porte à un pouvoir d'interpellation du juge. Celui-ci doit pouvoir vérifier la réalité des accords procéduraux en interrogeant les parties sur leurs intentions réelles. Il est évidemment possible qu'à cette occasion, le tribunal donne indirectement des idées à une partie, concernant un moyen auquel elle ne songeait pas.

45. Une récente modification du Code judiciaire jette un jour nouveau sur cette question.

La loi du 22 décembre 2008 (M.B. 12 janvier 2009) a modifié l'article 1022 alinéa 3, du Code judiciaire de la manière suivante (le texte nouveau est en italiques) : « À la demande d'une des parties, et sur décision spécialement motivée, *éventuellement formulée sur interpellation par le juge*, celui-ci peut, soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi ». La seule portée de cette modification est donc de permettre au juge d'interroger les parties concernant une éventuelle demande d'augmentation ou de diminution de l'indemnité de procédure de base. On sait en effet que, bien que le juge ne peut faire usage de son pouvoir d'appréciation du montant de l'indemnité de procédure que si les parties le lui

¹⁴⁸ Cass., 3 avril 2006, J.T., 2007, p. 154.

demandant («à la demande des parties» dit le texte). La question primordiale que soulève cette modification est évidemment de déterminer s'il s'agit d'un cas isolé ou si ce texte est la manifestation d'un pouvoir général du juge d'interpeller les parties à l'audience, même dans les cas où le pouvoir de soulever des moyens d'office lui est retiré.

46. L'évolution de l'office du juge n'est donc certainement pas arrivée à son terme. On assiste au développement, à côté du pouvoir du juge de soulever des moyens d'office, d'un autre pouvoir, d'ampleur plus limitée, quoique ses conséquences ne soient pas négligeables en pratique : celui d'informer les parties, sans préjuger de la cause, et de leur faire des suggestions. Mais la distinction entre le pouvoir de soulever un moyen d'office et celui d'interpeller une partie à l'audience n'est-elle pas devenue à ce point ténue qu'elle n'en aurait plus d'utilité ? Je crois qu'il subsiste une différence fondamentale entre ces deux prérogatives du juge. Le pouvoir d'interpellation doit s'exercer à l'audience. Cela signifie, à mon sens, que la question que le juge souhaite adresser aux parties ne pourrait servir de fondement à une réouverture des débats, et encore moins à une décision prise d'initiative sans nouveau débat. En revanche, là où le juge peut soulever un moyen d'office, rien ne l'empêche d'ordonner la réouverture des débats pour inviter les parties à s'expliquer à ce sujet. Cette distinction est apparue très clairement lors des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 2008¹⁴⁹ : l'interpellation du juge doit servir de point de départ à un débat contradictoire à l'audience concernant le montant de l'indemnité de procédure. Les parlementaires n'ont pas voulu que le juge travaille à l'insu des parties.

¹⁴⁹ Doc. parl. Chambre, 52-930/004, sess. ord. 2008-2009, notamment pp. 9 et s.