

La force majeure, l'abus de droit et l'imprévision à la rescousse des preneurs de bail commercial durant la crise Covid-19

Jules GHUYSEN⁽¹⁾

Étudiant à la faculté de droit, science politique et criminologie (ULiège)
Recherche menée sous la direction de: Christine BIQUET, Professeure ordinaire

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction	304
Chapitre 1 – Force majeure	305
Section 1 – Définition	306
Section 2 – Conditions	307
§ 1 – Une impossibilité d'exécution	307
§ 2 – Une impossibilité non imputable	311
§ 3 – Une impossibilité postérieure à la conclusion du contrat	314
Section 3 – Effets	315
§ 1 – Effets sur l'obligation rendue impossible	315
§ 2 – Effets sur le contrat: la théorie des risques	316
Conclusion intermédiaire	323
Chapitre 2 – L'abus de droit	323
Section 1 – Définition et critères	324
Section 2 – Rôle du juge	326
Section 3 – Sanction	328
Conclusion intermédiaire	328
Chapitre 3 – L'imprévision	329
Section 1 – Imprévision en droit belge: le parcours du combattant	329
§ 1 – Définition et rejet	329
§ 2 – Ersatz de l'imprévision	331
Section 2 – La réforme et son article 5.74	334

⁽¹⁾ La présente contribution est l'adaptation du travail de fin d'études de l'auteur, qui remercie chaleureusement Madame la Professeure Christine Biquet pour l'opportunité qui lui a permis de publier son travail, tout en lui laissant une grande autonomie.

§ 1 – La théorie de l'imprévision enfin consacrée	334
§ 2 – Conditions	336
§ 3 – Effets	339
Conclusion intermédiaire	340
Conclusion générale	341



INTRODUCTION

1. Objet du présent travail. La crise du Covid-19 a fortement impacté les baux commerciaux. Les mesures de confinement adoptées par le Gouvernement⁽²⁾ ont obligé de nombreux commerçants à cesser temporairement leurs activités : restaurants, cafés, commerces de détail... ont dû fermer leurs portes. Certains d'entre eux ont réussi à maintenir une activité réduite (livraisons, e-commerce, plats à emporter), tandis que d'autres ont dû attendre la réouverture pour reprendre leurs activités.

Des mesures ont rapidement été prises afin de permettre à ces différents acteurs de continuer de vivre décemment. En voici quelques-unes. Le « droit passerelle » a ainsi été modifié afin d'en faciliter l'accès et d'augmenter ses montants pendant la période de confinement⁽³⁾. Un sursis temporaire des voies d'exécution a été accordé aux entreprises en difficulté en raison de la pandémie⁽⁴⁾. Le législateur est également intervenu pour aider les bailleurs qui avaient concédé des remises de loyers à leurs locataires entre juin et septembre 2020⁽⁵⁾. Ceux qui devaient faire face à un crédit ont, quant à eux, pu demander une prolongation du crédit ou la suspension temporaire des paiements en capital⁽⁶⁾.

Ces changements et leur incidence sur les baux commerciaux ont fait l'objet de nombreux débats devant les juridictions belges. Sur quelles bases juridiques un locataire empêché peut-il s'appuyer afin d'éviter les conséquences non désirables d'une application trop rigoureuse du principe de la convention-loi ? De quels moyens dispose-t-il pour échapper à sa responsabilité contrac-

⁽²⁾ Il s'agit, principalement, des arrêtés suivants : arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 ; arrêté ministériel du 18 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 tel que modifié par l'arrêté ministériel du 28 octobre portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19.

⁽³⁾ H. VAN ROOY et L. VANHAUTE, « Aperçu des mesures de droit social liées à la crise du coronavirus », *indic.soc.*, 2021, liv. 15, p. 9.

⁽⁴⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *Le bail immobilier – Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2022, p. 186.

⁽⁵⁾ Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale de pouvoirs spéciaux 2020/047 du 17 décembre 2020 concernant l'octroi aux locataires d'un prêt sur le loyer commercial dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 5 janvier 2021.

⁽⁶⁾ L. BARNICH, N. WEINER, *op. cit.*, p. 186.

tuelle? Différents moyens, que nous exposerons, ont été privilégiés par la doctrine et jurisprudence.

2. Fil rouge de la présente contribution. Le but du présent travail est de répondre aux deux questions suivantes. Le droit belge des obligations était-il suffisamment approprié que pour faire face à la crise qu'a connue la Belgique en 2020 et 2021? L'imprévision, telle qu'elle a tout récemment été votée, aurait-elle permis de mieux appréhender le sort des loyers du preneur d'un bail commercial? La difficulté de la matière est qu'elle nécessite une analyse *in concreto*. Il est impossible de définir une règle générale qui s'appliquerait *in abstracto*, tant les divers scénarii de litiges sont nombreux. C'est pourquoi nous nous focaliserons sur l'analyse de la jurisprudence pour tenter d'en tirer des conclusions.

Dans un premier temps, nous analyserons la manière dont la jurisprudence s'est servie du droit belge pour rendre justice. Nous verrons que deux arguments ont principalement été soulevés⁽⁷⁾ : d'une part, la force majeure (Chapitre 1), et d'autre part, l'abus de droit (Chapitre 2). Nous étudierons ensuite le concept d'imprévision tel qu'il a été consacré par le législateur dans la récente réforme du droit des obligations (Chapitre 3). Enfin, nous clôturerons ce travail par une conclusion visant à répondre aux questions posées ci-dessus.

CHAPITRE I – FORCE MAJEURE

3. Introduction. Force majeure et théorie des risques sont deux théories, d'origine jurisprudentielle, bien établies dans le droit des obligations. Elles sont considérées, par la doctrine majoritaire, comme étant les moyens juridiques les plus pertinents pour aborder le sort des loyers d'un bail commercial portant sur un établissement ayant fait l'objet d'une fermeture obligatoire pendant la crise du coronavirus⁽⁸⁾. Comme nous le verrons, la jurisprudence est plus divisée sur ce point.

La force majeure est une cause d'exonération qui permet à celui qui l'invoque d'être, d'une part, temporairement ou définitivement déchargé de ses obligations et, d'autre part, de se soustraire à sa responsabilité contractuelle

⁽⁷⁾ Nous ne développerons pas la clause de *hardship* dans le cadre du premier chapitre puisqu'elle n'a point été soulevée dans les décisions étudiées.

⁽⁸⁾ Fr. GLANSDORFF, «La force majeure à l'heure du coronavirus», *J.T.*, 2020, p. 328; M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, «Bail commercial et coronavirus: premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix», *J.T.*, 2021/11, pp. 205-208; J. VAN ZUYLEN, «Coronavirus et force majeure: questions choisies», *R.G.D.C.*, 2020/7, p. 393; N. BERNARD, «Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19», *J.L.M.B.*, 2021, n° 16, p. 41; M. HIGNY, «Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au Coronavirus», *J.T.*, 2020, pp. 267 et s.; J. DEL CORRAL, «Handelshuur – Covid-19 – Verplichte winkelsluiting – Betaalverbintenis van de huurder», *R.W.E.*, 2021-22, n° 33, 1319-1328; P. WÉRY, *Droits des obligations*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 590-591; M. DE POTTER DE TEN BROECK, «Een pandemie als overmacht, overmacht als pandemie?», *RDC-TBH*, 2020, n° 3, p. 262.

ou extracontractuelle⁽⁹⁾. La théorie des risques en constitue le pendant pour les contrats synallagmatiques.

Dans un premier temps, nous définirons la notion de force majeure (Section 1) Nous étudierons ensuite ses conditions d'application en y intégrant les décisions pertinentes rendues en matière Covid-19 (Section 2). Enfin nous décrirons ses effets sur les contrats (Section 3).

Section I – Définition

4. Définition. La notion de force majeure apparaît dans l'ancien Code civil sans pour autant y être définie. L'article 1147 dispose: «le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de combler cette lacune⁽¹⁰⁾. La force majeure y est décrite comme un: «événement à caractère insurmontable, et selon certains imprévisible, indépendant de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui»⁽¹¹⁾.

Dans le nouveau Code civil, le législateur définit, à l'article 5.226, la force majeure comme l'«impossibilité, pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution».

La force majeure revêt une certaine importance en ce qu'elle est le seul moyen, pour le débiteur d'une obligation de résultat, d'échapper à sa responsabilité⁽¹²⁾.

5. Ajustement terminologique. Selon la doctrine, force majeure et cas fortuit sont des synonymes qui peuvent être utilisés indifféremment⁽¹³⁾. La force majeure fait partie de la notion de cause étrangère libératoire: notion plus

⁽⁹⁾ P. VAN OMMESELAGHE, *Les obligations*, Collection Traité de droit civil belge, T. II, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1379; P. WÉRY, *Droits des obligations*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 584 et s.

⁽¹⁰⁾ Fr. GLANSDORFF, «La force majeure», *J.T.*, 2019, p. 326.

⁽¹¹⁾ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1425.

⁽¹²⁾ C. BIQUET, *Droit des obligations et des contrats: Partim I – La formation et l'exécution du contrat*, Syllabus, Université de Liège, 2020-2021, p. 172.

⁽¹³⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 578-589; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1425; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, *Les incapables – les obligations*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 599, n° 600; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *Force majeure et imprévision en matière contractuelle*, in J. ACOLTY, C. DELFORGE, C. EYBEN, *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, p. 82.

générique qui regroupe également le fait du prince, le fait d'autrui, etc.⁽¹⁴⁾. Il ressort, de l'exposé des motifs du livre 5 du nouveau Code civil, réformant le droit des obligations, que le législateur a fait le choix d'employer le terme de « force majeure » pour désigner toutes ces notions analogues⁽¹⁵⁾. Par souci de conformité à la réforme à venir, nous ferons de même au cours de ce travail et assimilerons le fait du prince à la force majeure.

Section 2 – Conditions

6. Conditions selon l'article 5.226. Il n'y avait, jusqu'au vote du livre 5 portant réforme du droit des obligations, pas de réel *consensus* en doctrine sur les conditions de la force majeure : leur nombre variait d'un auteur à l'autre. Dans le cadre de ce travail, nous avons fait le choix de partir du prescrit de l'article 5.226 du livre 5, consacrant à droit constant la force majeure, avec renvoi à la doctrine et la jurisprudence pertinentes.

Il est précisé dans les travaux préparatoires que seule une condition est nécessaire pour l'application de l'article 5.226 : l'impossibilité non imputable d'exécuter une obligation⁽¹⁶⁾. Par souci d'exhaustivité, nous avons subdivisé cette condition en trois : une impossibilité d'exécution (§ 1) non imputable au débiteur qui s'en prévaut (§ 2) et postérieure à la conclusion du contrat (§ 3).

§ 1 – Une impossibilité d'exécution

7. L'impossibilité raisonnable. L'événement est insurmontable lorsqu'il rend impossible l'exécution de l'obligation du débiteur contractuel. Il est classiquement enseigné que l'impossibilité doit être absolue et qu'elle s'apprécie *in abstracto* : il ne suffit pas que l'obligation soit simplement rendue plus difficile, elle doit être impossible à exécuter⁽¹⁷⁾.

La doctrine moderne critique cette condition d'impossibilité absolue et plaide pour une interprétation plus souple de la condition d'impossibilité : l'impossibilité raisonnable. C'est la doctrine de la *schuldleer*⁽¹⁸⁾. Selon H. De Page :

(14) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 577.

(15) Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 260.

(16) Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 263.

(17) Cass., 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 279 ; Cass., 10 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 13.

(18) J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, p. 86 ; voy. également : P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1426 ; R. KRUITHOF, « Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering », in *Hulde aan René Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 297 ; A. TUNC, « La qualité de la force majeure », *J.T.*, 1946, 398 (cités par M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in de contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, p. 20).

« Il faut, mais il suffit que l'exécution soit normalement impossible, eu égard aux circonstances et aux conditions de vie [...]. En toutes choses, il y a une mesure à tenir. Cette mesure est ici l'impossibilité réelle normale d'exécution, et non l'impossibilité théorique absolue »⁽¹⁹⁾. Le caractère insurmontable de l'événement s'apprécie au regard des obligations contractuelles, telles que convenues par les parties⁽²⁰⁾. La force majeure trouve à s'appliquer toutes les fois qu'est nécessaire, afin de surmonter l'impossibilité, un degré de diligence supérieur à celui contractuellement prévu⁽²¹⁾. À titre d'illustration de l'appréciation raisonnable de la condition d'impossibilité, le juge de paix du 4^e canton de Liège a décidé : « il ne peut être exigé de la défenderesse d'opérer une reconversion de son activité (livraison à domicile, repas à emporter plutôt que consommer sur place...) pour faire face à ses obligations financières vis-à-vis de la demanderesse ; de telles activités ne s'improvisent pas, demandent des investissements et un savoir-faire... »⁽²²⁾.

Une interprétation aussi souple de la condition d'impossibilité n'est pas sans rappeler la théorie de l'imprévision⁽²³⁾. S'agissait-il, sous l'ancien Code civil, d'une consécration détournée de l'imprévision ? Nous y reviendrons plus tard. À ce stade, nous pouvons déjà rappeler que la prudence est de mise concernant ce genre de raccourci. Premièrement, la Cour de cassation a explicitement rejeté la théorie de l'imprévision sous l'ancien Code civil⁽²⁴⁾. Deuxièmement, ses effets diffèrent de ceux de la force majeure.

8. Choses de genre et dettes de somme. En vertu de l'adage « *genera non pereunt* », qui exprime une réalité statistique, le débiteur d'une obligation de livrer une chose de genre ne peut invoquer l'impossibilité que si cette obligation est définitivement rendue impossible⁽²⁵⁾. Tel sera le cas si la chose a totalement disparu du marché ou si un distributeur défaillant, en situation de monopole, empêche le débiteur de respecter son obligation⁽²⁶⁾. Ces situations sont des plus rares.

⁽¹⁹⁾ H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 601 (cité par P. WÉRY, *op. cit.*, p. 579).

⁽²⁰⁾ P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, 960, p. 1427.

⁽²¹⁾ A. TUNC, « La force majeure dans ses rapports avec le contenu de l'obligation contractuelle », *J.T.*, 1946, pp. 313 à 317.

⁽²²⁾ J.P. Liège (4^e canton), 15 décembre 2020, inédit, R.G. n° 20.AXX (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 201).

⁽²³⁾ J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁽²⁴⁾ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, p. 364.

⁽²⁵⁾ Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 263.

⁽²⁶⁾ P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, pp. 1442-1443, n° 986 ; J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre ! », Note sous Cass., 28 juin, 2018, R.G.D.C., 2020/1, p. 29 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 580 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *RDC-TBH*, 2020/3, p. 262 ; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, *op. cit.*, p. 100.

L'argent est la chose fongible par excellence. Il peut toujours être remplacé puisqu'il existe toujours un moyen de s'en procurer. La Cour de cassation avait déjà, en 1947, décidé que l'impossibilité ne pouvait se concevoir concernant les dettes de somme⁽²⁷⁾. Le manque de liquidités et, partant, l'impossibilité de payer ses dettes ne peut constituer un cas de force majeure⁽²⁸⁾. La Cour de cassation a récemment confirmé que ce principe demeurerait la règle, y compris lorsque la perte de liquidité était due à un cas de force majeure⁽²⁹⁾. Le juge de paix de Bruxelles⁽³⁰⁾, de même que celui d'Ixelles⁽³¹⁾, a confirmé l'application de l'adage en période Covid. En revanche, lorsque l'obligation de payer une dette de somme est rendue totalement impossible par l'ordre de la loi qui en interdit l'exécution, le débiteur peut se prévaloir d'une cause étrangère libératoire⁽³²⁾.

9. Impossibilité d'exécuter le bail commercial suite aux mesures covid. Dans le cadre du bail commercial, quelles sont les obligations qui ont été rendues impossibles par les mesures gouvernementales ?

Premièrement, le locataire peut éventuellement se prévaloir de l'impossibilité d'accomplir les obligations imposées par l'article 1728 de l'ancien Code civil, telles que celle de jouir des lieux en bon père de famille ou d'exploiter le bien loué à des fins commerciales⁽³³⁾. La fermeture imposée des magasins non essentiels aurait rendu impossible l'exécution de ces obligations qui impliquent l'exploitation du lieu, et donc son ouverture au public.

Ensuite, il est possible d'argumenter que les différents arrêtés royaux précités, imposant la fermeture des commerces non essentiels, ont empêché les bailleurs de respecter leur obligation de fournir la jouissance convenue des lieux loués⁽³⁴⁾. L'interdiction a frappé les lieux susceptibles d'être à risque afin d'éviter la concentration de personnes⁽³⁵⁾. Or : « La jouissance promise au preneur

⁽²⁷⁾ Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108.

⁽²⁸⁾ V. MAZAEUD, « L'obligation de somme d'argent à l'épreuve de la force majeure », *J.C.P.G.*, 2014, p. 1117 ; F. GEORGE, P. BAZIER, « Faillite et *intuitus personae* : un régime à redéfinir ? », *R.G.D.C.*, 2017, liv. 1, 3-35.

⁽²⁹⁾ J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre », (note sous Cass. 28 juin 2018), *R.G.D.C.*, 2020/1, p. 26.

⁽³⁰⁾ J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2020/15, p. 35.

⁽³¹⁾ J.P. Ixelles, 29 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 32.

⁽³²⁾ Cass., 13 mai 1996, *Arr.Cass.*, 1996, p. 431, *Pas.*, 1996, p. 455, *R.W.*, 1996-97, p. 550 (cité dans : projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 263.

⁽³³⁾ J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre ! », *op. cit.*, p. 41 ; M. HIGNY, « Divers – Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *J.T.*, 2020/15, n° 6811, pp. 269-270.

⁽³⁴⁾ M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *J.T.*, 2020/15, n° 6811, p. 267 ; M. DUPONT, J.-S. LENEARTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *J.T.*, 2015/11, pp. 207-208.

⁽³⁵⁾ M. DUPONT, J.-S. LENEARTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *J.T.*, 2015/11, p. 207-208.

s'apprécie au regard de la destination convenue, c'est-à-dire un commerce en contact direct avec le public»⁽³⁶⁾. Cette obligation ne pouvant plus être exécutée, dès lors que le contact avec le public était devenu interdit, les bailleurs en ont donc été libérés. Que deviennent, dans ce cas, les obligations des locataires qui en constituent la contrepartie ? Nous répondrons à cette question lors de l'étude des effets de la force majeure sur l'obligation interdépendante de celle rendue impossible.

L'impossibilité de jouissance doit être constatée dans le chef du bailleur et non du locataire⁽³⁷⁾. Le fait que le locataire ne puisse pas jouir du bien qu'il loue n'est pas pertinent tant que le bailleur est en mesure d'offrir cette jouissance. Le juge de paix de Molenbeek-St-Jean motive son jugement en précisant avec soin cette distinction : « les normes prises dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus ne constituent pas une interdiction d'exploiter par un preneur qui ne remplirait pas telle ou telle obligation, mais portent au contraire sur l'établissement⁽³⁸⁾ (qui doit fermer), l'interdiction générale d'exploiter empêchant le bailleur de fournir au preneur une jouissance paisible du bien loué »⁽³⁹⁾.

10. En jurisprudence. S'est posée, la question de la mesure de l'impossibilité concernant les magasins dans lesquels le stockage et la livraison demeuraient possibles. Le juge de paix de Bruges a décidé que, concernant un commerce de vêtements, si le stockage et la vente en ligne restaient réalisables, le bailleur était encore capable d'assurer la jouissance du bien loué et qu'il n'y avait donc pas de force majeure⁽⁴⁰⁾. Le juge de paix du deuxième canton de Mons a accordé une réduction du loyer payé par le gérant d'une sandwicherie qui possédait un déjà un service de livraison le jour du confinement⁽⁴¹⁾.

D'autres ont, au contraire, constaté que la vocation d'un commerce est de recevoir de la clientèle⁽⁴²⁾. L'impossibilité de l'obligation doit être appréciée au regard de la jouissance paisible du bien telle qu'elle a été convenue. Or un bail commercial implique un contact direct avec la clientèle. Par conséquent, même si le locataire peut encore jouir du bien loué pour y stocker, réaliser des travaux ou encore y exposer des articles, le bailleur ne peut plus assurer la

⁽³⁶⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 209.

⁽³⁷⁾ C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 253 ; M. HIGNY, *Droit immobilier et Covid-19. Le paiement du loyer et des charges au bailleur*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 6-7 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 9.

⁽³⁸⁾ Nous soulignons. Le juge de paix de Molenbeek-St-Jean précise que l'impossibilité s'apprécie dans le chef du bailleur, qui ne peut respecter son obligation puisque l'interdiction porte sur l'exploitation de l'établissement.

⁽³⁹⁾ J.P. Molenbeek-St-Jean, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2021, liv. 7-8, p. 342.

⁽⁴⁰⁾ J.P. Bruges (3^e canton), 9 octobre 2020, *T.B.O.*, 2020, liv. 6, p. 551 (cité par L. BARNICH et S. WEINER, *op. cit.*, p. 200).

⁽⁴¹⁾ J.P. Mons (2^e canton), 1^{er} décembre 2020, inédit, R.G. n° 20A1066/2, p. 5 (cité par L. BARNICH et S. WEINER, *op. cit.*, p. 201).

⁽⁴²⁾ J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, *J.T.*, 2020/15, n° 6811, p. 32 ; J.P. Luxembourg, 21 janvier 2021, *D.A.O.R.*, 2021, p. 131 ; J. P. Roulers, 24 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021, p. 75.

jouissance convenue de l'immeuble⁽⁴³⁾. Concernant un magasin de meubles, le tribunal civil de Bruxelles a jugé que la faculté laissée au preneur d'entreposer du matériel dans son commerce fermé ne suffisait pas à lui en assurer la jouissance paisible⁽⁴⁴⁾. Ce même tribunal a pris une décision similaire, favorable au locataire qui était tenancier d'un café⁽⁴⁵⁾. Le juge de paix du 4^e canton de Liège a estimé qu'il ne pouvait être raisonnablement exigé du preneur qu'il mette en place un service de livraison pour faire face à ses obligations⁽⁴⁶⁾.

11. Caractère insurmontable du virus. Le virus du Covid-19 peut-il donner lieu à un cas de force majeure ? La réponse est positive selon M. de Potter de ten Broeck⁽⁴⁷⁾. En cas de quarantaine, une personne positive au Covid-19 aurait éventuellement pu se prévaloir de la force majeure. Tel serait le cas concernant une prestation à domicile dont le caractère *intuitu personae* relève d'une certaine importance pour les parties⁽⁴⁸⁾. L'ordre de la loi empêche le prestataire de mener à bien son obligation et le libère donc dans la mesure de l'impossibilité.

En revanche, un commerçant, positif au Covid-19, ne pourrait pas invoquer la force majeure en soutenant qu'en raison de sa maladie, son bailleur ne peut plus lui assurer la jouissance de la chose. Comme expliqué ci-dessus, l'impossibilité d'exécuter les obligations s'apprécie dans le chef du débiteur de l'obligation⁽⁴⁹⁾, dans ce cas-ci, le bailleur⁽⁵⁰⁾. Or, ce dernier n'est en rien empêché de fournir la jouissance paisible de son bien lorsque son locataire est malade ou en quarantaine.

§ 2 – Une impossibilité non imputable

12. Imputabilité et faute. L'article 5.226, alinéa 1^{er}, requiert que l'impossibilité ne soit pas imputable au débiteur qui s'en prévaut. Selon une formule célèbre : « la force majeure ne peut résulter que d'un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir ni conjurer »⁽⁵¹⁾.

⁽⁴³⁾ J.P. Roeselare, 24 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021, p. 77 ; J.P. Molenbeek-St-Jean, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2021, p. 344 ; J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 34.

⁽⁴⁴⁾ Civ. fr. Bruxelles (6^e ch.), 29 octobre 2021, inédit, R.G. n° 20/7256/A (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 209).

⁽⁴⁵⁾ Civ. fr. Bruxelles (6^e ch.), 30 novembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022/7, p. 289.

⁽⁴⁶⁾ J.P. Liège (4^e canton), 15 décembre 2020, inédit, R.G. n° 20.Axx (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 201).

⁽⁴⁷⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie ? », *op. cit.*, p. 257.

⁽⁴⁸⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Overmacht in een ander daglicht », *R.G.D.C.*, 2015, p. 505.

⁽⁴⁹⁾ C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 253 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 9.

⁽⁵⁰⁾ Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, pp. 249-253.

⁽⁵¹⁾ Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, p. 579 qui cite : Cass., 28 novembre 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 390 ; Cass., 9 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 153, *R.W.*, 1987-1988, p. 778, *J.T.*, 1987, p. 468, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203 ; Cass., 1^{er} juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1185 ; Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 584 ; Cass., 15 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 754 ; Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008, p. 62.

Il ressort de l'article 5.225⁽⁵²⁾ qu'une impossibilité n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique⁽⁵³⁾. La faute se définit par référence à une personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances.

Cette condition n'est pas remplie lorsque le débiteur qui invoque la force majeure se rend coupable d'une faute en lien causal avec l'événement⁽⁵⁴⁾. A *contrario*, dans un arrêt du 7 mars 2008, la Cour de cassation a décidé qu'était fondé à invoquer un cas fortuit, le garagiste ayant pris toutes les précautions nécessaires: «Le dépositaire est exonéré de sa responsabilité contractuelle (...) s'il est dans l'impossibilité de restituer la chose et qu'il n'a pas commis de faute dans la garde de celle-ci»⁽⁵⁵⁾.

Selon M. de Potter de ten Broeck, la notion de faute est inhérente à la notion d'imputabilité. Un fait non fautif, bien qu'ayant facilité la survenance de l'événement insurmontable, ne saurait être imputable au débiteur⁽⁵⁶⁾. Ainsi, la condition d'imputabilité n'empêche pas le débiteur qui entend invoquer la force majeure en raison d'un événement facilité par son fait non fautif. Il en va de même si la faute du débiteur n'a pas de lien causal avec l'événement⁽⁵⁷⁾.

L'événement doit être indépendant de la volonté de celui qui s'en prévaut. Ce n'est pas à proprement parler une condition d'extériorité⁽⁵⁸⁾. De la sorte, on peut tout à fait imaginer qu'une personne malade se prévale de la force majeure, à condition qu'elle n'ait pas commis de faute à l'origine de sa maladie ou concomitamment à celle-ci.

13. Imputabilité de la crise ? La condition d'imputabilité n'a pas soulevé de débats particuliers en ce que l'ordre de fermeture émanait de l'autorité. En

⁽⁵²⁾ «L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique. Sans préjudice de l'article 5.72 et des règles propres à la responsabilité extracontractuelle, la faute s'apprécie selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances».

⁽⁵³⁾ Par exemple, l'article 5.229 dispose que la faute des auxiliaires appelés par un débiteur lui est imputable. L'article 5.227, lorsque le débiteur a été mis en demeure. Pour en savoir plus, voy. J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 327-330.

⁽⁵⁴⁾ Cass., 15 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 388; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 3^e éd., 1964, pp. 597 et s., n° 599; J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, op. cit., pp. 91-159; P. WÉRY, op. cit., p. 579.

⁽⁵⁵⁾ Cass., 7 mars 2008, *Pas.*, 2008/3, p. 631.

⁽⁵⁶⁾ Il écrit ceci: «Vooreerst moet de schuldenaar daadwerkelijk een fout hebben began opdat een wijziging van omstandigheden aan hem is toe te rekenen. Naar mijn mening kan niet volstaan dat enkel een daad, een verzuim of een gedraging van de schuldenaar met de wijziging van omstandigheden in causal verband staat, zonder dat het om een fout van de schuldenaar staat», M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, op. cit., p. 159.

⁽⁵⁷⁾ P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 872; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, op. cit., p. 161; J.-Fr. GERMAIN, E. PLASSCHAERT et J. VAN ZUYLEN, op. cit., p. 105.

⁽⁵⁸⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, op. cit., n° 50, p. 149.

revanche, tout autre est la question de la fermeture d'un commerce résultant d'une décision commerciale et non de l'ordre de la loi⁽⁵⁹⁾. Le juge de paix de Huy a ainsi jugé que les mesures de prudence, susceptibles d'amoindrir le chiffre d'affaires, qui résultent d'une décision du preneur lui sont imputables en ce qu'elles « n'en restent pas moins des choix faits par le preneur, et qui ne peuvent donc être juridiquement considérés comme extérieur à lui et s'imposant à lui »⁽⁶⁰⁾.

14. L'imprévisibilité et l'inévitabilité au service de l'imputabilité. Traditionnellement, il était exigé que l'événement soit imprévisible pour les parties au moment de la conclusion du contrat. Comme le dit M. de Potter de Ten Broeck, « ligt de idee ten gronde dat het recht geen bescherming biedt aan onbedachtzame contractpartijen »⁽⁶¹⁾. Il existe cependant des événements, prévisibles au moment de la conclusion du contrat, qui n'empêchent pas l'application de la force majeure⁽⁶²⁾. Par exemple, le juge de paix du 4^e canton de Bruges juge qu'une épidémie ne constitue pas, *in abstracto*, une cause de force majeure en ce qu'elle fait partie des risques prévisibles pour les commerçants. En revanche, l'ampleur et les conséquences de la pandémie mondiale étant imprévisibles, il y a bien matière à appliquer la théorie de la force majeure⁽⁶³⁾. L'impossibilité devait également être inévitable. L'objectif ici était d'éviter qu'un débiteur puisse bénéficier des effets du cas fortuit en invoquant un événement qu'il aurait raisonnablement pu éviter. Est inévitable l'événement auquel n'aurait pu se soustraire un débiteur suffisamment prudent et diligent, placé dans les mêmes conditions⁽⁶⁴⁾. Si l'événement s'inscrit dans le temps, il est inévitable s'il demeure alors que le débiteur a pris les précautions qu'aurait prises une personne suffisamment prudente et diligente placée dans les mêmes conditions⁽⁶⁵⁾.

Aujourd'hui, les critères d'imprévisibilité et d'inévitabilité d'une impossibilité doivent être pris en compte pour apprécier la condition de non-imputabilité du débiteur qui s'en prévaut⁽⁶⁶⁾. Ils servent « à déterminer l'impossibilité – non

⁽⁵⁹⁾ « Eenzelfde besluit gaat niet zonder meer op in de situatie waarbij een bedrijf tot zijn eigen sluiting beslist, zonder daartoe door de overheid te zijn verplicht », pour en savoir plus : M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie? », *op. cit.*, p. 257 ; C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 252.

⁽⁶⁰⁾ J.P. Huy (1^{er} canton), 19 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 28.

⁽⁶¹⁾ Trad. libre : « cela repose sur l'idée que le droit n'offre pas de protection à une partie irréflectible », M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie? », *op. cit.*, p. 259.

⁽⁶²⁾ Cass., 13 avril 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 85, note J. HEENEN.

⁽⁶³⁾ J.P. Bruges (4^e canton), 28 mai 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie ? Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 24.

⁽⁶⁴⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie? », *op. cit.*, p. 258.

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁶⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 580 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1428 ; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020/7, p. 383 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et

fautive – d'exécution de l'obligation»⁽⁶⁷⁾. Cela ressort de l'article 5.226 ainsi que des travaux préparatoires: «La seule condition requise pour qu'il y ait force majeure est qu'il y ait une impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation (...) Toutefois, pour aider le juge à déterminer s'il existe en l'espèce une impossibilité non imputable d'exécution, et spécialement la non-imputabilité de celle-ci, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution»⁽⁶⁸⁾.

Le second confinement était-il prévisible et donc potentiellement imputable au débiteur de l'obligation empêchée? La question est plus délicate et nécessite une analyse *in concreto*. Toutefois, le juge de paix du second canton de Tournai a considéré que la force majeure était applicable à un contrat de bail commercial conclu en juin 2020 alors qu'un second confinement n'était pas totalement imprévisible⁽⁶⁹⁾. Les règles d'interdiction n'apparaissent pas non plus comme étant de nature à être évitables.

§ 3 – Une impossibilité postérieure à la conclusion du contrat

15. Interprétation souple. Cette troisième condition ressort de l'article 5.47 nouveau, relatif à l'objet d'un contrat, qui dispose que toute prestation doit être possible au moment de la conclusion d'une convention. À défaut, son objet est impossible et les conditions de validité du contrat prévues à l'article 5.27⁽⁷⁰⁾ n'étant pas remplies, ce dernier est nul en vertu de l'article 5.57⁽⁷¹⁾. Par conséquent, pour que la force majeure libère une partie, l'impossibilité doit être postérieure au contrat; dans le cas contraire, le contrat est annulable.

Strictement interprétée, la condition de postériorité ne serait pas satisfaite chaque fois qu'il serait prouvé que les racines, les prémices d'un événement, rendant impossible l'exécution d'une obligation, ont préexisté audit contrat. M. de Potter de ten Broeck réfute cette interprétation qui reviendrait à limiter drastiquement le recours à la force majeure⁽⁷²⁾.

J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 17; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE, «Force majeure et imprévision en matière contractuelle», in *Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, p. 92.

⁽⁶⁷⁾ J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 20.

⁽⁶⁸⁾ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 263.

⁽⁶⁹⁾ J.P. Tournai (2^e canton), 4 mai 2021, R.G. n° 21A807/2 (cité par L. BARNICH, N. WEINER, *op. cit.*, p. 197).

⁽⁷⁰⁾ «Pour la validité d'un contrat, les conditions suivantes doivent être remplies: 1° le consentement libre et éclairé de chaque partie; 2° la capacité de chaque partie de contracter; 3° un objet déterminable et licite; 4° une cause licite. Les conditions de validité sont appréciées au moment de la conclusion du contrat».

⁽⁷¹⁾ «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul».

⁽⁷²⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, *op. cit.*, p. 135.

Bien que le risque lié à la pandémie ait été annoncé à l'avance, un consensus, considérant que les mesures de confinement constituent bel et bien un cas de force majeure, s'est formé en jurisprudence⁽⁷³⁾. Les juges semblent avoir préféré, de manière générale, une interprétation souple de la condition de postériorité de sorte qu'elle n'a pas été débattue sur l'ensemble des décisions analysées.

Section 3 – Effets

16. Une codification à droit constant. Les effets de la force majeure ont été codifiés à droit constant aux articles 5.99 à 5.102 ainsi qu'à l'article 5.226 du livre 5. Nous avons opéré une distinction entre les effets sur l'obligation rendue impossible (§ 1) et ceux sur le contrat source de ladite obligation (§ 2). Bien que les articles 5.100 et 5.102 portent également sur les contrats unilatéraux, nous nous intéresserons uniquement aux effets de la force majeure sur les contrats synallagmatiques. Signalons aussi, pour ne plus y revenir, que le second paragraphe de l'article 5.226 impose une obligation d'information à charge du débiteur qui a, ou devrait avoir, connaissance d'une cause d'impossibilité d'exécution.

§ 1 – Effets sur l'obligation rendue impossible

17. Suspension ou extinction. Comme mentionné *supra*, la force majeure est une cause d'exonération. Lorsqu'elle est invoquée, le débiteur contractuel en état d'inexécution se trouve libéré de son obligation et exonéré de sa responsabilité contractuelle. L'article 5.99 de la réforme dispose qu'en cas de force majeure l'obligation contractuelle rendue impossible est suspendue ou éteinte, conformément à l'article 5.226.

L'impossibilité peut être totale et définitive. L'obligation est alors caduque, de plein droit, en vertu de l'article 5.265, par suite de la disparition de son objet⁽⁷⁴⁾. L'exposé des motifs précise à cet égard que «seule l'impossibilité définitive d'exécution peut entraîner la caducité de l'obligation»⁽⁷⁵⁾. Elle peut également être définitive et partielle, l'obligation est alors partiellement caduque, à condition que l'obligation soit divisible dans l'esprit des parties⁽⁷⁶⁾. La caducité joue de plein droit⁽⁷⁷⁾. Lorsque l'impossibilité est temporaire, l'obli-

⁽⁷³⁾ N. DAUBIES, «La force majeure et l'imprévision aux temps du Corona», *Les Pages*, 2020, n° 77.

⁽⁷⁴⁾ L'article 5.265 énonce : «L'obligation devenue impossible à exécuter en nature pour quelque cause que ce soit, même si cette inexécution est imputable au débiteur, est de plein droit caduque, sans préjudice des sanctions ouvertes au créancier».

⁽⁷⁵⁾ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 144.

⁽⁷⁶⁾ R. JAFFERALI, «Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux», *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, nos 32 et s., p. 199.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*, p. 228.

gation est suspendue soit totalement, soit partiellement, pendant la durée de l'impossibilité, à moins que soit passé un délai que les parties tenaient pour essentiel⁽⁷⁸⁾. Dans le cas précis où l'obligation ne peut plus être utilement exécutée, la libération est définitive⁽⁷⁹⁾.

Dans le cadre de la crise Covid, l'impossibilité a été temporaire dans la mesure où elle a été dictée par différents arrêtés ministériels provisoires. Si le caractère temporaire de la force majeure ne pose pas de problème, l'étendue de l'impossibilité, partielle ou totale, est nettement plus incertaine et nécessite une analyse *in concreto* en raison de l'importante diversité des situations.

§ 2 – Effets sur le contrat : la théorie des risques

18. Théorie des risques. Selon l'article 1102 de l'ancien Code civil (devenu article 5.6, alinéa 1^{er}) : «un contrat est synallagmatique lorsque les cocontractants s'engagent réciproquement les uns envers les autres». Ces obligations réciproques sont interdépendantes et se servent mutuellement de contreparties⁽⁸⁰⁾. Ce jeu entre obligations mutuelles et interdépendantes définit l'équilibre contractuel recherché entre parties. C'est le fruit de leur volonté commune. La théorie des risques règle le sort de l'obligation corrélative de celle empêchée, préservant par la même occasion un équilibre entre co-contractants. Elle est une application de l'adage *res perit debitori*. Cet adage signifie que le débiteur de l'obligation empêchée supporte le risque. Il est privé de l'exigibilité de la contrepartie de son obligation, dans la mesure de l'impossibilité⁽⁸¹⁾.

La théorie des risques a été consacrée dans un arrêt de principe du 27 juin 1946⁽⁸²⁾. La Cour de cassation se fonde notamment sur l'article 1722, relatif aux baux. Selon la Cour : «l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat». Cette solution a été étendue à l'ensemble des contrats synallagmatiques⁽⁸³⁾ par la doctrine et la jurisprudence⁽⁸⁴⁾.

Le 13 janvier 1956, la Cour de cassation consacre l'effet suspensif de l'impossibilité temporaire sur l'ensemble du contrat synallagmatique : «La force majeure, qui empêche une partie de remplir ses obligations, suspend l'exécution de tous les engagements nés d'un contrat synallagmatique, lorsque cet empêchement n'est que temporaire et que le contrat peut encore être utilement exécuté

(78) M. DE POTTER DE TEN BROECK, «Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?», *op. cit.*, p. 275, C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 252.

(79) P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 870.

(80) C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 252.

(81) P. WÉRY, *op. cit.*, p. 587 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 866.

(82) Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 271, R.C.J.B., 1947, p. 268, note A. DE BERSARQUES.

(83) Il existe une exception pour les obligations de dare.

(84) C. BIQUET, *op. cit.*, p. 252 ; VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 866.

après le délai convenu »⁽⁸⁵⁾. Et la Cour de préciser que si la durée de l'impossibilité est telle que le contrat ne peut plus être utilement exécuté, il est dissous⁽⁸⁶⁾.

La théorie des risques figure désormais aux articles 5.100 à 5.102 du Code civil en vertu desquels le sort du contrat⁽⁸⁷⁾ suit celui de l'obligation empêchée. Il ressort ainsi de l'exposé des motifs que : « Lorsque le contrat est synallagmatique, la question se complique du fait que les obligations du cocontractant n'ont pas été atteintes par la force majeure. Se pose alors la théorie des risques, applicable aux contrats synallagmatiques, qui s'interroge sur le sort à réserver à ces obligations. Le texte consacre les solutions admises tant par la doctrine que par la jurisprudence et qui se fondent sur l'interdépendance des obligations réciproques »⁽⁸⁸⁾. L'exposé des motifs fait également référence aux arrêts de principe de la Cour de cassation, du 27 juin 1946 et du 13 janvier 1956, fondateurs de la théorie des risques⁽⁸⁹⁾.

19. Effets sur le contrat. La caducité d'une obligation dont l'objet a disparu s'étend-elle au reste du contrat ? Sous le nouveau Code civil, en principe non. Il ressort toutefois, d'une lecture combinée des articles 5.113⁽⁹⁰⁾, 5.265⁽⁹¹⁾ et 5.112⁽⁹²⁾ de la réforme, une réponse positive à la question qui précède lorsque, suite à un cas de force majeure, l'exécution d'une obligation principale est devenue définitivement impossible. Il est précisé à cet égard, dans l'exposé des motifs : « la caducité d'une obligation née du contrat n'entraîne pas, en tant que telle, la caducité de celui-ci ; le contrat ne sera éteint que par application des causes ordinaires d'extinction énumérées à l'article 5.112 ». Or, l'article 5.112 énumère, parmi les causes d'extinction du contrat, l'impossibilité définitive

⁽⁸⁵⁾ Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

⁽⁸⁶⁾ Cet arrêt a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine qui estime que la force majeure ne délie pas de toutes les obligations contractuelles. Elle peut, au contraire, en ajouter. Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, n° 577, p. 590 ; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *op. cit.*, p. 387.

⁽⁸⁷⁾ Les articles précités visent tant les contrats unilatéraux que les contrats synallagmatiques. Ce n'est que lorsqu'il est question de contrat synallagmatique que l'on peut voir ces articles comme permettant l'application de la théorie des risques.

⁽⁸⁸⁾ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 128.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, pp. 128 et 130.

⁽⁹⁰⁾ « La caducité d'une obligation par disparition de son objet conformément à l'article 5.265 n'entraîne pas par elle-même l'extinction du contrat qui lui a donné naissance. En ce cas, le contrat n'est éteint que dans les cas prévus à l'article 5.112 ».

⁽⁹¹⁾ Déjà cité en note 74.

⁽⁹²⁾ « Le contrat prend fin : 1° par l'extinction des obligations auxquelles il a donné naissance conformément à l'article 5.244 ; 2° par son annulation judiciaire ou extrajudiciaire conformément à l'article 5.59 ; 3° par sa résiliation de commun accord conformément à l'article 5.70, alinéa 1^{er} ; 4° par sa résiliation unilatérale conformément aux articles 5.70, alinéa 2, 5.75 et 5.76 ; 5° par sa résolution judiciaire ou extrajudiciaire pour inexécution conformément à l'article 5.90 ; 6° par l'impossibilité définitive d'exécution conformément à l'article 5.100 ; 7° dans les autres cas prévus par la loi ».

constitutive de force majeure. En pareil cas, le contrat est donc, soit dissout de plein droit et en totalité lorsque l'impossibilité est totale, soit partiellement dissout, sous réserve du critère de divisibilité du contrat, lorsque l'impossibilité n'est que partielle. Le législateur semble toutefois limiter ces importantes conséquences sur l'intégralité du contrat en réservant l'application dudit article aux cas de force majeure frappant les obligations principales.

L'article 5.101 du nouveau Code civil consacre le principe de non-rétroactivité de la théorie des risques et se différencie ainsi de la résolution pour inexécution du contrat. Des restitutions pourront cependant être envisagées lorsque des prestations sans contrepartie auront été effectuées avant la dissolution du contrat.

L'article 5.102 régit le sort du contrat en cas d'impossibilité temporaire. Lorsque l'impossibilité est temporaire, l'exécution de l'obligation corrélative est suspendue, sous réserve de l'exécution utile du contrat (article 5.102, alinéa 2). Si le contrat ne peut plus être utilement exécuté, les articles 5.100 et 5.101 sont d'application conforme. Nous souhaitons souligner que, contrairement aux effets de l'impossibilité définitive qui s'étendent à l'intégralité du contrat, seule l'obligation corrélative est suspendue lorsque l'impossibilité est temporaire.

Concernant la crise Covid-19, certains juges ont considéré que l'impossibilité était totale et qu'il convenait de suspendre totalement le contrat⁽⁹³⁾. En revanche, pour d'autres, l'impossibilité n'étant pas totale, le bail n'a été que partiellement suspendu⁽⁹⁴⁾. C'est ce qu'a décidé le tribunal de première instance de Liège concernant le paiement de loyers d'un commerce Horeca dont la jouissance avait été réduite en raison du confinement⁽⁹⁵⁾. Le tribunal a accordé une réduction temporaire de 80% du loyer. C'est également l'option qu'a privilégiée le juge de paix de Tournai, qui aboutit à la conclusion que la théorie des risques ne jouait que pour la partie commerciale de l'immeuble, et non pour ses parties habitables⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹³⁾ J.P. Liège (2^e canton), 30 juillet 2020, R.G.D.C., 2021, p. 108 ; J.P. Liège (2^e canton), 14 août 2020, inédit, R.G. n° 20A2452/2 ; J.P. Anvers (2^e canton), 3 septembre 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie ? – Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 75 ; J.P. Anvers (2^e canton), 17 septembre 2020, T.B.O., 2020, p. 449 ; J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, J.L.M.B., 2021, p. 32 ; J.P. Liège (1^{er} canton), 16 novembre 2020, inédit, R.G. n° 19A1751/1 ; J.P. Liège (1^{er} canton), 24 novembre 2020, inédit, R.G. n° 20A3245/1 ; J.P. Charleroi (1^{er} canton), 14 janvier 2021, inédit, R.G. n° 20A4349/1 ; J.P. Seraing, 15 janvier 2021, inédit, R.G. n° 20A1153 ; J.P. Molenbeek-St-Jean, 17 février 2021, J.J.P., 2021, p. 342 ; J.P. Andenne, 8 décembre 2021, inédit, R.G. n° 21A247.

⁽⁹⁴⁾ J.P. Schaerbeek (1^{er} canton), 22 juin 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie – Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 31 ; J.P. Anvers (2^e canton), 3 septembre 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie – Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 75 ; J.P. Liège (4^e canton), 15 décembre 2020, inédit, R.G. n° 20Axx ; J.P. Tournai (2^e canton), 4 mai 2021, inédit, R.G. n° 21A807/2.

⁽⁹⁵⁾ Civ. Liège (2^e ch.), 8 septembre 2021, inédit, R.G. n° 20/3768/A.

⁽⁹⁶⁾ J.P. Tournai (2^e canton), 18 août 2020, inédit, R.G. n° 18A303/2.

20. Théorie des risques et obligations de *dare*. L'article 1138, alinéas 1 et 2, de l'ancien Code civil, forme une exception à l'application de la théorie des risques⁽⁹⁷⁾.

En matière de contrat translatif de propriété, l'adage *res perit domino* est d'application. Le propriétaire supporte le risque de perte de la chose par cas fortuit, sauf s'il a mis le vendeur en demeure de la lui livrer. En vertu des articles 1138, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil et 3.14, § 2, du Code civil, l'échange des consentements emporte le transfert de propriété. Il en résulte que le transfert des risques a lieu, en principe, dès l'échange des consentements⁽⁹⁸⁾, de sorte que l'acheteur supporte le risque de la perte de la chose à l'instant où il en devient propriétaire⁽⁹⁹⁾. Il n'est pas libéré de son obligation réciproque si la chose disparaît, et ce même si elle ne lui a pas été effectivement livrée. Il sera donc tenu d'en payer le prix. C'est en cela que les obligations de *dare* forment une exception à la théorie des risques. L'article 5.100, alinéa 3, du nouveau Code civil, qui renvoie à l'article 5.80 pour les contrats translatifs de propriété, confirme la solution en la clarifiant : l'acheteur subit la perte de la chose transférée dès l'échange des consentements, à moins que les parties n'en décident autrement⁽¹⁰⁰⁾.

La Cour de cassation a récemment tranché une controverse quant à l'adage⁽¹⁰¹⁾ qu'il convient d'appliquer en cas de transfert de propriété retardé. Dans son arrêt du 29 mai 2020, la Cour dit pour droit que le transfert des risques est lié au transfert de propriété. Lorsque ce dernier est retardé, le transfert des risques suit le même sort, à moins que les parties n'en conviennent autrement⁽¹⁰²⁾. L'adage *res perit domino* est d'application.

21. Théorie des risques et crise Covid-19. Pendant la période de fermeture obligatoire, la théorie des risques pouvait-elle permettre aux locataires de refuser le paiement leurs loyers ? La jurisprudence est moins univoque que la doctrine sur ce point.

Une doctrine quasi unanime se positionne en faveur de la suspension, par le jeu de la théorie des risques, des obligations pesant sur le locataire⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁷⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 867 ; C. BIQUET, *op. cit.*, p. 255.

⁽⁹⁸⁾ À moins que les parties n'en décident autrement.

⁽⁹⁹⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 579.

⁽¹⁰⁰⁾ Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 92.

⁽¹⁰¹⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 594.

⁽¹⁰²⁾ Cass., 29 mai 2020, R.G.D.C., 2021, p. 467, note A. DE BOECK.

⁽¹⁰³⁾ M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face au coronavirus », *op. cit.*, p. 268 ; Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *J.T.*, 2020, p. 328 ; M. DUPONT et J.-S. LENAERTS, « Bail commercial et coronavirus : premier bilan à la lumière des décisions prononcées par les juges de paix », *J.T.*, 2021/11, pp. 205-208 ; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020/7, p. 393 ; N. BERNARD, « Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19 », p. 41 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immobilier face

Comme le souligne P. Wéry, «Les arrêtés pris par le gouvernement fédéral qui ont ordonné la fermeture temporaire des commerces et magasins afin de limiter la propagation du Covid-19 constituent, pour les bailleurs de ces immeubles, un fait du prince, qui les empêche de faire jouir les preneurs des biens loués. Ces bailleurs, qui échappent à toute responsabilité de ce chef, se voient temporairement dans l'impossibilité, à tout le moins partielle, d'exécuter cette obligation. Corrélativement, les locataires sont dispensés de payer leur loyer pour cette période. Par application de la théorie des risques, l'exécution de ces contrats de bail est suspendue de plein droit»⁽¹⁰⁴⁾.

Selon J. van Zuylen: «Il ne faut (...) pas perdre de vue que le bailleur est tenu de fournir la jouissance de la chose louée conformément à la destination conventionnellement prévue. Dès lors, s'il ne peut, en raison d'un fait du prince, procurer au preneur la jouissance promise dans le contrat de bail, le locataire pourrait, à notre estime, invoquer la force majeure dans le chef du bailleur et, par voie de conséquence, la théorie des risques dans son chef, de sorte qu'il est libéré définitivement ou temporairement, partiellement ou totalement, selon le cas, de son obligation de payer le loyer»⁽¹⁰⁵⁾.

M. de Potter de ten Broeck, au terme d'une conclusion intermédiaire, estime que: «*Uit wat voorafging, volgt dat een beroep op overmacht omwille de coronacrisis (...) vaak succesvol kan zijn*»⁽¹⁰⁶⁾.

De rares auteurs sont d'un autre avis et affirment que la théorie des risques n'a pas lieu de s'appliquer à la crise Covid⁽¹⁰⁷⁾. Un argument en ce sens est qu'elle trouve son fondement dans l'article 1722 de l'ancien Code civil, qui vise uniquement les cas de perte définitive de la chose. Or, les mesures prises par le gouvernement entraînent une impossibilité temporaire et non définitive⁽¹⁰⁸⁾. Le tribunal civil d'Anvers partage cette position⁽¹⁰⁹⁾, de même que le juge de paix de Sprimont⁽¹¹⁰⁾. Ce raisonnement paraît critiquable. Même si la théorie des risques trouve son origine dans l'article 1722 de l'ancien Code civil

au coronavirus» *J.T.*, 2020, pp. 267 et s.; J. DEL CORRAL, «Handelshuur – Covid-19 – Verplichte winkelsluiting – Betaalverbintenis van de huurder», *R.W.E.*, 2021-22, n° 33, 1319-1328.

⁽¹⁰⁴⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, n° 599, pp. 590-591.

⁽¹⁰⁵⁾ J. VAN ZUYLEN, «Coronavirus et force majeure: questions choisies», *R.G.D.C.*, 2020/7, p. 393.

⁽¹⁰⁶⁾ Trad. libre «il résulte de ce qui précède que le recours à la force majeure en raison de la crise Covid (...) peut souvent être couronné de succès», M. DE POTTER DE TEN BROECK, «Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie?», *op. cit.*, p. 270.

⁽¹⁰⁷⁾ G. DE CRAYENCOURT, «La jouissance paisible du locataire... Au temps du Covid-19. Pourquoi il n'y a pas aujourd'hui de suspension automatique des obligations des parties dans les baux commerciaux?», disponible sur www.relaw.be, consulté le 10 avril 2022.

⁽¹⁰⁸⁾ N. BERNARD, «Dernières tendances jurisprudentielles en matière de bail commercial et de Covid-19», *J.L.M.B.*, 2021, n° 16, pp. 393-394.

⁽¹⁰⁹⁾ C'est également la décision prise par le tribunal de première instance d'Anvers qui a jugé que l'article 1722 de l'ancien Code civil s'appliquait uniquement en cas d'impossibilité définitive causée par un cas de force majeure; Civ. Anvers (5^e ch.), 15 novembre 2021, inédit, *R.G.* n° 21/317/A.

⁽¹¹⁰⁾ J.P. Sprimont, 17 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2022/7, pp. 294 -298.

qui concerne le bail, elle a, par la suite, été étendue par la jurisprudence et la doctrine à l'ensemble des contrats synallagmatiques⁽¹¹¹⁾. Comme le souligne P. Van Ommeslaghe, la théorie des risques a été reconnue par la Cour de cassation comme un « véritable principe général de droit, présentant toutes les caractéristiques de ce concept (...) elle se déduit de la nature même du contrat synallagmatique »⁽¹¹²⁾. Elle est un principe général qui ne se limite donc pas à des situations de perte définitive. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1956⁽¹¹³⁾ consacre d'ailleurs bien l'effet suspensif d'une impossibilité temporaire sur l'ensemble du contrat. Le fait que l'article 1722 de l'ancien Code civil ne s'applique qu'en cas de perte définitive⁽¹¹⁴⁾, n'empêche pas l'application de la théorie des risques lorsque l'impossibilité est temporaire. C'est d'ailleurs la thèse suivie par le juge de paix de Molenbeek-St-Jean : « L'article 1722 de l'ancien Code civil n'est pas applicable en tant que tel dans le cadre de la crise du Covid-19, dans la mesure où il envisage une impossibilité définitive d'exécuter la convention et non une impossibilité temporaire. La théorie des risques peut néanmoins être appliquée dans le cadre d'une impossibilité temporaire d'exécuter une obligation »⁽¹¹⁵⁾. Le tribunal de paix du Grand-Duché du Luxembourg précise, à juste titre, que l'article 1722 n'est qu'un cas d'application de la théorie des risques⁽¹¹⁶⁾. L'article 1722 pourrait trouver à s'appliquer dans le cadre de la crise du Covid-19 lorsque l'exécution du contrat temporairement suspendu ne présente plus d'utilité pour les parties. Tel serait le cas des baux arrivant à échéance avant la fin des mesures d'interdiction. En ce que le contrat serait dissous, et non simplement suspendu⁽¹¹⁷⁾, il serait question de destruction juridique totale⁽¹¹⁸⁾.

La théorie des risques est loin de rencontrer le même succès en jurisprudence qu'en doctrine. Si plusieurs décisions se sont fondées sur cette théorie pour dispenser ou réduire les obligations à charge du preneur⁽¹¹⁹⁾, une majorité

⁽¹¹¹⁾ C. BIQUET, *op. cit.*, n° 460, p. 252 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 866 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *J.T.*, 2020/15, n° 6811, p. 271.

⁽¹¹²⁾ P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, 564, p. 866.

⁽¹¹³⁾ Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460.

⁽¹¹⁴⁾ M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *op. cit.*, p. 271.

⁽¹¹⁵⁾ J.P. Molenbeek-St-Jean, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2021, liv. 7-8, p. 342.

⁽¹¹⁶⁾ Tribunal de paix du Luxembourg, 21 janvier 2021, *D.A.O.R.*, 2021, liv. 138, p. 131.

⁽¹¹⁷⁾ Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 460 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *op. cit.*, p. 271.

⁽¹¹⁸⁾ M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *op. cit.*, p. 271.

⁽¹¹⁹⁾ Civ. Liège (2^e ch.), 8 septembre 2021, inédit, R.G. n° 20/3768/A ; Civ. Bruxelles (6^e ch.), 29 octobre 2021, inédit, R.G. n° 20/7256/A ; J.P. Etterbeek, 30 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 32-34 ; J.P. Roeselare, 24 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021/1, p. 75 ; J.P. Etterbeek, 25 juin 2021, inédit, R.G. n° 21A298 ; J.P. Ixelles, 29 octobre 2020, *J.J.P.*, 2021/1, pp. 80-83 ; J.P. Molenbeek-St-Jean, 17 février 2021, *J.J.P.*, 2021, liv. 138, p. 131.

a cependant rejeté ce moyen⁽¹²⁰⁾. Allant à l'encontre des principes de la théorie des risques⁽¹²¹⁾, le juge de paix d'Anvers a décidé que le bailleur, ne pouvant plus fournir la jouissance convenue du bien, était libéré de son obligation sans que le locataire soit libéré de la sienne, en raison de l'adage *genera non pereunt*. Les loyers restaient donc dus par le locataire quand bien même le bailleur avait été libéré de son obligation⁽¹²²⁾. Dans un sens similaire, le juge de paix d'Ostende, à l'issue d'une motivation qui ne brille pas par sa longueur, juge que le locataire ne peut se prévaloir de la force majeure pour échapper à son obligation de payer le loyer⁽¹²³⁾. D'autres ont considéré que l'objet du bail commercial se limitait à la location d'un bâtiment. Or, n'ayant pas été détruit, ou son accès rendu inaccessible, le bailleur pouvait encore en fournir la jouissance. L'impossibilité n'étant pas constatée dans son chef, ces décisions estiment qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie des risques⁽¹²⁴⁾. Cette jurisprudence fait fi de la caractéristique principale du bail commercial : le contact avec la clientèle. Un bail commercial ne consiste pas uniquement en la mise à disposition d'un bien en l'échange de loyers. C'est d'ailleurs cette caractéristique qui le distingue des autres baux. En effet, l'article 1^{er} de la loi du 30 avril 1951 définit le bail commercial comme étant le fond « affecté principalement par le preneur (...) à une activité de commerce de détail ou à l'activité d'un artisan en contact avec le public ». L'obligation de fournir la jouissance perd dès lors une grande partie de son sens si elle est dissociée du contact avec la clientèle.

Une partie de la jurisprudence⁽¹²⁵⁾ a estimé que l'article 1725 de l'ancien Code civil faisait échec à l'application de la théorie des risques. En vertu de cette disposition, le bailleur n'est pas tenu des troubles de fait provoqués par des tiers, qui empêcheraient la jouissance du preneur⁽¹²⁶⁾. Ce courant est fortement critiqué⁽¹²⁷⁾. M. Higny qui cite longuement H. De Page, s'y oppose fermement : « l'article 1725 du Code civil ne fait pas obstacle à l'application de la

⁽¹²⁰⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 205.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*

⁽¹²²⁾ J.P. Anvers (3^e canton), 19 novembre 2020, inédit, R.G. n° 20A4189/3.

⁽¹²³⁾ J.P. Ostende (2^e canton), 10 juillet 2020, *Huur*, 2021/1, pp. 41 et 42.

⁽¹²⁴⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, pp. 205-206.

⁽¹²⁵⁾ Voy. L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 212, qui citent : J.P. Bree, 16 juillet 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie ? Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, *op. cit.*, p. 64 ; J.P. Ostende (1^{er} canton), 7 octobre 2020, inédit, R.G. n° 20A1549/1, p. 5 ; J.P. Gand (2^e canton), 21 octobre 2020, *Huur*, 2021, p. 39 ; J.P. Louvain (2^e canton), 10 novembre 2020, inédit, R.G. n° 20A957/2, p. 9 ; J.P. Bree, 7 janvier 2021, inédit, R.G. n° 20A755, p. 4 ; J.P. Woluwe-Saint-Pierre, 24 février 2021, inédit, R.G. n° 20A2924, p. 6 ; J.P. Zelzate, 24 juin 2021, inédit, R.G. n° 20A688, p. 9 ; J.P. Torhout, 6 octobre 2021, inédit, R.G. n° 21A206, pp. 6 et 7. Voy. également : Civ. Courtrai (1^{re} ch.), 12 novembre 2021, inédit, R.G. n° 20/1697/A ; Civ. Bruges, 30 juin 2021, inédit, R.G. n° 21/317/A ; Civ. Courtrai, 12 novembre 2021, inédit, R.G. n° 20/1697/A.

⁽¹²⁶⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 212 ; M. HIGNY, « Le paiement du loyer face à la crise du coronavirus : au mois une application jurisprudentielle de la théorie des risques », *R.G.C.D.*, 2021/1, p. 51.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*

théorie des risques en présence d'un trouble de fait "licite" résultant d'un acte de l'autorité publique. D'une part, parce que l'article 1725 du Code civil ne devrait s'appliquer qu'en présence d'un fait contraire au droit, un fait illicite, ce qui n'est pas, pensons-nous, le cas en l'espèce dans le cadre de la crise du coronavirus. D'autre part, parce qu'en invoquant la théorie des risques, le locataire ne met pas en cause la responsabilité contractuelle du bailleur (...), mais il se contente d'invoquer l'interdépendance des obligations»⁽¹²⁸⁾.

Conclusion intermédiaire

22. Un décalage entre doctrine et jurisprudence. Si la doctrine majoritaire ne doute pas de l'application de la théorie des risques au bénéfice du preneur d'un bail commercial, la jurisprudence est, quant à elle, beaucoup plus réservée. Comme le soulignent L. Barnich et N. Weiner, sur nonante décisions analysées en 2020 et 2021, seulement vingt-quatre ont fait droit à la théorie des risques⁽¹²⁹⁾. L'insécurité juridique est grande et nombreuses sont les décisions qui font une mauvaise application des théories de la force majeure et des risques. Pour des faits presque identiques, des juges ont pris des décisions parfois diamétralement opposées. L'urgence ou l'inédit ne devrait pas aller de pair avec une telle diversité dans les jugements lorsque les conséquences sur les preneurs sont à ce point importantes.

CHAPITRE 2 – L'ABUS DE DROIT

23. Introduction. L'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil consacre le principe d'exécution des conventions de bonne foi. Au fil du temps, la bonne foi s'est vu consacrer différentes fonctions⁽¹³⁰⁾: interprétative, complétive, modératrice, voire, pour certains, modificatrice⁽¹³¹⁾. L'examen de ce chapitre portera sur la fonction modératrice de la bonne foi.

En principe, l'exercice d'un droit ne peut être limité. Il peut être exercé contre des tiers en dépit de leur intérêt. La fonction modératrice de la bonne foi y fait toutefois exception puisqu'elle sanctionne, sous certaines conditions, l'exercice abusif d'un droit. C'est la théorie de l'abus de droit, tempérant ainsi le principe de convention-loi⁽¹³²⁾. Sa sanction est la réduction du droit à son exercice normal.

⁽¹²⁸⁾ M. HIGNY, « Le paiement du loyer face à la crise du coronavirus : au moins une application jurisprudentielle de la théorie des risques », *op. cit.*, p. 52.

⁽¹²⁹⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 196.

⁽¹³⁰⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 144.

⁽¹³¹⁾ Voy. *infra*, n° 40.

⁽¹³²⁾ C. BIQUET, *op. cit.*, p. 116 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 145.

Pendant la crise du Covid-19, l'abus de droit a été invoqué devant les juges par les locataires dans le but d'obtenir une diminution des loyers. Cette théorie, élevée au rang de principe général, a parfois été préférée par les juges à la force majeure ou la théorie des risques.

Dans un premier temps, nous allons définir l'abus de droit et exposer ses critères (Section 1). Avant d'aborder sa sanction (Section 3), nous étudierons le rôle du juge (Section 2). Enfin, nous terminerons par une conclusion intermédiaire. Nous nous focaliserons sur l'étude de l'abus de droit en matière contractuelle, que nous mettrons en lien avec la jurisprudence Covid pertinente.

Section I – Définition et critères

24. Fonction modératrice de la bonne foi. L'abus de droit en matière contractuelle a été consacré par la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 19 septembre 1983⁽¹³³⁾. Il est défini, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, comme « l'exercice d'un droit qui excède manifestement les limites de l'exercice normal par une personne prudente et diligente. C'est notamment le cas lorsque le dommage causé est disproportionné par rapport à l'avantage poursuivi ou obtenu par le titulaire du droit »⁽¹³⁴⁾. Cette définition consiste en un critère générique recoupant des critères spécifiques, pertinents dans l'appréciation de l'existence d'un abus de droit.

Il se fonde, en matière contractuelle, sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions. C'est la fonction modératrice de la bonne foi. En revanche, l'abus de droit extracontractuel peut se voir sanctionné en vertu de l'article 1382 de l'ancien Code civil⁽¹³⁵⁾.

25. Consécration. L'abus de droit est défini à l'article 1.10 du Code civil : « Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». Le législateur consacre une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁽¹³⁶⁾. L'alinéa 2 de l'article 5.73 interdit, en matière de droit des contrats, l'abus de droit en ces termes : « Nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat. Toute dérogation est réputée non écrite ». L'article est impératif de sorte que nul ne peut renoncer à invoquer l'abus de droit avant qu'il ne se soit produit⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³³⁾ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

⁽¹³⁴⁾ Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 ; Cass., 3 février 2017, *R.D.C.*, 2018, liv. 6, p. 579, note H. STRUYVEN ; Cass., 27 janvier 2020, *R.G.* n° C.19.0020.N ; Cass., 27 avril 2020, *R.G.* n° C.19.0435.N.

⁽¹³⁵⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 145.

⁽¹³⁶⁾ Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1805/1, p. 23.

⁽¹³⁷⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 150.

26. Exception : les droits discrétionnaires. Comme le précise le législateur, l'abus de droit sanctionne l'exercice abusif de l'intégralité des droits subjectifs⁽¹³⁸⁾. Seuls les droits discrétionnaires ne peuvent être sanctionnés par l'abus de droit⁽¹³⁹⁾. Ces droits, vestige d'une société patriarcale presque disparue aujourd'hui, ont été réduits à peau de chagrin⁽¹⁴⁰⁾, si bien qu'ils ne sont pas pertinents dans le présent travail.

27. Critères d'application : la proportionnalité comme critère principal. La jurisprudence a dégagé plusieurs critères spécifiques pour appréhender l'abus de droit, facilitant ainsi le travail des praticiens. Constituent, notamment, un abus de droit :

- l'exercice du droit dans l'unique intention de nuire à autrui ;
- l'absence d'intérêt ou motif légitime issu de l'exercice du droit nuisant à autrui ;
- le fait de privilégier le mode d'exécution du droit le plus dommageable au débiteur ;
- la disproportion entre le bénéfice retiré de l'exercice du droit et l'inconvénient subi par l'autre partie⁽¹⁴¹⁾.

Le dernier critère est, de loin, le plus usité en pratique⁽¹⁴²⁾. La Cour de cassation le reprend d'ailleurs souvent comme exemple d'abus de droit : « c'est notamment le cas lorsque le dommage causé est disproportionné par rapport à l'avantage poursuivi ou obtenu par le titulaire du droit »⁽¹⁴³⁾.

Selon L. Barnich et N. Weiner, ce critère a donné lieu à deux types d'abus de droit lors de la crise Covid⁽¹⁴⁴⁾.

Le premier a trait au comportement des parties. Commet un abus, le bailleur qui, malgré le changement de circonstances, continue de réclamer la pleine exécution du contrat tout en sachant qu'elle conduira à la ruine de son débiteur⁽¹⁴⁵⁾. Le tribunal civil de Bruxelles semble interpréter cette jurisprudence de manière extensive lorsqu'il décide que commet un abus de droit le bailleur qui, malgré le changement de circonstances, continue d'exiger le paiement des loyers, risquant ainsi de causer la ruine du débiteur⁽¹⁴⁶⁾. La motivation adoptée par le tribunal nous semble critiquable puisqu'elle fait fi d'une étude *in concreto*

⁽¹³⁸⁾ Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1805/1, p. 23.

⁽¹³⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁴⁰⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 145 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 79-85.

⁽¹⁴¹⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 146 ; C. BIQUET, *op. cit.*, p. 117 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 90.

⁽¹⁴²⁾ Fr. GLANSDORFF, « Abus de droit et intérêt général », *J.T.*, 2022, n° 5, p. 77.

⁽¹⁴³⁾ Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, n° 182 ; Cass., 12 décembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 664. Voy. également Cass., 6 janvier 2011, R.G. n° C. 09.0624. F, disponible sur juridat.

⁽¹⁴⁴⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, pp. 220-225.

⁽¹⁴⁵⁾ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 729 (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 220).

⁽¹⁴⁶⁾ Civ. fr. Bruxelles (5^e ch.), 26 octobre 2021, disponible sur www.gillescarnoy.be.

du cas d'espèce et n'établit dès lors pas avec certitude que le maintien du paiement intégral des loyers aurait conduit à la ruine du débiteur. *A contrario*, ne commet pas d'abus le bailleur qui avait proposé une modification du contrat, cependant refusée par un preneur estimant que son bailleur manque de générosité. Ainsi en a décidé le juge de Malines concernant un bailleur qui avait offert une réduction de loyer que son locataire n'avait pas acceptée. Le bailleur a alors été admis à exiger le paiement de l'intégralité des loyers non payés⁽¹⁴⁷⁾.

Le second type d'abus de droit concerne la disproportion entre les situations financières des parties. L'abus de droit doit mettre en péril la situation financière du preneur⁽¹⁴⁸⁾. Si ce dernier a les moyens d'y faire face, il ne peut pas y avoir d'abus selon ce critère. À l'inverse, le bailleur dans le besoin n'abusera pas de son droit s'il réclame son loyer. Les situations économiques des deux parties doivent être mises en balance afin de vérifier si l'exercice du droit est normal. Telle est la décision du tribunal civil de Bruges qui n'a pas accordé de réduction de loyer au locataire puisqu'il ne prouvait pas que sa situation est à ce point précaire que le paiement des loyers compromettrait sa situation financière⁽¹⁴⁹⁾.

28. Impact des aides sociales ? La possibilité pour le preneur de bénéficier d'aides sociales (droit passerelle, aides régionales) peut peser dans l'appréciation d'un abus de droit. Ces aides existantes n'ont pas empêché certains juges de tout de même accorder une réduction des obligations lorsqu'ils considéraient qu'elles n'étaient pas suffisantes⁽¹⁵⁰⁾.

Section 2 – Rôle du juge

29. Contrôle marginal. Une controverse a longtemps porté sur l'adverbe «manifestement», utilisé par la Cour de cassation dans son arrêt de principe du 18 septembre 1983, précité⁽¹⁵¹⁾. Il est aujourd'hui acquis qu'il désigne le contrôle marginal que le juge peut effectuer sur l'exercice dudit droit⁽¹⁵²⁾. Ce dernier doit tenir compte du pouvoir d'appréciation du titulaire du droit⁽¹⁵³⁾.

30. Motivation *in concreto*. La Cour de cassation, méfiante à l'égard d'une telle théorie allant à l'encontre de la force obligatoire des contrats, requiert du juge qu'il motive *in concreto*, au regard des critères de l'abus de droit, le juge-

⁽¹⁴⁷⁾ J.P. Malines, 7 juillet 2021, inédit, R.G. n° 20A1748 (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 221).

⁽¹⁴⁸⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 223.

⁽¹⁴⁹⁾ Civ. Bruges (ch.B.1.), 30 juin 2021, inédit, R.G. n° xx.

⁽¹⁵⁰⁾ J.P. Bruges (3^e canton), 9 octobre 2020, T.B.O., pp. 553-554 (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 225); J.P. Sprimont, 17 juin 2021, J.L.M.B., 2022/7, p. 294.

⁽¹⁵¹⁾ Voy. n° 24 du présent travail.

⁽¹⁵²⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 146; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 88.

⁽¹⁵³⁾ *Ibid.*

ment qui constate ou rejette une telle demande⁽¹⁵⁴⁾. Une fois l'abus de droit invoqué, le juge a l'obligation d'y répondre en motivant avec les circonstances du cas d'espèce. De simples références à l'équité, qu'elles soient ou non induites par une modification drastique de l'équilibre contractuel, ne permettent pas de satisfaire une telle exigence⁽¹⁵⁵⁾. La décision faisant fi d'une motivation *in concreto* risque la cassation⁽¹⁵⁶⁾. Cette exigence s'explique par le fait que l'abus de droit « ne peut devenir le *Deus ex machina* des causes perdues, sous peine de miner l'indispensable sécurité juridique »⁽¹⁵⁷⁾.

Durant la crise Covid, plusieurs juges « n'ont pas tenu compte de cette réserve importante » en motivant leur décision par des motifs d'équité⁽¹⁵⁸⁾. C'est notamment le cas du juge de paix de Saint-Josse-ten-Noode qui motive son jugement comme suit : « Aussi longtemps que durent les mesures de fermeture administrative des restaurants, il semble abusif aux yeux du tribunal dans le chef d'un bailleur commercial de réclamer plus de 50 % du loyer dû par l'exploitant d'un commerce impacté par ces mesures »⁽¹⁵⁹⁾. Dans le même sens, le juge de paix de Woluwé-Saint-Pierre, omettant d'apprécier *in concreto* les capacités financières des parties, juge qu'« exiger le paiement intégral du loyer durant la période de fermeture imposée par le gouvernement provoquerait un déséquilibre radical dans l'économie du contrat, au désavantage du locataire, et constituerait donc (...) un abus de droit »⁽¹⁶⁰⁾. Ce jugement est très similaire à celui rendu par le juge de paix de Bruxelles, le 19 novembre 2020⁽¹⁶¹⁾. Le juge de paix d'Anvers a, quant à lui, considéré qu'il y avait abus de droit en ce que le locataire avait fourni des efforts pour exécuter son obligation, sans y parvenir⁽¹⁶²⁾.

En revanche, d'autres juges ont fait une application correcte du mécanisme de l'abus de droit. Par exemple, le juge de paix de Huy, au terme d'un examen *in concreto*, rejette le moyen de l'abus de droit au motif que « la situa-

⁽¹⁵⁴⁾ C. BIQUET, *op. cit.*, p. 119; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 87; Cass., 12 février 2014, R.W., 2014-2015/23, p. 905.

⁽¹⁵⁵⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 220.

⁽¹⁵⁶⁾ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 86; L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 219.

⁽¹⁵⁷⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 147.

⁽¹⁵⁸⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 219, qui citent : J.P. Wavre (2^e canton), 10 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021, p. 352; J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 37; J.P. Saint-Josse-Ten-Noode, 22 février 2021, inédit, R.G. n° 20A1284, p. 12; J.P. Anvers (1^{er} canton), 21 avril 2021, inédit, R.G. n° 20A6522/1, p. 4; J.P. Wavre (2^e canton), 8 juin 2021, inédit, R.G. n° 21A154, p. 6.

⁽¹⁵⁹⁾ J.P. Saint-Josse-Ten-Noode, 22 février 2021, inédit, R.G. n° 20A1284 (cité par L. BARNICH, N. WEINER, *op. cit.*, p. 220).

⁽¹⁶⁰⁾ J.P. Woluwé-Saint-Pierre, 2 juillet 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie ? Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, *op. cit.*, p. 34.

⁽¹⁶¹⁾ J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, liv. 1, 35.

⁽¹⁶²⁾ J.P. Anvers (1^{er} canton), 21 avril 2021 inédit, R.G. n° 20A6522/1 (cité par L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 222).

tion économique du preneur paraît plus solide que celle du bailleur»⁽¹⁶³⁾. Le juge de paix de Sprimont décide, à la suite d'une appréciation *in concreto* lui permettant de trouver un «juste équilibre entre les intérêts divergents», d'attribuer une réduction de 50 % des loyers dus pendant la période de fermeture obligatoire⁽¹⁶⁴⁾.

Section 3 – Sanction

31. Réduction et dommage et intérêts. C'est le 16 décembre 1982 que la Cour de cassation a défini, pour la première fois, la sanction de l'abus de droit. Elle n'est pas: «la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé»⁽¹⁶⁵⁾. L'exercice du droit dont il est abusé est alors réduit. L'article 1.10 nouveau indique «qu'elle consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé». À nouveau, il s'agit là d'une consécration de la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

Nombreux sont les juges qui ont opté pour une telle sanction dans le cadre de la crise Covid⁽¹⁶⁶⁾. Le loyer demandé par le bailleur était alors diminué. À titre d'exemple, le juge de paix de Bruxelles a ainsi réduit les loyers à charge du locataire de moitié pendant deux mois⁽¹⁶⁷⁾. Le juge de paix de Wavre a accordé la même réduction concernant des faits similaires⁽¹⁶⁸⁾.

L'abus de droit peut également donner lieu à des dommages et intérêts visant à indemniser le préjudice subi par le débiteur⁽¹⁶⁹⁾. Cette seconde sanction, moins pertinente que la première pour le cas qui nous occupe, ne sera pas abordée plus en détail.

Conclusion intermédiaire

32. Un concept déformé. Lors de cette crise, l'abus de droit a pris du terrain au détriment du principe fondamental de la convention-loi. Certains garde-fous mis en place par la Cour de cassation n'ont pas été respectés et l'abus de

⁽¹⁶³⁾ J.P. Huy (1^{er} canton), 19 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, liv. 1, 27.

⁽¹⁶⁴⁾ J.P. Sprimont, 25 juin 2021, inédit, R.G. n° 21A235.

⁽¹⁶⁵⁾ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

⁽¹⁶⁶⁾ J.P. Anvers (3^e canton), 10 juillet 2020, in *Panoplie juridique face à une pandémie ? Les premières décisions commentées en matière de Covid-19*, Bruxelles, la Charte, 2020, p. 49; J.P. Wavre (2^e canton), 10 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021, p. 351; J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 35; J.P. Bruxelles (2^e canton), 29 janvier 2021, inédit, R.G. n° 20A2214; J.P. Saint-Josse-Ten-Noode, 22 février 2021, inédit, R.G. n° 20A1284; J.P. Gand, 13 avril 2021, inédit, R.G. n° 21A142.

⁽¹⁶⁷⁾ J.P. Bruxelles (1^{er} canton), 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/1, p. 35.

⁽¹⁶⁸⁾ J.P. Wavre (2^e canton), 10 novembre 2020, *J.J.P.*, 2021, liv. 7-8, 351.

⁽¹⁶⁹⁾ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

droit semble avoir perdu de son sens. Beaucoup de juges se sont contentés d'une référence à des motifs d'équité afin de prendre la décision qui leur semblait la plus juste, oubliant par la même occasion la motivation *in concreto* de l'abus de droit, pourtant si chère à la Cour de cassation. On voit là le *hiatus* possible entre théorie et pratique.

CHAPITRE 3 – L'IMPRÉVISION

33. Introduction. Dans cette dernière partie, nous allons nous intéresser à la théorie de l'imprévision. Cette dernière s'est, lentement mais sûrement, étendue à la quasi-totalité de l'Europe. Curieusement, un peu à la manière des Gaulois dans *Obélix et Astérix*, la Belgique a, encore et (presque) toujours, continué de résister à l'envahisseur. Cette résistance a définitivement pris fin le 21 avril 2022, par l'adoption en séance plénière de la loi du 24 février 2021 portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil. La théorie de l'imprévision y est consacrée à l'article 5.74, intitulé «changement de circonstances».

Nous commencerons par présenter le parcours de l'imprévision en droit belge (Section 1) avant d'analyser le concept tel qu'il a été consacré par le législateur (Section 2). Enfin, nous concluons en tentant de répondre à la question de la place qu'aurait pu occuper le nouvel article 5.74 lors de la crise que nous avons connue.

Section I – Imprévision en droit belge: le parcours du combattant

34. Propos introductif. Dans un premier temps, nous définirons l'imprévision et exposerons les raisons de son rejet en droit belge (§ 1). Nous nous intéresserons ensuite à la manière dont les praticiens ont tenté de contourner ce rejet par le biais de moyens alternatifs qui ne constituent, au final, que des *ersatz* de l'imprévision (§ 2).

§ I – Définition et rejet

35. Rejet. Sous l'ancien Code civil, H. De Page définissait l'imprévision comme le «déséquilibre entre prestations réciproques qui vient à se produire, dans les contrats à prestations successives ou différées, par l'effet d'événements ultérieurs à la formation du contrat, indépendants de la volonté des parties et se révélant tellement extraordinaires, tellement anormaux, qu'il n'était guère possible de raisonnablement les prévoir»⁽¹⁷⁰⁾.

Dans un arrêt du 30 octobre 1924, la Cour de cassation, concluant à l'irrecevabilité du recours dont elle avait à connaître, en a donné, pour la première

⁽¹⁷⁰⁾ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 1964, p. 560, n° 574.

fois⁽¹⁷¹⁾, la définition : « l'imprévision tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements, lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation de charges qui en résulte »⁽¹⁷²⁾.

D. Philippe, qui a consacré sa thèse de doctorat à la théorie de l'imprévision, la définit comme visant « à faire admettre la résiliation ou l'adaptation du contrat lorsque surviennent des circonstances présentant les caractéristiques suivantes :

- être non imputables à la partie qui les invoque ;
- être imprévisibles et inévitables ;
- entraîner un bouleversement de l'économie contractuelle »⁽¹⁷³⁾.

La théorie de l'imprévision a rapidement été rejetée par la jurisprudence majoritaire⁽¹⁷⁴⁾. Dans un arrêt de principe du 14 avril 1994⁽¹⁷⁵⁾, la Cour jugeait : « Que la convention légalement formée tient lieu de loi aux parties ; qu'elle ne peut être révoquée que de leur accord ou pour les causes que la loi autorise ; qu'elle doit être exécutée de bonne foi et sans abus de droit par les parties ; qu'il s'ensuit que le juge ne peut modifier le contenu d'une convention pour des raisons d'équité.

Que la règle d'exécution de bonne foi n'implique pas que si des circonstances nouvelles non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance ».

La Cour était claire sur ce point : le principe de la convention-loi fait barrage à l'application de la théorie de l'imprévision. Elle a rejeté, par la même occasion, la fonction modificatrice de la bonne foi. Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts de cassation du 30 avril 2004⁽¹⁷⁶⁾ et du 20 avril 2006⁽¹⁷⁷⁾.

36. Des décisions à contre-courant. Deux arrêts de cassation font figure d'exceptions dans cette jurisprudence presque constante.

⁽¹⁷¹⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *op. cit.*, p. 25.

⁽¹⁷²⁾ Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, 565.

⁽¹⁷³⁾ D. PHILIPPE, « Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, p. 16.

⁽¹⁷⁴⁾ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380 ; Cass., 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565 ; D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, *op. cit.*, p. 155.

⁽¹⁷⁵⁾ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.

⁽¹⁷⁶⁾ Cass., 30 avril 2004, R.G. n° C. 02.0201.F, disponible sur www.cass.be.

⁽¹⁷⁷⁾ Cass., 20 avril 2006, R.G. n° C. 03.0084.N, disponible sur www.cass.be.

Le premier est l'arrêt *Scafom international* du 19 juin 2009 par lequel la Cour de cassation belge a admis que l'article 79 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise interprété à la lumière de l'article 7.2 des principes d'Unidroit⁽¹⁷⁸⁾, visait également les cas d'imprévision. En cas de survenance de circonstances imprévues, bouleversant l'économie du contrat, les parties sont appelées à renégocier, à condition que la convention tombe sous le champ d'application de la Convention de Vienne⁽¹⁷⁹⁾.

Le second arrêt porte quant à lui sur la sanction de l'abus de droit. La Cour de cassation a considéré que le jugement attaqué avait légalement pu décider de supprimer une pension alimentaire dont il estimait, au vu des circonstances du cas d'espèce, qu'elle constituait un abus de droit⁽¹⁸⁰⁾. Cette décision a grandement surpris la doctrine en ce qu'elle tranche avec l'enseignement traditionnel selon lequel la sanction de l'abus de droit est la réduction à son exercice normal⁽¹⁸¹⁾. La distinction, déjà fine, entre fonction modératrice et fonction modificatrice de la bonne foi en devient plus ténue encore⁽¹⁸²⁾.

§ 2 – Ersatz de l'imprévision

37. Solutions alternatives. Sous l'empire de l'ancien Code civil, plusieurs moyens juridiques ont été utilisés afin de contourner une application trop rigoureuse du principe de la convention-loi qui mènerait à des situations d'iniquité. Ces solutions ont, dans une certaine mesure, permis de « pallier » l'absence de reconnaissance de l'imprévision en droit belge. Elles ne constituent toutefois que des ersatz dont l'application demeure incertaine.

38. Force majeure et impossibilité raisonnable. Nous avons déjà abordé la tendance à interpréter l'impossibilité de façon raisonnable au regard des obligations telles que convenues par les parties. Certains ont vu dans cette interprétation plus large de la notion d'impossibilité, un moyen d'invoquer l'imprévision⁽¹⁸³⁾. Cependant, bien qu'il soit vrai que la frontière entre imprévision et force majeure tend à s'amenuiser, leurs conséquences divergent.

Les effets de l'imprévision se distinguent de ceux de la force majeure en ce qu'ils consistent en l'obligation, dans le chef des parties, de renégocier les

⁽¹⁷⁸⁾ C. BIQUET-MATHIEU, «Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010», *Rev. Dr. ULiège*, 2012, liv. 3, pp. 244-245 ; N. LHAUT, *La théorie de l'imprévision : première approche de l'article 5.77 du nouveau Code civil belge*, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹⁷⁹⁾ C. BIQUET-MATHIEU, «Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010», *op. cit.*, p. 241.

⁽¹⁸⁰⁾ Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 264.

⁽¹⁸¹⁾ C. BIQUET-MATHIEU, «Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010», *op. cit.*, p. 252.

⁽¹⁸²⁾ D. PHILIPPE, «Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge», *R.D.I.D.C.*, 2015/2, p. 163.

⁽¹⁸³⁾ J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 9 ; B. KHOL, «L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur l'exécution des marchés de construction», *J.T.*, 2020, n° 18, p. 367.

termes du contrat. Le cas échéant, si la négociation est impossible, les parties peuvent requérir l'intervention du juge afin qu'il restaure l'équilibre du contrat ou qu'il y mette fin.

Une seconde différence de taille porte sur la nature de l'obligation du débiteur lésé. Nous avons déjà expliqué les conséquences de l'adage *genera non pereunt* et son corollaire en vertu duquel la force majeure ne peut jamais, si ce n'est indirectement par le biais de la théorie des risques, libérer de son obligation le débiteur d'une dette de somme. *A contrario*, l'imprévision peut être invoquée par le débiteur d'une dette de somme⁽¹⁸⁴⁾. L'adage *genera non pereunt* ne s'applique pas à la théorie de l'imprévision puisqu'il n'est pas requis que l'obligation soit insurmontable, mais bien qu'elle soit devenue excessivement plus difficile à exécuter. Cette deuxième différence présente un intérêt tout particulier concernant la crise Covid-19; nous l'aborderons lors de l'étude des conditions d'application de l'imprévision.

39. L'abus de droit, porte d'entrée de l'imprévision? Certains auteurs, dont D. Philippe, étaient d'avis que l'abus de droit constituait la porte d'entrée de l'imprévision en droit belge⁽¹⁸⁵⁾. Cette doctrine interprétait l'arrêt de cassation du 19 septembre 1983 comme ayant implicitement accepté la théorie de l'imprévision. P. Wéry écrit à ce sujet: «pour la Cour, l'abus de droit constitue une violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil; ce texte oblige, en effet, le créancier à faire preuve de modération dans l'exercice de ses prérogatives contractuelles. Or, tel n'est pas le cas du créancier qui, malgré le bouleversement de l'économie contractuelle à la suite de circonstances nouvelles imprévisibles, continue d'exiger le respect de l'accord primitif allant jusqu'à la ruine du débiteur»⁽¹⁸⁶⁾. La cour d'appel de Mons décide en ce sens que: «le principe de l'exécution de bonne foi des conventions s'oppose en outre à ce que le créancier demande la poursuite de la convention initiale, malgré un bouleversement de l'économie contractuelle allant jusqu'à la ruine du débiteur»⁽¹⁸⁷⁾.

Les conséquences de l'abus de droit sont toutefois différentes de celles de l'imprévision. La sanction de l'abus de droit est sa réduction à un exercice normal. Elle ne peut, en revanche, consister en la suppression dudit droit, ou en sa modification par le juge. Enfin, contrairement à la théorie de l'imprévision, la faute du débiteur ne paralyse pas son action fondée sur l'abus de droit⁽¹⁸⁸⁾.

40. Le rejet de la fonction modificatrice de la bonne foi. Dans le système juridique de l'ancien Code civil, la bonne foi ne peut justifier qu'un juge modi-

⁽¹⁸⁴⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 600.

⁽¹⁸⁵⁾ D. PHILIPPE, «Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge», *R.D.I.D.C.*, 2015/2, pp. 159-164.

⁽¹⁸⁶⁾ Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 283; P. WÉRY, «L'imprévision et ses succédanés», obs. sous Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 108.

⁽¹⁸⁷⁾ Mons (21^e ch.), 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014/23, pp. 1072-1082.

⁽¹⁸⁸⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 601.

fié le contenu du contrat⁽¹⁸⁹⁾. La Cour a rejeté la fonction modificatrice dans deux arrêts de 1994⁽¹⁹⁰⁾. La Professeure C. Biquet écrit à ce sujet que «des motifs tirés de l'équité ou de la méconnaissance de l'obligation de bonne foi ne permettent au juge ni de réviser la convention des parties ni d'autoriser l'une d'elles à ne pas s'exécuter»⁽¹⁹¹⁾. Cette frontière semble pourtant franchie dans l'arrêt du 14 octobre 2010 ainsi que dans celui du 6 janvier 2011 dans lequel la Cour de cassation a jugé : «lorsque, exerçant l'option que lui confère l'article 1184 du Code civil, une partie choisit abusivement de forcer l'autre partie à l'exécution d'une convention au lieu d'en demander ou d'en accepter la résolution avec dommages et intérêts, la réparation de cet abus peut consister en la privation du droit pour cette partie de se prévaloir de l'exécution forcée»⁽¹⁹²⁾.

Bien que la doctrine et la jurisprudence majoritaire rejettent cette fonction modificatrice en vertu du principe de convention-loi⁽¹⁹³⁾, certains avancent toutefois que la Cour de cassation semble progressivement tendre à son acceptation⁽¹⁹⁴⁾.

41. La clause de *hardship*. La matière n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent prévoir une renégociation des obligations contractuelles en cas de changement de circonstances provoquant un déséquilibre contractuel⁽¹⁹⁵⁾. Prévoir l'imprévisible n'est pas chose aisée. La rédaction de ce type de clauses est complexe. Nous ne disposons malheureusement pas du temps nécessaire pour étudier plus en profondeur la question de la difficulté inhérente à la rédaction de telles clauses⁽¹⁹⁶⁾.

Le terme «*hardship*» est emprunté au droit international⁽¹⁹⁷⁾. Les parties prévoient les modalités qu'elles souhaitent sous réserve des exceptions inhérentes au droit commun des obligations.

42. Législations particulières. Bien que l'imprévision n'ait pas été reconvenue en droit belge avant le 21 avril 2022, date d'adoption de la loi du 24 février 2021 précitée, le législateur est parfois intervenu afin de permettre une modification du contrat dans certaines situations bien précises. Selon la jurisprudence,

(189) M. DE POTTER DE TEN BROECK, *op. cit.*, p. 31 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 601.

(190) Cass., 7 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.

(191) C. BIQUET-MATHIEU, «Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010», *op. cit.*, p. 248.

(192) Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 44.

(193) P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 601-602 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, *op. cit.*, p. 64.

(194) Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 85.

(195) *Ibid.*, p. 602.

(196) Pour en avoir une idée plus précise, voy. : D. PHILIPPE, «Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert des risques», in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, pp. 16-25 ; A. VAN GYSEL, «Divorce par consentement mutuel et abus de droit», note sous Cass., 14 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, pp. 160 à 161.

(197) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 813.

seul le législateur peut permettre de déroger au principe de convention-loi⁽¹⁹⁸⁾. Il ne s'agit par conséquent que d'interventions ponctuelles, dérogeant au droit commun, dont on ne saurait tirer de principe général⁽¹⁹⁹⁾. À titre d'exemple, il s'agit de l'article 6 de la loi du 30 avril 1951, permettant une révision du loyer, en cas de diminution de la valeur locative de l'immeuble loué suite à des circonstances nouvelles.

Section 2 – La réforme et son article 5.74

43. Plan. Après avoir présenté le texte de l'article 5.74, intitulé « changement de circonstances (§ 1), nous en étudierons les conditions (§ 2) et exposerons ses effets (§ 3).

§ I – La théorie de l'imprévision enfin consacrée

44. L'article 5.74. Le livre 5 du nouveau Code civil, portant réforme du droit des obligations, a été adopté par le parlement le 21 avril 2022. La consécration de la théorie de l'imprévision en constitue une des innovations les plus importantes en droit des obligations belge. L'article 5.74, intitulé « changement de circonstances », est rédigé comme suit :

« Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;

2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ;

3° ce changement n'est pas imputable au sens de l'article 5.225 au débiteur ;

4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et

5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité.

Les parties continuent à exécuter leurs obligations pendant la durée des renégociations. En cas de refus ou d'échec des renégociations dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date qui ne peut être antérieure

⁽¹⁹⁸⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 597.

⁽¹⁹⁹⁾ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1902, I, p. 380 (cité par P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 820) ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 597.

au changement de circonstances et selon des modalités fixées par le juge. L'action est formée et instruite selon les formes du référé»⁽²⁰⁰⁾.

45. Une exception, limitée, au principe de la convention-loi. L'article 5.74 constitue une dérogation au principe général de convention-loi, énoncé à l'article 5.69 en ces termes : «Le contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait» (anc. art. 1134). Les conséquences sont les suivantes : en principe, les conventions ne peuvent être modifiées que de l'accord des parties. Tant que les obligations du contrat peuvent être accomplies, elles doivent être exécutées «quoi qu'il en coûte au débiteur»⁽²⁰¹⁾. Un juge ou toute autre autorité, ne peut à lui seul, sauf exception prévue par la loi, en modifier le contenu⁽²⁰²⁾. Ce principe n'est toutefois pas absolu et connaît des exceptions, tant légales⁽²⁰³⁾ que judiciaires⁽²⁰⁴⁾, qui se sont multipliées avec le temps⁽²⁰⁵⁾ ; l'article 5.74 en constitue une.

Le législateur ne manque toutefois pas de rappeler que la consécration de l'imprévision ne signifie pas sa primauté sur le principe de convention-loi. Ainsi, l'alinéa premier dudit article souligne que ce principe ne doit pas être remis en cause par une simple modification des conditions d'exécution de certaines obligations. Au contraire, l'article 5.74 nouveau vise à s'appliquer dans des conditions assez extraordinaires. Son interprétation ne peut être extensive⁽²⁰⁶⁾. En restreignant fortement le champ d'application de l'article, le législateur continue d'affirmer la prévalence du principe de convention-loi. Cette limite fixée par le législateur est indispensable à la bonne compréhension dudit article.

46. Caractère supplétif. L'article 5.74 est supplétif de volonté. Les parties peuvent donc y déroger en prévoyant qu'il ne s'appliquera pas ou en en réglant les modalités. L'exposé des motifs le précise : «la disposition est supplétive, tant dans son principe que dans ses modalités d'application»⁽²⁰⁷⁾. Il faudra donc en premier lieu s'intéresser au contenu du contrat afin de vérifier si, et dans quelle mesure, les parties y ont dérogé. La loi peut également écarter l'application de l'article 5.74.

Ce caractère supplétif apparaît comme un rappel implicite de la primauté du principe de la force obligatoire des conventions : le contrat forme la loi des parties, celles-ci peuvent en écarter la possibilité de renégociation en cas

⁽²⁰⁰⁾ Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/10, pp. 84-86.

⁽²⁰¹⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 597.

⁽²⁰²⁾ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 178.

⁽²⁰³⁾ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 405.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 407.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 400.

⁽²⁰⁶⁾ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 85.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibid.*

de survenance du changement de circonstances. Rappelons toutefois que, si la théorie de l'imprévision est supplétive, le filet de sécurité que constitue l'abus de droit ne peut, au contraire, pas être conventionnellement écarté par les parties (art. 5.73 *in fine*).

§ 2 – Conditions

47. Choix des conditions. L'article 5.74 énonce, pour son application, cinq conditions que nous pensons pouvoir regrouper en trois pôles. Premièrement, il est requis un changement de circonstances imprévisible et non imputable. Deuxièmement, ce changement doit rendre l'exécution du contrat excessivement plus onéreuse de sorte qu'il n'est plus raisonnable de l'exiger. Enfin, le débiteur de l'obligation devenue excessivement plus onéreuse ne doit pas en avoir assumé le risque.

48. Première condition : un changement de circonstances imprévisible et non imputable. Le changement de circonstances peut être de plusieurs types : économique, sanitaire, juridique, politique, etc.⁽²⁰⁸⁾. Il n'est pas forcément instantané et peut s'inscrire dans le temps⁽²⁰⁹⁾. D. Philippe propose d'apprécier les notions d'imprévisibilité et de non-imputabilité à la lumière de ce qui se fait déjà pour la force majeure : la prévisibilité raisonnable⁽²¹⁰⁾. Elle s'apprécie en référence au comportement d'une personne suffisamment prudente et diligente placée dans les mêmes conditions⁽²¹¹⁾. Ainsi, un événement imprévisible aux yeux du profane ne le sera pas forcément à ceux du professionnel.

Le caractère imprévisible s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. *Quid* lorsque, un peu à la manière du « risque putatif » en droit des assurances, les parties contractent dans l'ignorance du changement de circonstances, pourtant antérieur à la conclusion du contrat ? La loi ne prévoit pas, explicitement du moins, de réponse à la question qui précède. N. Lhaut privilégie une interprétation extensive de l'article 5.74 en vertu de laquelle le silence du législateur quant à la condition de postériorité signifie que l'imprévision peut s'appliquer lorsque les parties ignorent que le changement de circonstances est déjà survenu lors de la conclusion du contrat⁽²¹²⁾. Cependant, nous nous alignons sur l'avis de J. van Zuylen qui estime que la condition de pos-

(208) J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 287.

(209) *Ibid.*

(210) D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 64.

(211) J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 302.

(212) N. LHAUT, *La théorie de l'imprévision : première approche de l'article 5.77 du nouveau Code civil belge*, *op. cit.*, p. 47.

tériorité a implicitement été consacrée par le législateur⁽²¹³⁾. Selon lui le terme « changement de circonstances » implique une comparaison entre le moment de la conclusion du contrat et le moment du changement de circonstances. Ainsi, le législateur limite l'application de l'article aux événements imprévisibles qui surviendraient postérieurement à la conclusion du contrat. Enfin, nous souhaitons rappeler que le législateur a volontairement réservé l'application de l'article 5.74 à des situations exceptionnelles. Il précise à cet égard que l'article s'appliquera uniquement lorsque ses « strictes conditions » seront rencontrées⁽²¹⁴⁾. Une interprétation extensive des conditions d'application nous paraît aller à l'encontre de la volonté du législateur.

Appliqué à la crise du Covid-19, il s'agit de l'ensemble des décisions de confinement prises par les autorités. Les mesures interdisant l'exploitation des commerces non essentiels devaient donc être imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Si cette condition ne pose pas de problème pour les contrats conclus avant le premier confinement, la question de la prévisibilité du second confinement est, en revanche, plus délicate. Il nous semble cependant qu'un second confinement, d'une telle ampleur, n'était pas raisonnablement prévisible au sortir du premier confinement. Une telle réponse requiert toutefois une analyse *in concreto*.

Pour définir l'imputabilité, le législateur se réfère à l'article 5.225 qui dispose : « L'inexécution n'est imputable au débiteur que si une faute peut lui être reprochée ou s'il doit en répondre en vertu de la loi ou d'un acte juridique (...) La faute s'apprécie selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». Le prescrit légal est clair et n'appelle pas à plus de commentaires dans le cadre de ce travail. En l'occurrence, la fermeture des commerces non essentiels ne peut, par principe, être imputée à quiconque puisqu'elle résulte de l'ordre de la loi.

49. Seconde condition : l'exécution du contrat devient excessivement onéreuse de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger. Peut-on considérer, dans l'hypothèse où la force majeure et la théorie des risques sont rejetées, que les loyers sont devenus excessivement plus onéreux par suite des mesures de fermeture des établissements ? Le tribunal de Paris a jugé que l'imprévision, consacrée par l'article 1195 du Code civil français, n'était pas applicable en ce que le loyer, resté identique pendant le confinement, n'était pas devenu excessivement onéreux⁽²¹⁵⁾. Selon nous, le tribunal de Paris, en donnant une interprétation

(213) J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », *op. cit.*, p. 287.

(214) Projet de loi du 24 février 2021 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1.

(215) Tribunal de commerce, 11 décembre 2020, n° 2020035120, (cité par Y. GRANJON, R. BAGUENAUT DE PUCHESSE, *Covid-19 et obligation de paiement des loyers : recensement des décisions rendues*, consulté le 24 avril 2022 sur : <https://www.gide.com/fr/actualites/covid-19-et-obligation-de-paiement-des-loyersrecensement-des-decisions-rendues>).

restrictive de la théorie de l'imprévision, omet que la valeur d'une obligation dépend de celles des obligations interdépendantes.

Le législateur belge a anticipé ces débats en précisant, dans l'exposé des motifs, le sens du terme « onéreux ». L'onérosité d'une obligation peut augmenter de deux manières : « soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué »⁽²¹⁶⁾. Elle peut donc être directe, lorsque le coût d'exécution augmente, ou indirecte, lorsque la valeur de la contre-prestation diminue.

Que faut-il entendre par la notion de « valeur de la contre-prestation » ? Selon nous, il s'agit de la valeur, accordée par les parties à une prestation, sur laquelle se fonde la contre-prestation et qui définit l'équilibre contractuel. Lorsque des parties s'engagent dans un contrat, c'est, généralement, parce qu'elles estiment que la valeur de la contre-prestation compense le coût de l'obligation. Si un événement extérieur modifie l'exécution de l'obligation, qu'elle en devienne plus simple, ou plus compliquée, sa valeur fluctue, de même que l'équilibre contractuel voulu par les parties. Seul le déséquilibre excessif peut donner lieu à l'application de l'article 5.74.

Le Professeur D. Philippe est également d'avis que « l'onérosité d'un contrat doit être comprise comme le déséquilibre entre prestations »⁽²¹⁷⁾. Cette précision est particulièrement importante au regard de la crise. Bien que le montant du loyer n'augmente pas à proprement parler, il devient plus onéreux en ce que la valeur de la contre-prestation à charge du bailleur diminue puisqu'il ne peut plus procurer la jouissance, totale ou partielle, du bien loué. Or, la valeur, aux yeux du preneur, de l'obligation à charge du bailleur, est sa potentielle rentabilité, sur laquelle il compte pour payer son loyer. Si le bailleur n'est plus en mesure de l'assurer, sa valeur diminue fortement, modifiant drastiquement l'équilibre contractuel. L'obligation du locataire de payer le loyer en devient, selon nous, excessivement plus onéreuse de sorte que l'imprévision trouve à s'appliquer.

L'adjectif « excessif » est de nature à laisser un important pouvoir d'appréciation au juge qui tranchera en fonction des circonstances du cas d'espèce. Le législateur semble toutefois légèrement limiter ce pouvoir en indiquant qu'une obligation devient excessivement onéreuse lorsqu'il *n'est plus raisonnable de l'exiger* telle qu'elle a été initialement convenue par les parties.

50. Troisième condition : le débiteur n'a pas assumé le risque d'imprévision. Les parties peuvent décider d'attribuer conventionnellement à l'une d'elles la charge du risque d'augmentation excessive du coût d'exécution d'une obliga-

⁽²¹⁶⁾ Projet de loi du 24 février 2001 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 85.

⁽²¹⁷⁾ D. PHILIPPE, « L'introduction de l'imprévision en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, t. 29, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 63-64.

tion suite à un changement de circonstances⁽²¹⁸⁾. En pareil cas, l'article 5.74, alinéa 2, 4^o écarte le jeu de l'imprévision. Cette répartition peut être explicitement mentionnée par les parties⁽²¹⁹⁾. Elle peut également être implicite, et découler du montant alloué à une prestation⁽²²⁰⁾, ou induite de la nature du contrat ou de la qualité de professionnel d'une partie⁽²²¹⁾. Cette répartition conventionnelle doit alors faire l'objet d'une interprétation stricte⁽²²²⁾. J. van Zuylen écrit à ce sujet: «si les parties souhaitent que le mécanisme de l'article 5.74 soit exclu pour un risque déterminé, il convient de le mentionner explicitement dans la clause, par exemple en stipulant que telle circonstance ne peut en aucun cas (c'est-à-dire, quelle que soit son ampleur) donner lieu à révision ou dissolution du contrat. À défaut d'une telle précision, le juge pourrait considérer que le débiteur entendait n'accepter le risque que dans la mesure où ce dernier pouvait raisonnablement entrer dans les prévisions des parties lors de la conclusion du contrat»⁽²²³⁾. Il est donc recommandé aux parties de prévoir précisément sur quels risques porte la répartition, et dans quelle mesure ils sont assumés par le débiteur.

§ 3 – Effets

51. Phase amiable. Lorsque toutes les conditions sont satisfaites, le débiteur peut réclamer que le contrat soit renégocié ou qu'il y soit mis fin (article 5.74, alinéa 2). La négociation ne dispense pas les parties d'exécuter leurs obligations (article 5.74, alinéa 3).

52. Phase judiciaire. En cas d'échec des négociations, un juge interviendra à la demande d'au moins une partie (article 5.74, dernier alinéa). L'action se fait sous forme de référé afin que l'efficacité de la disposition soit garantie⁽²²⁴⁾.

Le dernier alinéa de l'article 5.74 fixe deux conditions à l'intervention du juge: d'une part, l'échec des négociations dans un délai raisonnable et d'autre part, la saisine du juge par une partie. Si le juge s'aperçoit que la tentative de négociations préalables à la judiciarisation du litige fait défaut, il peut surseoir

⁽²¹⁸⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden*, op. cit., p. 210.

⁽²¹⁹⁾ J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 307.

⁽²²⁰⁾ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden*, op. cit., p. 210.

⁽²²¹⁾ N. LHAUT, op. cit., p. 48; M. DUPONT, «Inexécution et sanctions: l'inexécution non imputable au débiteur», in *Droit des obligations – Le nouveau livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 97; J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 307-309.

⁽²²²⁾ J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», op. cit., p. 307; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden*, op. cit., p. 212.

⁽²²³⁾ J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», op. cit., p. 307.

⁽²²⁴⁾ *Ibid.*, p. 85.

à statuer⁽²²⁵⁾. Il ne s'agit pas tant d'une condition de renégociation du contrat qu'une condition d'amorce, de tentative de négociations. Le texte n'impose pas aux parties de renégocier leur contrat⁽²²⁶⁾.

Une fois correctement saisi, le juge peut mettre fin au contrat ou le modifier. Lorsqu'il use de son pouvoir d'adapter les obligations d'un contrat, le juge doit tenir compte de la volonté raisonnable des parties si elles avaient tenu compte du changement de circonstances. L'article 5.74, dernier alinéa, dispose à cet égard que : «le juge peut, à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances». Le juge peut également mettre fin au contrat avec un effet rétroactif limité puisqu'il ne peut remonter au-delà de la date du changement de circonstances.

Conclusion intermédiaire

53. L'imprévision à la rescousse des locataires. Abstraction faite de la force majeure et de la théorie des risques, il nous semble que l'article 5.74 nouveau aurait trouvé matière à s'appliquer dans le cadre de la crise Covid-19. Les conséquences auraient été à l'avantage de toutes les parties : le contrat renégocié, l'obligation du preneur aurait été revue à la baisse et le bailleur aurait conservé sa poule aux œufs d'or. Le cas échéant, le juge serait intervenu pour adapter le contrat⁽²²⁷⁾.

Nous nous devons toutefois de nuancer l'affirmation qui précède en raison de l'important pouvoir d'appréciation que l'adjectif «excessivement» laisse aux juges. La qualification du caractère excessivement onéreux d'une obligation dépendra de l'appréciation qu'en fera le juge en fonction du cas d'espèce ; en cela, il n'est pas possible d'affirmer une solution abstraite qui aurait comme vocation une application universelle. De plus, le législateur privilégie le principe de convention-loi en insistant sur le caractère exceptionnel de l'article 5.74, dont l'application doit demeurer extraordinaire. Cependant, nous pensons pouvoir affirmer que la crise Covid constitue bel et bien une des situations extraordinaires que le législateur a souhaité appréhender à travers le prescrit de l'article 5.74.

⁽²²⁵⁾ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, p. 85.

⁽²²⁶⁾ J. VAN ZUYLEN, «Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat», in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 314.

⁽²²⁷⁾ Il nous semble que la résiliation n'aurait eu que très peu d'intérêt pour les parties au vu du caractère temporaire du changement de circonstances.

CONCLUSION GÉNÉRALE

54. Une modernisation nécessaire. Nous arrivons au terme de cette contribution et il est désormais temps de répondre aux questions posées lors de l'introduction. Le droit belge permettait-il de faire face à la crise Covid? L'article 5.74 nouveau aurait-il permis de mieux appréhender la question du paiement des loyers dans les baux commerciaux frappés par l'obligation de fermeture?

La diversité des décisions étudiées est, à notre sens, révélatrice du malaise des juges au moment de qualifier juridiquement cette situation inédite. Tantôt les juges ont accueilli l'argument de la force majeure combiné avec la théorie des risques, tantôt ils l'ont rejeté – en estimant que la jouissance convenue ne comprenait pas la clientèle; d'autres encore ont préféré statuer en équité, en décidant que le fait d'exiger le maintien de l'exécution du bail en dépit d'une telle crise constituait un abus de droit.

Si la meilleure doctrine considérait, à juste titre, que la théorie des risques constituait une réponse juridiquement pertinente pour rencontrer les différentes situations que la jurisprudence avait à connaître, force est de constater que ce raisonnement n'a reçu que très peu d'écho en jurisprudence. Seulement un peu plus d'un quart des nonante décisions analysées par L. Barnich et N. Weiner invoquent la théorie des risques⁽²²⁸⁾. Un décalage s'est ainsi formé entre une jurisprudence disparate, parfois contradictoire, et une doctrine quasi unanime. Quelles en sont les explications? Le temps limité dont ont disposé les juges ainsi que la qualité des plaideurs peut l'expliquer pour partie. Le peu de références à la théorie des risques dans les décisions met également en évidence le manque d'affinités du monde pratique avec ladite théorie, pourtant bien ancrée en doctrine et en jurisprudence. Dans la majorité des cas, tant les juges que les avocats qui plaidaient ont semblé ne pas en avoir connaissance. Ce constat soulève le problème de l'accessibilité à l'information juridique, auquel la réforme du livre 5 du Code civil, modernisant le droit afin de le rendre plus accessible, a l'ambition de pallier⁽²²⁹⁾. La consécration de la théorie des risques dans la réforme nous semble être une nécessité pour que les praticiens soient mieux au courant de son existence.

Certains juges ont jugé en équité en privilégiant l'abus de droit lorsque le caractère automatique de la théorie des risques ne leur permettait pas de prendre une décision tenant compte de la situation économique des parties, qui varie d'un litige à l'autre. Ils ont adapté les obligations des parties afin qu'elles soient conformes à ce qui leur semblait juste – en étirant parfois les conditions de l'abus de droit nécessitant normalement une appréciation *in concreto*. Il nous semble que l'article 5.74 aurait constitué une alternative à l'abus de droit,

⁽²²⁸⁾ L. BARNICH et N. WEINER, *op. cit.*, p. 196.

⁽²²⁹⁾ Proposition de loi portant le livre 5 «Les obligations» du Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1806/1, pp. 5-6.

plus correcte d'un point de vue juridique, qui aurait permis aux juges d'adapter le contrat en prenant en compte la situation des parties et ce qu'elles auraient raisonnablement convenu si elles avaient anticipé le changement de circonstances. Il aurait également été une alternative aux effets parfois trop rigides de la théorie des risques lorsque ceux-ci ne permettaient pas de prendre en compte la situation des parties.