

La nullité du contrat d'entreprise et l'accès à la profession de l'entrepreneur

par Aurélie LEBLUX

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocate au barreau de Bruxelles

et Sébastien VANVREKOM

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

*Chaque profession a un vice et un danger
qui lui sont attachés. (Voltaire)*

1. Introduction. Nombreuses sont les professions dites « réglementées » pour lesquelles l'accès ou l'exercice est légalement subordonné à des conditions spécifiques ou des qualifications déterminées.

Chaque métier présente ses difficultés, et ses dangers ; la loi a voulu que ceux techniquement complexes ne soient exercés que par des entrepreneurs « qualifiés », c'est-à-dire des personnes disposant de toutes les compétences requises pour exercer leur art. La présente contribution a premièrement pour objet de rappeler le cadre de ces professions spécifiques. La seconde partie portera sur l'étude de la sanction qui s'applique aux contrats d'entreprise conclus par des entrepreneurs ne disposant pas des qualifications requises. Il est, en effet, sévèrement, mais unanimement, admis que le défaut d'accès à la profession entraîne la nullité de l'accord conclu par l'entrepreneur. Il paraît, enfin, utile d'analyser, outre les contours de cette nullité, tous les effets de celle-ci, dans le contexte spécifique du contrat d'entreprise.

Chapitre 1 L'accès à la profession

Section 1 Le cadre général

2. Une absence de définition légale. La pratique utilise régulièrement la formule d'«accès à la profession», bien que celle-ci n'ait jamais reçu de définition légale. Les lois et règlements pertinents distinguent, d'une part, les «connaissances de gestion de base» et, d'autre part, les «compétences professionnelles», toutes deux nécessaires pour disposer des «capacités entrepreneuriales»¹, communément entendues sous le terme d'«accès à la profession».

La doctrine définit, quant à elle, l'accès à la profession comme visant «une réglementation spécifique relative à un certain nombre d'activités principalement du domaine de la construction : ces activités ne peuvent être exercées par les petites ou moyennes entreprises que moyennant une autorisation préalable»².

3. Les principales exigences posées. Le texte législatif de référence dans cette matière est la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante (ci-après, «la loi-programme») ³. Cette loi fut présentée à la Chambre sous le gouvernement Dehaene, justifiant du fait que, «pour réussir dans une entreprise indépendante, il est indispensable de posséder une solide préparation en gestion d'entreprise en plus des qualités personnelles et des aptitudes professionnelles»⁴. Dans cette optique, le législateur a imposé que toute petite ou moyenne entreprise, personne morale ou personne physique exerçant une activité exigeant une inscription au registre du commerce ou de l'artisanat, démontre des «connaissances de gestion de base»⁵ ainsi que, pour vingt-six activités commerciales et artisanales⁶, des «compétences pro-

¹ Art. 3 de la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, M.B., 21 février 1998.

² B. LOUVEAUX, «L'accès à la profession des entrepreneurs», note sous Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, J.L.M.B., 1997, p. 1296.

³ Loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, M.B., 21 février 1998. Notons que cette loi abroge pour sa quasi-totalité la loi du 15 décembre 1970 sur l'exercice des activités professionnelles dans les petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat, M.B., 20 mars 1971.

⁴ Doc. parl., Chambre, 1996-1997, n° 1206, p. 6.

⁵ Sont dispensées de devoir démontrer des connaissances de gestion de base les entreprises qui n'exercent pas d'activités commerciales ou artisanales, les entreprises qui exercent des services dans les professions intellectuelles réglementées par la loi-cadre du 1^{er} mars 1976, les entreprises inscrites à la BCE avant le 1^{er} janvier 1999, etc.

⁶ Outre les métiers de la construction, les activités relatives aux bicyclettes et aux véhicules à moteur (arrêté royal du 21 décembre 2006) et les activités relatives aux soins corporels, tels coiffeurs, esthéticiennes, pédi-

professionnelles»⁷. Un arrêté royal du 21 octobre 1998⁸ définit les conditions utiles pour obtenir les «connaissances de gestion de base» précitées. L'arrêté royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale⁹, énumère, quant à lui, l'ensemble des «capacités professionnelles» requises pour la majeure partie des métiers de la construction, répartis en neuf catégories¹⁰. En vertu des dispositions que ce dernier arrêté contient, chaque entrepreneur des métiers de la construction se doit de justifier, outre des compétences techniques spécifiques, d'une série de connaissances administratives, telles que celles sur les droits et obligations du sous-traitant, ou encore celle sur les assurances nécessaires.

Il convient encore de souligner que la compétence professionnelle pour l'activité dite d'«entreprise générale», qui est une des neuf catégories de travaux définies par l'arrêté royal du 29 janvier 2007 précité, ne permet pas l'exercice des diverses autres activités réglementées de la construction. Tout entrepreneur doit, en effet, justifier d'un accès spécifique pour chaque activité réglementée¹¹. La compétence d'«entreprise générale» permet uniquement l'emploi de sous-traitants qui disposent, eux, des capacités entrepreneuriales requises¹².

Notons enfin qu'en vertu de l'article 16 de la loi-programme, celui qui exerce une des activités réglementées sans disposer des connaissances de gestion de base et/ou de la compétence professionnelle requise peut être sanctionné d'une amende de 250 à 10.000 euros, outre la faculté pour les tribunaux

cures, masseurs, opticiens, etc. (arrêté royal du 21 décembre 2006), doivent également justifier de «compétences professionnelles».

⁷ Art. 4 et 5 de la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, *M.B.*, 21 février 1998. Sur ce point, voy. M. DUPONT, «Professions réglementées et sanctions judiciaires et civiles», *J.T.*, 2015, p. 629 ou, encore, A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, «L'ordre public en droit de la construction : un concept aux multiples ramifications», in B. KOHL (dir.), *Droit de la construction*, coll. CUP, vol. 166, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 27 et 28.

⁸ Arrêté royal du 21 octobre 1998 portant exécution du chapitre I^{er} du titre II de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante, *M.B.*, 19 novembre 1998.

⁹ *M.B.*, 27 février 2007.

¹⁰ Sans toutefois concerner tous les métiers de la construction, les activités réglementées sont notamment la menuiserie et la vitrerie, le plafonnage, le cimentage et la pose de chapes, la menuiserie générale, le carrelage, le marbre et la pierre naturelle, le gros œuvre, la finition, la toiture et l'étanchéité, les activités électrotechniques, les activités d'installation de chauffage central, de climatisation, de gaz et de sanitaire, et, enfin, l'entreprise générale. Pour la liste complète, voy. Th. LOTH et O. HAENECOUR, «Les règles de l'art et la compétence des constructeurs», *Le Pli juridique*, 2012, p. 17. Pour savoir ce que chacune de ces catégories recouvre, voy. aussi le *Guide d'aide au contrôle des capacités entrepreneuriales* édité par le Collège des experts-architectes de Belgique, Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1293; C. WYNANTS, «Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession: rappel des principes», *Entr. et dr.*, 2010, p. 462.

¹² Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016», *J.L.M.B.*, 2016, p. 1457.

d'ordonner la fermeture totale ou partielle de l'établissement irrégulièrement exploité par l'entrepreneur¹³.

4. Les titulaires de l'accès à la profession. La loi-programme du 10 février 1998 énonce que c'est à l'entrepreneur lui-même qu'il revient de justifier de ses connaissances, ou bien son conjoint, son cohabitant légal, son partenaire avec lequel il cohabite depuis au moins six mois ou, encore, la personne physique qui exerce effectivement la direction technique journalière de l'entreprise ou de l'activité professionnelle pour laquelle la compétence professionnelle est fixée¹⁴.

Dans le cas d'une activité entrepreneuriale exercée par une personne morale, la preuve de la compétence professionnelle doit être fournie par la personne physique qui exerce effectivement la direction technique journalière de l'entreprise ou de l'activité professionnelle pour laquelle la compétence professionnelle est fixée¹⁵.

Par la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles¹⁶, transposée en droit belge par une loi du 12 février 2008¹⁷, le législateur européen a voulu conférer aux personnes ayant acquis leurs qualifications professionnelles dans un État membre la garantie d'accéder à la même profession et au même exercice d'une profession réglementée dans un autre État membre, avec les mêmes droits que les entrepreneurs nationaux¹⁸.

Section 2

Distinction avec les exigences apparentées

5. Introduction. L'exigence d'accès à la profession est à distinguer d'autres institutions connexes avec lesquelles elle est parfois confondue¹⁹.

6. L'enregistrement. L'enregistrement permettait autrefois de vérifier si l'entreprise était « en règle avec ses obligations de TVA, de contributions et

¹³ L.-O. HENROTTE, « La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles », *Le Plj juridique*, 2013, p. 12.

¹⁴ Art. 4, § 2, et 5, § 2, de la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, *M.B.*, 21 février 1998.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *J.O.*, L 255/22 du 30 septembre 2005.

¹⁷ Loi du 12 février 2008 instaurant un nouveau cadre général pour la reconnaissance des qualifications professionnelles, *M.B.*, 2 avril 2008.

¹⁸ Voy. cependant les dispositions et les exceptions contenues dans la directive 2005/36/CE et la loi du 12 février 2008.

¹⁹ Mons, 3 février 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Hérités du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2011, p. 884.

d'ONSS »²⁰
pas un élém-
contre la fr
ment n'étai
des paiemen
adapté pou
nombre d'a
pour les in
gistrement²
contrariété
pénne²⁵.

7. L'agr
réserve du
l'agrégation
ou catégor
merce ou au
de l'État m
que tout en
accès requi
conseillée.

²⁰ O. HAENE
Bruxelles,

²¹ Liège, 21
J.L.M.B., 2

²² J. BOCKO
égaleme
« Inédits

²³ O. HAENE

²⁴ Sur cette
travaux li
Bouwrech

²⁵ Arrêté ro
les reven
1944 cor

être des
portant i

modifia
des impé
1944 cor

op. cit., p.

²⁶ Loi du 20

²⁷ Cette ob
produire
preuves
preneurs

²⁸ A. DELVA

d'ONSS»²⁰. Contrairement à certaines idées reçues²¹, l'enregistrement n'était pas un élément de validité du contrat²², mais un outil important dans la lutte contre la fraude sociale et fiscale. «À l'origine, ce principe de l'enregistrement n'était utilisé qu'entre professionnels du secteur (avec retenue éventuelle des paiements pour les sous-traitants non enregistrés). Le système s'est ensuite adapté pour devenir une sorte de label de qualité donnant droit à un certain nombre d'avantages, tels qu'un tarif de TVA réduit ou une réduction d'impôts pour les investissements économiseurs d'énergie»²³. La formalité de l'enregistrement²⁴ n'est plus en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012 en raison de sa contrariété avec les principes de libre circulation imposés par l'Union européenne²⁵.

7. L'agrément. L'agrément est indépendante de l'accès à la profession, sous réserve du fait que l'article 4, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux²⁶ impose²⁷, pour l'octroi de toute classe ou catégorie d'agrément, que l'entreprise soit inscrite «au registre de commerce ou au registre professionnel selon les conditions prévues par la législation de l'État membre où le demandeur est établi». L'on en déduit généralement que tout entrepreneur disposant d'une agrément est forcément détenteur des accès requis²⁸, bien qu'une vérification des accès en tant que tels soit toujours conseillée.

²⁰ O. HAENECOUR et al., *Guide pratique des règles de l'art. Contraintes et signes de qualité dans la construction*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 229.

²¹ Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2001/7, p. 276; Comm. Namur, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 360.

²² J. BOCKOURT et al., *Le contrat d'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 55, citant Bruxelles, 17 octobre 2002, inédit, également cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2006, p. 1302; B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2001, p. 276.

²³ O. HAENECOUR et al., *op. cit.*, p. 229.

²⁴ Sur cette ancienne formalité, voy., entre autres, D. FISSE et L. DURVIAUX, «L'enregistrement des entrepreneurs de travaux immobiliers», *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 290-311; R. LEPOUTRE, «Registratie van aannemers», in *Handboek Bouwrecht*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 767-782.

²⁵ Arrêté royal du 27 décembre 2007 portant exécution des articles 400, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et des articles 12, 30bis et 30ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, et de l'article 6ter de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail partiellement abrogé par l'arrêté royal du 3 août 2012 portant exécution de l'article 21 de la loi du 7 novembre 2011 portant des dispositions fiscales et diverses et modifiant l'arrêté royal du 27 décembre 2007 portant exécution des articles 400, 401, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 31 décembre 2007. Voy. aussi O. HAENECOUR et al., *op. cit.*, p. 229.

²⁶ Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 6 avril 1991.

²⁷ Cette obligation ressort plus précisément de l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6^o, de l'arrêté ministériel relatif aux documents à produire lors de demandes d'agrément, d'agrément provisoire, de transfert d'agrément ou de l'appréciation des preuves requises en application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, *M.B.*, 18 octobre 1991.

²⁸ A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 24.

L'agrément a pour objet de réserver l'accès à certains marchés publics aux seuls entrepreneurs agréés selon les conditions énumérées dans la loi du 20 mars 1991 précitée. Elle permet aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer « les capacités financières et techniques de l'entreprise »²⁹ dès lors qu'elle est octroyée à différentes « classes » d'entrepreneurs qui souhaitent soumissionner pour un marché public d'une valeur supérieure à un seuil déterminé³⁰.

L'absence d'agrément n'affecte pas la validité de la convention d'entreprise, mais la possibilité pour un entrepreneur de se porter candidat pour l'exécution d'un marché public d'une certaine technicité ou d'une valeur préétablie³¹.

8. Les codes NACE. Les codes NACE ne doivent pas davantage être confondus avec l'accès à la profession des entrepreneurs. Ils n'ont, en effet, aucune incidence sur les capacités entrepreneuriales de l'entrepreneur, mais renvoient à une « Nomenclature générale des Activités économiques des Communautés européennes » (NACE). Cette nomenclature a été créée dans le but de rassembler les données relatives aux activités économiques exercées dans chaque État membre de l'Union européenne³². En définitive, ces codes énumèrent les activités d'une entreprise telles qu'elles ont été déclarées au guichet d'entreprises, à l'ONSS ou à l'administration TVA³³ et, compte tenu de leur harmonisation au niveau européen, ils permettent notamment l'établissement de relevés statistiques.

Section 3

Les modalités et les difficultés de la vérification de l'accès à la profession

9. Le principe. Lors de son inscription à la Banque-carrefour des entreprises (BCE), le gérant d'une entreprise doit notamment déclarer « les activités économiques exercées par l'entreprise » ainsi que « la mention des autorisations et licences dont dispose l'entreprise ou les qualités pour lesquelles cette dernière est connue auprès des différentes autorités, administrations et [différents]

²⁹ O. HAENECOUR et al., *op. cit.*, p. 228.

³⁰ Voy. l'arrêté royal du 20 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, M.B., 18 octobre 1991.

³¹ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, *op. cit.*, p. 24; sur cette question, voy., entre autres, J. de STAERCKE, « Erkennung van aannemers », in *Handboek Bouwrecht*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 782-802.

³² O. HAENECOUR et al., *op. cit.*, p. 237.

³³ L.-O. HENROTTE, « Les règles de l'art et la compétence des constructeurs », *op. cit.*, p. 18.

services»³⁴. Cette inscription s'effectue auprès d'un guichet d'entreprises³⁵. Une entreprise ne pourrait donc *a priori* exercer une activité économique et obtenir une inscription régulière à la BCE si elle n'a pas les «capacités entrepreneuriales» requises, soit l'accès à la profession³⁶. À défaut, les guichets d'entreprises doivent, en effet, émettre une décision motivée de refus d'inscription à la BCE, décision qui est susceptible de recours³⁷.

10. La vérification concrète de l'accès à la profession. Tout praticien se devra de procéder à la vérification concrète de ce que l'entrepreneur dispose effectivement des accès et compétences requis.

Pour ce faire, de manière très concrète, la recherche s'effectue sur la plateforme en ligne «*Public search*» de la Banque-carrefour des entreprises³⁸. Après l'encodage des références³⁹ relatives à l'entreprise, la recherche aboutit sur les données qui la concernent, lesquelles sont classées en différentes rubriques (généralités, fonctions, qualités, etc.). La rubrique pertinente est celle intitulée «Compétences professionnelles et connaissances de gestion de base»⁴⁰ où vont se retrouver les compétences professionnelles pour les activités réglementées «tant en ce qui concerne les connaissances de gestion de bases qu'en ce qui concerne les compétences professionnelles spécifiques, et notamment pour les activités réglementées dans le secteur de la construction»⁴¹ (A).

³⁴ Art. 6, § 1^{er}, 7^o et 9^o, de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets d'entreprises agréés et portant diverses dispositions, M.B., 5 février 2003, abrogée par la loi du 17 juillet 2013, désormais repris à l'article III.18 du Code de droit économique (ci-après, «CDE»).

³⁵ Art. III.49 CDE.

³⁶ Art. III.55 CDE.

³⁷ Art. III.56 CDE; rappelons par ailleurs que, selon les dispositions du paragraphe 1^{er}, alinéa 2, et du paragraphe 2 de l'article III.26 du Code de droit économique, «dans le cas où l'entreprise commerciale ou artisanale ne prouve pas son inscription en cette qualité à la Banque-carrefour des entreprises à la date de l'introduction de son action dans le délai assigné par le tribunal ou s'il s'avère que l'entreprise n'est pas inscrite à la Banque-carrefour des entreprises, le tribunal déclare l'action de l'entreprise commerciale non recevable d'office. Dans le cas où l'entreprise commerciale ou artisanale est inscrite en cette qualité à la Banque-carrefour des entreprises, mais que son action est basée sur une activité pour laquelle l'entreprise n'est pas inscrite à la date de l'introduction de l'action ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel l'entreprise est inscrite à cette date, l'action de cette entreprise est également non recevable. L'irrecevabilité est cependant couverte si aucune autre exception ou aucun autre moyen de défense n'est opposé comme fin de non-recevoir».

³⁸ L'article III.31 du CDE énonce que toute personne doit avoir accès aux données de la BCE par Internet via «au moins» un site Internet libre d'accès. La plate-forme électronique «*Public search*» répond donc à ce prescrit.

³⁹ Il est à noter que la recherche peut non seulement s'effectuer sur la base du numéro d'entreprise, mais également sur la base du nom, de l'activité, de l'adresse, voire même en fonction des diverses autorisations qui ont pu être émises en faveur de l'entreprise.

⁴⁰ L.-O. HENROTTE, «Les règles de l'art et la compétence des constructeurs», *op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Th. LOTH et O. HAENECOUR, *op. cit.*, p. 18. Comme le soulignent les auteurs, ces données peuvent parfois figurer non pas sur la page relative aux données de l'entreprise, mais sur celle relative aux différentes unités d'établissement.

Les activités déclarées au guichet d'entreprises vont, quant à elles, être contenues dans la rubrique «Activités Code Nacebel version 2008» apparaissant lorsque l'on consulte la page «Données et activités par UE» figurant dans l'onglet «Généralités» de l'entreprise (B).

Notons que les rubriques ONSS ou TVA qui apparaissent dans le résultat de la recherche ne concernent que les activités déclarées par l'entrepreneur à ces institutions ; elles ne nous semblent pas devoir intervenir dans la vérification des compétences professionnelles⁴² ni bénéficier de la présomption visée au paragraphe suivant.

11. La présomption d'accès à la profession. L'article 9 de la loi-programme du 10 février 1998 instaure une présomption simple⁴³ de ce que «l'inscription d'une entreprise à la Banque-carrefour des entreprises en tant qu'entreprise commerciale ou artisanale constitue la preuve qu'il a été satisfait aux exigences en matière de capacités entrepreneuriales»⁴⁴. Dès lors qu'en vertu de l'article III.18, 7°, du CDE, toute inscription à la BCE contient les activités exercées par l'entreprise, et qu'il appartient aux guichets d'entreprises de «s'assurer que les conditions d'accès à la profession sont bien réunies»⁴⁵, la présomption légale ne peut valoir qu'en ce qui concerne les activités apparaissant aux rubriques A et B évoquées ci-avant⁴⁶. La présomption établie est réfragable⁴⁷.

Aussi, lorsque la recherche menée sur la plate-forme en ligne de la BCE ne mentionne pas (dans ses rubriques A et B telles qu'explicitées *supra*⁴⁸) les activités pertinentes, il y a tout lieu de croire que l'entrepreneur ne dispose pas des accès à la profession requis, sauf s'il établit :

- qu'il s'agit d'une erreur dans les données mises en ligne, erreur pour laquelle il pourra solliciter une rectification sur pied de l'article III.38 du CDE. Dans ce cas, il pourra bénéficier *a posteriori* de la présomption contenue à l'article 9 de la loi-programme du 10 février 1998 ;

⁴² Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016», *J.L.M.B.*, 2016, p. 1458.

⁴³ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 628. Voy. aussi, sur ce sujet, Civ. Bruxelles, 26 février 1990, *J.J.P.*, 1990, p. 146.

⁴⁴ Art. 9 de la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998, *M.B.*, 21 février 1998. Voy. également les dispenses de preuve prévues aux articles 10 et 11.

⁴⁵ Art. III.59, § 1^{er}, 3°, CDE. Voy. aussi O. HAËNECOUR et al., *op. cit.*, p. 222 ; L.-O. HENROTTE, «Les règles de l'art et la compétence des constructeurs», *op. cit.*, p. 16 ; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 462.

⁴⁶ Voy. *supra*, n° 10.

⁴⁷ Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016», *J.L.M.B.*, 2016, p. 1458.

⁴⁸ Voy. *supra*, n° 10.

« par d'autres voies [...] qu'[il] dispos[ait] de la compétence requise »⁴⁹ au moment de la conclusion du contrat, étant entendu que « l'obtention ultérieure de l'accès à la profession n'a pas d'effet rétroactif et ne peut donc régulariser un contrat frappé de nullité absolue »⁵⁰.

Nous pouvons regretter qu'en pratique, rares sont les guichets qui procèdent à des vérifications minutieuses. Ceux-ci s'abstiennent trop souvent d'informer les entreprises de la construction de leurs obligations à ce sujet. Comme le constatait déjà B. Louveaux en 1997, en raison de cette absence d'information donnée par les guichets, « certains entrepreneurs peuvent de bonne foi se méprendre sur la régularité de leur situation »⁵¹, croyant qu'étant inscrits à la Banque-carrefour des entreprises pour des activités déclarées dans leur objet social, à l'ONSS et à l'administration fiscale, ils disposent de toutes les autorisations requises. Partant, quelques entrepreneurs exercent depuis de nombreuses années leur profession, sans avoir jamais entrepris les démarches nécessaires pour voir leurs compétences professionnelles reconnues, jusqu'au jour où un maître de l'ouvrage mécontent demande l'annulation du contrat d'entreprise sur la base de cette absence de reconnaissance par les guichets d'entreprises.

12. L'application dans le temps de l'accès à la profession. L'application dans le temps des dispositions relatives à l'accès à la profession n'est pas toujours aisée, car certaines entreprises exerçaient des activités réglementées avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 10 février 2008. Aussi, tant la loi-programme que l'arrêté royal du 29 janvier 2007 ont prévu des dispositions transitoires en énonçant que les accès à la profession préalablement acquis dispensent les entrepreneurs de solliciter un nouvel accès⁵². Ceci oblige les praticiens à se livrer à une analyse minutieuse des dispositions et de leurs éventuelles exceptions lorsqu'ils s'interrogent sur les capacités entrepreneuriales d'une entreprise. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation enseigne que « la validité d'un contrat ne peut être remise en cause sur la base du non-respect d'une disposition d'ordre public entrée en vigueur postérieurement à la conclusion et à l'exécution du contrat »⁵³.

⁴⁹ Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction 2015-2016 », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1458.

⁵⁰ Voy. *infra*, n° 19.

⁵¹ B. LOUVEAUX, « L'accès à la profession des entrepreneurs », *op. cit.*, p. 1297; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 463.

⁵² Art. 17 de la loi-programme du 10 février 1998 et art. 35 de l'arrêté-royal du 29 janvier 2007.

⁵³ Cass., 3 février 2005, R.G. n° C030252F, www.juridat.be; pour une application au fond: Bruxelles, 29 mai 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2011, p. 884. Voy. aussi J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 58.

Un jugement du 9 décembre 2015 du Tribunal de première instance du Limbourg, section Hasselt⁵⁴, illustre parfaitement les difficultés décrites ci-avant. Le litige concernait un menuisier exerçant ses activités depuis de nombreuses années, à qui on opposait la nullité du contrat d'entreprise pour défaut d'accès à la profession. Il a été jugé que « [l]e fait que la rubrique "compétences professionnelles et connaissance de gestion de base" ainsi que la rubrique "autorisation" ne contiennent aucune information sur le portail de la Banque-carrefour des entreprises n'est pas suffisant. La défenderesse sur opposition a en effet depuis le 27 juin 1998 la qualité d'entreprise commerciale et était de cette manière, selon la loi-programme du 10 février 1998, dispensée en tant que personne de prouver une connaissance de gestion de base dès l'entrée en vigueur de l'article 4, § 1^{er}, le 1^{er} janvier 1999. Par ailleurs, la défenderesse sur opposition n'était pas tenue, selon l'article 35, § 6, 2^o, de l'arrêté d'exécution du 29 janvier 2007, de satisfaire aux conditions de l'article 3 de cet arrêté dès lors qu'elle était inscrite pour l'activité de menuiserie à la Banque-carrefour des entreprises au moment de l'entrée en vigueur de cet arrêté »⁵⁵. La demande en annulation a donc été déclarée non fondée dès lors que le tribunal avait relevé que l'entrepreneur, exerçant des activités de menuiserie depuis l'année 1998, était dispensé de prouver son accès à la profession selon les dispositions transitoires contenues dans la loi-programme et l'arrêté royal précités⁵⁶.

Chapitre 2

La sanction de la violation de la réglementation relative à l'accès à la profession

13. La nullité absolue du contrat, conséquence du caractère d'ordre public des exigences légalement posées. Une jurisprudence constante considère qu'un contrat d'entreprise ayant trait à des prestations pour lesquelles l'entrepreneur ne dispose pas des accès à la profession requis est frappé de nul-

⁵⁴ Civ. Hasselt, 9 décembre 2015, R.G. n° 13/431/A, inédit.

⁵⁵ Traduction libre de: « Het feit dat er in de rubrieken "beroepsbekwaamheden en basiskennis bedrijfsbeheer" en "toelatingen" geen gegevens werden opgenomen in de kruispuntbank der ondernemingen is hiertoe onvoldoende. Verweerderster op verzet heeft immers sedert 27.06.1998 de hoedanigheid van handelsonderneming, en was zodoende volgens de Programmawet, als persoon die vanaf de inwerkingtreding van artikel 4 §1 op 01.01.1999 wellicht vrijgesteld om de kennis van bedrijfsbeheer te bewijzen. Anderzijds was verweerderster op verzet ingevolge artikel 35, § 6, 2^o van het uitvoeringsbesluit van 29 januari 2007 wellicht niet meer gehouden om te voldoen aan de voorwaarden van artikel 3 van dat besluit nu zij reeds voor de activiteiten van schrijnwerk was ingeschreven in de kruispuntbank van onderneming op het ogenblik van de inwerkingtreding van dat besluit. »

⁵⁶ Voy. également, en ce sens, Bruxelles, 29 mai 2009, J.L.M.B., 11/184, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », J.L.M.B., 2011, p. 900.

lité absolue
être soulevée
l'ouvrage et
rieure de l'a
d'entreprise
parties à la c
entaché d'au

Section 1 Une nullité

14. Les p
d'accès à la
nullité absol
preneur qui
entachés de
et « qu'il co
construction
santé de leu

15. Les n
tégés. Cett
qu'elle est n
legis de l'am
dance de l'a
du contrat c

⁵⁷ Mons, 27 c
2016, p. 1:
www.jurid
28 novem
Bruxelles,
Namur, 28
d'entrepris
en eaux tr
faute de l'
⁵⁸ Liège, 21 c
⁵⁹ Trib. Brab
⁶⁰ Civ. Charle
⁶¹ Liège, 15 c
⁶² Mons, 27
Comm, M
⁶³ J. BOCKOU
2000, p. 1
⁶⁴ Bruxelles,
B. LOUVEA

lité absolue pour contrariété à l'ordre public⁵⁷. Selon cette idée, la nullité doit être soulevée d'office par le juge, elle ne peut être couverte par le maître de l'ouvrage et elle ne peut rétroactivement être modifiée par la délivrance ultérieure de l'accès légalement requis⁵⁸. Il en est de même lorsque la convention d'entreprise a déjà été intégralement exécutée⁵⁹, voire même lorsque toutes les parties à la convention désirent couvrir la nullité⁶⁰ ou lorsque l'ouvrage n'est entaché d'aucun vice ni malfaçon⁶¹.

Section 1 Une nullité absolue du contrat ?

14. Les principes posés. On enseigne généralement, concernant le défaut d'accès à la profession, que la contrariété à l'ordre public et la sanction de la nullité absolue s'expliquent par le fait que «les travaux accomplis par un entrepreneur qui ne justifie pas de l'accès à la profession sont plus fréquemment entachés de malfaçons que lorsque les travaux entrent dans sa spécialité»⁶² et «qu'il convient de ne pas laisser des personnes incompetentes édifier des constructions qui risquent ultérieurement de mettre en danger la vie ou la santé de leurs habitants, des personnes s'approchant de ces ouvrages»⁶³.

15. Les nuances requises: la *ratio legis* des textes et les intérêts protégés. Cette compréhension commune doit néanmoins être nuancée dès lors qu'elle est née d'une confusion, répétée par la jurisprudence⁶⁴, entre la *ratio legis* de l'annulation du contrat d'architecture en raison de l'absence d'indépendance de l'architecte vis-à-vis de l'entrepreneur, et celle justifiant l'annulation du contrat d'entreprise pour défaut d'accès à la profession.

⁵⁷ Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016», *J.L.M.B.*, 2016, p. 1455; Mons, 18 avril 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1569; Liège, 15 décembre 2011, R.G. n° 2010/RG/1451, www.juridat.be; Liège, 24 juin 2010, *J.T.*, 2010, p. 599; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454; Bruxelles, 28 novembre 2008, R.G.D.C., 2010, p. 521; Mons, 10 septembre 2007, R.G. n° 2004/RG/98, www.juridat.be; Bruxelles, 23 juin 2004, *Entr. et dr.*, 2004, p. 309; Comm. Mons, 13 décembre 2001, R.R.D., 2002, p. 366; Comm. Namur, 28 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1304. Voy. aussi L.-O. HENROTTE, «La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles», *op. cit.*, p. 13; J. BOCKOURT et al., *op. cit.*, p. 55; R. STOKART, «Nullité absolue imputable à la faute de l'entrepreneur», R.R.D., 1997, p. 199.

⁵⁸ Liège, 21 décembre 1999, R.R.D., 2000, p. 190.

⁵⁹ Trib. Brabant wallon, 5 septembre 2014, *Res. jur. imm.*, 2014, p. 362.

⁶⁰ Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 163; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 632.

⁶¹ Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014/28, p. 1322; J. BOCKOURT et al., *op. cit.*, p. 56.

⁶² Mons, 27 novembre 2006 cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2008, p. 408; Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003/29, p. 1285; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 631.

⁶³ J. BOCKOURT et al., *op. cit.*, p. 55; Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023; Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190.

⁶⁴ Bruxelles, 18 septembre 1980, *Entr. et dr.*, 1983, p. 155; Mons, 5 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1320, citant B. LOUVEAUX, «Contrat d'entreprise et nullité», note sous Mons, 25 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 769.

L'arrêt qui a le premier procédé à cette confusion semble être celui de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 septembre 1980⁶⁵ qui motive sa décision d'annulation du contrat d'entreprise par un renvoi, d'une part, au tome I^{er} du *Traité* de H. De Page dont le n° 91 énumère les législations d'ordre public et, plus particulièrement, « toutes les lois qui, dans un but d'intérêt public, réglementent l'exercice d'une profession »⁶⁶, et, d'autre part, à un article de M. de Bersaques paru dans la *Revue critique de jurisprudence belge* en 1970⁶⁷, qui ne fait nullement mention de l'accès à la profession d'entrepreneur, mais précise uniquement la *ratio legis* de la loi interdisant la collusion entre l'architecte et l'entrepreneur. Cet article de M. de Bersaques énonce, en effet, qu'« [i]l est logique que pareille clause, portant atteinte à l'indépendance de l'architecte, vis-à-vis de l'entrepreneur, soit tenue pour contraire à l'ordre public, et partant, frappée de nullité absolue. [...] Le législateur n'a pas seulement entendu protéger les intérêts privés du maître de l'ouvrage mais encore l'intérêt général, qui exige que les constructions présentent les garanties de solidité et d'hygiène nécessaires pour mettre tant leur propriétaire que les tiers à l'abri de tout risque ».

Les décisions de jurisprudence qui ont suivi⁶⁸ se réfèrent systématiquement à cet arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 18 septembre 1980 que J. Wéry et M. Menestret commentent en ces termes: « Cet arrêt mérite à plus d'un titre, de retenir l'attention des praticiens du droit de la construction et des professionnels du bâtiment. Il s'agit, à notre connaissance, de la première décision sanctionnant le non-respect par l'entrepreneur des dispositions réglementant l'accès à la profession, d'une manière radicale, par la nullité de la convention conclue par un tel entrepreneur avec un maître de l'ouvrage profane. Ne serait-ce qu'à ce titre, cette décision est importante. Elle doit aussi être pleinement approuvée, car il serait, pour le moins, surprenant de voir qu'une loi intéressant l'ordre public puisse être impunément violée et parfaitement ignorée tant des professionnels qu'elle vise à contrôler que des particuliers dont elle veut assurer la protection! Il est étonnant, à cet égard, que la décision commentée soit, sauf erreur, unique et n'ait vu le jour que 20 ans après la promulgation de la loi (du 24 décembre 1958) et de son arrêté royal d'exécution du 2 décembre 1960 concernant les entrepreneurs menuisiers-charpentiers. »⁶⁹

De manière générale, l'adoption de législations portant sur la réglementation des professions est « motivée tantôt pour assurer la sécurité des transac-

⁶⁵ Bruxelles, 18 septembre 1980, *Entr. et dr.*, 1983, p. 155.

⁶⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I^{er}, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 91, pp. 112-113.

⁶⁷ M. DE BERSAQUES, « L'indépendance de l'architecte vis-à-vis de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise », *R.C.J.B.*, 1970, p. 496.

⁶⁸ Notons, à titre d'exemple, Bruxelles, 6 mars 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 371 et Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023.

⁶⁹ J. WÉRY et M. MENESTRET, note sous Bruxelles, 18 septembre 1980, *Entr. et dr.*, 1983, p. 159.

tions économi
aspirer au pu
s'organiser e
ces réglemen
ou administ
l'obligation
elle par la l
de nombreu
de gestion »

Les tr
cistent pour
examinera s
le consomm
fessionnelle
grand souci
la compéten
mateur qui

En co
à la professi
faillites et c
ratoires de
qu'elle tou
entraînerai
tance des
toutefois, l
tion des co
des intérêt
l'intérêt g
tous, se ju

- ⁷⁰ M. DUE
- ⁷¹ *Ibid.*, p.
- ⁷² *parl.*, 19
- ⁷³ *Projet*
- ⁷⁴ n° 1200
- ⁷⁵ Voy. au
- ⁷⁶ *op. cit.*,
- ⁷⁷ Au ser
- ⁷⁸ lorsqu
- ⁷⁹ bases j
- ⁸⁰ V. BAS
- ⁸¹ *tions c*
- ⁸² public

tions économiques, tantôt pour renforcer la confiance qu'un secteur est censé aspirer au public, tantôt pour protéger certaines professions et leur permettre de s'organiser en corporations [...]. Les objectifs poursuivis étant d'intérêt public, ces réglementations sont sanctionnées non seulement sur les plans disciplinaires ou administratifs, mais aussi fréquemment sur le plan pénal⁷⁰. Concernant l'obligation de justifier des « connaissances de base », elle « se justifie [quant à elle] par la lutte contre l'accroissement de faillites dont il est apparu que, dans de nombreux cas, elles étaient dues à un manque de compétences en matière de gestion »⁷¹.

Les travaux préparatoires de la loi-programme du 10 février 1998 précisent pour ce qui la concerne que, « [p]our chaque activité professionnelle, on examinera s'il est nécessaire de prévoir des garanties de qualité minimales pour le consommateur en imposant des exigences en matière de compétence professionnelle. Dans de nombreux secteurs, on observe aujourd'hui déjà un plus grand souci de la gestion de la qualité. Si ce dernier s'exprime également dans la compétence professionnelle exigée, cela ne pourra que profiter au consommateur qui devient également beaucoup plus exigeant [en] la matière »⁷².

En conclusion, il nous semble que la *ratio legis* de la législation sur l'accès à la profession est corporatiste, tout en ayant pour but de limiter le nombre de faillites et de protéger les consommateurs⁷³. Aussi, l'examen des travaux préparatoires de la loi-programme ne nous semble donc pas permettre de considérer qu'elle touche à ce point aux intérêts essentiels de l'État que toute violation entraînerait la nullité absolue de la convention d'entreprise⁷⁴. Certes, l'importance des législations visant la réglementation de profession est considérable, toutefois, les considérations d'ordre corporatiste ou celles portant sur la protection des consommateurs correspondent davantage à une volonté de protection des intérêts privés. Or, ce n'est que lorsque le but du législateur est de protéger l'intérêt général que la sanction de la nullité absolue, qui peut être invoquée par tous, se justifie⁷⁵. À l'inverse, seule une nullité relative de la convention d'entre-

⁷⁰ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 626.

⁷¹ *Ibid.*, p. 627, se référant au projet de loi pour la promotion de l'entreprise indépendante, exposé des motifs, *Doc. parl.*, 1996-1997, n°s 1206/1 et 1207/1.

⁷² Projet de loi pour la promotion de l'entreprise indépendante, exposé des motifs, *Doc. parl.*, 1996-1997, n° 1206/1, p. 13.

⁷³ Voy. aussi, en ce sens, la note de la rédaction sous Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987/1, p. 18; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 463.

⁷⁴ Au sens enseigné par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 décembre 1948 (*Pas.*, 1949, I, p. 699), à savoir lorsqu'une loi touche « aux intérêts essentiels de l'état ou de la collectivité ou [...] fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société ».

⁷⁵ V. BASTIAEN et G. THOREAU, « Les nullités en droit civil », in E. VIEUJEAN (dir.), *Les nullités en droit belge : sanctions du vice et conséquences*, Éd. du Jeune Barreau, Liège, 1991, p. 78; J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in

prise pourrait être retenue en cas de violation d'une règle protégeant des intérêts privés⁷⁶. C'est ainsi qu'en matière de protection des consommateurs, on enseigne habituellement que la loi n'accorde à ceux-ci que la possibilité de se prévaloir d'une nullité relative de la convention⁷⁷.

Cette réflexion n'est pas nouvelle puisqu'elle fut déjà soulevée dans une note sous un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 mars 1986⁷⁸, précisant que « [l']arrêt reproduit ci-dessus présente l'intérêt de confirmer une jurisprudence récente qui prononce la nullité du contrat d'entreprise conclu avec un professionnel exerçant illégalement une profession réglementée. L'arrêt souligne que la réglementation de l'activité d'entrepreneur a non seulement pour objectif la protection de l'intérêt privé du maître de l'ouvrage, mais encore de l'intérêt général qui exige que les constructions présentent des garanties de solidité et d'hygiène nécessaires pour mettre les propriétaires et le public à l'abri de tous risques. À vrai dire, tel n'était pas le but premier poursuivi par la loi du 24 décembre 1958, puis par la loi du 15 décembre 1970 sur l'accès à la profession. Cette législation vise plutôt à protéger les petites et moyennes entreprises, jugées inférieures sur le plan des connaissances professionnelles et des connaissances de gestion par rapport aux grandes entreprises de production et de distribution. Le législateur a voulu imposer, pour ces petites et moyennes entreprises, des conditions d'exercice de la profession qui assurent une meilleure gestion de ces entreprises et une meilleure qualité de leurs travaux. C'est donc une législation par essence protectionniste et corporatiste ».

Il nous semble également que c'est en ce sens que la Cour de cassation s'est récemment prononcée dans un arrêt du 6 décembre 2013⁷⁹, alors qu'elle était saisie d'une question relative à l'agrément d'une agence d'emploi. La Cour y examine la question de savoir si la Cour d'appel de Bruxelles avait légalement pu considérer que le défaut d'agrément de l'agence d'emploi n'avait pas porté atteinte aux intérêts essentiels de l'État, et, donc, à l'ordre public. Elle conclut que « [l']la circonstance que l'exercice d'activités d'emploi sans agrément préalable soit puni de sanctions pénales n'implique pas que les

N. BERNARD (dir.), *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Bruxelles, La Charte, 2015, p. 178.

⁷⁶ Pour une analyse détaillée de la question, voy. la contribution de F. PEERAER et S. STIJNS, *infra*, note 83.

⁷⁷ Précisons que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne enseigne toutefois, afin que les protections érigées demeurent « effectives », que, sur le plan procédural, les dispositifs protectionnels doivent être traités comme ayant une valeur équivalente à celle reconnue, en droit interne, aux normes d'ordre public. À ce propos, voy. C. DELFORGE et Y. NINANE, « Chronique de jurisprudence – La garantie légale des biens de consommation (2005-2015) », in P. WÉRY (coord.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 333-435.

⁷⁸ Note de la rédaction sous Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 18. Voy. aussi C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 463.

⁷⁹ Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0112.F, *Pas.*, 2013, p. 2493.

conventions co
pées de nullité

Un nou
la Cour de cas
cette dispositio
artisanale ne d
prises n'a pas
illicites et ne p

L'on po
des cours et t
d'entreprise e
s'être préalable
sur l'atteinte
considérer qu
ment impérat
relative, ce qu

– le juge
loi;
– le maître
– les adag
nem su

Toutef
bien que les
professionne
nullement à
danger l'inté
n'a pas dû re
tion de l'acq
par l'appren
professionne
du 10 février
permis l'ad
rêt que l'on
construction

⁸⁰ L'article 14
tion du reg
5 février 20
⁸¹ Cass., 6 fév
⁸² A. DELVAU

conventions conclues avec une agence d'emploi privée non agréée soient frappées de nullité absolue ».

Un nouveau pas a, selon nous, encore été franchi dans un récent arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2015 qui a dit pour droit qu'« [il] ressort de cette disposition⁸⁰ que la seule circonstance qu'une entreprise commerciale ou artisanale ne dispose pas d'une inscription dans la Banque-carrefour des entreprises n'a pas pour conséquence que les conventions qu'elle a conclues sont illicites et ne peuvent constituer le fondement d'une action »⁸¹.

L'on pourrait donc légitimement remettre en question « l'automatisme » des cours et tribunaux qui prononcent d'office la nullité absolue du contrat d'entreprise en raison du défaut d'accès à la profession de l'entrepreneur, sans s'être préalablement interrogés, comme nous le verrons au paragraphe suivant, sur l'atteinte ou non à l'intérêt général. Aussi, il se justifierait davantage de considérer que les dispositions relatives à l'accès à la profession sont uniquement impératives. Ceci impliquerait que le contrat puisse être frappé de nullité relative, ce qui signifie que :

- le juge n'est pas tenu de soulever d'office le motif de la contrariété à la loi ;
- le maître de l'ouvrage peut renoncer à la nullité ;
- les adages *in pari cause turpitudinis cessat repetitio* et *nemo auditur turpitudinem suam allegans* ne trouveraient plus à s'appliquer⁸².

Toutefois, afin d'adoucir quelque peu le propos, nous retiendrons que, bien que les considérants de l'arrêté royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des métiers de la construction ne se réfèrent nullement à une prévention des vices de construction pouvant mettre en danger l'intégrité physique des personnes, il demeure que cette préoccupation n'a pas dû rester étrangère au Roi. En effet, ce dernier impose, pour l'obtention de l'accès à la profession, des conditions qui se traduisent généralement par l'apprentissage de connaissances techniques et l'exercice d'une pratique professionnelle durant plusieurs années. Ceci signifie que la loi-programme du 10 février 1998, qui semble motivée par la protection d'intérêts privés, a permis l'adoption d'un arrêté royal visant notamment la protection d'un intérêt que l'on pourrait, éventuellement, considérer comme étant général. Cette construction laisse, à notre sens, subsister deux interprétations. La première

⁸⁰ L'article 14 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets d'entreprises agréés et portant diverses dispositions, M.B., 5 février 2003, désormais article III.26, CDE.

⁸¹ Cass., 6 février 2015, R.C., n° C.13.0182, www.juridat.be.

⁸² A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 16.

conviendrait que, dès lors qu'un arrêté royal pris en exécution d'une loi vise à protéger l'intérêt général, c'est que cette loi visait elle-même effectivement ce même but, et la nullité absolue de toute convention qui y contreviendrait se justifierait; la seconde s'accorderait pour dire que, pris sur la base d'une loi qui vise la protection des intérêts privés, la violation d'un de ses arrêtés d'exécution ne pourrait entraîner que la nullité relative de la convention, quand bien même cet arrêté semble vouloir protéger l'intérêt général.

Pour ce qui nous concerne, dès lors que la sécurité, l'hygiène et la salubrité des bâtiments sont déjà protégées par d'autres obligations légales telles que celle de recourir à un architecte ou encore celle de faire vérifier la conformité d'une installation électrique ou le respect des normes incendie, les cas où un entrepreneur serait le «seul maître à bord» se réduisent finalement à des travaux de faible importance où les conséquences d'un manquement sur l'intégrité physique ou les biens sont limitées. Nous privilégierions donc la thèse de la nullité relative du contrat conclu par un entrepreneur sans accès à la profession. Cette qualification permet une plus grande malléabilité de la sanction (avec, notamment, la possibilité d'une régularisation *a posteriori* de la situation, comme nous le verrons), ce que nous privilégierons, en conformité avec la conception dite fonctionnelle de la théorie des nullités, développée aux paragraphes suivants.

16. La nullité du contrat d'entreprise est-elle une sanction adaptée?

La doctrine⁸³, mais également la jurisprudence⁸⁴, ont actuellement tendance à nuancer l'application de la sanction de la nullité afin de sauver autant qu'il se peut la convention et ses effets. «À l'image du législateur, les cours et tribunaux répugnent de plus en plus à la logique du "tout ou rien" pour privilégier des sanctions plus mesurées, mieux adaptées au problème dont ils sont saisis.»⁸⁵ Cette tendance ne semble pas encore avoir trouvé un écho dans la matière de l'accès à la profession d'entrepreneur de travaux, puisque la Cour d'appel de Mons a récemment décidé que «cette nullité pour contrariété à l'ordre public

⁸³ Voy. la contribution de E. PEERAER et S. STIJNS, note 83, mais également R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, coll. Fac. dr. ULB, Bruxelles, Bruylant, 2014, cité par l'auteur lors d'un après-midi d'étude consacré aux accès à la profession, organisé par la Chambre de conciliation, d'arbitrage et de médiation en matière immobilière le 17 novembre 2016; P. WÉRY, «La nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *R.C.J.B.*, 2016, p. 387; P. WÉRY, «La régularisation d'un contrat entaché d'une cause de nullité», *J.L.M.B.*, 2016, p. 295; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 133 et s.

⁸⁴ Voy., entre autres, Cass., 2 avril 2015, R.G., n° C.14.0281.F, www.juridat.be; Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999; Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1373; Cass., 26 mai 2006, R.G.D.C., 2007, p. 476; Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 294.

⁸⁵ P. WÉRY, «La nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, p. 390.

est irrémédiable»⁸⁶, tandis que la Cour d'appel de Liège a confirmé un jugement qui avait «logiquement prononcé la nullité du contrat d'entreprise»⁸⁷.

Prise en tant que telle, la sanction de la nullité, qui agit avec un effet rétroactif, a pour but de restaurer la légalité. Aussi, appliquée dans cette optique téléologique, elle ne devrait «frapper le contrat *que dans la mesure* nécessaire au rétablissement de la légalité»⁸⁸. En effet, «l'adage *utile per inutile non vitiatur* exprime cette idée selon laquelle la nullité doit être restreinte à ce qui est strictement nécessaire à la suppression de l'illégalité»⁸⁹. C'est ainsi que F. Peeraer et S. Stijns soutiennent que la sanction de la nullité perd toute utilité dès lors que le contrat a déjà été exécuté, et qu'une restitution en nature est impossible⁹⁰. Dans ce cas, nous pouvons, en effet, considérer que «le mal est fait»⁹¹ de manière irréversible. En outre, il arrive parfois que la sanction de l'annulation d'une convention ait des conséquences moins avantageuses pour la partie protégée par la disposition violée que la simple tolérance de la situation illégalement créée, de sorte qu'il deviendrait préférable de maintenir les effets de la convention.

Ainsi, s'alignant sur l'analyse minutieuse de F. Peeraer et S. Stijns, nous considérons que, dans la majorité des cas soumis aux cours et tribunaux relatant d'un défaut d'accès à la profession, la nullité du contrat d'entreprise est inappropriée. Nous nous expliquons sur cette position aux paragraphes suivants. Ceci ne signifie aucunement que nous estimons que les règles relatives à l'accès à la profession d'entrepreneur de construction peuvent être violées en toute impunité. Pour mémoire, cette législation est pénalement protégée par la possibilité de condamner l'entrepreneur récalcitrant à une amende allant de 250 euros à 10.000 euros. Aussi, nous pensons que, si le but recherché est le maintien de la légalité, seule cette sanction pénale est utile lorsque les travaux ont déjà été exécutés, la sanction civile qu'est la nullité de la convention étant, quant à elle, la plupart du temps, inadéquate, inefficace et disproportionnée.

⁸⁶ Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016», *J.L.M.B.*, 2016, p. 1455.

⁸⁷ Liège, 23 avril 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, *ibid.*, p. 1456.

⁸⁸ P. WÉRY, «La nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, p. 394.

⁸⁹ J. GHESTIN *et al.*, «La formation du contrat», in *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 1309, cité par P. WÉRY, «La nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite», *op. cit.*, p. 394.

⁹⁰ Voy., dans cet ouvrage, F. Peeraer et S. Stijns, «La proportionnalité de la nullité: l'inefficacité ou un nouveau souffle pour l'inexistence?» (n° 24).

⁹¹ Selon les termes employés par ces derniers auteurs.

Section 2

L'étendue de la nullité

17. L'état de la jurisprudence: une nullité totale ou partielle? La nullité absolue du contrat d'entreprise agit généralement pour l'ensemble de la convention, même si l'entrepreneur disposait d'un accès à la profession pour certaines des prestations effectuées⁹². La jurisprudence majoritaire considère, en effet, que le contrat d'entreprise frappé de nullité « porte sur un ensemble indivisible de prestations tendant à la réalisation d'un ouvrage unique »⁹³ et que, partant, « il n'y a pas lieu de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur bénéficiait d'un accès à la profession de ceux pour lesquels il n'en disposait pas »⁹⁴. En outre, nous observons que la circonstance que les travaux réalisés sans accès à la profession n'étaient entachés d'aucun vice ou malfaçon laisse bien souvent les cours et tribunaux de marbre, déclarant en tout état de cause le contrat nul pour contrariété à l'ordre public⁹⁵.

Certains juges semblent toutefois admettre, de manière minoritaire, que, lorsque les travaux exécutés sans accès à la profession sont particulièrement minimes comparés à l'ensemble des prestations convenues, la nullité partielle de la convention d'entreprise pourrait être admise. C'est en ce sens que le Tribunal de première instance de Tournai s'est prononcé dans un jugement du 14 décembre 2004, en considérant que, les prestations non conformes ne représentant que 4 % du marché, l'ordre social n'exigeait pas que l'entière du

⁹² Mons, 27 octobre 2015, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction 2015-2016 », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1458; Liège, 28 novembre 2013, R.G. n° 2012/RG/1796, www.juridat.be; Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322; Mons, 5 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1320; Mons, 3 février 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2011, p. 884; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454; Mons, 10 septembre 2007, R.G. n° 2004/RG/98, www.juridat.be; Comm. Mons, 26 juin 2002, D.A.O.R., 2002, p. 269; Bruxelles, 20 octobre 1998, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, p. 276; Comm. Mons, 26 juin 2002, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2003, p. 371; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 163; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 632; J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

⁹³ A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 30; M. DUPONT, *op. cit.*, p. 632; Mons, 21 janvier 2015, R.G. n° 2014/20, cité par Mons, 27 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 16/866, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1458; Liège, 28 novembre 2013, R.G. n° 2012/RG/1796, www.juridat.be; Liège, 15 décembre 2011, R.G. n° 2010/RG/1451, www.juridat.be; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 454; Mons, 10 septembre 2007, R.G. n° 2004/RG/98, www.juridat.be.

⁹⁴ C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 464, citant Comm. Mons, 26 juin 2002, D.A.O.R., 2002, p. 269; Civ. Charleroi, 16 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 163.

⁹⁵ Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322; J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56. Comme le maître de l'ouvrage doit avoir un intérêt pour introduire son action en annulation du contrat d'entreprise – demander la nullité de la convention uniquement par principe n'est pas admissible –, cet intérêt se traduit dans la majorité des cas par la présence de vices et malfaçons. La violation de la législation sur l'accès à la profession est alors brandie par les maîtres de l'ouvrage comme une arme permettant de réduire à néant l'entière du contrat, sans qu'il importe de savoir si les vices et malfaçons trouvent bien leur origine dans des travaux exécutés illégalement. En conséquence, outre l'arrêt du 15 décembre 2011 mentionné *infra*, qui exprime clairement cette idée, la plupart des références aux autres décisions du présent article peuvent être reproduites dans cette note de bas de page.

contrat soit annulé⁹⁶. Dans le même sens, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé, dans un arrêt du 20 novembre 2008⁹⁷, que, « [d]ans la mesure où il est possible de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur disposait d'un accès à la profession (travaux de maçonnerie et d'électricité) de ceux pour lesquels il n'en disposait pas, il convient de prononcer la nullité partielle du contrat d'entreprise ».

Soulignons enfin un arrêt récent de la Cour d'appel de Bruxelles qui a jugé « [qu']il est admissible de retenir la nullité partielle de la convention d'entreprise, lorsque les travaux non couverts par l'accès à la profession sont accessoires ou minimes par rapport au contrat conclu et peuvent en être dissociés »⁹⁸. Relevant toutefois qu'en l'espèce, les travaux exécutés sans accès à la profession étaient indispensables à la finalisation des travaux prévus, et envisagés comme un ensemble indivisible par les parties, la Cour prononça la nullité complète du contrat d'entreprise.

18. Critique de la jurisprudence majoritaire. B. Khol a récemment critiqué⁹⁹ la jurisprudence majoritaire précitée, qui tend à prononcer trop souvent la nullité de l'ensemble du contrat d'entreprise. Selon cet auteur, et par référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015¹⁰⁰, si une convention ou une clause est contraire à une disposition d'ordre public – et est, dès lors, nulle –, le juge peut, si une nullité partielle est possible et sauf interdiction de la loi, limiter la nullité à la partie de la convention ou de la clause contraire à cette disposition, à condition que la poursuite de l'existence de la convention ou de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties. La Cour de cassation a, de la sorte, cassé l'arrêt entrepris de la Cour d'appel de Gand, considérant que cette dernière n'avait pas justifié pourquoi une nullité partielle de la convention n'était pas possible dans le cas d'espèce qui lui était soumis. Cet arrêt s'inscrit dans une tendance amorcée depuis une dizaine d'années par notre Cour suprême qui, dans un arrêt du 9 juin 2006¹⁰¹, avait déjà dit pour droit que, « lorsque, dans un même contrat [d'assurance], plusieurs risques sont assurés et que l'omission ou l'inexactitude n'ont eu une incidence que pour l'appréciation d'une partie d'entre eux, la nullité du contrat est limitée à l'assurance des risques pour lesquels l'assureur a été induit en erreur ». Par son arrêt

⁹⁶ Civ. Tournai, 14 décembre 2004, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2008, p. 422; voy. aussi Bruxelles, 23 juin 2004, *Entr. et dr.*, 2004, p. 309.

⁹⁷ Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 511.

⁹⁸ Bruxelles, 28 octobre 2016, *R.G.*, n° 2012/AR/1748, inédit.

⁹⁹ Lors d'un après-midi d'étude consacré aux accès à la profession, organisé par la Chambre de conciliation, d'arbitrage et de médiation en matière immobilière le 17 novembre 2016.

¹⁰⁰ Cass., 23 janvier 2015, *R.G.*, n° C.13.0579.N, www.juridat.be, confirmé par Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016, p. 379.

¹⁰¹ Cass., 9 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1373.

du 23 janvier 2015, la Cour de cassation enseigne que les cours de tribunaux doivent motiver l'annulation complète d'une convention, même en présence d'une violation de l'ordre public, sans toutefois interdire *de facto* une annulation intégrale, si tant est que cette mesure est légalement justifiée.

Pour ce qui nous concerne, étant donné que la résolution partielle du contrat d'entreprise est admise¹⁰², il nous semble qu'une nullité partielle pourrait tout à fait s'envisager. En effet, est généralement considéré comme indivisible un contrat qui perdrait toute utilité si seule une partie de ses prestations devait être maintenue¹⁰³. Or, compte tenu de l'exécution successive d'un contrat d'entreprise, et donc, de sa possible exécution partielle, le juge devrait envisager de limiter la nullité à la seule partie du contrat qui est illicite, tout en maintenant les parties correctement exécutées¹⁰⁴.

Plus fondamentalement encore, se référant à la conception fonctionnelle de la nullité¹⁰⁵, cette sanction ne devrait s'appliquer *que pour l'avenir*. En effet, les prestations déjà exécutées par l'entrepreneur ne pouvant être restituées, l'annulation de la convention n'effacera jamais l'illégalité de la situation, ce qui est pourtant le but de cette sanction. L'annulation intégrale aura en fait pour conséquence de plonger les parties dans le calcul compliqué et discrétionnaire des « restitutions réciproques » qui, *in concreto*, aboutissent à accorder au maître de l'ouvrage une « ristourne » sur le prix du marché¹⁰⁶. Or, ce n'est, à notre sens, nullement justifiable, car considérer que le but poursuivi par l'anéantissement de la convention est l'application d'une peine financière, revient à s'arroger les prérogatives du procureur du Roi qui, lui seul, peut décider de poursuivre pénalement un entrepreneur récalcitrant, jusqu'au prononcé d'une amende.

En conclusion, nous nous permettons d'émettre un avis critique sur la jurisprudence majoritaire qui conclut à l'annulation complète de la convention d'entreprise en cas d'absence d'accès à la profession. Outre le fait que cette jurisprudence semble contredire les enseignements récents de la Cour de cassation, prononcer de manière automatique la nullité de la convention

¹⁰² Bruxelles, 28 octobre 2016, R.G. n° 2012/AR/1748, inédit. Voy. aussi: « Si un contrat d'entreprise de travaux comprend plusieurs phases et que celles-ci présentent une utilité indépendamment les unes des autres, en sorte qu'elles ne forment pas un ensemble nécessairement indivisible, la résolution judiciaire pourrait être limitée à la phase de travaux ayant donné lieu à des malfaçons sans que le contrat doive être dissous *ex tunc* pour le tout » (P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 925).

¹⁰³ R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in R. JAFFERALI (dir.), *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 216.

¹⁰⁴ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 925.

¹⁰⁵ Sur le sujet, voy. P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 394, se référant à Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1969; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I « Théorie générale du contrat », 2^e éd., Bruxelles, Larcier, pp. 327 et s.; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 466 et s., spéc. pp. 701 et s.; T. THANGHE, *op. cit.*, pp. 133 et s.

¹⁰⁶ Voy. la contribution de F. Peeraer et S. Stijns dans le présent ouvrage, n° 25.

d'entreprise est souvent inefficace, inadapté et disproportionné par rapport au but que cette sanction souhaite atteindre, à savoir le rétablissement de la légalité.

Section 3 L'accès à la profession, un préalable à l'exercice de l'activité réglementée

19. L'exigence posée et sa réception jurisprudentielle. Suivant une jurisprudence constante, le contrat conclu par un entrepreneur qui exerce une activité réglementée sans être titulaire de l'accès à la profession propre à cette activité doit être frappé de nullité¹⁰⁷. Cette position unanime suppose de se placer au moment de la conclusion du contrat d'entreprise¹⁰⁸. L'entrepreneur ne pourrait donc esquiver cette sanction en obtenant son accès ultérieurement et *a fortiori* en cours d'exécution des travaux¹⁰⁹. À titre d'exemple, la Cour d'appel de Mons a décidé que « [l']obtention ultérieure de l'accès à la profession ne peut [...] avoir d'effet rétroactif et ne peut notamment pas avoir pour conséquence de régulariser un contrat frappé de nullité absolue, une telle nullité s'opposant à ce qu'une confirmation de contrat puisse intervenir »¹¹⁰.

20. La critique de cette réception jurisprudentielle. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 23 décembre 2014¹¹¹ a autorisé les appelants à introduire, en cours de procédure, une demande de régularisation de la situation urbanistique d'un bien afin de ne pas prononcer la nullité d'un contrat de vente. Cet arrêt semble fonder son raisonnement sur la théorie de l'abus de droit dès lors qu'il énonce que, « [d]ans cette perspective, il importe de savoir s'il y a matière ou non à régularisation car, dans l'affirmative, la question de savoir si les intimés n'abusent pas de leur droit en postulant l'annulation de la vente devra être abordée. En effet, "la nullité est souvent une sanction aux effets néfastes notamment en ce qu'elle oblige à remettre en cause des opérations déjà réalisées totalement ou partiellement en raison de son effet rétroactif. Elle nuit à la sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle plusieurs méthodes sont utilisées pour prévenir le prononcé d'une nullité, sans pour autant porter atteinte aux règles que la nullité sanctionne. Une première méthode consiste à permettre qu'il soit remédié au vice de manière, qu'il ait été réparé soit au

¹⁰⁷ Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322; Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190, et Bruxelles, 20 octobre 1998, inédit, tous deux cités par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, p. 276.

¹⁰⁸ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 871.

¹⁰⁹ Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190.

¹¹⁰ Mons, 27 novembre 2006, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2008, p. 408.

¹¹¹ Liège, 23 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 292, note P. WÉRY.

moment de l'introduction de l'action en nullité soit même au moment où le juge statue. Cette méthode est expressément prévue par le Code des sociétés pour les sociétés dotées de la personnalité morale: l'article 176 dispose que, lorsqu'une régularisation de la situation d'une société est possible, le juge peut accorder un délai permettant de procéder à cette régularisation – auquel cas il ne prononcera pas la nullité. Cette manière de faire pourrait être appliquée, à notre avis, pour tout juge saisi d'une action en nullité, même en l'absence d'un texte formel pour autant que l'ordre public soit toujours respecté" (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II «Sources des obligations», deuxième partie, Bruylant, 2010, n^{os} 640 et 641, pp. 961 et 962). Il y a dès lors lieu, avant d'aller plus avant dans l'examen des prétentions réciproques, d'autoriser les appelants à introduire une demande de régularisation auprès de l'autorité compétente, ce qu'ils affirment avoir déjà voulu faire, mais en avoir été empêchés par les intimés qui ont refusé de donner accès à l'immeuble à l'architecte qu'ils ont consulté ».

Nous considérons que, comme en matière d'infraction urbanistique, la théorie de l'abus de droit devrait s'appliquer en cas d'absence d'accès à la profession alors que l'entrepreneur pourrait *a posteriori* disposer de toutes les capacités entrepreneuriales nécessaires, lui permettant d'introduire une demande de reconnaissance de l'accès. En effet, la Cour de cassation a, notamment dans son arrêt du 22 septembre 2008, décidé qu'« [i]l peut il y avoir abus de droit, même si le droit visé est d'ordre public ou impératif »¹¹². Le professeur Wéry analyse cette jurisprudence récente de la Cour de cassation par le constat que « [l]e principe général interdisant l'abus de droit permet de tenir en échec une action en nullité qui est fondée sur la violation par le contrat d'une disposition impérative ou d'ordre public: tel est l'enseignement qui se dégage implicitement de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2010, qui concerne l'action en nullité ouverte en cas de violation de l'article 36 du décret du Conseil flamand du 22 février 1995 relatif à l'assainissement du sol »¹¹³. Aussi, alors que la réglementation relative à l'accès à une profession relèverait de l'ordre public, la théorie de l'abus de droit peut trouver à s'appliquer¹¹⁴. Une partie de la doctrine, plus particulièrement menée par le professeur Van Ommeslaghe¹¹⁵ et aspirant à une application téléologique de la sanction de la nullité, invite, en effet, à favoriser la « réparation du vice », considérant que la sanction de la

¹¹² Cass., 22 septembre 2008, R.G. n^o S.05.0102.N, www.juridat.be; Cass., 2 avril 2015, R.G. n^o C.14.0281.F, www.juridat.be. Voy. aussi P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel: la nullité partielle d'une clause illicite », *op. cit.*, p. 418.

¹¹³ P. WÉRY, *ibid.*, p. 394.

¹¹⁴ S. STIJNS et F. AUVRAY, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat: critères et sanctions », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, n^o 5.

¹¹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, vol. 2, p. 981.

nullité absolue, qui n'offre aux praticiens que l'option d'un anéantissement complet du contrat, devient, à notre époque, surannée: «Le fossé est énorme entre ces textes, qui accusent le poids des ans, et l'état actuel de notre droit, autrement plus riche et nuancé.»¹¹⁶

Nous ne pouvons, en conclusion, partager l'avis de la jurisprudence majoritaire qui interdit la régularisation de la situation de l'entrepreneur en cours de procédure. Une telle régularisation devrait pouvoir être permise lorsque la violation de la norme d'ordre public est uniquement fonction des circonstances concrètes de l'espèce, comme le moment où le contrat est conclu, et qu'il n'est ni utile ni proportionné de prononcer sa nullité¹¹⁷.

Section 4

L'incidence du recours à des sous-traitants

21. Première hypothèse: l'absence d'accès dans le chef de l'entrepreneur, non de son agent d'exécution. L'entrepreneur qui ne bénéficie pas de l'accès à la profession requis pourrait-il faire appel à un sous-traitant afin de pallier son absence d'accès à la profession? La Cour de cassation y a répondu par l'affirmative, mais de manière nuancée, dans un arrêt du 13 janvier 2012¹¹⁸ qui dit pour droit «qu'un contrat conclu avec un entrepreneur général ne disposant pas de l'accès à la profession pour tout ou partie des travaux visés au contrat, mais ne s'engageant pas à effectuer lui-même ces travaux-là et les confiant à des sous-traitants disposant des attestations requises, ne viole pas les règles relatives à l'accès à la profession»¹¹⁹.

L'on restera toutefois attentif au fait que, même si les sous-traitants de l'entrepreneur général disposent des accès à la profession pour l'exécution des travaux convenus, l'article 31 de l'arrêté royal du 29 janvier 2007 précité réglemente un accès spécifique à la profession d'«entreprise générale» précisé comme il suit: «Exerce les activités de l'entreprise générale, celui qui, au nom et pour compte de tiers, construit, rénove, fait construire, ou rénover un bâtiment, en exécution d'un contrat d'entreprise de travaux, jusqu'à l'état d'achèvement et fait appel pour cela à plusieurs sous-traitants»¹²⁰. En conséquence, comme A. Delvaux et B. de Cocquéau l'ont déjà pertinemment relevé, «le recours à la

¹¹⁶ P. WÉRY, «La régularisation d'un contrat entaché d'une cause de nullité», *op. cit.*, p. 292.

¹¹⁷ Voy. la contribution de F. Peeraer et S. Stijns dans le présent ouvrage, nos 16 et s.

¹¹⁸ Cass., 13 janvier 2012, R.G. n° C.11.0356.F, www.juridat.be. Voy. également Civ. Nivelles, 11 mars 2004, *R.J.L.*, 2004, p. 24; J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁹ M. DUPONT, *op. cit.*, p. 632.

¹²⁰ Art. 31 de l'arrêté royal du 29 janvier 2007 relatif à la capacité professionnelle pour l'exercice des activités indépendantes dans les métiers de la construction et de l'électrotechnique, ainsi que de l'entreprise générale, *M.B.*, 27 février 2007.

sous-traitance bénéficiant des accès à la profession est légal pour l'entrepreneur qui ne dispose pas lui-même de ces accès *pour autant* qu'il ne mène pas une activité d'entreprise générale, sans disposer de cet accès particulier¹²¹.

Évidemment, tout entrepreneur qui recourt à un sous-traitant ne doit pas automatiquement être qualifié d'«entrepreneur général». Comme l'article 31 de l'arrêté royal du 29 janvier 2007 le précise, est entrepreneur général celui qui, «au nom et pour compte de tiers, construit, rénove, fait construire, ou rénover un bâtiment [...] jusqu'à l'état d'achèvement». Pour tous les autres, l'enseignement de la Cour de cassation doit pleinement trouver à s'appliquer en ce sens qu'ils peuvent confier à des sous-traitants l'exécution de travaux pour lesquels ils n'ont pas l'accès à la profession, sans que cela entraîne l'annulation de la convention.

22. Seconde hypothèse: l'absence d'accès dans le chef de l'agent d'exécution. *A contrario*, le contrat d'entreprise principal pourrait-il être annulé lorsque l'entrepreneur dispose des accès requis, mais que c'est son sous-traitant qui n'en a point? La doctrine, à laquelle nous adhérons, considère qu'une telle sanction s'inscrirait en violation de l'article 1165 du Code civil prescrivant le principe de l'autonomie des conventions¹²². Seule la faute d'avoir contracté avec une entreprise sans accès à la profession pourrait éventuellement être reconnue dans le chef de l'entreprise générale.

La Cour d'appel de Bruxelles a cependant sanctionné un entrepreneur général dont les sous-traitants n'avaient pas d'accès à la profession dans un arrêt du 15 novembre 2007. La cour a en effet considéré que la «nullité doit étendre ses effets au contrat conclu entre l'entrepreneur général et le maître de l'ouvrage, sous peine de porter atteinte à l'efficacité de la législation susdite. En effet, s'il était toléré que ce contrat subsiste, la situation qu'a entendu éviter le législateur, soit l'exécution de travaux par un sous-traitant non titulaire de l'accès à la profession, se trouverait réalisée sans que la moindre sanction ne puisse être prise à l'égard de l'entrepreneur général alors que celui-ci a omis de vérifier l'accès à la profession de son sous-traitant, voire s'est rendu complice d'une fraude à la loi en n'y accordant aucune importance. Ce cas de figure serait, par ailleurs, à l'origine d'un effet pervers dont bénéficierait l'entrepreneur général négligent: il pourrait exiger du maître de l'ouvrage le paiement du prix en exécution de ses obligations contractuelles, mais serait en droit de refuser de payer ses sous-traitants en alléguant la nullité des conventions conclues avec eux»¹²³. Cet arrêt de la cour d'appel est, à notre sens, critiquable

¹²¹ A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹²² J. BOCKOURT et al., *op. cit.*, p. 57.

¹²³ Bruxelles, 15 novembre 2007, *Res. jur. imm.*, 2009, p. 100; J. BOCKOURT et al., *op. cit.*, p. 57.

dès lors qu'il semble fonder sa décision sur l'idée que la cause (ou l'objet) du contrat d'entreprise générale était en l'espèce illicite. Or, l'illicéité de la cause d'un contrat s'apprécie au jour de la conclusion de la convention. Aussi, sauf en présence d'une clause mentionnant le nom d'un sous-traitant ne disposant pas de l'accès à la profession, la cause (ou l'objet) du contrat d'entreprise générale ne pourrait être originellement illicite. C'est en fait en cours d'exécution du contrat que l'illicéité se crée. La problématique serait à peu près identique si l'entrepreneur devait perdre, en cours d'exécution du contrat, son accès.

Chapitre 3 Les effets de la nullité du contrat

23. Introduction. La pratique démontre que l'absence d'accès à la profession est souvent utilisée comme une arme du maître de l'ouvrage à l'encontre de l'entrepreneur en raison de vices ou malfaçons de l'ouvrage réalisé. Pourtant, la sanction de la nullité absolue du contrat d'entreprise n'est pas toujours la meilleure solution dès lors qu'elle ne permet pas une réparation optimale du préjudice subi par le maître de l'ouvrage insatisfait de l'ouvrage réalisé.

Nous verrons, tout d'abord, que la nullité d'une convention d'entreprise empêche normalement celle-ci de produire tout effet juridique à l'avenir, mais également la fait disparaître depuis son origine (section 1)¹²⁴. Nous analyserons, ensuite, l'application des adages *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* et *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (section 2). Nous étudierons enfin la possibilité d'une réparation des dommages complémentaires sur une base extra-contractuelle (section 3), ainsi que le cas particulier de l'architecte (section 4).

Section 1

Les effets de l'annulation du contrat dans le temps

§ 1^{er}. L'absence d'effet juridique pour l'avenir

24. La disparition du contrat pour l'avenir et ses conséquences¹²⁵. En cas d'annulation du contrat d'entreprise, l'exécution forcée du contrat ne sera plus envisageable, de même que l'entrepreneur, qui demeurerait en défaut d'apporter la preuve d'un accès à la profession, ne pourra plus proposer la réfection des divers griefs dont le maître de l'ouvrage se plaindrait.

¹²⁴ Mons (2^e ch.), 21 octobre 2013, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie) », J.L.M.B., 2016, p. 1477.

¹²⁵ J. BOCKOURT et al., op. cit., p. 57; Comm. Mons, 26 juin 2002, D.A.O.R., 2002, p. 270; Bruxelles, 27 avril 1989, R&J, 1990, p. 245.

L'on notera également qu'il n'est pas rare que les assurances souscrites par le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur deviennent inefficaces à la suite de l'annulation du contrat d'entreprise. En effet, les compagnies d'assurances restreignent fréquemment le champ d'application de leurs polices à l'exercice légal de la profession d'entrepreneur¹²⁶. La demande en nullité du contrat d'entreprise peut donc connaître un effet «boomerang» dans le chef du maître de l'ouvrage, alors privé d'un créancier solvable pour la réparation des conséquences dommageables résultant d'un sinistre quelconque¹²⁷.

§ 2. Une disparition du contrat depuis son origine

25. Un retour à l'«état antérieur» : le principe. La nullité du contrat d'entreprise s'opère normalement *ex tunc*, c'est-à-dire avec effet rétroactif. Comme nous l'enseigne la Cour de cassation, ceci «oblige en règle chacune des parties à restituer les prestations reçues en vertu de la convention annulée»¹²⁸. Aussi, le magistrat doit-il replacer les parties dans la situation qui aurait été la leur si elles n'avaient pas contracté. Il s'agit d'un exercice généralement complexe pour lequel «le juge conserve le pouvoir d'apprécier l'opportunité et l'étendue des restitutions»¹²⁹. La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi jugé que, «s'il apparaît des particularités de la cause que l'admission des restitutions compromet le caractère préventif de la sanction de nullité ou que l'ordre social ou l'équité exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement sanctionné, le juge peut refuser d'accorder la répétition soit aux deux, soit à l'un des cocontractants»¹³⁰.

26. Le fondement de l'obligation de restitution du maître de l'ouvrage. On enseigne que la nullité du contrat entraîne l'obligation pour l'entrepreneur, d'une part, de restituer les sommes indûment perçues pour l'exécution des travaux, et l'obligation pour le maître de l'ouvrage, d'autre part, de restituer «la valeur objective des travaux»¹³¹, ce qui a souvent pour effet de priver l'entrepreneur de sa marge bénéficiaire ainsi que de toute autre indemnité à laquelle il aurait pu prétendre en vertu du contrat.

¹²⁶ Mons, 5 septembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1320, cité par B. LOUVEAUX, «La nullité des contrats d'entreprise: gare aux effets boomerang», note sous Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1325.

¹²⁷ B. LOUVEAUX, «La nullité des contrats d'entreprise: gare aux effets boomerang», note sous Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1325.

¹²⁸ Cass., 21 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1712; Cass., 10 mai 2012, R.G. n° C.10.0707.N, www.juridat.be; Mons (2^e ch.), 21 octobre 2013, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie)», *op. cit.*, p. 1477.

¹²⁹ Liège (14^e ch.), 28 novembre 2013, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction 2015-2016 (deuxième partie)», *op. cit.*, p. 1477; Liège (20^e ch.), 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1324.

¹³⁰ Bruxelles (2^e ch.), 28 octobre 2016, inédit.

¹³¹ J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 464.

La doctrine¹³² et la jurisprudence¹³³ fondent généralement l'obligation de restitution du maître de l'ouvrage sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Ce fondement a récemment été entériné par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 février 2016 relatif à l'annulation d'un contrat de travail¹³⁴. Toutefois, comme nous le verrons au paragraphe suivant, nous estimons que ce fondement est inadéquat en matière d'annulation d'un contrat d'entreprise pour défaut d'accès à la profession. En effet, alors qu'aucune juridiction ne semble s'interroger sur l'absence de faute de l'appauvri – en l'espèce l'entrepreneur –, cette condition est pourtant *sine qua non* à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause¹³⁵. Or, comme nous le verrons¹³⁶, une certaine jurisprudence admet que la conclusion d'un contrat sans accès à la profession est constitutive d'une faute aquilienne qui autorise le maître de l'ouvrage à réclamer à l'entrepreneur des dommages et intérêts supplémentaires¹³⁷.

Un arrêt plus ancien de la Cour de cassation du 24 septembre 1976¹³⁸ enseigne, quant à lui, que l'obligation de restitution des parties, en suite de l'annulation du contrat, se fonde sur les règles relatives à la répétition de l'indu. Cet arrêt ne pourrait, selon nous, être entièrement suivi en ce qui concerne les contrats d'entreprise dès lors qu'« on s'accorde à n'appliquer le fondement de la répétition de l'indu qu'à la restitution des seules prestations exécutées en vertu d'une obligation de donner, à l'exclusion de l'obligation de faire ou de ne pas faire »¹³⁹. Or, en ce qui concerne le contrat d'entreprise, l'objet de la convention pour l'édificateur – qui constitue ce que le maître de l'ouvrage doit « restituer » – n'est pas de *dare*, mais de *facere*, de sorte que le fondement de la répétition de l'indu semble à nouveau inadéquat.

D'aucuns, insatisfaits par les fondements que constituent la répétition de l'indu et l'enrichissement sans cause, préfèrent « discerner dans les restitutions une obligation nouvelle, *sui generis*, qui trouve son fondement dans le jugement

¹³² B. KOHL, *op. cit.*, p. 869; A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, 2016, p. 33; O. HAENECOUR *et al.*, *op. cit.*, p. 225; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 1024; R. STOKART, *op. cit.*, p. 200.

¹³³ Voy. not. Bruxelles (2^e ch.), 28 octobre 2016, R.G. n° 2012/AR/1748, inédit; Liège, 15 décembre 2011, J.L.M.B., 2014, p. 1322; Liège (20^e ch.), 5 mai 2011, J.L.M.B., 2014, p. 1325; Bruxelles, 20 novembre 2008, R.G.D.C., 2011, p. 98; Mons, 25 juin 1991, J.L.M.B., 1992, p. 758; Civ. Brabant wallon, 5 septembre 2014, *Res. jur. imm.*, 2014, p. 359; Comm. Namur, 23 mars 2009, J.T., 2009, p. 360; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, J.L.M.B., 1997, p. 1293.

¹³⁴ Cass., 15 février 2016, R.G. n° C.14.04448.F, www.juridat.be.

¹³⁵ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 374.

¹³⁶ Voy. *infra*, n° 32.

¹³⁷ Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 17; Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 458; A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 34; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 465.

¹³⁸ Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101.

¹³⁹ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, p. 370.

d'annulation»¹⁴⁰. Cette obligation serait construite «à partir des règles de la théorie générale des contrats et du droit des biens, sans que ce régime puisse être ravalé à une simple application des règles des quasi-contrats»¹⁴¹. T. Starosselets précise à ce sujet que «c'est l'exécution de prestations en vertu d'un acte dissous rétroactivement et la nécessité qui s'ensuit de faire coller la réalité au droit, qui expliquent les restitutions»¹⁴². Ce fondement autonome semble avoir également été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 avril 2013 aux termes duquel celle-ci enseigne que, «[s]i la nullité d'une convention produit ses effets *ex tunc*, c'est le jugement qui la prononce qui fait naître des obligations nouvelles, les parties devant restituer ce qu'elles ont obtenu»¹⁴³.

27. Les conséquences du choix du fondement des obligations de restitution. La question du fondement légal n'est pas dénuée de pertinence, car elle peut influencer l'étendue des obligations de restitution.

Sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause, l'entrepreneur doit restituer au maître de l'ouvrage le montant «de son enrichissement sans que le montant restitué puisse dépasser le montant de l'appauvrissement (de l'entrepreneur) ; ainsi, concrètement, l'on rembourse uniquement le plus petit des deux montants»¹⁴⁴. Ceci oblige les magistrats à effectuer le calcul de ces deux montants avant de pouvoir statuer, comme la Cour d'appel de Liège l'explique dans un arrêt du 5 mai 2011 : «L'enrichissement du maître de l'ouvrage P. correspond à la valeur des travaux qu'il conserve dont à déduire le coût des réfections pour malfaçons et les coûts des matériaux fournis par le maître de l'ouvrage [...] L'appauvrissement de l'entrepreneur consiste dans la facturation des travaux qu'il a réalisés, déduction faite des malfaçons et de sa marge bénéficiaire.»¹⁴⁵

Pourtant, l'analyse de la jurisprudence récente démontre que les magistrats s'abstiennent de raisonner de la sorte et, sans invoquer de fondement, décident que l'entrepreneur doit restituer la valeur objective ou encore la valeur réelle des travaux, à savoir le prix des travaux aux tarifs du marché, déduction

¹⁴⁰ L.-O. HENROTTE, «La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles», *op. cit.*, p. 14; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 315; T. STAROSSELETS, «Effets de la nullité», in P. WÉRY (dir.), *La nullité des contrats*, coll. CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 239; P. A. FORIERS, «Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive», in *La mise en vente d'un immeuble, Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 244; H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 1964, p. 789; C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, «Théorie générale des obligations», *Les Nouvelles – Droit civil*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 591. Pour une application : Comm. Bruxelles, 20 octobre 1983, *R.W.*, 1985-1986, p. 1434; Comm. Anvers, 8 janvier 1951, *J.T.*, 1952, p. 305.

¹⁴¹ T. STAROSSELETS, *ibid.*, p. 240.

¹⁴² *Ibid.*, p. 240.

¹⁴³ Cass., 22 avril 2013, *R.G.*, n° C.12.0285.F, www.juridat.be.

¹⁴⁴ Comm. Namur, 23 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 360.

¹⁴⁵ Liège, 5 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1325.

faite de la **marge bénéficiaire** de l'entrepreneur¹⁴⁶. Cette valeur objective ou réelle correspond parfois, mais pas toujours, au montant qui aurait été obtenu selon une **application stricte de la théorie de l'enrichissement sans cause**¹⁴⁷.

Cette analyse met en lumière l'absence de cohérence dans notre droit en ce qui concerne la question des restitutions à la suite d'une annulation d'un contrat¹⁴⁸, ce qu'ont déjà largement souligné les professeurs F. Glansdorff¹⁴⁹ et R. Jafferali¹⁵⁰ dans de récentes contributions.

Nous considérons, pour notre part, que l'absence d'application *per se* de la théorie de l'enrichissement sans cause par les cours et tribunaux, lorsqu'ils fixent l'indemnité due par l'entrepreneur à la seule restitution de sa marge bénéficiaire, est symptomatique de l'inadéquation de ce fondement en cas d'annulation d'un contrat d'entreprise. La demande en restitution de l'entrepreneur devrait donc plutôt s'analyser comme une demande faite par le prestataire du service portant sur l'exécution d'une créance *sui generis* correspondant à un droit personnel à la restitution de la prestation effectuée¹⁵¹. Le calcul du montant de cette restitution doit être effectué selon les principes explicités au paragraphe suivant.

28. L'étendue des restitutions réciproques. Sur la base d'un fondement autonome des obligations de restitutions, l'entrepreneur est fondé à demander au maître de l'ouvrage la restitution de la valeur de l'ouvrage, qui vient en compensation des sommes indûment perçues par l'entrepreneur en raison du paiement de ses factures par le maître de l'ouvrage. Cette valeur réelle des travaux, ou valeur objective de ceux-ci, est, selon la doctrine majoritaire, déterminée «indépendamment de la valeur contractuelle fixée par les parties mais également indépendamment des montants de l'appauvrissement et de l'enrichissement»¹⁵².

Cependant, le prix convenu entre les parties doit, à notre sens, former une présomption de la valeur réelle des travaux, qui pourrait éventuellement être renversée par le maître de l'ouvrage. En effet, comme le soulignent dans leur contribution F. Peeraer et S. Stijns, l'annulation d'un contrat peut engendrer un enrichissement injustifié dans le chef de la partie qui obtient une «ristourne»

¹⁴⁶ Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322; Bruxelles, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 98; Mons, 25 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 758; Comm. Charleroi, 29 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1293.

¹⁴⁷ L.-O. HENROTTE, «La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles», *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴⁹ F. GLANSDORFF, «Les obligations de restitution», in J.-F. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 108.

¹⁵⁰ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 336-502.

¹⁵¹ C. GUELFUCCI-THIBERGE, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵² T. STAROSSELEYS, *op. cit.*, p. 269.

sur l'exécution de travaux pourtant correctement exécutés¹⁵³. Cette ristourne est d'autant moins légitime qu'elle s'étend généralement à l'ensemble des prestations de l'entrepreneur, sans qu'une distinction soit opérée entre les travaux exécutés licitement et ceux réalisés sans accès à la profession. En conséquence, il nous semble que la valeur contractuellement fixée par les parties doit constituer une présomption de la valeur réelle des travaux exécutés. Aussi, dans le cas où une annulation du contrat d'entreprise se justifierait car elle permettrait la protection de la légalité, thèse que nous ne partageons pas comme explicité ci-dessus¹⁵⁴, ce ne serait que la marge bénéficiaire de l'entrepreneur pour les travaux exécutés illicitement qui pourrait lui être retirée, de même que le coût de réfection des éventuels vices et malfaçons. Tout autre calcul engendrerait un enrichissement sans cause dans le chef du maître de l'ouvrage¹⁵⁵.

Toujours concernant le montant des restitutions réciproques, R. Jafferali¹⁵⁶ précise encore que l'utilité *subjective* des travaux ne peut entrer en ligne de compte pour calculer leur valeur *objective*. Cela signifie que seule la violation des règles de l'art peut venir en déduction de la valeur des travaux, sans qu'il soit tenu compte de l'éventuelle violation de stipulations contractuelles. Aussi, alors que le prix des travaux nécessaires au remède d'une mauvaise étanchéité peut venir en réduction de la valeur objective des travaux, il n'en sera pas de même pour l'inadéquation de la couleur des peintures avec la volonté du maître de l'ouvrage.

Enfin, l'on relèvera qu'alors que l'usure des travaux doit être supportée par le maître de l'ouvrage, l'obsolescence l'est par l'entrepreneur, puisque la valeur des travaux doit être déterminée au jour de l'annulation du contrat. Cette détermination de la valeur des prestations au jour de l'annulation du contrat a également comme conséquence que le maître de l'ouvrage n'est redevable d'aucun intérêt sur la restitution de la valeur objective des travaux, au contraire de l'entrepreneur qui devra payer des intérêts sur la restitution du

¹⁵³ Voy. la contribution de S. Stijns et F. Peeraer publiée dans le présent ouvrage, n°s 25 et 32.
¹⁵⁴ Voy. *supra*, n° 18.

¹⁵⁵ Le fondement de l'enrichissement sans cause a été critiqué aux n°s 26 et 27 de la présente contribution, considérant que, dès lors qu'une faute peut être reconnue dans le chef de l'entrepreneur ne disposant pas des accès à la profession, l'on ne peut pas considérer que son appauvrissement est « sans cause ». Dans le cas où l'on admettrait une « divisibilité » des prestations de l'entrepreneur et, ainsi, que seuls les travaux exécutés sans accès à la profession peuvent donner lieu à une perte, dans le chef de l'entrepreneur, de sa marge bénéficiaire, juger que toute autre interprétation créerait un enrichissement sans cause ne contredit pas le propos développé aux n°s 26 et 27 précités. En effet, la faute de l'entrepreneur n'existe pas quant à la conclusion et à l'exécution de la partie du contrat pour lequel il avait l'accès à la profession. En conséquence, lui retirer toute marge bénéficiaire pour l'exécution licite de cette partie du contrat consiste à lui occasionner un appauvrissement « sans cause ».

¹⁵⁶ R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., cité par l'auteur lors d'un après-midi d'étude consacré aux accès à la profession, organisé par la Chambre de conciliation, d'arbitrage et de médiation en matière immobilière le 17 novembre 2016.

prix à compter du jour où sa bonne foi a cessé, à savoir dès le jour où la nullité du contrat d'entreprise a été invoquée ou plus tôt si le maître de l'ouvrage parvient à prouver que l'entrepreneur devait savoir qu'il ne disposait pas des accès à la profession requis¹⁵⁷.

Section 2

L'application des adages *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* et *nemo auditur turpitudinem suam allegans*

29. Introduction. Étant donné que la nullité du contrat d'entreprise en raison de l'absence d'accès à la profession de l'entrepreneur est majoritairement justifiée par la contrariété à des normes d'ordre public, lorsque le juge use de son pouvoir d'appréciation dans l'opportunité et l'étendue des restitutions¹⁵⁸, il pourra, le cas échéant, recourir aux adages *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* et *nemo auditur turpitudinem suam allegans* en vue de « paralyser, totalement ou partiellement, la répétition des prestations fournies »¹⁵⁹.

Nous proposons de nous arrêter quelques instants sur la portée de ces deux adages bien que, pour mémoire, nous considérons que leur application ne se justifie pas, puisque seule une nullité relative de la convention d'entreprise devrait être prononcée en cas de défaut d'accès à la profession, et ceci, à la seule condition que cette sanction atteigne son but, à savoir la protection de la légalité, d'une manière adéquate, efficace et proportionnée.

30. L'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Le respect de l'ordre social pourrait contraindre les magistrats à refuser d'opérer les restitutions réciproques induites par la sanction de la nullité du contrat d'entreprise¹⁶⁰. En effet, certains affirment que la restitution (en équivalent pécuniaire) des travaux réalisés par l'entrepreneur en contrariété à l'ordre public revient à confirmer une situation illicite et retire à la sanction de la nullité tout effet utile et dissuasif. Ces derniers demandent dès lors aux cours et tribunaux, par application de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, de refuser de faire droit à tout ou

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 35-361, considérant que les intérêts forment les fruits de la somme indûment perçue et qu'en vertu de l'article 594 du Code civil, le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

¹⁵⁸ Liège (14^e ch.), 28 novembre 2013, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2016, p. 1477; Liège (20^e ch.), 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1324.

¹⁵⁹ B. KOHL, *op. cit.*, p. 869.

¹⁶⁰ Liège, 23 avril 2015, R.G. n° 2014/RG/420, www.juridat.be; Liège, 24 juin 2010, R.G. n° 2009/RG/47, www.juridat.be; Mons, 25 mars 2002, *J.T.*, 2003, p. 342; J. BOCKOURT *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

une partie des obligations de restitution ¹⁶¹ dont l'application est laissée à leur appréciation souveraine ¹⁶².

Le magistrat, « en tenant compte de la protection de l'ordre social et de l'équité, devra assurer de la meilleure manière possible le respect des objectifs du législateur dans chaque cas et examiner si ces objectifs sont mieux réalisés par la restitution ou par le refus de restitution » ¹⁶³. Il refusera ainsi la restitution « soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé. Il n'est toutefois pas tenu de le faire car l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* n'est pas une norme obligatoire » ¹⁶⁴. L.-O. Henrotte précise encore qu'« en d'autres termes, sur la base de cet adage, le juge décidera discrétionnairement si l'annulation de la convention contraire à l'ordre public doit entraîner ou non l'obligation de restituer et si oui, dans quelle mesure. Tantôt le juge refusera les restitutions et reverra les parties dos à dos estimant que chacune a les mains sales, tantôt il se bornera à imposer une obligation de restitution à une seule des parties, parce qu'il l'estime la plus coupable » ¹⁶⁵.

Dans un arrêt du 3 février 2009, la Cour d'appel de Mons adopte le raisonnement qui suit, afin de justifier le refus partiel ou total de restitution en faveur d'un entrepreneur défaillant : « pour vérifier s'il importe d'ordonner ou non la répétition des prestations des parties, la cour prendra en compte les éléments suivants :

- l'entrepreneur, qui exerçait son activité depuis plusieurs années, ne s'est manifestement soucié de la nécessité de bénéficier d'un accès à la profession pour l'intégralité des travaux litigieux ;
- il ne peut être reproché au maître de l'ouvrage d'avoir contracté avec une société qui ne satisfait pas aux conditions d'exercice de la profession

¹⁶¹ A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 22 ; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 464.

¹⁶² Cass., 8 décembre 1966, R.C.J.B., 1967, p. 5 ; voy. aussi A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 22 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 318 ; M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, p. 615 ; P. A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, éd. du Jeune Barreau, Bruxelles, 1984, p. 151.

¹⁶³ C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 464 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1009 ; Liège, 24 juin 2010, R.G.D.C., 2011, p. 510.

¹⁶⁴ Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, p. 101, cité par C. WIJNANTS, « Nullité du contrat d'entreprise pour violation des règles d'accès à la profession : rappel des principes », *Entr. et dr.*, 2010, p. 464.

¹⁶⁵ L.-O. HENROTTE, « La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles », *op. cit.*, p. 15 ; Liège, 3 février 1999, Bruxelles, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, p. 276 ; Civ. Brabant wallon, 23 octobre 2015, *Res jur. imm.*, 2015, p. 395 ; Civ. Brabant wallon, 5 septembre 2014, *Res jur. imm.*, 2014, p. 359.

d'entrepreneur [...], le maître de l'ouvrage étant un profane qui ne pouvait se douter des problèmes d'accès à la profession ;

le maître de l'ouvrage entend conserver les ouvrages construits et non seulement lui permettre de ce faire sans bourse délier conduirait à un enrichissement indu du maître de l'ouvrage [...] mais en outre, la généralisation de cette sanction sans nuance pourrait conduire des maîtres de l'ouvrage peu scrupuleux à spéculer sur le défaut d'accès à la profession de certains entrepreneurs pour obtenir d'eux des travaux sans en supporter en définitive le coût¹⁶⁶.

L'application de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* demeure rare en jurisprudence¹⁶⁷. Cette relative réticence pourrait résulter de la prudence de certains magistrats à justifier pareille sanction.

Relevons, finalement, l'analyse de R. Jafferali qui considère que, «dès lors qu'il peut être utilisé à la fois dans un but dissuasif et répressif, l'adage *in pari causa* me paraît devoir être qualifié de peine privée, au sens autonome de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme»¹⁶⁸. Or «l'absence d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible peut même conduire à un constat de violation de l'article 7 à l'égard de l'accusé»¹⁶⁹. Compte tenu du manque de jurisprudence constante en Belgique sur l'application de l'adage *in pari causa* lors de l'annulation d'un contrat d'entreprise, une violation de l'article 7 de la CEDH en cas d'application dudit adage n'est pas à exclure.

31. L'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Le maître de l'ouvrage pourrait-il solliciter une réparation des éventuels vices ou malfaçons affectant l'ouvrage, voire d'autres dédommagements complémentaires, alors que la nullité du contrat d'entreprise a été prononcée? Sous réserve de ce qui sera explicité à la section 3 du présent chapitre¹⁷⁰, la nullité du contrat d'entreprise prive généralement le maître de l'ouvrage de la possibilité d'obtenir la réparation

¹⁶⁶ Mons, 3 février 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2011, p. 884.

¹⁶⁷ A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 32; C. WYNANTS, *op. cit.*, p. 465. Pour une application: Liège, 23 avril 2015, R.G., n° 2014/RG/420, www.juridat.be; Bruxelles, 28 novembre 2008, R.G.D.C., 2010, p. 521; Bruxelles, 14 septembre 2005, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2008, p. 420; Liège, 3 février 1999, Bruxelles, inédit, cité par B. LOUVEAUX, «Inédits du droit de la construction», *J.L.M.B.*, 2001, p. 276; Liège, 10 février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1307; Liège, 16 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1023; Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 17.

¹⁶⁸ R. JAFFERALI, «La rétroactivité dans le contrat ou la recherche du juste milieu», *op. cit.*, p. 130.

¹⁶⁹ Cour eur. D.H., 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, n° 42750/09, § 93, cité par R. JAFFERALI, «La rétroactivité dans le contrat ou la recherche du juste milieu», *op. cit.*, p. 130.

¹⁷⁰ Voy. *infra*, n° 32.

d'une inexécution fautive¹⁷¹, puisqu'il « s'agit là d'une application de l'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, personne ne pouvant se prévaloir en justice d'une convention contraire à l'ordre public pour en demander l'exécution en nature ou par équivalent »¹⁷².

L'application de cet adage et ses conséquences furent consacrées par l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1961 disant pour droit que, « [l]orsque la simulation concertée entre parties a eu pour objet une fraude à une disposition légale d'ordre public, aucune des parties ne peut, en vertu des articles 1131 et 1133 du Code civil, poursuivre l'exécution de la convention simulée; il s'ensuit qu'en pareil cas, chacun des cocontractants peut s'opposer à l'exécution poursuivie contre lui par son cocontractant et est, partant, recevable à prouver la fraude à la loi »¹⁷³. L'application de l'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans* vise donc « tant le maître de l'ouvrage en ce qui concerne une demande de réparation fondée sur des inachèvements, malfaçons, retards ou autres manquements, que l'entrepreneur en ce qui concerne le paiement de ses factures »¹⁷⁴.

La Cour d'appel de Liège a fait une application intéressante de cet adage, couplé à l'application de l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*, dans un arrêt du 24 juin 2010: « La conservation par les maîtres de l'ouvrage de la valeur des ouvrages construits par l'entrepreneur, avec restitution à leur profit des sommes payées à ce dernier, ne leur procurera pas un avantage indu sur lequel ils auraient spéculé. Leur participation à un contrat contraire à l'ordre public est sanctionnée par l'impossibilité pour eux d'obtenir, au-delà de la restitution des acomptes, réparation des importantes malfaçons et inachèvements établis dans le chef de l'entrepreneur. Il ne pourra être fait droit aux demandes des maîtres d'ouvrage en indemnisation de leurs troubles de jouissance, en remboursement du prix des marchandises inadéquatement mises en œuvre, en remboursement de leurs frais de conseil technique puisque ces demandes découlent de l'exécution d'un contrat qui, étant nul, ne peut produire aucun

¹⁷¹ Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322, note B. LOUVEAUX; Liège, 24 juin 2010, R.G. n° 2009/RG/47, www.juridat.be; Mons, 3 février 2009, inédit, cité par B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2011, p. 884.

¹⁷² C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 465; voy. aussi A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, pp. 20 et 34.

¹⁷³ Cass., 19 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1008; L.-O. HENROTTE, « La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles », *op. cit.*, p. 13; exemple d'un arrêt qui a renvoyé les parties dos à dos: Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190.

¹⁷⁴ L.-O. HENROTTE, *ibid.*, p. 13; voy. aussi B. LOUVEAUX, « Inédits du droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, p. 276; pour une application, voy. Liège, 15 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1322 et Liège, 21 décembre 1999, *Rev. rég. dr.*, 2000, p. 190.

effet¹⁷⁵. La Cour a ainsi appliqué l'adage *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* en refusant d'accorder à l'entrepreneur la valeur objective des travaux exécutés, mais a directement assoupli cette sanction en refusant aux maîtres de l'ouvrage la réparation des dégâts consécutifs à la conclusion du contrat d'entreprise nul, par application, cette fois, de l'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Aussi, cette décision met en évidence les pouvoirs d'appréciation discrétionnaire dont disposent les magistrats lorsqu'ils annulent un contrat pour violation de l'ordre public¹⁷⁶. Elle permet également aux praticiens de comprendre que le bénéfice de la sanction de la nullité peut être à double tranchant¹⁷⁷.

Section 3

Une possible réparation des dommages complémentaires sur une base extracontractuelle ?

32. Le principe. Privé de tout recours contractuel en raison de l'annulation du contrat d'entreprise entraînant l'application de l'adage *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, le maître de l'ouvrage pourrait-il solliciter des dommages résultant des retards, vices ou malfaçons sur pied de l'article 1382 du Code civil¹⁷⁸ ? La Cour d'appel de Bruxelles y a répondu positivement, jugeant « [qu']en s'abstenant de faire état du défaut d'accès à la profession pour les travaux qu'il acceptait d'entreprendre, l'entrepreneur a commis une faute qui est à l'origine de l'annulation du contrat. Le maître de l'ouvrage n'a eu d'autre recours que de prendre l'initiative de la procédure et il s'en est suivi l'indisponibilité du bien »¹⁷⁹. La Cour a récemment confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 29 mai 2009¹⁸⁰, tout comme le Tribunal de première instance du Brabant wallon dans un jugement du 31 octobre 2014¹⁸¹.

Cette faute de l'entrepreneur doit s'analyser comme une *culpa in contrahendo* qui l'oblige à réparer le préjudice « qui est en relation de cause à effet nécessaire avec l'annulation du contrat »¹⁸². Il revient donc au maître de l'ouvrage, supportant la charge de la preuve¹⁸³, de démontrer l'existence de son dommage et du lien causal avec la faute commise par l'entrepreneur, ce qui

¹⁷⁵ Liège, 24 juin 2010, R.G.D.C., 2011, p. 510; L.-O. HENROTTE, « La nullité absolue du contrat d'entreprise conclu avec un entrepreneur qui ne dispose pas de l'accès à la profession ou l'histoire de "Nemo" en eaux troubles », *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁶ Voy., pour un arrêt récent, Liège, 23 avril 2015, R.G. n° 2014/RC/420, www.juridat.be.

¹⁷⁷ B. LOUVEAUX, « La nullité des contrats d'entreprise: gare aux effets boomerang », *op. cit.*, p. 1325.

¹⁷⁸ A. DELVAUX et B. DE COCQUEAU, *op. cit.*, p. 34; C. WIJNANTS, *op. cit.*, p. 465.

¹⁷⁹ Bruxelles, 6 mars 1986, *Entr. et dr.*, 1987, p. 17.

¹⁸⁰ Bruxelles, 29 mai 2009, *Entr. et dr.*, 2010, p. 458.

¹⁸¹ Civ. Brabant wallon, 31 octobre 2014, *Res. jur. imm.*, 2015/1, p. 47.

¹⁸² R. STOKART, *op. cit.*, p. 200.

¹⁸³ Art. 1315 C. civ. et 870 C. jud.

n'est pas toujours chose aisée. Dans un jugement du 6 novembre 2002, le Tribunal de commerce de Mons a, en effet, considéré que, s'il était exact qu'un lien de causalité pouvait être établi entre, d'une part, l'absence d'accès à la profession et, d'autre part, les vices et malfaçons subis par le maître de l'ouvrage, car l'entrepreneur n'avait pas suivi les formations nécessaires pour exercer son métier avec habileté, la demande du maître de l'ouvrage relative aux troubles de jouissance résultant du retard d'exécution doit être rejetée dès lors qu'il n'est pas démontré que l'important retard dans l'achèvement des travaux est la conséquence directe et inéluctable de l'absence d'accès à la profession. Bien des entreprises en ordre sur le plan administratif accumulent des retards importants dans l'exécution de leurs chantiers»¹⁸⁴.

33. L'application de la théorie de l'alternative légitime pour apprécier le lien causal. R. Jafferli estime¹⁸⁵ que la théorie de l'alternative légitime pourrait trouver à s'appliquer en cas d'annulation du contrat d'entreprise pour défaut d'accès à la profession. Selon cette théorie, il convient «d'apprécier le lien de causalité en recourant à une procédure de substitution au sens strict. Plutôt que rechercher ce qui se serait produit en l'absence du comportement fautif, le juge doit – comme la Cour de cassation l'a précisé depuis lors – remplacer le comportement fautif par son “exécution correcte”»¹⁸⁶.

Transposée à la matière qui nous occupe, la théorie de l'alternative légitime suppose de considérer que le comportement licite de l'entrepreneur aurait eu pour conséquence la validité du contrat, en sorte que le dommage subi par le maître de l'ouvrage est en définitive celui de ne plus être capable d'invoquer les clauses contractuelles annulées. Par ce biais, R. Jafferli conclut que les dommages du maître de l'ouvrage ne sont pas les vices et malfaçons ou les troubles de jouissance en tant que tels, mais l'impossibilité d'invoquer un contrat annulé, ce qui aurait permis au maître de l'ouvrage d'obtenir la réparation de ses dommages.

Par application de la théorie de l'alternative légitime, le maître de l'ouvrage serait, en fait, fondé à demander, en vertu de la responsabilité *extracontractuelle* de l'entrepreneur, l'application de dispositions *contractuelles*, pourtant annulées à la demande de ce maître de l'ouvrage. Ceci revient à appliquer le contrat annulé – en ce compris les éventuelles clauses d'exonération de responsabilité de l'entrepreneur qui renaîtraient de leurs cendres. R. Jafferli rencontre cette critique lorsqu'il explique qu'étant donné que l'objet de la

¹⁸⁴ Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1285.

¹⁸⁵ Lors d'un après-midi d'étude consacré aux accès à la profession, organisé par la Chambre de conciliation, d'arbitrage et de médiation en matière immobilière le 17 novembre 2016.

¹⁸⁶ R. JAFFERLI, «L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité», in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 108.

réparation demandée n'est pas en soi illicite, à savoir la réparation par équivalent des vices et malfaçons ainsi que la compensation financière des troubles de jouissance, l'on ne pourrait, sur cette base, s'opposer à l'application de la théorie de l'alternative légitime.

34. La responsabilité du gérant de l'entreprise. Le jugement précité du Tribunal de commerce de Mons du 6 novembre 2002¹⁸⁷ mérite encore d'être souligné dès lors qu'il condamne personnellement le gérant de l'entreprise de construction, sans examiner les conditions de l'option des responsabilités, puisque la faute du gérant constitue *in specie* également une infraction pénale¹⁸⁸. Le tribunal justifie sa décision, considérant que, « [d]ans le cas d'espèce, la faute personnelle de Monsieur L., administrateur de la SPRL Renov'home, consistant à faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession, dépasse le cadre de la faute de gestion simple. En outre, cette faute constitue également une infraction pénale, de telle sorte que la responsabilité aquilienne des administrateurs de la SPRL Renov'home peut être engagée par le maître de l'ouvrage, sans que celui-ci doive démontrer l'existence d'une faute et d'un dommage étrangers au contrat »¹⁸⁹.

Section 4

Le cas particulier de l'architecte

35. Le devoir de conseil de l'architecte. L'article 22 du règlement de déontologie établi par l'Ordre national des architectes¹⁹⁰ énonce que « [l']architecte, quel que soit son statut, assiste le maître de l'ouvrage dans le choix de l'entrepreneur en vue de la réalisation du projet dans les meilleures conditions de prix et de qualité. Il attire l'attention de son client sur les garanties qu'offre l'entrepreneur ». La jurisprudence considère qu'il résulte de cet article relatif au devoir de conseil des architectes que ces derniers ont l'obligation d'informer le maître de l'ouvrage des règles régissant l'accès à la profession d'entrepreneur¹⁹¹, et ce, quelles que soient les dispositions de leur contrat à ce sujet¹⁹². La Cour de cassation, dans un arrêt du 6 janvier 2012¹⁹³, a en effet décidé que cet article 22 du Code de déontologie relève de l'ordre public de

¹⁸⁷ Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1285.

¹⁸⁸ Voy. également, sur ce sujet, A. DELVAUX et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁹ Comm. Mons, 6 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1285.

¹⁹⁰ Approuvé par l'arrêté royal du 18 avril 1985, *M.B.*, 8 mai 1985.

¹⁹¹ Mons, 29 mars 2016, R.G. n° 2014/RC/907, www.juridat.be; Bruxelles, 23 juin 2004, *Entr. et dr.*, 2004, p. 309.

¹⁹² O. HAENECOUR et al., *op. cit.*, p. 225.

¹⁹³ Cass., 6 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2013, p. 19, annoté par SCHULPEN, *R.G.D.C.*, 2012/6, p. 267 et par L.-O. HENROTTE et L. VAN DER MERSCH, *R.G.D.C.*, 2012, p. 270.

sorte que les architectes ne peuvent s'exonérer contractuellement de leur responsabilité.

La responsabilité contractuelle de l'architecte pourrait donc être engagée en cas d'absence d'accès à la profession de l'entrepreneur, pour autant toutefois que l'on puisse prouver un manquement à son **devoir d'information**. Or, la réglementation sur l'accès à la profession est particulièrement technique et difficile à appliquer, ne serait-ce que pour connaître des **travaux qui sont couverts** par un accès (la construction d'une annexe en ossature bois requiert-elle un accès pour les travaux de gros œuvre, de menuiserie ou les deux?). En outre, imposer à un architecte de vérifier les accès de tous les **sous-traitants présents** sur un chantier rendra rapidement son travail ingérable. Il nous semble donc que le **devoir d'assistance** de l'architecte, pour ce qui concerne les accès à la profession, s'inscrit davantage dans le cadre d'une obligation de moyen. Le maître de l'ouvrage devra prouver que son architecte n'a pas déployé ses meilleurs efforts pour respecter ses obligations.

Conclusion

36. L'accès à la profession des entrepreneurs conditionne la validité des **contrats conclus** par ces derniers. Trop souvent **négligée** dans la **pratique** par les **hommes de l'art**, l'**absence** de compétences **préalables** requises **engendre** des **difficultés majeures** pour chacune des parties au contrat. La nullité, sanction unanimement admise, opère *ex tunc*, les obligeant à restituer les prestations reçues en vertu de la convention d'entreprise, contraignant, par conséquent, le magistrat à se livrer à des calculs complexes. La nullité entraîne, en outre, la disparition du contrat pour l'avenir, privant, le cas échéant, le maître de l'ouvrage de la possibilité de solliciter la réparation d'éventuelles malfaçons.

Dès lors que la nullité est considérée comme absolue par la majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence, un contrat d'entreprise conclu par un **entrepreneur** ne disposant pas de l'accès à la profession **requis est ab initio** grevé d'un **vice** auquel nul ne **peut** acquiescer et **que** tout magistrat **soulevra d'initiative**. Est-il dans l'intérêt général que toute **convention d'entreprise** viciée soit automatiquement, et indépendamment des questions soumises au juge, frappée de nullité absolue? La réponse est, selon nous, négative, quoique réfutée par la pratique actuelle.