

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT PRIVÉ

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT PRIVÉ

Sous la coordination scientifique de
Jérémie VAN MEERBEECK et Yannick NINANE

Nicolas B. BERNARD
Nicolas BERNARD
Estelle BIJNENS
Caroline BOTMAN
Aline CHARLIER
François CUVELIER
Laurent DEBROUX
Amaury DE COOMAN
Blandine DE LANGE
Amandine DESPRET
Florence GEORGE
Jean-Théodore GODIN
Rafaël JAFFERALI
Céline JANSSEN
Sarah LARIELLE
Thierry LÉONARD
Lauriane MALHAIZE
Yannick NINANE
Jean-François ROMAIN
Guillaume SCHULTZ
Felix STANDAERT
Nicolas VAN DAMME
Alexander VANDENDRIES
Romain VANDERBECK
Thomas VAN HALTEREN
Sander VAN LOOCK
Jérémie VAN MEERBEECK
Sébastien VANVREKOM



 **UCLouvain**
SAINT-LOUIS BRUXELLES



CePri
Centre de droit privé

Chez le même éditeur :

- C. Delforge et J. van Zuylen (coord.), *Les défauts de la chose. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, ouvrage collectif, 2015.
- C. Delforge et J. Van Meerbeeck (coord.), *Les nullités en droit privé. État des lieux et perspectives*, ouvrage collectif, 2017.
- J. Van Meerbeeck, P.-O. de Broux, Th. Léonard et Br. Lombaert (coord.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, ouvrage collectif, 2019.
- C. Delforge et J. van Zuylen (coord.), *Le fait d'autrui. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, ouvrage collectif, 2021.

La version en ligne de cet ouvrage est disponible sur les plateformes juridiques :

www.lexnow.io



www.jurisquare.be



Jurisquare

© 2023, Anthemis s.a.
Place Albert I, 9 B-1300 Limal
Tél. 32 (0)10 42 02 90 – info@anthemis.be – www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre, par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays.

Dépôt légal : D/2023/10.622/49
ISBN : 978-2-8072-1084-4

Mise en page : Nord Compo
Couverture : Michel Raj
Impression : Ciaco
Imprimé en Belgique

Sommaire

Le fabuleux destin des principes généraux du droit	9
Rafaël JAFFERALI et Jérémie VAN MEERBEECK	
L'interdiction de l'abus de droit : requiem pour un principe général de droit ?	67
Thierry LÉONARD	
L'enrichissement sans cause ou injustifié	115
Thomas VAN HALTEREN	
L'épopée de <i>Fraus omnia corrumpit</i> : d'un adage à la loi, en passant par un principe général de droit	151
Aline CHARLIER et Céline JANSSEN	
La théorie des troubles de voisinage	183
Sébastien VANVREKOM et Nicolas BERNARD	
L'exception d'inexécution	219
Félix STANDAERT et Laurent DEBROUX	
L'aire nouvelle du principe général de l'apparence ou comment la jurisprudence peut aller plus loin que les Livres 1^{er}, 3 et 5 du nouveau Code civil réunis	251
Jean-François ROMAIN	
La mise en demeure	297
Amaury DE COOMAN	
Principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment par chacune des parties	319
Blandine DE LANGE et Jean-Théodore GODIN	
ANTHEMIS	7

L'interdiction du représentant de se porter contrepartie et d'agir en conflit d'intérêts	351
Nicolas VAN DAMME et Sander VAN LOOCK	
Le principe d'égalité et de non-discrimination	375
Nicolas B. BERNARD et Romain VANDERBECK	
La bonne foi, ou l'art de la prudence et du raisonnable ?	411
Sarah LARIELLE	
La rectification des erreurs matérielles	447
François CUVELIER	
La lésion (re)qualifiée « abus de circonstances »	481
Lauriane MALHAIZE et Guillaume SCHULTZ	
<i>Lex specialis derogat generali</i>	529
Caroline BOTMAN	
<i>Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet</i>	561
Estelle BIJNENS, Amandine DESPRET et Alexander VANDENDRIES	
Conclusions	609
Florence GEORGE et Yannick NINANE	

Le fabuleux destin des principes généraux du droit

Rafaël JAFFERALI

*Professeur à l'Université libre de Bruxelles
Collaborateur scientifique à la KU Leuven
Avocat au barreau de Bruxelles*

Jérémie VAN MEERBEECK

*Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles*

Introduction

1. Un concept mystérieux. Catégorie « vaine et prétentieuse »¹ selon certains, « normes inexprimées » du « grand droit » qui fait irruption « dans le petit droit des normes écrites »² selon d'autres, les principes généraux du droit suscitent, chez les juristes, à la fois méfiance et respect, confiance et crainte. Bien que qualifié de « valeur ascendante » de la vie juridique contemporaine³, le principe général du droit, dont la théorie a été jugée « fabuleuse »⁴ et le statut « quelque peu mystérieux »⁵, résiste à toute définition concise. Selon P. Van Ommeslaghe, la difficulté à cerner la notion est, du reste, le « seul point qui fait l'unanimité » parmi les auteurs⁶. L'objet de la présente contribution est néanmoins de faire quelque peu la lumière sur ce concept et d'introduire le présent ouvrage, qui est spécifiquement consacré aux principes généraux du droit privé.

2. Tout principe n'est pas un principe général du droit. S'il est difficile de définir positivement la notion de principe général du droit,

¹ R. RODIÈRE, « Les principes généraux en droit privé français », *Rev. int. dr. comparé*, 2^e vol., 1980, p. 309.

² P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Limal, Anthémis, 2006, p. 12.

³ R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 6.

⁴ L. DUBOIS, « Le droit, à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de Droit(s), Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Paris, Dalloz, 2000, p. 252.

⁵ C. R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 30.

⁶ P. VAN OMMEAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1104.

il faut d'emblée la distinguer, négativement, des occurrences, en droit, du mot « principe », qui renvoient à des sens différents. Sous réserve de notre brève introduction historique, il convient ainsi d'exclure de l'objet de notre étude le « principe » qui n'est qu'un moyen de simplifier la référence à un ensemble de règles⁷, qui est utilisé par opposition à la notion d'exception⁸, qui renvoie à la notion vague de disposition fondamentale⁹ ou qui, dans un sens comparable, désigne un exposé systématique des règles propres à un domaine déterminé du droit positif¹⁰. À la différence de ces notions, le principe général du droit est bien une « norme de droit positif »¹¹ présentant une certaine autonomie, de rang législatif, voire supérieur, dont le juge doit assurer le respect¹².

3. Plan. Nous examinerons, dans un premier temps, comment ces normes atypiques ont été découvertes et comment un principe général du droit en arrive à être consacré (Section 1), avant de nous attarder sur ce qui les caractérise (Section 2).

Section 1

La découverte des principes généraux du droit

Ce point implique en réalité deux questions : quand ces normes sont-elles apparues dans nos systèmes juridiques (1) et comment un principe accède-t-il au statut de principe général du droit (2) ?

⁷ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du xx^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 55. Et l'auteur de citer les articles 1196 (« Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative »), 1584, alinéa 3 (l'effet de la vente « est réglé par les principes généraux des conventions ») et 2021 (l'effet de l'engagement de la caution qui s'est engagée solidairement « se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ») de l'ancien Code civil.

⁸ La Cour de cassation a ainsi jugé que « [l']octroi de facilités de paiement constitue une exception au principe de la force obligatoire des conventions consacré par l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil » (Cass., 15 juin 2006, *Pas.*, I, p. 1421). Dans le même sens, la jurisprudence recourt souvent à l'expression « en principe » ou « en règle » afin de ménager la possibilité d'admettre ultérieurement une exception à la norme énoncée. Voy., par exemple, Cass., 22 novembre 2018, *J.T.*, 2020, p. 401 : « N'est, en principe, pas nouveau le moyen qui critique un motif que le juge a donné à l'appui de sa décision. »

⁹ Le consensualisme est sans aucun doute un principe directeur du droit privé, consacré désormais à l'article 5.28 du nouveau Code civil, mais il n'a, à notre connaissance, pas été reconnu comme principe général du droit.

¹⁰ Il en va ainsi des *Principes de droit civil* de Laurent (sur cette acception, qui prend son essor à partir du xvii^e siècle, voy. ci-après n° 4).

¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1103.

¹² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 588. Relevons que les principes généraux du droit sont souvent concrétisés par plusieurs règles, tolèrent en général des exceptions et constituent des normes fondamentales souvent reprises dans les exposés systématiques de doctrine.

Sous-section 1

La découverte de nouvelles normes

4. Retour aux sources ? En 1972, H. Buch écrivait que les principes généraux du droit sont « aussi vieux que les systèmes juridiques eux-mêmes »¹³. Une quinzaine d'années plus tard, E. Pattaro proposait, pour sa part, de retracer « une histoire de la notion des principes généraux du droit d'Aristote à nos jours »¹⁴. Dans le même sens, des auteurs ont écrit plus récemment qu'il convenait de relativiser « la nouveauté des principes généraux du droit qui ont existé de tout temps, depuis les débuts de la philosophie du droit et en droit romain déjà »¹⁵.

Si on s'en tient à l'objet de notre étude, à savoir les principes généraux du droit comme source formelle et autonome du droit, cette affirmation doit cependant être sérieusement nuancée, même si, on le verra, la notion de principe trouve bien ses racines au cœur de notre histoire juridique.

En droit romain, la science juridique qui se développe à partir de Quintus Mucius Scævola et de Servius Sulpicius Rufus établit par induction des principes (appelés, ironie du sort, *regulæ*) à partir du matériau juridique existant, pour en déduire des propositions normatives (*responsa*) qui seront ensuite organisées en genres et en espèces¹⁶. Dans son *Traité des lois*, Cicéron proposera d'examiner les « principes du droit » : « *Nunc juris principia videamus* »¹⁷. Enfin, le 17^e et dernier titre du 50^e livre du Digeste de Justinien comprend 211 *regulæ*, qui sont des maximes juridiques. Or, de nombreux principes généraux du droit contemporains trouvent leurs sources dans de telles maximes¹⁸.

Au début du XII^e siècle, un professeur de Bologne du nom d'Irnerius enseigne, au lieu des lois germaniques, le *Corpus iuris civilis* de Justinien, qui semblait avoir disparu depuis le VII^e siècle. Les romanistes n'auront de cesse, par la suite, de vouloir systématiser les textes de cette nouvelle bible juridique. Au XVI^e siècle, le romaniste Jean de Coras écrit, dans son *De iuris arte libellus* (1560),

¹³ H. BUCH, « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. 3, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972, p. 420.

¹⁴ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 273. Fr. Moderne estime que les manifestations du concept de principe général du droit dans les différentes langues européennes « traduisent des références communes aux mêmes sources, celles de la pensée juridique occidentale, telle qu'elle s'est développée depuis le XIII^e siècle » (F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.*, 1999, p. 723).

¹⁵ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Publ. FUSL, 2012, p. 499.

¹⁶ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *op. cit.*, p. 281. Voy. également à ce propos M. KASER et R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 19^e éd., München, C. H. Beck, 2008, p. 25, § 2, n° 20. CICÉRON, *De legibus*, I, I, VI.

¹⁸ La 54^e *regulæ* stipule ainsi : « On ne peut transmettre à un autre le droit que l'on n'a pas. » Sur cette maxime, voy. la contribution d'Amandine Despret, Estelle Bijmens et Alexander Vandendries.

que les *regulæ* reprises dans l'avant-dernier titre du Digeste sont des « *generalia iuris principia et elementa* », qu'il définit comme des universels nécessaires pour tout système rationnel de droit¹⁹. Pour F. Zenati-Castaing, l'émergence des principes généraux du droit est liée au comparatisme coutumier français du xvi^e siècle, époque à laquelle les juristes ont appliqué au corpus de codification royale des coutumes la méthode du droit commun mise au point quelques siècles plus tôt par les romanistes pour systématiser les lois romaines : « Les adages, que l'on dénommait, à l'époque, de manière caractéristique, maximes générales, ne sont rien d'autres que la transformation en principes généraux des règles coutumières »²⁰. Aux xvii^e et xviii^e siècles, les auteurs s'évertuent à présenter en système les principes du droit naturel identifiés à l'aide de la droite raison : il suffit d'évoquer *Le droit de la nature et des gens ou système des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique* de Pufendorf (1672) ou les *Principes du droit de la nature et des gens* de Burlamaqui (1768)²¹. Enfin, Portalis rappelait, dans son discours préliminaire à l'adoption du Code civil, que l'office de la loi est « d'établir des *principes* féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière » et qu'il incombe au magistrat, confronté à « un fait absolument nouveau », de remonter « aux *principes* du droit naturel »²².

La tendance se confirme au xix^e siècle, davantage marqué par le positivisme juridique, avec l'ouvrage de G. de Vareilles-Sommières intitulé *Les principes fondamentaux du droit*²³. À une époque où le droit naturel est en perte de vitesse et où le juge se doit, depuis Montesquieu, de n'être que la bouche de la loi, il n'est plus question d'aller chercher des principes ailleurs que dans celle-ci. Évoquant son célèbre ouvrage sur les *Principes du droit civil*, Laurent résumait ainsi sa conviction : « J'ai écrit trente-deux volumes pour ramener aux vrais principes la science et la pratique du droit. [...] Car c'est dans la loi que les principes ont leur fondement ; ils ne sont autre chose que les dispositions du code, ou les règles qui en découlent »²⁴.

¹⁹ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *op. cit.*, pp. 274-290.

²⁰ F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes du droit*, Economica, 2008, pp. 262-263. Il en conclut que l'origine des principes généraux du droit est moins jurisprudentielle que doctrinale et davantage privatiste que publiciste (*ibid.*, pp. 258 et 264).

²¹ En Écosse, le juriste J. Stair intitule en 1681 le premier titre de son ouvrage consacré aux institutions juridiques de l'Écosse : « Common Principles of Law », dans lequel il identifie les premiers principes de droit naturel gravés dans nos cœurs de la main de Dieu, tels que le droit de légitime défense (J. STAIR, *The Institutions of the Law of Scotland*, Glasgow-Edimbourg, The University Presses of Edinburgh and Glasgow, 1981, pp. 73-95).

²² « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, pp. 466-467 (nous soulignons).

²³ G. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, Cotillon, 1889.

²⁴ Fr. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1878, Préface, p. 5. Dans ses *Principes de droit civil*, le juriste évoque à plusieurs reprises les « principes généraux » mais, rappelons-le, il ne s'agit manifestement pas de la catégorie normative qui nous occupe. C'est ainsi qu'il consacre son titre préliminaire aux « Principes

5. Une différence de nature mais une parenté certaine. La notion de principe mobilisée dans les écrits précités ne coïncide pas exactement avec celle qui nous intéresse. Jusque-là, la notion de principe était alors utilisée comme source d'inspiration du droit (on parle de source *matérielle*) mais non comme source *formelle*, dotée d'une autonomie qui lui confère une place dans la hiérarchie des normes et la rend susceptible d'être mobilisée, sur le plan technique, au soutien d'un pourvoi en cassation²⁵. Pourquoi, dès lors, perdre son temps à examiner – même brièvement – l'histoire du sens du mot « principe » en droit ? Parce que, comme indiqué ci-avant, les principes généraux du droit qu'on connaît aujourd'hui trouvent souvent leurs racines dans les maximes juridiques du passé, parfois élevées au rang d'axiome du système juridique, et qui innervent en filigrane ces grands traités qui visaient à exposer de façon systématique les règles de l'ordre juridique²⁶. Qu'il suffise d'évoquer l'enrichissement sans cause, institution qui était connue du droit romain. On peut ainsi citer un arrêt de la Cour de cassation de France de 1858 qui disait de l'action « *de in rem verso* » que, « dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée »²⁷ ou celui de la Cour de cassation de Belgique qualifiant de « principe d'équité » la maxime suivant laquelle nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui²⁸.

6. L'émergence officielle. Les auteurs s'accordent pour dire que, à l'exception d'apparitions timides et ponctuelles²⁹, l'éclosion des principes

généraux sur les lois » (comme la question de leur sanction, de leur promulgation, de leur autorité) : Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, 4^e éd., t. I, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1887, p. 576 (pour la table des matières).

²⁵ Comp. dans le même sens la distinction entre *beginselen* et *rechtsbeginselen* opérée par W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen Deel Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, n° 46, pp. 126 et s. Sur le rapport entre principes généraux et hiérarchie des normes, voy. ci-après §§ 42-44.

²⁶ En France, P. Morvan évoque une « troublante ancienneté des principes » en citant notamment des arrêts de la Cour de cassation française ayant consacré le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques en 1802 ou le principe « *error communis facit jus* » en 1804 (voy. les réf. citées dans P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, pp. 428-429).

²⁷ Cass. civ., 20 avril 1858, *D.P.*, 1858, I, p. 154, cité par J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 64.

²⁸ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, I, p. 272. On y décèle déjà la logique qui prévaudra plus tard à la consécration officielle des principes généraux : « Si le code, par les applications purement énonciatives et nullement limitatives qu'il fait de la maxime *Nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui*, marque bien qu'il a reconnu et sanctionné d'une manière générale ce principe d'équité, c'est, toutefois, à la condition que l'enrichissement se produise sans cause légitime. »

²⁹ Outre l'arrêt cité en note 27, on peut également évoquer cet arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation de France, qui a approuvé un arrêt ayant décidé que « toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage », cet arrêt n'ayant fait « que proclamer un principe d'ordre public, qui soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil, a toujours été consacré par la jurisprudence » (Req., 15 juin 1892, *D.*, 1892, I, p. 596). Pour des exemples dans la jurisprudence de la

généraux du droit dans les systèmes juridiques de droit continental est survenue après la Seconde Guerre mondiale, tant pour faire face à une évolution économique et sociale qui mettait en évidence les lacunes de la loi³⁰ que pour contenir les excès des autres pouvoirs³¹. Ainsi, en France, le souci de renouer avec les idéaux de 1789 (principes de sécurité, de légalité et de protection des droits individuels) transparait des commentaires des premières décisions du Conseil d'État, dans l'objectif, notamment, de cadrer l'exercice par le pouvoir exécutif de ses prérogatives réglementaires³². Dans trois arrêts du 26 octobre 1945, la haute juridiction administrative, qui aurait inspiré la Cour de justice de l'Union européenne dans son approche des principes généraux³³, a en effet décidé qu'il résulte « des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut [...] être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense »³⁴.

Cour de cassation de Belgique, outre l'arrêt précité du 27 mai 1909, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 57-59.

³⁰ R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, op. cit., p. 11.

³¹ Relevons que, dès 1920, l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice mentionnait « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme des normes que cette juridiction devait appliquer. Sur le plan doctrinal, certains privatistes français commencent à réfléchir à la catégorie normative des principes généraux du droit à partir des années 1950 mais ces principes resteront encore largement ignorés par d'autres auteurs, et ce, jusqu'au début des années 1990. Il faudra attendre la fin des années 1990 pour que « la majorité de la doctrine contemporaine s'interroge activement » à leur sujet (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 18). En Belgique, le *Précis de droit civil belge* de R. Dekkers de 1954 ne contient aucune référence aux principes généraux du droit dans sa table des matières (R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 960) et l'auteur ne liste, parmi les sources formelles du droit civil, que la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume (*ibid.*, p. 11). Quelques années plus tard, la troisième édition du *Traité élémentaire de droit civil belge* de De Page complète cette liste en mentionnant l'équité, mais de principes généraux du droit, il n'est nullement fait état (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 16). En 1997, J. Hansenne concède que, « en quête des sources formelles générales de notre droit privé interne, on ne pourra passer sous silence les principes généraux du droit » qu'il définit comme « les idées de base diffuses dans le droit, les notions et les solutions d'allure principielle en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays ou d'une époque » (J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, pp. 22-23). Les exemples donnés (liberté des conventions, unité du patrimoine) permettent toutefois de douter que sa compréhension de la notion s'aligne sur celle de la Cour de cassation. Il semble s'être largement inspiré (sans le citer) de Jean Dabin qui, déjà en 1929, consacrait quelques pages aux « principes généraux du droit » (les guillemets sont de lui) définis comme « un certain nombre indéterminé de solutions et de notions, d'allure principielle, en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays et d'une époque » (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 240, qui cite du reste les mêmes exemples en p. 241). L'éminent juriste distinguait ces principes (qu'il refusait « d'incorporer parmi les facteurs de l'élaboration juridique ») des « grands principes de bien commun et de justice » et des « règles d'élémentaire technique, dont le respect s'impose à toute œuvre juridique vraie » (*ibid.*, p. 240).

³² P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 211 et les réf. citées.

³³ M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (dir.), *General Principles of European Community Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 6.

³⁴ C.E., Ass., 26 octobre 1945, Aramu (n° 77.726), Belloir (n° 77.728) et Mattei (n° 78.106), *Rec.*, p. 213. Ces arrêts sont généralement présentés comme consacrant la théorie des principes généraux par le Conseil d'État français (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux*

Peu de temps après, le Conseil d'État belge consacrait le même principe général des droits de la défense dans un arrêt du 24 octobre 1949 et, dix ans plus tard, évoquait la notion de « principe général du droit administratif » dans un arrêt *Detournay* du 23 décembre 1959³⁵.

7. La jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour de cassation de Belgique, pour sa part, attendra plus longtemps avant d'embrasser pleinement ce concept. En réalité, à l'instar de la prose de M. Jourdain, elle recourait déjà, dès 1950, aux principes généraux du droit sans le savoir (ou sans l'admettre formellement). Ainsi, dans un arrêt du 10 janvier 1950, elle affirmait que « la continuité, condition essentielle de l'existence de l'État, exige que jamais l'État ne se trouve placé dans l'impossibilité juridique de remplir sa mission, du fait que le fonctionnaire, qui a qualité pour agir en son nom, se trouve empêché d'exercer ses fonctions, ce qui implique la possibilité de déléguer un fonctionnaire pour remplacer le titulaire de la charge »³⁶. Il ne manque en effet que les termes « principe général du droit » avant le mot « continuité »³⁷ : ils arriveront dans un arrêt du 21 avril 1966, dans lequel la Cour s'est explicitement référée au « principe général de la continuité du service public », violé par l'arrêt entrepris qui avait déclaré valables des saisies-arrests pratiquées à la charge d'une association de communes³⁸. La même Cour consacrera, dans deux arrêts bien connus de 1960, la théorie des troubles de voisinage en renvoyant « au principe général consacré notamment par l'article 11 de la Constitution »³⁹ et, dans la foulée, le « principe général que constitue le droit de défense », qui est « inséparable de tout acte de juridiction »⁴⁰.

du droit, Bruxelles, FUSL, 1981, p. 11), même si certains auteurs identifient des arrêts faisant application de tels principes antérieurement (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 310).

³⁵ Voy. les réf. citées dans D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 496.

³⁶ Cass., 10 janvier 1950, *Pas.*, I, p. 302. Dans le même ordre d'idées, W. J. Ganshof van der Meersch évoquera les « glorieuses doctrines » développées par la jurisprudence comme l'enrichissement sans cause ou l'abus de droit (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », op. cit., p. 573).

³⁷ À l'inverse, lorsque, dans un arrêt du 10 janvier 1867 (*Pas.*, I, p. 117), la Cour de cassation évoque les « principes généraux », elle ne fait manifestement pas référence au sens qui leur est conféré actuellement, mais plutôt à la notion plus ancienne d'axiome ou de fondement du système juridique (dans le même sens, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 57). La référence aux « principes généraux du droit administratifs », dont la Cour déduira en 1960 que « le caractère public de l'association de droit public implique que le régime juridique de son personnel est, normalement, le régime statutaire » semble se situer à mi-chemin entre la reconnaissance effective des principes généraux du droit et, vu son caractère vague, les mentions antérieures à des principes de droit sans portée normative particulière (Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, I, p. 1000).

³⁸ Cass., 21 avril 1966, *Pas.*, I, p. 1060.

³⁹ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915. Sur cette théorie, voy. ci-après la contribution de N. Bernard et S. Vanvrekem, qui relèvent que la Cour de cassation n'a jamais explicitement affirmé que la théorie elle-même constituait un principe général du droit.

⁴⁰ Cass., 2 mai 1961, *Pas.*, I, p. 926.

8. La mercuriale de W. J. Ganshof van der Meersch. Le tournant décisif dans la consécration des principes généraux est cependant toujours associé au discours prononcé le 1^{er} septembre 1970 par M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation. Dans cette célèbre mercuriale, l'éminent magistrat explique la reconnaissance tardive de ces normes par la Cour par une interprétation trop stricte du terme « loi » repris dans l'article 608 du Code judiciaire⁴¹ et par une confusion de ces normes avec les maximes juridiques⁴². Il encourageait donc la Cour de cassation à admettre que les principes généraux du droit pouvaient être invoqués au soutien d'un pourvoi, à titre de « loi » compris dans son sens matériel. Le moins qu'on puisse dire est qu'il a été entendu.

9. L'entrée dans le « club fermé des sources formelles du droit »⁴³. À partir de 1971, la Cour admettra la recevabilité des moyens invoquant la violation d'un principe général du droit au regard de l'article 1080 du Code judiciaire sans référence à une disposition légale⁴⁴. Les décennies 1970 et 1980 peuvent être considérées comme l'âge d'or des principes généraux du droit. De très nombreux principes seront ainsi consacrés par la Cour de cassation, parmi lesquels, en droit privé, l'interdiction de l'abus de droit⁴⁵, la nécessité d'une mise en demeure du débiteur, « principe dont fait application l'article 1146 du Code civil »⁴⁶, ou le principe constitué par l'exception

⁴¹ Cette disposition limite en effet la compétence de la Cour de cassation aux « décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déferées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité » (nous soulignons). L'article 1080 du même Code impose par ailleurs au demandeur en cassation de viser dans sa requête les « dispositions légales dont la violation est invoquée », et ce, à peine de nullité. Plusieurs auteurs avaient déjà dénoncé cette compréhension trop restrictive du terme « loi », parmi lesquels W. J. Ganshof van der Meersch lui-même dans un texte écrit quelques années plus tôt (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, pp. 563-614 ; voy. également les réf. citées dans D. DE JONGHE, S. SEYS et FR. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 497). J. Kirkpatrick estime par contre, références à l'appui, que l'intention du législateur, lors de l'adoption du Code judiciaire, n'était manifestement pas d'entendre ces notions dans un sens aussi large (J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 623-627).

⁴² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », Mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1970, *J.T.*, 1970, p. 572.

⁴³ Nous empruntons l'expression à D. DE JONGHE, S. SEYS et FR. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 494.

⁴⁴ J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », *op. cit.*, pp. 629-631 et les réf. citées. Le principe général du droit se distingue ainsi des maximes juridiques, adages et autres brocards qui ne peuvent donner ouverture à cassation (P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1114 ; pour une illustration, voy. Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 646, décidant « que l'expression "nemo auditur suam turpitudinem allegans" constitue un adage mais pas un principe général du droit ; [q]ue la violation d'un tel adage ne peut entraîner la cassation que si la disposition légale ou réglementaire par laquelle il est consacré est violée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »).

⁴⁵ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et les conclusions du proc. gén. W. J. Ganshof van der Meersch.

⁴⁶ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, I, p. 887. Le texte de l'arrêt ne reprend pas les termes de « principe général du droit ».

d'inexécution en matière contractuelle⁴⁷. D'autres principes, maximes, règles ou théories se verront refuser ce statut, comme la théorie de la « confiance légitime dans le droit des obligations »⁴⁸. En droit public, le succès n'est pas moindre, avec le concours du Conseil d'État qui leur accordera une place plus importante encore, en raison de son contrôle du pouvoir discrétionnaire par l'Administration dans un contexte d'absence de codification générale du droit administratif⁴⁹. Cette reconnaissance comme une source formelle du droit à part entière trouve son aboutissement dans le récent article 1.1, alinéa 1^{er}, du nouveau Code civil, où les principes généraux du droit sont expressément mentionnés comme une source du droit civil⁵⁰.

10. Le ralentissement sur le plan interne et le nouveau Code civil.

Il faut toutefois constater qu'après l'âge d'or des décennies 1970 et 1980, le processus s'est fortement ralenti⁵¹, tendance assumée par certains magistrats de la Cour de cassation. Prenant la plume comme auteurs de doctrine, ils ont expliqué le constat que celle-ci s'était montrée « extrêmement prudente »⁵² et « fort réservée » dans la consécration de nouveaux principes par le fait que « le recours aux principes généraux du droit ne se justifie qu'en l'absence de textes légaux applicables à la situation juridique soumise au juge », textes légaux qui « ne manquent pas » ; et de conclure : « les principes susceptibles d'être considérés comme fondamentaux et autonomes ne sont pas nombreux et la Cour a sans doute jugé qu'elle les avait reconnus »⁵³. La consécration récente par le Code civil de certains principes généraux, comme l'interdiction pour le représentant de se porter contrepartie, l'abus de droit, le principe *Fraus omnia corrumpit*, la théorie des troubles de voisinage, le droit de résiliation

⁴⁷ Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, I, p. 1179. Ici également, la solution est implicite, la Cour ne faisant pas explicitement état de ce principe, pourtant invoqué dans le moyen.

⁴⁸ Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, I, p. 915. Pour une liste plus complète des principes consacrés ou rejetés par la Cour de cassation, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 59-66.

⁴⁹ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 498. W. J. Ganshof van der Meersch écrivait déjà qu'il y avait « une différence sensible entre les principes généraux en droit civil et en droit public » car les premiers peuvent être trouvés dans le Code civil alors que les seconds se déduisent des rapports entre l'homme et le pouvoir (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 581).

⁵⁰ Les travaux préparatoires indiquent à cet égard : « Le droit non écrit se retrouve également tout particulièrement dans les *principes généraux du droit*. Il s'agit ici de règles fondamentales déduites des fondements du système juridique par la jurisprudence et également admises en dehors de leurs applications légales [...]. Les principes généraux du droit équivalent à une norme légale et leur méconnaissance par le juge peut constituer le fondement d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Ayant la même valeur qu'une loi, le principe général du droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle, ni une règle à laquelle il est interdit au législateur de déroger [...] » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

⁵¹ On relèvera, de façon ponctuelle, la reconnaissance en 2004 du principe général du droit relatif à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483).

⁵² C. PARMENTIER, « Des principes généraux du droit : un faux et un vrai », *J.L.M.B.*, 2020/26, p. 1212.

⁵³ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 69.

unilatérale des contrats à durée indéterminée, l'exception d'inexécution ou l'enrichissement sans cause (devenu injustifié)⁵⁴, soulève également la question de la pertinence, de la valeur ajoutée, voire de la survivance de ces normes en tant que principes généraux⁵⁵, question qui se pose en des termes analogues à celle de la codification de la coutume⁵⁶. Il nous paraît que les principes ainsi consacrés ne disparaîtront pas pour autant mais que leur portée devra, en vertu du principe certes relatif de subsidiarité⁵⁷, s'appréhender dans le cadre du moule plus⁵⁸ ou moins⁵⁹ contraignant imposé par le législateur, conservant pour le reste un intérêt tant sur le plan interprétatif⁶⁰ que, le cas échéant, dans l'hypothèse où leur champ d'application déborderait celui occupé par la loi⁶¹.

11. L'explosion sur le plan externe. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que le sujet a perdu de sa pertinence. Il s'est en réalité enrichi et compliqué à la suite de la « multiplication des niveaux de gestation des principes généraux du droit et des juges appelés à en assurer sinon l'identification, à tout le moins le respect »⁶². En vertu du principe (général du droit, faut-il le rappeler) de la primauté du droit international conventionnel doté d'un effet direct et de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité, il faut en effet compter avec les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle⁶³.

⁵⁴ Consacrés respectivement dans les articles 1.8, 1.10, 1.11, 3.101, 5.75, 5.98 et 5.137 du nouveau Code. Il est renvoyé sur chacun de ces principes aux contributions qui leur sont consacrées dans le présent ouvrage. On peut encore évoquer le principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation, repris dans l'article 1.12 du nouveau Code, qui ne fait pas l'objet d'une contribution.

⁵⁵ Les travaux préparatoires motivent comme suit le choix opéré de ne pas « conférer une place dans le Code » à tous les principes généraux du droit : « Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de manière générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent, en effet, être reconnus par la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation adopte une attitude stricte quant à la reconnaissance de nouveaux principes. [...] Cette approche stricte n'exclut pas qu'à l'avenir, de nouveaux principes généraux du droit puissent malgré tout être reconnus et que l'on aspire à une telle reconnaissance » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

⁵⁶ Voy. à ce propos F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2^e éd., t. I, Paris, LGDJ, 1919, p. 241, n° 92, note (2), et p. 324, n° 111, note (1).

⁵⁷ Voy. ci-après la sous-section 3, n°s 29 et s.

⁵⁸ Comme pour la théorie des troubles de voisinage ou dans une moindre mesure l'enrichissement injustifié.

⁵⁹ Voy. l'article 1.12 du nouveau Code civil, qui dispose sans surprise : « La renonciation à un droit ne se présume pas. Elle ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation. »

⁶⁰ On imagine aisément que les enseignements jurisprudentiels relatifs aux principes généraux ne seront pas balayés d'un revers de la main par les interprètes des nouvelles dispositions légales.

⁶¹ Tel pourrait être le cas de principes généraux ayant une portée autonome en droit administratif par exemple ou qui, consacrés par le Livre 5, auraient vocation à régir une matière visée par le Livre 3.

⁶² D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-502.

⁶³ Sur ce point, voy. ci-après, n°s 42 et s. Dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la notion de principe général du droit a eu un succès considérable (voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in Y. CARTUYVELS et al., *Les sources du droit revisitées*, *op. cit.*, pp. 166 et s.).

Sous-section 2

La découverte d'un principe général du droit

12. Concilier Montesquieu et les principes généraux du droit. Si l'appartenance des principes généraux aux sources formelles du droit n'est plus contestée, il faut encore examiner comment un principe général spécifique accède à ce statut prestigieux. Force est de constater que ce point reste toujours couvert d'un voile d'incertitude.

Dans un système qui contient un nombre restreint de sources formelles et limite la fonction de juger à une application mécanique de la loi, il n'est guère étonnant que nos hautes juridictions aient saisi cette belle opportunité que représentaient les principes généraux du droit. Le même cadre imposait cependant de déterminer le fondement permettant aux juges de consacrer ces principes tout en préservant la fiction promue par Montesquieu. Le postulat était résumé par M. le procureur général Krings, dans son discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation de 1990 : « Disons-le bien clairement, la Cour n'est pas le législateur. Elle ne fait qu'apporter son concours à l'œuvre du législateur en précisant seulement ce que celui-ci a voulu »⁶⁴.

13. Le discours de la méthode. Il est généralement affirmé que les principes généraux du droit sont identifiés, le plus souvent (sinon exclusivement) par les juges au terme d'un processus d'induction amplifiante⁶⁵ ou d'induction-déduction⁶⁶, qui consiste à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général dont des applications particulières supplémentaires pourront ensuite, le cas échéant, être déduites.

Relevons déjà, avec d'autres, que tous les principes généraux du droit n'ont pas été identifiés de cette façon ou, parfois, ne l'ont été qu'en apparence en recourant à cette méthode⁶⁷.

14. Le fondement légal. Il était clair que, pour les privatistes, le Code civil de 1804 n'était guère d'une grande aide pour offrir un fondement au pouvoir des juges de consacrer l'existence d'un principe juridique non écrit⁶⁸. On l'a

⁶⁴ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 546.

⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 85 ; F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 731 et les réf. citées.

⁶⁶ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 28-29 et les réf. citées.

⁶⁷ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 61 et s., n° 21 et s. (qui cite les principes relatifs à l'enrichissement sans cause, aux troubles de voisinage et à l'exception d'inexécution). Dans le même sens, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, pp. 1114-1115.

⁶⁸ Le nouveau Code ne consacre pas explicitement un tel pouvoir mais il admet au moins l'existence des principes généraux du droit.

vu, si les articles 1196, 1584 et 2021 de ce Code contiennent bien le terme « principe », ce n'est manifestement pas afin de désigner des « principes généraux du droit », mais plutôt un « groupe » ou un « ensemble systématique de règles »⁶⁹.

L'article 2 du Code judiciaire offre sans doute une meilleure candidature. Il dispose en effet que les règles énoncées dans ce Code « s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code ». Le rapport fait au nom de la Commission de la justice concernant le projet de loi contenant le Code judiciaire ne manque pas d'intérêt à cet égard. La version initiale ne renvoyait en effet qu'à des dispositions légales particulières, qui permettraient d'écarter le droit commun du nouveau Code. Renvoyant au discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1966, par le procureur général Hayoit de Termicourt, qui évoquait certains principes généraux non écrits régissant l'action répressive et s'écartant du droit commun, il fut suggéré d'inclure cette notion de « principes de droit ». Un membre de la Commission demanda ce que visait cette notion : « La Cour de cassation n'a-t-elle pas refusé à plusieurs reprises de prendre les principes de droit, comme tels, en considération ? ». Il lui fut cependant répondu que les principes généraux du droit constituaient « un élément de l'ordre juridique », comme l'avait confirmé la Cour de cassation dans son arrêt précité du 21 avril 1966⁷⁰. Le texte fut donc adopté⁷¹. Il peut difficilement être contesté que le législateur a, à cette occasion, confirmé l'existence de principes généraux du droit comme « éléments de l'ordre juridique ». Il ne faudrait cependant pas en inférer un chèque en blanc pour les juges. Outre le fait que l'expression « principes de droit » a manifestement une signification plus large que celle de « principes généraux du droit »⁷², la portée de l'article 2 du Code judiciaire ne peut s'étendre au-delà de la matière régie par ce Code.

Last but not least, l'article 5 du Code judiciaire, qui a repris le contenu de l'ancien article 4 de l'ancien Code civil, dispose qu'il y a « déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». C'est bien cette

⁶⁹ Voy. *supra*, n° 2. *Contra*, P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1106 (qui, sans s'en expliquer davantage, y voit une référence aux principes généraux du droit).

⁷⁰ Sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 7.

⁷¹ Projet de loi contenant le Code judiciaire, Rapport, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1965-1966, 59, n° 49, pp. 4-7.

⁷² Dans un arrêt du 22 septembre 1972, la Cour de cassation s'est référée à la notion de principes du droit contenue dans l'article 2 du Code judiciaire pour appuyer la conclusion que les décisions rendues dans les affaires disciplinaires par les conseils de discipline d'appel de l'Ordre des avocats ne devaient pas être prononcées en audience publique, et ce, manifestement sans fonder son raisonnement sur un principe général du droit (Cass., 22 septembre 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 82).

disposition qui, pour W. J. Ganshof van der Meersch, fonde le pouvoir du juge d'invoquer les principes généraux du droit⁷³. Elle est sous-tendue par la double hypothèse de complétude et de cohérence du Code Napoléon⁷⁴ et, plus généralement, du droit⁷⁵.

15. Les postulats de complétude et de cohérence. La complétude d'un système juridique peut en effet se définir comme « le fait qu'un système ne contienne pas de "lacune" et puisse déterminer à l'aide de l'ensemble de ses éléments le statut juridique de tout fait quelconque »⁷⁶, la lacune étant « la forme spécifique de l'absence d'une proposition normative au sein d'un système normatif »⁷⁷. La notion de cohérence, entendue dans son sens logique, renvoie à l'absence de contradiction d'un système⁷⁸.

Si le système juridique est fondamentalement complet et cohérent, il possède alors les ressources pour résoudre tant les lacunes que les éventuelles contradictions qui l'affectent. On comprend aisément que les principes généraux du droit aient été considérés comme garantissant cette complétude⁷⁹ et cette cohérence⁸⁰ du système juridique, grâce à leur rôle « unificateur »⁸¹ ou « harmonisateur »⁸². Comme le résume Fr. Moderne, les principes généraux du droit ont « pour fonction de laisser croire que l'ordre juridique détient en lui-même toutes les ressources nécessaires pour résoudre les litiges »⁸³.

L'avantage considérable de ce double postulat, sur le plan théorique, est qu'il exonère le juge de toute responsabilité dans la création du droit. Ce

⁷³ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 570. Comp. avec la position du procureur général Krings sur le sujet, qui ne voit pas de déni de justice dans le refus de constater l'existence d'un principe général du droit (ci-après, § 16).

⁷⁴ R. COLSON, *La fonction de juger : étude historique et positive*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 138-139.

⁷⁵ L'article 12 du Code civil italien invite le juge, lorsqu'il interprète les lois, à recourir en cas de doute aux « principes généraux de l'organisation juridique de l'État ».

⁷⁶ M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 87.

⁷⁷ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁸ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v° Cohérence. On notera que la cohérence peut également être entendue dans un sens plus matériel, qui renvoie à une harmonie particulière entre les éléments du système juridique : voy. à ce propos R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », in B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Themis, 2019, pp. 51 et s., n° 8, et réf. citées.

⁷⁹ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 1980, p. 355 ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁰ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 573 ; Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 279 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 67 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹ J.-M. SAUVE et N. POLGE, « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », in J.-C. MASLET, H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB, S. RODRIGUES (dir.), *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 734.

⁸² M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 84.

⁸³ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 736.

dernier ne ferait qu'identifier des principes qui préexistent en dehors de son intervention. W. J. Ganshof van der Meersch résumait la philosophie sous-jacente en ces termes : « La loi a des lacunes. Le droit n'en a pas »⁸⁴. Selon lui, le principe général du droit n'est créé « ni par le législateur ni par la jurisprudence », mais il « puise son autorité dans sa conformité à la conscience juridique collective », il « est étroitement associé à la matière sociale » et il « repose sur un besoin social et un sentiment collectif de la justice »⁸⁵. Le principe n'est donc que déclaré par le juge qui « en constate l'existence » (selon un processus d'induction), alors que le législateur, soit déduit des applications légales du principe, soit considère que son existence est « si certaine » qu'il « estime ne pas devoir la constater dans un texte de loi »⁸⁶. Et certains auteurs de conclure : « La théorie classique des principes généraux du droit a pris ainsi un grand soin à préserver la mainmise du législateur sur le processus d'émergence des principes généraux du droit, fût-ce au prix d'une fiction »⁸⁷.

16. Un idéal plutôt qu'un postulat. La prudence dans la manipulation des notions de complétude et de cohérence doit être à la mesure de l'attrait qu'elles exercent sur l'esprit des juristes. Ainsi que l'observe Ph. Gérard, si ce double postulat du système juridique fonctionne comme une véritable « idée régulatrice » de la fonction juridictionnelle et des démarches doctrinales, il désigne cependant un état idéal du droit positif. En effet, aucun ordre juridique ne correspond à un plan préalablement établi, qui présenterait la perfection qu'on pourrait attendre d'un système complet et cohérent. Il n'est donc pas rare que la lacune désigne alors l'absence d'une proposition normative « dont la présence était attendue », ce qui implique un jugement de valeur sur l'incomplétude du système normatif⁸⁸. Si elle peut parfois être établie en partant d'un objectif explicitement posé par le constituant ou le législateur, la ligne de démarcation entre une lacune véritable et une « fausse » lacune, identifiée en présence d'une norme jugée insatisfaisante, n'en demeure pas moins

⁸⁴ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 573.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 587.

⁸⁶ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568. L'idée selon laquelle le constat de l'existence d'un principe général du droit ne fait qu'exprimer la volonté tacite du législateur sera reprise par d'autres (J. RENAULT, « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 420).

⁸⁷ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-502. Cette conception respectueuse du primat législatif se reflète dans la théorie officielle relative à la hiérarchie des normes (sur ce point, voy. ci-après, n° 42). L'acceptation dans les pays de *common law* du pouvoir créateur du juge permet sans doute de comprendre pourquoi ces ordres juridiques ont rarement dû avoir recours aux principes généraux du droit, à défaut de ressentir le besoin « de rattacher les solutions particulières à des règles préexistantes de portée générale » (R. E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 14 et les réf. citées).

⁸⁸ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, pp. 178 et 261.

difficile à tracer⁸⁹. Ainsi, l'ordre juridique belge n'est apparu lacunaire quant à l'inégalité entre hommes et femmes ou à l'absence de normes protectrices de l'environnement qu'à partir du moment où il s'est trouvé des personnes pour dénoncer cette situation. Le même raisonnement peut parfois être appliqué au constat d'une incohérence, qui n'est parfois que la mise en conflit de normes qui, jusqu'à un temps « t », étaient conçues comme cohabitant de façon harmonieuse. Classiquement, de nombreux conflits entre droit à la liberté d'expression et droit au respect de la vie privée et familiale ne sont apparus qu'assez récemment, alors que ces normes existaient depuis bien longtemps.

Pour en revenir aux principes généraux, on comprend alors que leur « découverte » ne dépend, bien souvent, pas exclusivement d'éléments issus du droit positif, mais également de considérations politiques, sociales ou morales qui lui sont extérieures⁹⁰. Il n'est donc pas surprenant de constater que le recours en droit à l'induction afin d'identifier un principe général, qui est souvent précédé d'un raisonnement par analogie⁹¹, n'a en réalité rien de contraignant sur le plan logique⁹² : l'existence de règles particulières n'impose jamais de conclure à celle d'un principe général qui permettrait de les rassembler sous la bannière d'une norme unique. En d'autres termes, une telle opération n'a rien d'automatique et elle implique toujours une sélection préalable de règles en vue de leur généralisation⁹³. Le même procureur général Krings, qui insistait sur le fait que la Cour de cassation ne faisait « qu'apporter son concours à l'œuvre du législateur en précisant seulement ce que celui-ci a voulu »⁹⁴, admettait par ailleurs le choix opéré dans l'identification des principes généraux du droit. Évoquant différents exemples, comme le droit de visite des grands-parents à l'égard des enfants naturels⁹⁵, l'éminent magistrat estimait que la Cour aurait pu tout aussi bien décider que, la loi n'ayant pas

⁸⁹ M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 87.

⁹⁰ En ce sens, voy. Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 247. On est loin des recommandations de W. J. Ganshof van der Meersch, qui exhortait le juge à ne se laisser « égarer ni par la philosophie du droit ni par la morale » et à demeurer « sur le terrain strict du droit » (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », op. cit., p. 567).

⁹¹ Sur le rôle joué par l'analogie dans l'identification d'un principe général du droit, voy. également J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », op. cit., p. 64 (« Un principe [...] sert tout d'abord à légitimer l'application analogique d'un texte [...] ») et N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 161 (« The function of 'argument by analogy' is similar, indeed no clear line can be drawn between arguments from principle and from analogy »).

⁹² De même que toute argumentation fondée sur un appel aux valeurs : voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », op. cit., p. 41, n° 3, et réf. citées.

⁹³ En ce sens, voy. notamment X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., pp. 59-67 ; Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., pp. 185-190 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 460-470 ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, op. cit., pp. 122-124.

⁹⁴ Voy. *supra*, n° 12.

⁹⁵ Dans un arrêt du 4 mars 1976, la Cour de cassation a en effet identifié un « principe du droit de visite des grands-parents » (*Pas.*, I, p. 732).

réglé la question, il fallait en déduire l'inexistence d'un principe général et donc de tout droit en dérivant : « On notera que dans chacun de ces cas il y aurait eu une décision et que le reproche de déni de justice n'eût pu être adressé au juge. » Se référant implicitement au postulat de cohérence (entendue cette fois dans un sens matériel), il concluait cependant que « le sens dans lequel ces questions ont été réglées par la Cour » devait « faire admettre que les décisions intervenues sont beaucoup plus en harmonie avec l'ensemble des règles qui régissent ces matières »⁹⁶.

En réalité, il faut non seulement relativiser les postulats de plénitude et de cohérence du système juridique, mais également la capacité des principes généraux du droit à atteindre ces idéaux. M. Delmas-Marty relève ainsi que les principes « ne jouent leur rôle harmonisateur qu'au prix d'une surprenante cacophonie », soulignant le fait qu'ils « sont un défi à tout effort de classification » et qu'ils se distinguent « par leur plus grande généralité mais aussi par leur hétérogénéité »⁹⁷. Plus radical, P. Morvan considère que non seulement le principe général ne peut « être asservi au rôle de comblement des lacunes », mais que « c'est lui au contraire qui creuse des failles dans le droit positif », allant jusqu'à conclure que le principe « a pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme juridique », sa nature le portant « à instituer une antinomie qui se résout par le refoulement de la norme concurrente, quelle qu'en soit la valeur »⁹⁸. Ces constats ne sont pas surprenants dès lors que l'on admet que les principes généraux du droit constituent le support de l'expression dans le droit de différentes valeurs de type moral, politique ou social⁹⁹.

17. De la marge d'appréciation à l'arbitraire, il n'y a qu'un pas. L'importante marge d'appréciation des juridictions dans la consécration des principes ne permet donc pas de valider le modèle du juge se contentant de constater leur existence, en formulant la volonté tacite du législateur. Les propos rassurants de W. J. Ganshof van der Meersch font ainsi irrémédiablement songer à la fable des habits neufs de l'empereur¹⁰⁰ : y a-t-il dans la salle une âme candide qui serait prête à clamer haut et fort ce qui relève de l'évidence, à savoir que les principes généraux du droit ne s'imposent pas au juge de l'extérieur mais constituent, dans une mesure plus ou moins grande, une création jurisprudentielle ?

⁹⁶ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *op. cit.*, p. 547, n° 13.

⁹⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, pp. 84 et 130.

⁹⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 551, 637 et 644.

⁹⁹ Sur l'inévitable concurrence entre valeurs, voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, p. 42, n° 3, et réf. citées.

¹⁰⁰ Voy. H. C. ANDERSEN, *Contes d'Andersen* (trad. D. Soldi), Paris, Hachette, 1856, pp. 9 et s.

Elles sont, à vrai dire, nombreuses. La tentation est en effet grande de voir dans le « procédé de découverte » d'un principe général, au mieux un exercice créatif et au pire un instrument d'arbitraire, en passant par les termes peu flatteurs de processus « quelque peu fictif »¹⁰¹, de « bricolage » casuistique¹⁰² ou d'une forme de législation jurisprudentielle guidée principalement par le bon sens¹⁰³, par des considérations idéologiques¹⁰⁴ ou par une volonté de « positiver » le droit naturel¹⁰⁵. Pour les plus cyniques, la doctrine officielle des principes généraux du droit aurait été élaborée à la fois pour dissimuler et rendre acceptable le « “putsch” judiciaire » consistant à faire reconnaître cette nouvelle source de droit¹⁰⁶. Pour sa part, M. de Béchillon estime plausible le diagnostic selon lequel les principes généraux ne seraient « qu'une pure figure de rhétorique, l'instrument d'une simple illusion projetée par les acteurs du système juridique »¹⁰⁷. Dans le même sens, P. Brunet écrit que « ce que le juge fait réellement lorsqu'il recourt aux principes », c'est, « d'une part, préserver l'idée que le droit obéit à une rationalité formelle et, d'autre part, masquer la liberté normative dont il jouit »¹⁰⁸ : on reconnaît là les deux fonctions de légitimation et d'occultation souvent attribuées aux constructions juridiques¹⁰⁹. Avec la plume tranchante qu'on lui connaît, le professeur Kirkpatrick écrivait de même : « On se trouve en présence d'un raisonnement juridique “inventé” pour conférer à une solution, assurément souhaitable, une “apparence de légalité” »¹¹⁰. Et le président de la

¹⁰¹ J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Limal, Anthémis, 2006, n° 11, pp. 37 et s.

¹⁰² D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, vol. 14, p. 75 (son accusation vise les principes généraux du droit de l'Union européenne mais pourrait sans doute être transposée à la plupart des ordres juridiques nationaux).

¹⁰³ M. HERDEGEN, « The Origins and Development of the General Principles of Community Law », *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁴ F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 736 et les réf. citées. Plus radical, Ph. Gérard estimait que les thèmes de l'individualisme et de l'égalité, qui représentent les « justifications primaires des principes généraux » « sont l'expression théorique de déterminations propres aux relations marchandes » qui « résident dans l'échange de biens considérés comme équivalents et détenus par les individus considérés en tant que propriétaires » (Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, *op. cit.*, p. 326).

¹⁰⁵ Voy. P. MARTENS, « Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 404. Pour H. Motulsky, les principes généraux du droit sont de deux ordres : « techniques » lorsqu'ils peuvent être rattachés au droit positif et philosophiques « pour lesquels un tel rattachement est logiquement et absolument impossible », de sorte qu'ils relèvent du droit naturel (H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2, Paris, Dalloz/Sirey, 1961, pp. 177-178).

¹⁰⁶ Voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 501, n° 10.

¹⁰⁷ M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁰⁸ P. BRUNET, « Recension de la thèse de doctorat de M^{me} Marielle de BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 298 pages », *Rev. int. dr. comp.*, 1999, p. 184.

¹⁰⁹ Voy. not. O. CORTEN, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 258 et s., n°s 239 et s.

¹¹⁰ J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi : le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office », in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gent, Larcier, 2003, p. 291, n° 12.

Cour constitutionnelle Paul Martens ne disait pas autre chose lorsqu'il s'interrogeait : « Au fond, les principes généraux du droit, qu'ils soient non écrits ou qu'ils soient écrits dans un style à ce point évasif qu'il se distingue à peine des premiers, ne permettent-ils pas au juge de réaliser son vieux rêve d'écarter la loi qui lui déplaît ? »¹¹¹. Il y aurait alors une dimension véritablement performative dans le « constat » par le juge de l'existence d'un principe général du droit¹¹².

18. Un pouvoir créateur néanmoins encadré. Quelques observations permettent cependant de relativiser à tout le moins l'accusation d'arbitraire. Tout d'abord, il faut souligner le caractère « sédimentaire » des principes qui, à quelques exceptions près¹¹³, inscrivent leur apparition, mais également leur développement, dans une logique temporelle longue¹¹⁴. Or, comme le relève P. Morvan, arbitraire et sédimentation juridique sont « objectivement antinomiques »¹¹⁵. Ensuite, il peut également être considéré que l'obligation faite au juge de ne se montrer innovant en droit qu'à condition de justifier sa solution par le recours à un principe général du droit vient précisément limiter sa marge de manœuvre et son empiètement sur la fonction législative¹¹⁶. En effet, cette contrainte argumentative, combinée à la responsabilité de participer à la consécration d'une nouvelle norme, sera de nature à inhiber quelque peu ses tendances créatrices. Enfin, et cette observation est d'une certaine façon liée aux deux autres : la plupart des principes généraux du droit qui ont été consacrés par une juridiction suprême font l'objet d'un large consensus parmi la communauté des juristes. La doctrine autorisée insiste d'ailleurs sur le fait qu'un principe ne peut accéder à ce statut que s'il est « susceptible de recevoir un consensus quasi unanime »¹¹⁷ ou qu'il est « très généralement reconnu »¹¹⁸.

¹¹¹ P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, op. cit., p. 19. Et de conclure que l'origine des principes généraux « reste incertaine », que leur formulation « relève de l'oraculaire et de l'incantation » et « qu'on s'est même demandé s'ils ne trouveraient pas leur origine dans une sorte de "révélation", voire de transcendance, ou plus prosaïquement dans une sorte de subterfuge autoritaire, un procédé rhétorique permettant au juge d'attribuer une puissance à ce qu'il ressent comme juste » (*ibid.*, p. 20).

¹¹² En 1939, le philosophe anglais J. L. Austin a énoncé cette distinction célèbre entre énoncés constatifs, qui ne font que décrire une situation, et énoncés performatifs qui ont pour effet de produire l'action qu'ils décrivent (« je vous marie »). Voy. J. L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

¹¹³ À la différence de la coutume et de l'usage, la constance dans le temps n'est en effet pas une condition préalable à la consécration d'un principe (P. VAN OMMESSLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1114).

¹¹⁴ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 452 et s.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 470.

¹¹⁶ En ce sens, certes pour un auteur de *common law*, voy. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 191.

¹¹⁷ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », op. cit., p. 547 ; voy. de même J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, op. cit., t. 1, n° 5, p. 542.

¹¹⁸ P. VAN OMMESSLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1117.

Entre la découverte ingénue et la création arbitraire se profile alors une troisième alternative qui renoue avec le sens ambigu du mot « invention ». Alors que le terme signifiait, à l'origine, « découverte d'une chose cachée », il est actuellement compris comme la « production d'une synthèse nouvelle d'idées, et spécialement, combinaison nouvelle de moyens en vue d'une fin »¹¹⁹. Ce vocable désigne alors parfaitement le mode d'élaboration des principes, mais à condition de conserver son ambiguïté, « tout à la fois création d'un droit nouveau et découverte d'un droit préexistant »¹²⁰. Dans l'élaboration des principes, la liberté des juges n'est donc pas entière mais se trouve encadrée par le corpus normatif qui leur préexiste¹²¹. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre les propos de Pierre Marchal, premier président émérite de la Cour de cassation, tout en nuances : « Si le juge ne crée pas les principes généraux du droit, on ne peut nier que sa démarche excède la simple constatation, sans pour cela contrevenir à l'article 6 du Code judiciaire qui lui interdit de prononcer par voie de dispositions générales ou réglementaires [...]. C'est le lieu de rappeler que le pouvoir créateur de la jurisprudence, qui s'est manifesté à maintes reprises [...], en a fait une source de droit [...]. Ce pouvoir créateur a suscité l'émergence des principes généraux du droit. Il est donc permis de dire que le juge "constate et crée tout à la fois dans le même temps" par la voie du raisonnement [...]. Les principes généraux du droit sont élaborés par le juge ; c'est dire qu'ils résultent d'un travail intellectuel »¹²².

19. Les incertitudes qui demeurent. Il n'en reste pas moins qu'il demeure toujours impossible de déterminer quel principe va se voir octroyer la prestigieuse qualité de principe général du droit et, en tout cas, le moment de cette consécration. N. MacCormick écrivait ainsi que, s'il existe une réelle différence entre les principes de droit et des principes moraux ou politiques, ceux-ci sont séparés par une « *terra incognita* » intermédiaire des principes qui se battent pour leur reconnaissance juridique¹²³. La Cour de cassation a ainsi récemment refusé au principe du pollueur-payeur le statut de principe général du droit¹²⁴ et la Cour constitutionnelle a estimé qu'il « n'existe pas de principe général de droit qui conférerait à toute personne faisant l'objet d'un acte administratif le droit d'introduire contre cet acte un recours administratif organisé »¹²⁵.

¹¹⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F.-Quadrige, 2002, v° Invention.

¹²⁰ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 494.

¹²¹ *Ibid.*, p. 497 ; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, op. cit., p. 85.

¹²² P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 28, n° 20.

¹²³ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 238.

¹²⁴ Cass., 22 juin 2020, R.G. n° C.18.0108.F, *Jurimpratique*, 2020/2, pp. 5-7.

¹²⁵ C. const., 28 mai 2020, arrêt n° 71/2020, B.12.2.

C'est parfois une autonomie jugée insuffisante qui leur barre l'accès au statut privilégié de principe général du droit. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'il n'existe pas de principe général du droit du contradictoire¹²⁶ ou de l'égalité des armes¹²⁷ qui se distingueraient du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense¹²⁸.

Enfin, le statut de principe général du droit peut demeurer incertain pendant un certain temps. Dans un arrêt du 24 février 1988, la Cour avait clairement affirmé que l'adage *Ius novit curia* (« la Cour connaît le droit »), qui avait été invoqué au soutien d'un moyen de cassation, ne constituait pas un principe général du droit¹²⁹. Cette conclusion ne paraissait toujours pas remise en cause en 2004¹³⁰. En 2005, en revanche, la Cour de cassation a consacré l'existence d'un principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable¹³¹. Le juge n'a donc pas seulement l'obligation de connaître, mais également de dire le droit¹³². L'histoire ne va cependant pas toujours dans le même sens. Ainsi, alors que la doctrine pensait pouvoir interpréter un arrêt prononcé le 27 novembre 2014 par la Cour de cassation comme consacrant le principe général du droit de la loyauté procédurale en s'appuyant sur le « principe de loyauté qui s'impose aux parties dans le déroulement d'une procédure civile »¹³³, celle-ci a récemment décidé que ce principe « n'est pas

¹²⁶ Voy. notamment Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N.

¹²⁷ Cass., 11 décembre 2019, R.G. n° P.19.0888.F. Des motifs comparables pourraient expliquer le refus de la Cour de conférer ce statut au droit à un double degré de juridiction (voy. récemment Cass., 14 avril 2021, R.G. n° P.20.1060.F). Selon P. Marchal, en effet, « c'est précisément parce que la mise en œuvre du principe est complètement organisée par la loi et que celui-ci n'est que l'application d'un principe général du droit, en d'autres termes qu'il n'est pas autonome, que le principe de la double juridiction ne revêt pas le caractère d'un principe général du droit » (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 69). Pour E. Krings, en revanche, ce refus s'explique par le fait que la Cour de cassation a, de la sorte, considéré que notre procédure judiciaire « peut parfaitement fonctionner avec un seul degré de juridiction » et que ce double degré de juridiction « n'est pas une *conditio sine qua non* de ce fonctionnement » (E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », op. cit., p. 548, n° 14).

¹²⁸ Voy. notamment Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N. De même, la Cour de cassation n'a admis la théorie de la *rechtsverwerking* que comme critère de l'abus de droit (voy. les réf. cités en note 279).

¹²⁹ Cass., 24 février 1988, *Bull. et Pas.*, 1988, I, n° 387.

¹³⁰ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Jura dicit curia*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 337-342.

¹³¹ Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 856, note G. DE LEVAL. En réalité, et alors que les termes de « principe général du droit » étaient invoqués dans le moyen, la Cour n'utilise pas ceux-ci mais affirme uniquement que « le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable [...] ». Elle a depuis clarifié les choses : « En vertu du principe général du droit suivant lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable, il a l'obligation, en respectant les droits de la défense, de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions » (Cass., 4 mars 2013, *Pas.*, I, n° 526). Relevons que le moyen invoquait le « principe général du droit *jura novit curia* ».

¹³² En 2004, J.-Fr. Van Drooghenbroeck suggérait la formulation suivante : « *iura dicit curia* » (J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Jura dicit curia*, op. cit., p. 349).

¹³³ Voy. les réf. citées par J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et T. MALENGREAU, « La loyauté procédurale abjurée », note sous Cass., 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021, p. 53.

un principe général du droit »¹³⁴. On relèvera encore que, alors qu'une partie importante de la doctrine reconnaît à la théorie du mandat apparent, voire à la théorie de l'apparence, le statut de principe général du droit¹³⁵ et que plusieurs de ses arrêts se réfèrent à cette doctrine¹³⁶, l'existence d'un tel principe a été expressément déniée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 février 2018¹³⁷, sans toutefois proposer aucun fondement alternatif à la règle selon laquelle le pseudo-mandataire peut engager le pseudo-mandant, qui est, quant à elle, maintenue¹³⁸.

La situation se complique encore lorsqu'un principe est qualifié de principe général du droit par une haute juridiction mais pas par une autre. Ainsi, le principe de proportionnalité est un principe général du droit pour le Conseil d'État ou la Cour de justice de l'Union européenne mais pas pour la Cour de cassation¹³⁹. De même, l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* » constitue, pour la Cour de cassation, « une maxime de droit et non un principe général du droit », de sorte que sa violation « ne donne ouverture à cassation que si elle constitue la violation d'une disposition légale ou réglementaire qui la consacre, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »¹⁴⁰. Le Conseil d'État, en revanche, n'a vu aucun inconvénient à reconnaître à cet adage le statut de principe général du droit¹⁴¹. Enfin, et contrairement à la Cour constitutionnelle¹⁴² et au Conseil d'État¹⁴³, la haute juridiction vient de refuser le statut de principe général du droit à la force majeure, tout en admettant dans le même souffle « l'effet libératoire de la force majeure » en matière de délais pour agir à défaut de disposition légale excluant un tel effet¹⁴⁴. Les mêmes problèmes se posent lorsqu'un juge du fond croit pouvoir identifier un principe général du droit mais sans que cela soit confirmé par la Cour de cassation¹⁴⁵.

¹³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 31 janvier 2020, *J.T.*, 2021/3, pp. 53-54. Dans un article paru dans la foulée, un des conseillers auteurs de l'arrêt explique les motifs du refus de cette consécration (C. PARMENTIER, « Des principes généraux du droit : un faux et un vrai », *J.L.M.B.*, 2020/26, p. 1212), solution très critiquée par les auteurs cités dans la note précédente.

¹³⁵ Voy. et comp. les réf. citées dans R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 682, n° 297, II, note n° 2949.

¹³⁶ Voy. en particulier Cass., 26 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 523 ; Cass., 30 juin 2016, *Pas.*, 2016, n° 435 (qui se fondent sur la « *vetrouwensleer* » dans le texte original, terme traduit par « théorie de la confiance »).

¹³⁷ Cass., 22 février 2018, *Pas.*, 2018, n° 117, A.C., 2018, n° 117, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier, alors avocat général.

¹³⁸ Sur la théorie de l'apparence, voy. la contribution de J.-Fr. Romain dans le présent ouvrage.

¹³⁹ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 123-124 et les réf. citées.

¹⁴⁰ Cass., 25 février 1991, *Pas.*, I, 1991, p. 614.

¹⁴¹ C.E., 27 mai 1988, A.S.B.L. *Fed. belge Chambre syndicale médecins c. État belge*, n° 30.165.

¹⁴² C. const., 15 juillet 1998, n° 88/98.

¹⁴³ C.E., 7 décembre 2012, n° 221.670, § 6.

¹⁴⁴ Cass., 24 octobre 2022, n° S.22.0007.F, www.juportal.be. Sur cet arrêt, voy. aussi la note n° 270.

¹⁴⁵ Voy. par exemple Bruxelles, 16 avril 2021, R.G. n° 2016/AR/1715, inédit (sur un principe général du droit de confiance légitime).

Section 2

Les principes généraux à découvert

20. Plan. À défaut de définition, la doctrine s'accorde généralement pour présenter les principes généraux du droit comme des règles de droit non écrites (Sous-section 1), qui présentent un caractère général (Sous-section 2) et subsidiaire par rapport à la loi (Sous-section 3).

Certains auteurs précisent encore qu'il s'agit de normes qui « sont “dégagées” surtout par le juge à partir des prémisses de notre ordre juridique »¹⁴⁶. Cette double dimension organique (intervention du juge) et méthodologique (« invention » du principe) a été analysée plus haut. Rappelons toutefois que si, en théorie, le juge n'a pas le monopole du constat de l'existence d'un principe général du droit (« surtout »), ce sera en pratique toujours le cas, compte tenu de la participation active du pouvoir juridictionnel à sa consécration. F. Zenati-Castaing relève, du reste, que c'est le juge suprême et non le juge du fond qui permet au principe d'accéder à ce statut¹⁴⁷, au point qu'on pourrait être tenté de conclure, de façon quelque peu circulaire, que les principes généraux du droit sont finalement les principes qualifiés tels par une juridiction suprême¹⁴⁸.

Sous-section 1

Le caractère non écrit

21. Un critère formel : l'hypertextualité. La recherche d'une caractéristique qui permettrait de distinguer les principes généraux d'autres normes recèle une première difficulté, à savoir la clarification de leur relation avec le droit écrit¹⁴⁹. P. Morvan estime que la vertu profonde du principe est son extériorité au droit écrit, son « extra-textualité », en ce sens qu'il s'établit « en marge d'une loi écrite, alimentant un droit positif non lacunaire, au prix d'une mise à distance des textes disponibles »¹⁵⁰. Le caractère écrit constituerait alors un critère d'identification négatif des principes généraux : ne pourrait être principe la norme contenue dans un tel support.

Une telle conception est sans doute trop radicale. Rien n'interdit en effet qu'un principe général soit repris dans un texte légal. Comme l'écrit W. J. Ganshof van der Meersch, on attribue un caractère non écrit aux prin-

¹⁴⁶ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 495.

¹⁴⁷ F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁸ Ce qui laisse entier le problème déjà évoqué du principe reconnu par l'une et pas par l'autre (voy. *supra*, n° 19).

¹⁴⁹ V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Thèse dactyl., ANRT, 2004, p. 10.

¹⁵⁰ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 358, 389 et 736.

cipes parce que leur existence n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit¹⁵¹, de sorte qu'il peut être exprimé dans la loi mais « n'est pas nécessairement rattaché à elle, fût-ce par un support léger »¹⁵².

À l'utilisation du préfixe latin « *extra* » suggéré par P. Morvan, qui évoque l'hétérogénéité, voire l'étrangeté, nous préférons par conséquent celle du préfixe grec « *ὑπέρ* », qui peut se traduire par la locution « au-delà de » et met en évidence la relation des principes au droit écrit. S'il n'est pas impossible qu'un principe soit repris dans un texte légal, son caractère hypertextuel révèle sa vocation à dépasser le sens de ce texte, comme ces liens hypertextes qui renvoient à quelque chose de plus substantiel qu'eux-mêmes¹⁵³. P. Marchal écrit que le principe est « autonome en ce qu'il existe et s'applique même en l'absence de texte »¹⁵⁴, soulignant de la sorte l'étroite connexion entre la dimension autonome des principes généraux du droit et leur indépendance par rapport à toute consécration écrite.

22. Impact d'une consécration écrite. W. J. Ganshof van der Meersch va jusqu'à affirmer qu'il n'existe pas de « différence de nature » entre le principe général du droit non écrit et celui qui est « formulé dans la loi »¹⁵⁵. Selon D. de Jonghe, S. Seys et Fr. Tulkens, cette affirmation appelle deux bémols.

Le premier est que la consécration textuelle d'un principe général « aura un effet sur son autorité ou sa force, de même que sur le rang hiérarchique qu'il occupe dans la hiérarchie des normes »¹⁵⁶. Cette problématique renvoie à la question de la subsidiarité des principes généraux du droit, sur laquelle nous reviendrons¹⁵⁷. La question de savoir si un principe peut être abrogé par le législateur est pour le moins complexe, entretient des liens étroits avec la subsidiarité des principes généraux du droit et n'a, à notre connaissance, jamais été tranchée. Si certains estiment que le « principe est inabrogeable »¹⁵⁸, d'autres ne voient pas d'inconvénient à ce que des principes soient modifiés, voire supprimés par la voie législative¹⁵⁹. Relevons déjà qu'une telle abrogation

¹⁵¹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1971, p. 567.

¹⁵² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 588.

¹⁵³ V. Holderbach-Martin propose de retenir le terme « implicite » plutôt que « non écrit » car il « reflète davantage leur véritable dimension » (V. HOLDERBACH-MARTIN, *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 13).

¹⁵⁴ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁵ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568.

¹⁵⁶ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503. On rappellera que plusieurs principes généraux du droit ont été intégrés dans le nouveau Code civil.

¹⁵⁷ Voy. ci-après la Sous-section 3 de la présente Section.

¹⁵⁸ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 659.

¹⁵⁹ J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *The Yale Law Journal*, 1972, p. 848 ; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 154. Précisons, pour autant que de besoin, que la notion de principe

par la voie législative n'est en principe pas possible pour les principes généraux du droit qui ont valeur constitutionnelle¹⁶⁰ et qu'elle paraît en tout état de cause peu plausible – du moins en totalité – pour des principes comme l'interdiction de l'abus de droit ou *Fraus omnia corrumpit*¹⁶¹.

23. La procédure en cassation. Le second bémol relève de la procédure devant la Cour de cassation. Plusieurs auteurs soulignent qu'un principe général du droit ne peut être visé isolément dans un moyen de cassation que s'il n'est pas consacré dans un texte légal. Dans le cas contraire, il faudrait invoquer le texte écrit sous peine d'irrecevabilité du moyen de cassation, et ce, même si le principe général du droit a une portée qui dépasse celle de la norme écrite¹⁶².

Les sources citées renvoient cependant pour la plupart à un discours prononcé par M. le procureur général E. Krings à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 3 septembre 1990 ainsi qu'à un arrêt prononcé le 26 mars 1980 par la Cour de cassation. Dans son discours, l'éminent magistrat affirmait que la Cour avait « décidé à maintes reprises que lorsqu'un principe général du droit est consacré par la loi, c'est la violation de celle-ci qui doit être invoquée, même si le principe, tel qu'il est généralement admis, revêt une portée plus large que la loi qui s'y réfère »¹⁶³. À l'appui de cette affirmation, il ne citait cependant que l'arrêt précité du 26 mars 1980. Or, il n'est pas certain qu'il faille y lire cette conclusion. Dans cette décision, la Cour de cassation a en effet considéré que, « si “la théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations” est éventuellement comprise dans les dispositions de ce droit, c'est la violation des dispositions légales dans lesquelles cette “théorie” trouve son incidence qui doit être invoquée et non la simple violation d'un prétendu principe ou de préten-

général du droit telle qu'elle s'entend en droit belge ou français a une portée plus restreinte que celle retenue par ces auteurs issus de systèmes de *common law*.

¹⁶⁰ Voy. ci-après, n° 44.

¹⁶¹ Comme indiqué ci-avant (note 54), en ne consacrant pas certains principes généraux du droit dans le nouveau Code civil, le législateur ne les a pas pour autant désavoués, et certainement pas abrogés de façon implicite. Paradoxalement, c'est précisément leur consécration textuelle qui pourrait être de nature à en limiter la portée, sinon la plus-value en tant que normes non écrites (voy. ci-avant n° 10).

¹⁶² Outre les auteurs précités (D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 501-503), voy. notamment J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », *op. cit.*, p. 631 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1110, note 35 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 72. Voy. également le rapport annuel de la Cour de cassation de 2002-2003 (p. 145).

¹⁶³ E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *op. cit.*, p. 547. Cette solution se justifie selon lui par le fait qu'il faut « admettre que dans ce cas le législateur a estimé devoir en restreindre la portée et, que, dès lors, c'est à la loi seule qu'il faut avoir égard » et que « les principes généraux du droit ne peuvent avoir qu'un rôle supplétif, c'est-à-dire lorsque le litige ne peut être réglé sur la base d'aucun texte légal et que seul un principe général du droit peut y suppléer » (*idem*). Sur le caractère « supplétif » des principes généraux du droit, voy. ci-après la Sous-section 3.

dues “règles” empruntés à “la théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations” »¹⁶⁴.

De deux choses l’une, cependant. Soit la Cour a considéré de la sorte que la confiance légitime constituait un principe général du droit mais qu’il ne pouvait être invoqué à peine d’irrecevabilité sans invoquer également – sinon seulement – la violation des dispositions légales particulières à partir desquelles il a pu être induit. Cette première interprétation permet sans doute d’appuyer l’affirmation précitée de M. Krings sur la nécessité d’invoquer par priorité la disposition légale spécifique qui aurait été violée. Il paraît cependant difficile de vérifier que cette solution aurait été consacrée « à maintes reprises ». Soit la Cour a uniquement disqualifié par cet arrêt la théorie de la confiance légitime en tant que principe général du droit, de sorte que son invocation ne pouvait mener à cassation¹⁶⁵. Force est de constater que la doctrine majoritaire, y compris celle issue de la Cour de cassation elle-même, a en tout cas retenu cette seconde interprétation¹⁶⁶, dont il résulterait, nous semble-t-il, qu’aucune conclusion ne peut être tirée en termes de recevabilité d’un moyen invoquant un principe général du droit.

En tout état de cause, on ne perçoit guère ce qui justifierait la première solution¹⁶⁷, qui ne paraît au demeurant plus être systématiquement appliquée par la Cour¹⁶⁸. En effet, si on admet que le principe général du droit constitue une « loi » au sens de l’article 608 du Code judiciaire ou une des « dispositions légales » visées par l’article 1080 du même Code, rien ne devrait empêcher un demandeur en cassation de s’en contenter dans sa requête à titre de source autonome de droit¹⁶⁹. Sauf erreur, aucune exigence

¹⁶⁴ Cass., 26 mars 1980, *Bull. et Pas.*, 1980, I, p. 915.

¹⁶⁵ Pour une proposition de reconnaissance de ce principe, voy. J. VAN MEERBEECK, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *R.I.E.J.*, 2016, n° 76, pp. 97-119.

¹⁶⁶ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 62 ; N. GEELHAND, *Rapport annuel 2002-2003*, p. 146. Selon N. Geelhand, il faut sans doute voir dans cet arrêt un exemple de la politique restrictive de la Cour de cassation en matière de reconnaissance des principes généraux du droit qui a suivi l’enthousiasme initié par la célèbre mercuriale de W. J. Ganshof van der Meersch (« Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », note sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 100-101). Sur cette évolution, voy. *supra*, n° 10.

¹⁶⁷ Hormis peut-être un souci juridictionnel d’éviter l’accusation de gouvernement des juges en veillant à empiéter le moins possible sur les prérogatives du pouvoir législatif.

¹⁶⁸ Voy. ainsi Cass., 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F, où la Cour, saisie d’un moyen pris à la fois du principe général du droit selon lequel nul ne peut abuser de son droit et des articles 1382 et 1383 de l’ancien Code civil, prononce la cassation sur la seule base de la méconnaissance du principe général du droit invoqué. La solution d’E. Krings vient cependant d’être revendiquée récemment par l’avocat général H. Mormont dans ses conclusions avant Cass., 24 octobre 2022, R.G. n° S.22.0007.F.

¹⁶⁹ Comp. Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 746, avec les conclusions de M. l’avocat général Van Ingelgem, et le commentaire qui en est donné dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique 2008*, pp. 119 et s. : « Cet arrêt de la Cour, rendu en audience plénière, clarifie la portée de [l’article 1080 du Code judiciaire]. Dorénavant, il est établi que la recevabilité du moyen ne dépend plus de la mention dans le pourvoi de chaque maillon essentiel dans la “chaîne” de dispositions légales qui ont amené le juge à sa décision. [...] Il n’est pas exigé de viser la violation de chaque disposition légale distincte dans le raisonnement juridique

similaire n'est imposée, du reste, à celui qui invoque la violation d'un droit fondamental¹⁷⁰.

Enfin, si la solution de M. Krings devait malgré tout être confirmée, on pourrait légitimement se demander si elle n'entraîne pas un formalisme qui serait jugé excessif au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁷¹.

Sous-section 2

Le caractère général

24. Un critère matériel : la généralité de la norme. Pour W. J. Ganshof van der Meersch, « [c]'est à la généralité et non à l'importance de la règle qu'il y a lieu d'avoir égard pour distinguer le principe de la règle »¹⁷². M. Delmas-Marty se demande, dans le même sens, s'il ne faut pas « sans craindre le pléonasme, considérer que la différence, de la règle aux principes généraux, tient précisément dans le degré de généralité de ces derniers »¹⁷³. Si les principes généraux peuvent incontestablement être caractérisés par une certaine généralité, encore faut-il s'entendre sur la notion. Le Larousse et le Petit Robert distinguent notamment trois significations du mot « général ». Selon le premier sens, ce terme vise ce qui s'applique à un ensemble d'êtres, de choses, de cas ou d'individus. En cela, le principe ne se différencie pas d'une règle, dès lors que tous deux ont vocation, à certaines conditions, à

du juge d'appel ; il suffit que le moyen invoque la violation des dispositions légales se rapportant au grief concerné. » C'est ainsi, par exemple, que le moyen qui fait grief à l'arrêt de décider que la contestation a pour objet des droits civils au sens de l'article 144 de la Constitution et que « le juge des référés dispose [...] du pouvoir de juridiction pour connaître de la demande » est recevable alors même qu'il n'est pas pris de la violation des articles 556 et 584 du Code judiciaire (Cass., 13 juin 2014, *Pas.*, 2014, n° 426, avec les conclusions de M. l'avocat général Th. Werquin).

¹⁷⁰ Voy. par ex. Cass., 25 février 2022, R.G. n° F.20.0062.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels, qui statue sur le fondement du principe général du droit *non bis in idem*, invoqué conjointement avec les instruments internationaux qui le consacrent ; Cass., 15 avril 2021, R.G. n° C.19.0111.F, qui statue notamment sur le fondement des principes généraux du droit relatifs à la présomption d'innocence et au procès équitable, invoqués conjointement avec l'article 6 de la CEDH.

¹⁷¹ Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, en effet, les restrictions légales imposées à l'accès à une juridiction supérieure doivent respecter une exigence de proportionnalité qui implique notamment de vérifier « si les restrictions en question peuvent passer pour révéler un "formalisme excessif" » (Cour eur. D.H., 21 septembre 2021, *Willems et Gorjon c. Belgique*, §§ 76-89 et, plus récemment, Cour eur. D.H., 9 juin 2022, *Lucas c. France*, § 57). Dans le même sens, voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503.

¹⁷² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566.

¹⁷³ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83. *Contra*, voy. P. Morvan, selon lequel le critère de généralité est stérile, en ce qu'il ne permet pas de différencier le principe d'autres normes, et inutile car il ne permet pas de justifier la primauté du principe sur les autres règles (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, pp. 282-297).

s'appliquer à de telles catégories, dans un nombre illimité de situations et sans épuiser leur normativité¹⁷⁴.

25. Général vs. précis. Selon un deuxième sens, « général » s'oppose à ce qui est précis ou détaillé. Les principes seraient des normes de généralité relativement haute et les règles, des normes de généralité relativement faible. Dans cette acception, plusieurs auteurs relèvent que la différence entre les deux est de degré, la séparation étant pour le moins difficile, sinon impossible à tracer¹⁷⁵.

Certaines normes d'un haut degré de généralité ne sont en effet pas des principes. Il en va ainsi du droit de chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine (art. 23 de la Constitution) ou de la liberté de l'enseignement (art. 24 de la Constitution)¹⁷⁶. Au contraire, les juridictions belges ont reconnu l'existence de principes tels le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée¹⁷⁷, le principe selon lequel « [l]a renonciation à un droit est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation »¹⁷⁸, ou même le principe de « primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales »¹⁷⁹ dont la portée est relativement précise. Les principes généraux peuvent en outre présenter des degrés de généralité différents, certains s'appliquant à toutes les branches du droit (comme le principe d'égalité et de non-discrimination¹⁸⁰ ou de non-rétroactivité) alors que d'autres sont limités à certaines branches du droit (comme le principe dispositif en droit judiciaire).

26. Indéterminé vs. déterminé. Dans une troisième signification, le terme général renvoie à ce qui est « abstrait » ou « indéterminé ». En ce sens, le principe se distinguerait plus clairement de la règle. Alors que celle-ci serait « édictée en vue d'une situation juridique déterminée », le principe serait « général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »¹⁸¹. Dans

¹⁷⁴ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56 ; Ph. GÉRARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78. Alexy parle d'« universalité » pour désigner cette qualité commune des principes et des règles (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 46).

¹⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83 ; C. R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 23-31.

¹⁷⁶ Dans le Code civil, citons par exemple le *numerus clausus* des droits réels (art. 3.3, al. 1^{er}), la priorité du droit réel antérieur sur le droit réel postérieur (art. 3.4), le principe de spécialité des droits réels (art. 3.8), la liberté contractuelle (art. 5.14), le consensualisme (art. 5.28), l'exécution de bonne foi des conventions (art. 5.73), etc. Voy. ci-après la contribution de Jean-Theodore Godin et Blandine de Lange.

¹⁷⁸ Cass., 22 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 422.

¹⁷⁹ Cass., 4 avril 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 248 et note J. ESTIENNE.

¹⁸⁰ Sur ce principe, voy. ci-après la contribution de Romain Vanderbeck et Nicolas Bernard.

¹⁸¹ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56. Ce critère de distinction sera repris ou cité par de nombreux auteurs. Sans prétention à l'exhaustivité, on peut citer W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 566 ; Ph. GÉRARD,

le même sens, le philosophe du droit allemand, R. Alexy, considère que les règles sont des normes dont les conditions sont soit réunies, soit absentes, alors que les principes sont des impératifs « *prima facie* » dès lors qu'ils n'ont pas les ressources pour déterminer par eux-mêmes leur propre portée¹⁸². Ainsi, il est impossible de prévoir toutes les situations dans lesquelles le *principe* de sécurité juridique pourrait être amené à s'appliquer, alors qu'il paraît assez facile d'envisager les différentes hypothèses d'application de la *règle* de la priorité de droite.

L'indétermination du principe ne tient par ailleurs pas uniquement à son applicabilité à telle ou telle situation, mais également à la façon dont il devra y être appliqué. Cette caractéristique a amené le philosophe du droit américain, R. Dworkin, à critiquer la notion de règle de reconnaissance élaborée par le philosophe du droit anglais positiviste, H. L. A. Hart, en ce qu'elle ne permettrait de rendre compte que des règles de droit et non des principes¹⁸³. Selon lui, alors que les premières suivent une logique du tout ou rien (« *all-or-nothing fashion* ») et déterminent les conséquences juridiques découlant de leurs conditions d'application, les principes indiquent une direction à suivre mais n'imposent pas une décision particulière. En outre, les principes ont une dimension de poids et d'importance que les règles n'ont pas et, si le conflit de règles entraîne l'invalidité de la règle qui est primée par une autre, le conflit de principes laisse le vaincu intact¹⁸⁴. Dans le même sens, R. Alexy estime que les principes sont des « exigences d'optimisation » en ce qu'ils peuvent être satisfaits dans des mesures variées et que leur degré approprié de satisfaction dépend de ce qui est possible non seulement factuellement, mais aussi juridiquement¹⁸⁵.

P. Van Ommeslaghe propose, pour sa part, de considérer les principes généraux du droit comme des « normes de droit positif, obligatoires comme telles et susceptibles de sanctions juridiques *pour autant naturellement qu'ils*

« Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78 ; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 504 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 23. Dans le monde anglo-saxon, J. Raz utilise un langage similaire : « *Rules prescribe relatively specific acts; principles prescribe highly unspecific actions* » (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 838). Pour F. Zenati-Castaing, la spécificité de la généralité des principes généraux du droit par rapport aux règles tient moins à la possibilité qu'ils donnent lieu à une série indéfinie d'applications qu'à celle « d'en dégager plusieurs règles » (F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé », *op. cit.*, p. 260).

¹⁸² R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 47-57.

¹⁸³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 22.

¹⁸⁴ Pour Raz, les règles peuvent également entrer en conflit et avoir des poids différents mais la différence avec les règles est que, en cas de conflit, la règle de prévalence sera toujours la même pour les règles alors que, pour les principes, cela dépendra des circonstances, des enjeux, etc. (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 830). Pour N. MacCormick, il arrive également que les règles entrent en conflit avec des principes sans que cela entraîne leur invalidité (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 232).

¹⁸⁵ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, pp. 47-57.

soient suffisamment précis pour pouvoir être appliqués et sanctionnés par les Cours et Tribunaux »¹⁸⁶. En réalité, le principe général du droit, considéré *in abstracto* et donc avant sa première application, ne présente jamais une telle précision. C'est seulement dans la configuration spécifique factuelle et juridique d'un cas d'espèce qu'il pourra se concrétiser de façon suffisamment précise pour être appliqué par une juridiction¹⁸⁷. En 1972, H. Buch faisait déjà ce constat, lorsqu'il écrivait que les principes généraux du droit sont « vides de contenu » et « ne deviendront un principe systématisateur et animateur de la société que dans la mesure où ils recevront un contenu concret »¹⁸⁸. Il est vrai cependant que son élaboration progressive par une haute juridiction est susceptible de lui conférer la précision qui l'apparente à une règle : il en va ainsi de l'exception d'inexécution, de l'enrichissement sans cause ou de l'abus de droit dont les conditions d'application sont aujourd'hui assez largement précisées et définies *in abstracto*.

27. L'indétermination du critère retenu. On peut cependant se demander si la généralité ainsi définie permet bien de caractériser tous les principes généraux du droit et si elle les distingue réellement des règles écrites¹⁸⁹.

En ce qui concerne la distinction mise en évidence par J. Boulanger, tout d'abord, on peut se demander si certains principes qualifiés de principes généraux du droit par la Cour de cassation comportent bien une série indéfinie d'applications. Il en va ainsi du principe suivant lequel un magistrat ne peut agir successivement dans la même affaire en qualité de partie poursuivante et comme membre du siège¹⁹⁰, du principe interdisant au juge de statuer sur une chose non demandée, du principe relatif à l'exception d'inexécution en matière contractuelle ou à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet, ou encore du principe qui consacre le droit de visite des

¹⁸⁶ P. VAN OMME-SLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1109 (voy. également p. 1126).

¹⁸⁷ Cette spécificité pourrait expliquer que la Cour de justice de l'Union européenne soit restée longtemps silencieuse quant à la question de l'effet direct des principes généraux du droit. Sur ce point, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 186-193.

¹⁸⁸ H. BUCH, « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », *op. cit.*, pp. 420-421.

¹⁸⁹ En ce sens, J. Raz conclut que la différence entre un principe et une règle n'est qu'une question de degré : « Consequently, there will be many borderline cases where it will be impossible to say that we definitely have a rule or definitely a principle » (J. RAZ, « Legal Principles and the Limits of Law », *op. cit.*, p. 838). Plus radicale, M. de Béchillon estime que les principes généraux du droit « ne sont pas munis d'une nature juridique différente de celle des autres règles » (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 276).

¹⁹⁰ En réalité, si la Cour de cassation a bien évoqué, dans un arrêt du 18 mai 1971, un « principe général de droit selon lequel un même magistrat ne peut agir successivement, dans une même affaire, comme partie poursuivante et comme membre du siège » (Cass., 18 mai 1971, *Pas.*, I, p. 864), elle semble avoir considéré par la suite que cette interdiction résulte en réalité du principe (plus) général du respect des droits de la défense (voy. notamment les arrêts cités ci-après, § 31, et notamment Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, I, p. 920).

grands-parents de la famille d'origine d'un enfant adopté¹⁹¹. Ces différents principes paraissent en effet davantage consacrés « en vue d'une situation juridique déterminée » que généraux en ce qu'ils comporteraient « une série indéfinie d'applications » même si leur application elle-même peut, selon le cas, présenter une certaine indétermination. Deux possibilités, dès lors : soit le critère précité n'est pas parfaitement adéquat, soit ces principes n'auraient pas dû être qualifiés de principes généraux du droit¹⁹².

À l'inverse, certaines règles écrites présentent une dimension d'indétermination qui les apparente davantage aux principes qu'aux règles selon la distinction précitée. Les exemples sont innombrables et peuvent être identifiés dans toutes les branches du droit. On peut à tout le moins y ranger la plupart des droits fondamentaux, qu'ils soient consacrés dans la Constitution ou dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹³.

28. L'insécurité juridique générée par les principes généraux du droit. On le comprend, s'il n'y a pas d'automatisme dans l'identification d'un principe général du droit, il n'y en a pas davantage au moment de déterminer son applicabilité et la façon dont il doit être appliqué *in concreto*. L'application d'un principe n'est en effet « pas absolument contraignante et dépend d'une appréciation implicite »¹⁹⁴. La situation se complique encore par la multiplication des principes généraux, dont plusieurs sont susceptibles d'interagir dans un même cas particulier, dans des configurations par définition aléatoires. S'il est sans doute possible d'établir des critères, voire un certain ordre de

¹⁹¹ Voy. les réf. citées par P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 60-61.

¹⁹² Se référant notamment au principe de l'exception d'inexécution ou au principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation, J. Kirkpatrick dénonce « une étrange tendance des plaideurs et de la jurisprudence belge à qualifier "principe général du droit" toute règle de droit qui n'est pas consacrée directement par un texte », alors qu'il s'agit « tout au plus de règles de droit régissant des matières déterminées » (J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire... », op. cit., pp. 632-633). Dans le même sens, P. Van Ommeslaghe estime que l'*exceptio non adimpleti contractus* et l'exigence d'une mise en demeure du débiteur défaillant s'apparentent davantage à des règles de droit qu'à des principes généraux dès lors qu'elles régissent de manière précise une situation donnée (P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1113). Il estime néanmoins que la différence entre principes généraux du droit et règles de droit est « essentielle pour conférer une cohérence au système, même si des hésitations sont possibles dans les cas marginaux » (*ibid.*, p. 1112).

¹⁹³ Il n'est du reste pas anodin que ce soit par le biais du véhicule normatif des principes généraux que ces droits se sont invités dans l'ordre juridique de l'Union européenne avant d'être consacrés dans la Charte des droits fondamentaux. L'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne dispose que les « droits fondamentaux [...] font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », op. cit., p. 168. S'inscrivant dans le courant de l'herméneutique juridique, le philosophe allemand Jürgen Habermas considère même que, à l'exception de certaines règles très précises, « toutes les normes en vigueur sont indéterminées, pour ainsi dire, d'origine » (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, pp. 219-239).

¹⁹⁴ Ph. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, op. cit., p. 275.

priorité, dans l'application des principes, celui-ci ne pourra, comme toute pondération d'intérêts, relever que de la probabilité et non de la certitude¹⁹⁵. En effet, la balance sera susceptible de pencher dans un sens différent selon les circonstances, elles-mêmes soumises à des évaluations tributaires de valeurs le plus souvent incommensurables. Il en résulte une inévitable imprévisibilité, peu compatible avec la sécurité juridique qui, elle-même, et le paradoxe n'est pas mince, constitue un principe général du droit.¹⁹⁶

Sous-section 3

Le caractère subsidiaire des principes

29. Plan. Si l'on se fie au discours officiel, les principes généraux du droit présenteraient un caractère intrinsèquement subsidiaire, qui traduirait leur subordination à la volonté du législateur (A). Un examen du droit positif conduit cependant à nuancer fortement, voire à remettre en cause cette présentation classique (B).

A. Le discours officiel : la soumission des principes généraux du droit à la loi

30. Principe et limites. Comme on le sait¹⁹⁷, le statut des principes généraux du droit en Belgique doit beaucoup à la mercuriale de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch du 1^{er} septembre 1970, dont les enseignements ont été largement repris par la doctrine ultérieure. Celle-ci enseigne très généralement que les principes généraux du droit sont marqués par leur subsidiarité, qui traduit leur soumission à la loi. En effet, bien que ces principes constituent une source du droit à part entière, celle-ci ne peut dispenser le juge d'appliquer la loi ni prévaloir sur des dispositions légales contraires¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Selon S. Van Drooghenbroeck, l'adjudication des principes s'effectue « dans la concrétude des situations d'espèce, et ne produit par conséquent aucune véritable norme itérable dont il pourra être déduit mécaniquement, à l'avenir, de nouvelles solutions d'espèce : nous sommes ici au cœur de la rationalité juridique contextuelle, situationniste, que signe la montée en puissance des principes » (*La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 627).

¹⁹⁶ Selon Habermas, un système qui ne contient pas que des règles « ne peut pas se porter garant du même degré de prédictibilité des décisions de justice », notamment lorsque la sécurité juridique, « qui repose sur la connaissance d'attentes de comportement conditionnées de manière univoque, représente elle-même un principe qui, dans un cas concret, doit être mis en balance avec d'autres principes ». J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, op. cit., pp. 241-242.

¹⁹⁷ Voy. *supra*, n° 8.

¹⁹⁸ Voy. A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique* 2002-2003, p. 143 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., pp. 506 et s., n° 16 ; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, op. cit., p. 78, n° 29 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 27, n° 44 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », op. cit., p. 567 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos

Mieux encore : le législateur conserve le pouvoir d'intervenir à tout moment dans une matière déterminée pour consacrer le principe général du droit en lui donnant forme législative, l'organiser, l'infléchir, voire le condamner¹⁹⁹. Cet enseignement a été consacré par la Cour de cassation, qui considère que « les principes généraux du droit ne peuvent, dans une matière déterminée, être appliqués par le juge lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté certaine du législateur »²⁰⁰. Il ressort de cette jurisprudence que cette volonté peut ressortir du texte de la loi²⁰¹, mais également des travaux préparatoires²⁰². Cette priorité de la loi par rapport aux principes généraux du droit vaut par ailleurs également, dans les limites des compétences des entités fédérées, pour les décrets et les ordonnances²⁰³.

Ce pouvoir d'intervention du législateur marque également les limites de la subsidiarité²⁰⁴. En effet, dans la mesure où la loi n'y a pas dérogé dans une matière particulière, le principe général du droit conserve toute sa force pour le surplus. Corollaire de sa subsidiarité, le principe général du droit serait donc également supplétif, en ce sens qu'il a vocation à compléter la loi²⁰⁵. Le terme « supplétif » nous paraît toutefois devoir être évité dans la mesure où il risque de créer la confusion avec le statut d'ordre public, impératif ou supplétif de la règle de droit²⁰⁶.

des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, pp. 1120 et s., n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, *op. cit.*, n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, n° 6, p. 543 ; comp., dans un sens similaire, J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 16 et s., pp. 45 et s.

¹⁹⁹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 567, 568 et 570 ; voy. aussi P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25, n° 16. Il n'est pas interdit de voir dans les écrits de Dabin les signes annonciateurs de ce principe. Ainsi, dès 1929, il écrivait des principes généraux du droit (certes compris différemment) « qu'ils ne peuvent faire échec à l'introduction, dans le corps du droit positif, de dispositions parfaitement adéquates, mais qui auraient le seul défaut de ne pas se plier aux catégories existantes » (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, *op. cit.*, p. 241).

²⁰⁰ Cass., 20 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 335 ; Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 215 ; Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 32 ; voy. également Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 717, troisième moyen, troisième branche (où le mot « matière » est curieusement remplacé par celui de « cause »).

²⁰¹ Arrêt précité du 20 décembre 1990.

²⁰² Arrêt précité du 13 septembre 1989.

²⁰³ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 43, n° 26.

²⁰⁴ On réservera également les cas – certes rares – où la loi elle-même donne primauté aux principes généraux du droit, tel que l'article 2 du Code judiciaire (voy. ci-avant, n° 14).

²⁰⁵ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 25, n° 16, et p. 26, n° 17 ; voy. également A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁶ Sur cette seconde acception du mot « supplétif », voy. not. l'art. 5.3, al. 2, du nouveau Code civil. Certains principes généraux du droit peuvent en effet être supplétifs dans ce sens technique : ainsi, le principe général du droit « relatif à la caducité des obligations en raison de la disparition de leur objet [...] n'est pas d'ordre public ni impératif » (Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483 ; R.W., 2005-2006, p. 859, note C. CAUFFMAN). Voy. également sur cette question J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 13 et s., pp. 39 et s.

31. Illustrations. La jurisprudence de la Cour de cassation offre plusieurs illustrations du caractère subsidiaire des principes généraux du droit dans le sens indiqué.

Ainsi, la Cour de cassation considère de façon constante que le principe général du droit de la défense n'interdit pas au législateur de régler spécialement l'exercice de ce droit dans une matière déterminée, telle que l'extradition²⁰⁷, la milice²⁰⁸ ou la reddition des comptes des comptables envers le Trésor public²⁰⁹. Par ailleurs, se référant à l'article 292 du Code judiciaire, la Cour a considéré « qu'à supposer que les principes généraux du droit relatifs à l'impartialité du juge et au respect des droits de la défense, applicables devant toutes les juridictions, impliqueraient l'interdiction pour le magistrat instructeur de faire partie du siège du tribunal correctionnel appelé à statuer dans la cause, encore ces principes ainsi interprétés ne permettraient-ils pas au juge de s'écarter de la volonté que le législateur a manifestée d'une manière certaine au cours des travaux préparatoires du Code judiciaire, à savoir que le juge d'instruction reste compétent pour connaître de la cause qu'il a instruite, lorsque le tribunal correctionnel en a été saisi »²¹⁰. Le même principe général relatif à l'indépendance et à l'impartialité du juge ne peut être invoqué pour étendre les causes de récusation dès lors que celles-ci sont « limitativement énumérées par la loi »²¹¹.

²⁰⁷ Dès lors, la personne faisant l'objet d'une demande d'extradition ne peut se plaindre de ce que l'ordonnance d'exequatur d'un mandat d'arrêt étranger soit octroyée par la chambre du conseil sans débat préalable, celui-ci étant incompatible avec la loi du 15 mars 1874 (solution déduite de Cass., 23 mars 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 797). Il est permis de se demander si cette solution, de même que celle consacrée dans les différents arrêts énumérés ci-après, serait maintenue aujourd'hui, compte tenu de l'essor qu'ont connu depuis lors les droits fondamentaux ; comp. *infra*, n° 36.

²⁰⁸ Selon la Cour, « en vertu de l'article 45, § 3, des lois sur la milice coordonnées le 30 avril 1962, lorsque le conseil de révision a ordonné, après comparution du milicien, la mise en observation de celui-ci, il peut statuer sur les conclusions de l'expert médical sans faire convoquer le milicien, s'il estime une nouvelle comparution inutile » (Cass., 17 août 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1124 ; Cass., 27 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 97 ; Cass., 18 août 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 981).

²⁰⁹ Selon la Cour : « [...] qu'il s'ensuit que la demanderesse ne saurait se prévaloir d'une violation du principe général imposant le respect du droit de la défense, aux motifs qu'il n'y a eu ni publicité ni débat contradictoire ni exposé oral ou plaidoiries au cours d'une procédure devant la Cour des comptes ou relativement à l'arrêt rendu par celle-ci ; qu'en effet ces formalités n'ont pas été prescrites par le législateur, qui a estimé que par la procédure instituée tant les droits ou prérogatives de la puissance publique que les droits des comptables étaient sauvegardés » (Cass., 2 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 116, avec les conclusions de M. le procureur général F. Dumon, lequel prend néanmoins le sens de relever, pp. 121-122, que « la demanderesse n'allègue pas que les règles fixées par la loi, spécialement relatives aux droits du comptable d'avoir connaissance et pièces et de déposer un mémoire, auraient été méconnues »).

²¹⁰ Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 920, avec les conclusions de M. le procureur général J. Velu, alors avocat général ; dans le même sens, Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 32. Comp. l'évolution ultérieure de la jurisprudence sur ce point, en particulier Cass., 15 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 565 (rendu sur le fondement de l'article 6 de la CEDH) et, sur ces questions, la thèse de doctorat de F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles, Larcier, 2005.

²¹¹ Cass., 23 juillet 2002, *Pas.*, 2002, n° 404 ; Cass., 14 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 513 ; voy. également dans le même sens Cass., 4 février 2000, *Pas.*, 2000, n° 93 (à propos de l'article 6 de la CEDH).

En matière pénale, la Cour de cassation semble en outre considérer, bien que sa motivation soit sur ce point assez elliptique, que le principe général du droit *non bis in idem* est inconciliable avec l'article 13 de la loi du 17 avril 1878 contenant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale, en vertu duquel « la juridiction répressive belge ne doit [...] tenir compte d'une décision rendue à l'égard d'un inculpé par une juridiction répressive étrangère que si l'infraction dont elle a été saisie a été commise à l'étranger »²¹². De manière très didactique, la Cour a également décidé qu'« [a]yant une valeur égale à celle de la loi, le principe général de droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle ni une règle à laquelle il soit interdit au législateur de déroger ». Cette justification est d'autant plus remarquable qu'elle n'apparaissait pas strictement nécessaire à la solution du problème que la Cour avait à trancher. Elle s'empresse en effet d'ajouter que « [l]e principe général relatif à l'application rétroactive de la peine moins forte, consacré par l'article 2, alinéa 2, du Code pénal, n'est pas applicable aux lois qui, modifiant le calcul de la prescription, ne commencent aucune peine. Rien n'interdit dès lors au législateur de différer l'application dans le temps d'une loi nouvelle supprimant une cause de suspension de l'action publique »²¹³. Si le principe général invoqué par le demandeur en cassation n'avait pas vocation à s'appliquer aux lois supprimant une cause de suspension de l'action publique, il n'existait à vrai dire pas de véritable conflit entre le principe général du droit et la loi.

Enfin, la subsidiarité des principes généraux du droit marque également la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit privé. On peut citer un arrêt de la Cour de cassation ayant censuré un jugement qui avait ordonné, sur la base du principe général du droit prohibant l'enrichissement sans cause et prévoyant la répétition de l'indu, le remboursement du minerval perçu par un élève étranger dont les parents ne résident pas en Belgique, au motif que ce principe général se heurtait à la loi du 21 juin 1985 prévoyant que « les minervaux ou droits d'inscription complémentaires perçus entre le 1^{er} septembre 1976 et le 31 décembre 1984 ne seront en aucune façon remboursés »²¹⁴.

La Cour a également décidé qu'on ne peut « invoquer la violation du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution en matière de contrats synallagmatiques en lui conférant une interprétation contraire à l'article 61, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 13 juin 2005 » relative aux communications

²¹² Cass., 20 février 1991, *Pas.*, 1991, I, n° 335 ; voy. de même Cass., 22 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 195. Comp. C.E.D.H. (gr. ch.), 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, n° 24130/11, §§ 102 et s., rendu sur le fondement de l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH, qui ne prévoit pas pareille restriction.

²¹³ Cass., 29 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 432.

²¹⁴ Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 215.

électroniques, laquelle consacre « l'interdiction de retirer ou d'interrompre une prestation d'accès ou d'interconnexion pour le départ d'appel sans l'autorisation préalable [de l'IBPT] ou d'un tribunal, lorsque cela cause un préjudice à l'opérateur qui a souscrit ce service »²¹⁵.

On peut encore citer le cas de « la règle de droit suivant laquelle, dans les contrats synallagmatiques, l'extinction, par la force majeure, des obligations d'une partie, entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat » (*res perit debitori*). Certes, cette règle n'est pas expressément qualifiée de principe général du droit, mais elle a très tôt été dégagée par la Cour de cassation par un processus d'induction amplificante²¹⁶ à partir, notamment, de l'article 1722 de l'ancien Code civil²¹⁷. Or, ce principe doit céder devant la règle particulière, issue de l'article 1138 de l'ancien Code civil, selon laquelle, dans les contrats translatifs de propriété, « le transfert des risques est lié au transfert de la propriété, lequel se réalise, en règle, au moment de l'échange des consentements »²¹⁸.

32. Fondements. Dans le discours officiel, une double justification à la subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi est généralement avancée.

Sur un plan purement technique, on insiste d'abord sur le caractère *général* du principe général du droit²¹⁹. Sans le nommer clairement²²⁰, la subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi trouverait donc sa justification dans le principe *lex specialis*²²¹ plutôt que dans une différence de nature entre les deux normes. Du reste, cette opinion est cohérente avec celle considérant que le principe général du droit ne change pas fondamentalement de nature lorsque le législateur décide de le consacrer ou de l'organiser dans une loi²²². On a toutefois déjà souligné les difficultés liées à la notion de généralité comme critère de distinction entre les principes généraux (non écrits) et les règles (écrites), de sorte que cette justification doit être appréciée avec prudence²²³.

²¹⁵ Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 717, troisième moyen, troisième branche.

²¹⁶ Sur laquelle voy. *supra*, n° 13.

²¹⁷ Cass., 17 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 582 ; Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1976, I, p. 270, quatrième moyen ; voy. désormais art. 5.100, al. 1^{er}, C. civ. (nouveau).

²¹⁸ Cass., 29 mai 2020, n° C.19.0292.F, avec les conclusions de M. l'avocat général P. de Koster ; voy. également Cass., 9 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1014 et, désormais, art. 5.80 C. civ. (nouveau).

²¹⁹ Voy. *supra*, n° 24 et s.

²²⁰ Voy. cependant, pour un lien explicite avec le principe *lex specialis* (tout en plaçant le principe général du droit à un niveau hiérarchiquement inférieur à celui de la loi), D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 507, n° 16.

²²¹ Lequel n'est pas un principe général du droit, « mais seulement une règle d'interprétation en cas de concours entre dispositions légales » (Cass., 2 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 472 ; voy. aussi Cass., 8 juin 2000, *Pas.*, 2000, n° 349). Sur cette règle, voy. ci-après la contribution de Caroline Botman.

²²² Voy. *supra*, n° 22.

²²³ Voy. *supra*, n° 24 et s.

Une seconde justification semble *a priori* plus convaincante dans la mesure où elle renvoie au rôle de la loi et du Parlement dans une société démocratique²²⁴. Elle n'en demeure pas moins fuyante²²⁵ et constitue le corollaire du raisonnement avancé – toujours dans le discours officiel – pour établir la force obligatoire des principes généraux du droit : puisque ceux-ci puisent leur force obligatoire dans l'approbation tacite du législateur²²⁶, il faut logiquement admettre que, lorsqu'il exprime une volonté contraire certaine – en particulier en réglant lui-même une matière déterminée –, le législateur retire son approbation au principe général du droit et fait primer sa volonté propre spécifique sur celui-ci²²⁷. Cette justification est certes déjà plus convaincante, mais on ne se dissimulera pas non plus toute l'artificialité qu'il peut y avoir à prétendre déceler la volonté tacite d'une personne²²⁸, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une entité abstraite et fictive telle que le législateur²²⁹.

La fragilité presque congénitale des deux fondements avancés pour justifier la subsidiarité des principes généraux du droit explique sans doute pourquoi celle-ci ne se vérifie pas toujours en pratique²³⁰.

33. Distinction avec d'autres notions. La subsidiarité des principes généraux du droit, telle que définie, ne doit pas être confondue avec deux autres formes de subsidiarité²³¹.

²²⁴ Voy. *supra*, n^{os} 12 et s.

²²⁵ Sur les difficultés à concilier l'émergence des principes généraux du droit avec le rôle de la loi, voy. *supra*, n^{os} 16 et s.

²²⁶ Voy. *supra*, n^o 15. Voy. déjà antérieurement les conclusions de M. le premier avocat général P. Mahaux, alors avocat général, avant Cass., 29 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, pp. 1000 et s., spéc. p. 1003, qui approuvait la pensée de Buttgenbach et Dembour selon laquelle, bien que la Belgique soit un pays de droit écrit, « ce droit comprend, outre la loi, tout ce que le législateur n'a pas dit et que la doctrine et la jurisprudence ont constaté, en se basant sur une volonté dégagée, non seulement de l'interprétation rigoureuse d'un texte législatif, mais de l'esprit général d'une législation. Les principes généraux du droit ne sont pas autre chose et lorsque le législateur, averti de l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence donnent à sa pensée présumée, ne s'insurge pas contre cette interprétation, c'est qu'il y souscrit et admet tacitement que ces principes prennent place dans notre droit positif ».

²²⁷ Voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 568, qui rappelle que « dans nos systèmes constitutionnels [...] domine la suprématie de la loi ». Dans un ordre d'idée voisin, comp. le fait qu'une clause d'un contrat qui ne fait que reproduire la solution prévue par une disposition légale supplétive n'est en principe pas abusive dès lors « qu'il est, en principe, légitime de présumer que le législateur national a établi un équilibre entre l'ensemble des droits et des obligations des parties à certains contrats » (C.J.U.E., 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, aff. C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750, pt 53).

²²⁸ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, *op. cit.*, p. 78, n^o 29.

²²⁹ Voy. à ce propos R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts)/London (England), Harvard University Press, 1986, p. 318 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2011, pp. 398 et s., n^{os} 191 et s.

²³⁰ Voy. *infra*, n^{os} 34 et s.

²³¹ Voy. également *supra*, n^o 30, sur les deux sens du mot « supplétif ». Au niveau européen, la notion de subsidiarité revêt également une importance particulière et un sens distinct (voy. en droit de l'Union l'article 5, paragraphe 3, du Traité sur l'Union européenne et le protocole n^o 2 et, sur la notion dans le cadre

Premièrement, elle se distingue de la question de savoir si d'autres voies de droit sont disponibles. Certes, l'absence d'autre voie de droit constitue une condition de fond pour que l'enrichissement injustifié – autrefois dénommé enrichissement sans cause – puisse être invoqué avec succès²³². Il en va de même de la subrogation réelle²³³. Mais cette condition est propre à ces mécanismes, dont le fondement d'équité commande de les enserrer dans des bornes étroites²³⁴, et ne peut être généralisée aux autres principes généraux du droit²³⁵.

Deuxièmement, la subsidiarité des principes généraux du droit ne doit pas être confondue avec le caractère principal ou subsidiaire des demandes ou moyens formulés par une partie au procès²³⁶. Quoique subsidiaire à la loi, un principe général du droit peut parfaitement être invoqué dans une thèse principale – soutenant que la loi n'y a pas dérogé (ou qu'il a rang constitutionnel) –, la loi en question étant invoquée à titre subsidiaire au cas où la thèse principale ne serait pas accueillie²³⁷.

B. Le constat empirique : l'essor des principes généraux du droit

34. Plan. Au-delà du discours officiel, force est de constater que la subsidiarité des principes généraux du droit à la loi n'offre qu'une vision imparfaite

de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, J. VAN MEERBEECK, « L'arrêt *Le Ski* : épée à Bruxelles, bouclier à Strasbourg ? », *J.T.*, 2021, pp. 613-618).

²³² Art. 5.136 C. civ. (nouveau) : « L'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription. » On notera que cette condition était antérieurement contestée par certains auteurs (voy. not. J.-F. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », note sous Cass., 19 janvier 2009, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 122 et s., n°s 47 et s., et comp. la justification donnée dans la Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 166 et s.).

²³³ Art. 3.10 C. civ. : « Un droit réel s'étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit » (nous soulignons).

²³⁴ Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 33 et s., n° 26, B.

²³⁵ Ainsi, par exemple, l'application du principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution n'a jamais été exclue par le fait que le créancier dispose, par ailleurs, de la possibilité d'agir également en exécution en nature ou en responsabilité contre son débiteur ; le créancier dispose au contraire d'un choix de principe entre les différentes sanctions de l'inexécution qui lui sont ouvertes (choix consacré désormais à l'article 5.83 du nouveau Code civil). De même, le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense est fréquemment invoqué en cassation aux côtés d'autres principes ou règles (devoir de motivation, violation de la foi due aux actes, principe dispositif, règles substantielles, etc.) sans que son application soit exclue par l'éventuelle applicabilité de ces autres principes ou règles.

²³⁶ Voy. art. 744, al. 1^{er}, 3^e et 4^e, C. jud.

²³⁷ Comp. dans le même sens Cass., 9 juin 2017, *Pas.*, 2017, n° 379 : « Le caractère subsidiaire [de l'enrichissement sans cause] n'empêche toutefois pas que le demandeur fonde, en ordre principal, son action sur un ou plusieurs autres fondements et, en ordre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause au cas où le juge considérerait que les premiers fondements sont en réalité inexistantes. »

et tronquée de l'état du droit positif. Ainsi, alors qu'il est admis qu'ils peuvent compléter la loi sans la contredire, la frontière entre ces deux hypothèses est souvent poreuse (1). Mieux encore, certains principes généraux du droit assument ouvertement une fonction correctrice des règles légales (2). Le tableau est encore compliqué par le fait que la subsidiarité est manifestement une notion évolutive, en ce sens qu'un principe à l'origine soumis à la loi peut, au fil de la jurisprudence, être finalement utilisé pour consacrer des solutions *contra legem* (3). Enfin, la prise en compte de la hiérarchie des normes conduit à repenser entièrement la question de la subsidiarité (4).

1. Une fonction complétive déformée

35. Position du problème. Comme on l'a dit, dans la conception officielle des principes généraux du droit, ceux-ci ne peuvent aller à l'encontre des règles édictées par le législateur dans une matière déterminée ; ils peuvent en revanche parfaitement compléter la loi lorsque celle-ci n'avait pas vocation à traiter la matière de manière exhaustive²³⁸.

La distinction, claire sur le plan des principes, s'avère toutefois délicate en pratique²³⁹, au point qu'il est permis de penser que le caractère « complétif » ou « supplétif » des principes généraux du droit est parfois mis en avant pour occulter et justifier ce qui n'est au fond rien d'autre qu'une correction apportée à la loi.

36. Illustration – Droits de la défense. Nous avons vu que la Cour de cassation n'hésitait pas à écarter l'application du principe général du droit dans des matières spécialement réglées par le législateur, notamment en matière de milice²⁴⁰. Sous l'influence sans doute de l'essor des droits fondamentaux, elle n'a cependant pas toujours fait preuve de la même retenue.

Dans plusieurs décisions, elle a en effet considéré, en matière d'impôts sur les revenus, que les articles 9 et 10 de la loi du 6 septembre 1895 « ne s'opposent pas au dépôt, par les parties, de pièces nouvelles devant la cour d'appel, dès lors que ces pièces sont produites pour répondre à des moyens ou arguments nouveaux présentés en conclusions par l'adversaire et que les droits de la défense de celui-ci ont été respectés ». En effet, « les délais prévus

²³⁸ Voy. *supra*, n° 30.

²³⁹ Voy. également les décisions examinées par J.-F. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », *op. cit.*, n°s 16 et s., pp. 45 et s. Cet auteur y voit l'illustration que les principes généraux du droit « sont en principe *non subsidiaires*, c'est-à-dire qu'ils sortent leurs effets pleinement et directement, en tant que type de norme et source formelle de droit, indépendamment du truchement de la loi écrite [...]». Toutefois, lorsque la loi intervient pour donner une certaine expression à un principe, ou une application dans un domaine donné, une forme de subsidiarité du principe apparaît alors par rapport à la loi ».

²⁴⁰ Voy. *supra*, n° 31.

par l'article 1^{er} de la loi du 23 juillet 1953, en tant que cette disposition remplace les articles 9 et 10 de la loi du 6 septembre 1895, ne sauraient valoir à l'encontre du principe général que constitue le droit de défense, inséparable de tout acte de juridiction »²⁴¹. *Exit* donc la subsidiarité de ce principe général du droit par rapport à la loi !

Le conflit entre les deux normes apparaît toutefois de manière encore plus éclatante lorsque l'on envisage la portée de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire. Celui-ci prévoit que le juge doit ordonner la réouverture des débats « avant de rejeter la demande en tout ou en partie sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ».

La Cour de cassation a, dans un premier temps, donné une interprétation restrictive de cette disposition²⁴², dont le regretté professeur Kirkpatrick a bien montré qu'elle était conforme à la volonté certaine du législateur telle qu'elle s'était exprimée dans les travaux préparatoires²⁴³. Elle a décidé en effet que cette règle « ne vise que le cas où le juge rejette en tout ou en partie la demande sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui ; qu'elle ne s'impose pas au juge lorsque, comme en l'espèce, il accueille la demande ». Ayant par ailleurs rappelé que « l'exercice du droit de la défense peut être limité par une disposition de la loi », elle en conclut que l'arrêt attaqué pouvait légalement rejeter des débats une lettre contraire au secret professionnel, alors qu'aucune des parties n'avait invoqué celui-ci²⁴⁴.

À première vue, la subsidiarité semble parfaitement respectée : le législateur étant intervenu dans une matière déterminée pour régler l'exercice des droits de la défense, le juge ne pourrait aller à l'encontre de sa volonté certaine en se fondant sur un principe général du droit. Hors le cas où, comme en l'espèce, les travaux préparatoires permettent de déterminer l'intention du législateur, le raisonnement repose essentiellement sur un argument *a contrario* : puisque l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire impose la réouverture dans certains cas déterminés, il ne l'impose pas dans les autres cas non visés. L'argument *a contrario* doit cependant être manié avec une grande

²⁴¹ Cass., 21 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1010 ; Cass., 2 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 926 (deux espèces). Voy. de même, à propos des art. 281 à 283 du CIR64, Cass., 10 mars 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 608 (dont la formulation est adoucie puisque l'idée selon laquelle les dispositions légales « ne sauraient valoir à l'encontre du principe général que constitue le droit de défense » est omise, sans pour autant remettre en cause la solution).

²⁴² Voy. également Cass., 19 décembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 485, dont il ressort que le juge n'est pas tenu de rouvrir les débats lorsqu'il « ne rejette point la demande en se fondant sur une exception d'incompétence, de nullité, de prescription, de forclusion, d'irrecevabilité ou de quelque autre exception au sens de l'article 774 du Code judiciaire ».

²⁴³ Voy. J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *op. cit.*, pp. 281 et s., spéc. p. 291, n° 12.

²⁴⁴ Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 814.

prudence²⁴⁵, ce qui explique sans doute, au moins pour partie, les hésitations suivantes.

En effet, la jurisprudence ultérieure de la Cour casse systématiquement, pour violation des droits de la défense, la décision qui s'abstient de rouvrir les débats alors même que la demande a été accueillie et non rejetée²⁴⁶. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1983, M. le procureur général E. Krings ne dissimule pas que « [l]es Chambres législatives ont considérablement restreint la portée de [l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire], en limitant son application au rejet de la demande sur une *exception* que les parties n'avaient pas invoquée » mais estime que « [q]uoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour va au-delà du texte de la loi. Elle ne le contredit pas mais elle le complète et a, étant donné la nature du principe général du droit, un caractère tout aussi impératif »²⁴⁷. On peut difficilement rêver d'un aveu plus candide de la fonction correctrice exercée par les principes généraux du droit sous couvert de compléter la loi.

2. Une fonction correctrice assumée

37. Position du problème. Il arrive également que la fonction correctrice de certains principes généraux du droit soit ouvertement assumée, en ce sens qu'ils sont invoqués pour faire échec à l'application de dispositions légales sans que la doctrine officielle de la subsidiarité des principes généraux du droit semble susciter de difficulté²⁴⁸.

38. Illustration – Abus de droit. Le mécanisme correcteur par excellence est sans doute la théorie de l'abus de droit²⁴⁹. Si son statut de principe général du droit ne suscite plus aujourd'hui de discussion²⁵⁰, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, M. le procureur général W. J. Ganshof van der

²⁴⁵ Voy. à ce propos F. LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, pp. 354 et s., n°s 279 et s. ; Fr. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, pp. 123 et s.

²⁴⁶ Voy. Cass., 29 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 805 ainsi que les nombreuses décisions postérieures citées par J. KIRKPATRICK, « Un principe général du droit plus fort que la loi... », *op. cit.*, p. 290, n° 12, note n° 33 ; *adde* not. depuis lors Cass., 4 septembre 2020, R.G. n° C.19.0613.N.

²⁴⁷ E. KRINGS, « L'office du juge dans la direction du procès », *J.T.*, 1983, p. 520, n° 38. Voy. également P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 45, n° 27 : « Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, le principe général du droit de défense oblige le juge à rouvrir les débats en dehors des prévisions de l'article 774, alinéa 2, avant d'accueillir ou de rejeter la demande pour un motif de droit dont les parties n'ont pu débattre. »

²⁴⁸ Voy. par ex. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 38, n° 25-3, qui admet que les principes généraux du droit puissent être utilisés afin « de prévenir ou de corriger les effets d'une application mécanique de la loi ».

²⁴⁹ Sur cette notion, voy. ci-après la contribution de Th. Léonard.

²⁵⁰ Voy. not. Cass., 28 septembre 2018, *Pas.*, 2018, n° 512. Sous sa forme moderne, il trouve sa première consécration dans un arrêt du 10 septembre 1971 (*Pas.*, 1971, I, p. 28), lequel « a, de manière implicite, reconnu à l'abus de droit les caractères d'un principe général du droit » (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit, op. cit.*, p. 242, n° 221).

Meersch faisait valoir que, si cette théorie ne constitue qu'une application de la notion de faute, elle ne présenterait pas l'autonomie suffisante pour être reconnue comme principe général du droit²⁵¹. Désormais, on admet largement que, tout en étant consacré par des dispositions légales – à savoir autrefois l'article 1382 de l'ancien Code civil en matière extracontractuelle et l'article 1134, alinéa 3, du même Code en matière contractuelle²⁵², et désormais l'article 1.10 du nouveau Code civil ainsi que, spécialement en matière contractuelle, l'article 5.73, alinéa 2, 2°, du même Code –, l'abus de droit constitue également un principe général du droit²⁵³.

La fonction correctrice de l'abus de droit est indéniable²⁵⁴. Et puisque les droits dont l'abus est sanctionné et qui peuvent se voir réduits, voire *de facto* supprimés, sont généralement d'origine légale, il faut bien admettre que le principe général prohibant l'abus de droit, « cette véritable mērūle juridique »²⁵⁵, n'est nullement subsidiaire à la loi. Il est d'autant plus remarquable, à cet égard, que l'abus de droit trouve à s'appliquer même lorsqu'il se fonde sur des dispositions pénalement sanctionnées²⁵⁶, d'ordre public ou impératives²⁵⁷ ou encore « lorsque ce droit est fondé sur la loi et est réclamé par une procédure régulière »²⁵⁸. De soumission des principes généraux à la loi, il n'est plus guère question.

Certes, on pourrait tenter de sauver les apparences en avançant qu'en édictant un droit, le législateur n'entend pas couvrir l'hypothèse où il en serait

²⁵¹ Voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 590.

²⁵² Voy. Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 (« Attendu que si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre partie ») et, de manière plus claire encore, Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 66, qui ajoute : « Attendu que le moyen, en cette branche, invoque l'abus de droits conventionnels ; qu'en tant qu'il considère que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont été violés, il est irrecevable. »

²⁵³ L'invoque de ce principe général du droit n'est toutefois pas nécessaire à la recevabilité d'un moyen de cassation, pour autant qu'une autre base légale adéquate soit invoquée (concl. de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général, avant Cass., 24 septembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 490, p. 1470, pt 1). Sur la problématique inverse, à savoir celle de la nécessité d'invoquer une base légale plus spécifique qu'un principe général du droit, voy. ci-avant n° 23.

²⁵⁴ Voy., sur les conditions et les effets de l'abus de droit, la contribution de Thierry Léonard dans le présent ouvrage.

²⁵⁵ Selon la formule frappante de J. HANSENNE, « De quelques précisions quant à la prescription en matière de servitudes légales », obs. sous J.P. Visé, 6 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 201.

²⁵⁶ Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 315 ; A.C., 2004, n° 315, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général.

²⁵⁷ Voy. Cass., 2 avril 2015, *Pas.*, 2015, n° 238, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq ; Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 491 ; Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 315 ; A.C., 2004, n° 315, avec les conclusions de M. le procureur D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 656.

²⁵⁸ Cass., 9 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 458, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général.

abusé, de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une matière déterminée où il aurait spécialement réglé la question²⁵⁹. En réponse à cette objection, on relèvera un intéressant arrêt du 18 février 2008 qui, après avoir relevé que l'ancien article 63, alinéa 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978 considère comme abusif le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée déterminée, « qui est effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise », décide que cette disposition « n'interdit ni à l'ouvrier qui ne se prévaut pas de son application de faire valoir que, fût-il fondé sur des motifs liés à son aptitude ou à sa conduite, ou sur les nécessités du travail, son licenciement est entaché d'un abus de droit résultant de l'exercice du droit de licenciement d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent, ni au juge saisi de pareille contestation de vérifier ces circonstances »²⁶⁰. L'intervention spécifique du législateur pour régler les contours de l'abus dans une matière déterminée n'apparaît donc pas toujours suffisante pour entraver l'application de la théorie. Plus largement, cet argument confirme que la frontière entre les cas où le principe complète la loi et ceux où il la contredit est pour le moins difficile à tracer²⁶¹.

39. Autres illustrations. L'abus de droit est loin d'être le seul principe général du droit dont la fonction correctrice est reconnue. On en évoquera ci-après quelques-uns, sans pouvoir entrer dans tous les détails que chacun d'eux mériterait.

La fonction correctrice du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* est ainsi bien admise²⁶². De manière générale, ce principe fait obstacle à ce que le dol ou la fraude profite à son auteur, et tend à

²⁵⁹ Comp. *supra*, n° 30. Il ne s'agit, au fond, que d'une variante de la formule célèbre de Planiol selon laquelle « le droit cesse où l'abus commence » : sur cette idée et ses limites, voy. P. A. FORIERS, « L'utile et l'inutile en droit privé. Observations sans prétentions », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 44, n° 7, et pp. 47 et s., n°s 11 et s.

²⁶⁰ Cass., 18 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 119, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. Genicot (qui se réfère, il est vrai, aux travaux préparatoires pour établir que « l'insertion de l'article 63 en faveur des ouvriers tendait à compenser, sur le plan des causes de licenciement, la différence de traitement dont ces derniers souffraient envers les employés au regard des délais de préavis, et non, par conséquent, à limiter les droits que l'ouvrier pouvait tenir de l'article 1382 du Code civil » ; dans cette mesure, il n'existe donc pas de volonté certaine du législateur d'écarter l'application du principe général du droit prohibant l'abus de droit).

²⁶¹ Voy. *supra*, n° 35.

²⁶² Voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme* ?, Bruges, die Keure, 2013, pp. 348 et s., n°s 318 et s. ; M. MEIRLAEN, *Ongeschreven rechtsgrenzen. Verbod van rechtsregelontduiking, Fraus omnia corrumpit en verbod van (rechts)misbruik*, Brussel, Intersentia, 2022, pp. 226 et s., n°s 165 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier* (« *Fraus omnia corrumpit* »), Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 778 et s., n°s 341 et s. Sur ce principe, voy. ci-après la contribution d'Aline Charlier et Céline Janssen.

l'anéantissement des conséquences juridiques qui découlent d'un comportement frauduleux²⁶³. Pour justifier cet effet dérogatoire aux règles légales, la doctrine tentait jusqu'à présent de soutenir qu'elle serait conforme à la volonté du législateur, dans la mesure où ce correctif serait implicitement contenu dans chaque règle légale à laquelle il est dérogé²⁶⁴. Nous avons vu, cependant, que l'invocation de la volonté tacite du législateur présente toujours un caractère assez artificiel²⁶⁵. La question sera désormais simplifiée par la consécration de ce principe général du droit à l'article 1.11 du nouveau Code civil²⁶⁶.

La théorie du mandat apparent constitue une autre illustration du pouvoir correcteur des principes généraux du droit. On sait en effet que, selon l'article 1998 de l'ancien Code civil, « [l]e mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Et pourtant, même en l'absence de ratification, on admet que le mandant soit tenu par l'excès de pouvoir commis par le mandataire en son nom à la triple condition qu'il ait existé une apparence de pouvoirs, que le tiers avec lequel le mandataire a traité ait pu légitimement y croire et que cette apparence soit objectivement imputable au mandant, sans qu'une faute de ce dernier soit pour autant requise²⁶⁷. La théorie du mandat apparent trouve désormais sa consécration légale à l'article 1.8, § 5, du nouveau Code civil²⁶⁸.

Il existe également une abondante jurisprudence admettant une dérogation aux délais, même prévus à peine de déchéance, en présence d'un cas avéré de force majeure ou d'erreur invincible²⁶⁹. En l'absence de base légale

²⁶³ Voy. not. Cass., 30 septembre 2021, n° C.21.0002.N, pt 4, avec les conclusions de M. l'avocat général M. Deconynck.

²⁶⁴ Voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, op. cit., p. 348, n° 318 ; M. MEIRLAEN, *Ongeschreven rechtsgrenzen*, op. cit., pp. 182 et s., n°s 125 et s.

²⁶⁵ Voy. *supra*, n° 32.

²⁶⁶ « La faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur. »

²⁶⁷ Voy. Cass., 26 octobre 2012, *Pas.*, 2012, n° 571 ; Cass., 2 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 494 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 357 ; Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 54 ; Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547.

²⁶⁸ « Le représenté est également lié par l'acte juridique accompli par un représentant sans pouvoir si l'apparence d'un pouvoir suffisant lui est imputable et si le tiers pouvait raisonnablement tenir pour vraie cette apparence dans les circonstances données. L'apparence est imputable au représenté si celui-ci a librement, par ses déclarations ou son comportement, même non fautifs, contribué à créer ou à entretenir l'apparence. »

²⁶⁹ Voy. not. Cass., 9 mars 2022, n° P.21.0830.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 12 janvier 2022, n° P.21.0974.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 3 novembre 2021, n° P.21.1036.F, avec les conclusions de M. l'avocat général D. Vandermeersch ; Cass., 18 juin 2020, n° C.19.0322.N.

particulière pour justifier ces solutions, on peut admettre qu'elles se fondent sur un principe général du droit²⁷⁰.

Les exemples pourraient être multipliés²⁷¹.

3. Une subsidiarité évolutive

40. Position du problème. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1970, M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch enseignait déjà que « [l]e principe général n'est pas immuable ; il est, comme la loi, tributaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation politique »²⁷². Cette mutabilité des principes généraux du droit constitue cependant un défi supplémentaire à la thèse de la subsidiarité des principes à la loi, dans la mesure où certains principes, dans un premier temps écartés en raison de leur contradiction avec des règles légales, vont dans un second temps prendre

²⁷⁰ Voy. déjà Cass., 27 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, p. 112 : l'article 1148 de l'ancien Code civil « n'est en soi que l'application aux conventions du principe général que la force majeure exclut la faute et fait obstacle aux déchéances attachées par la loi à l'exercice d'un droit circonscrit dans un certain délai ; Attendu que si dans un but de paix sociale, pour ne pas laisser indéfiniment en suspens les intérêts opposés des justiciables, la loi punit avec raison de la perte de son droit celui qui a négligé de l'exercer dans un délai déterminé, il est inadmissible qu'elle ait voulu infliger cette peine à celui qu'un événement supérieur à sa volonté a mis dans l'impossibilité invincible, au cours de ce délai, de pourvoir à la sauvegarde de ses intérêts ; Attendu en effet que l'exception tirée de la force majeure repose sur ce principe élémentaire de morale qu'à l'impossible nul n'est tenu et qu'il faut en conclure que la force majeure, qui domine la volonté humaine et fait échec à la loi elle-même, forme nécessairement exception à toutes les règles du droit, fussent-elles d'ordre public ». Comp. cependant Cass., 24 octobre 2022, R.G. n° S.22.0007.F, avec les conclusions nuancées de M. l'avocat général H. Mormont (qui, tout en citant de nombreuses applications de l'effet libératoire de la force majeure auquel il reconnaît un caractère « transversal et correcteur », estime que, dans la jurisprudence de la Cour, cet effet se fonde plutôt sur une interprétation large de l'article 1148 de l'ancien Code civil ou des dispositions légales auxquelles il est dérogé).

²⁷¹ On songe à la jurisprudence décidant qu'« [a]ucune disposition constitutionnelle ou légale *ni aucun principe général du droit* ne dispensent le pouvoir exécutif, lors de l'exercice de ses compétences, de l'obligation, qui découle des articles 1382 et 1383 du Code civil, de réparer le dommage causé à autrui par sa faute », dont la formulation laisse entendre qu'un principe général du droit aurait le pouvoir de déroger aux articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil (voy. Cass., 16 juin 2022, R.G. n° C.21.0219.N ; Cass., 12 mars 2020, R.G. n° C.18.0383.N, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier ; Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 518 ; Cass., 20 juin 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 288 ; comp. Cass., 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 752, qui ne visait pas les principes généraux du droit). On peut également voir l'expression de la fonction correctrice des principes généraux du droit dans l'interprétation mesurée donnée par la Cour de cassation à l'article 1794 de l'ancien Code civil, lequel s'applique « à tout ouvrage quelconque, matériel ou intellectuel, pourvu qu'il s'agisse de l'entreprise d'un travail déterminé par son objet ou un terme exprès » (Cass., 4 septembre 1980, *R.C.J.B.*, 1981, p. 523, note X. DIEUX, lequel souligne, n° 7, p. 545, que cette restriction se justifie par le fait que les contrats à durée indéterminée « sont en effet résiliables unilatéralement par chacune des parties, en vertu d'un principe général dont l'article 1780 est une expression et dont le dessein est de protéger la liberté individuelle. [...] La supériorité du but poursuivi par ce principe justifie par ailleurs qu'il soit d'ordre public [...] et qu'il prime l'article 1794 du Code civil » ; on notera que le principe général du droit en question a depuis lors été codifié à l'article 5.75, alinéa 2, du nouveau Code civil).

²⁷² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 569 ; voy. également A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 116 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 26, n° 18.

leur ascendant sur celles-ci. Inversement, le législateur réagit parfois pour contrecarrer l'expansion d'un principe jugé trop envahissant. Ces mouvements en sens opposés renvoient en tout cas une image plus nuancée que celle à laquelle la vision traditionnelle de la subsidiarité des principes généraux du droit aurait pu laisser penser.

41. Illustration – Confiance légitime, sécurité juridique, apparence et respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Les tensions auxquelles les impératifs contradictoires de légalité et de sécurité juridique – tous deux érigés au rang de principes généraux du droit – peuvent donner lieu, et les multiples terrains sur lesquels cet affrontement est mené, sont trop complexes pour que l'on puisse ici épuiser la question²⁷³. On se bornera dès lors à évoquer quelques illustrations marquantes.

Le premier cas qui vient à l'esprit est sans doute celui des limites du principe de confiance légitime, présenté par certains comme une composante des principes de bonne administration et, plus largement, comme le prolongement du principe de sécurité juridique. Une première tendance dans la jurisprudence de la Cour de cassation confère, spécialement en matière fiscale, une primauté absolue au principe de légalité en cas de conflit avec la confiance légitime de l'administré²⁷⁴. D'autres décisions, rendues notamment sur la question des effets dans le temps des arrêts de la Cour constitutionnelle, adoptent une position plus nuancée en prévoyant une mise en balance des principes de légalité et de sécurité juridique²⁷⁵. Une évolution semble donc

²⁷³ Pour plus de détails, voy. not. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *De bronnen van niet-contractuele verbintenissen. Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges-Bruxelles, die Keure-la Chartre, 2007, pp. 47 et s. ; J. VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 695 et s. ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, nos 28 et s., pp. 568 et s.

²⁷⁴ Voy. Cass., 31 janvier 2020, n° F.18.0025.F, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes ; Cass., 10 mars 2016, *Pas.*, 2016, n° 174 ; Cass., 9 mars 2015, *Pas.*, 2015, n° 174 ; Cass., 11 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 123, pts 2 et 3 ; A.C., 2011, n° 123, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 18 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 765, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général ; Cass., 10 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 736, pt 1, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 232, avec les conclusions de M. l'avocat général P. de Koster (comp. depuis lors la modification apportée à l'art. 2244 de l'ancien Code civil, dont la portée a encore été étendue par C.C., 23 décembre 2021, n° 21/2021 et C.C., 19 décembre 2019, n° 40/2019) ; Cass., 20 novembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 578 ; Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 574 ; Cass., 26 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 577, avec les conclusions de M. le procureur général A. Henkes, alors avocat général ; Cass., 6 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 598 ; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 596, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général ; Cass., 30 octobre 2000, *Pas.*, 2000, n° 587.

²⁷⁵ Voy. Cass., 21 avril 2022, R.G. n° F.20.0150.N ; C.C., 9 juillet 2013, n° 97/2013, pts B.9 et s. ; C.C., 30 mai 2013, n° 73/2013, pts B.8 et s. ; C.C., 9 février 2012, n° 18/2012, pts B.8.1 et s. ; T.B.P., 2012, p. 354, note S. VERSTRAELEN ; C.C., 7 juillet 2011, n° 125/2011, pts B.5.4 et s. ; Cass., 6 mai 2013, J.T., 2013, p. 455 ; Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, n° 512, pt 5, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal ; Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 139 ; A.C., 2010, n° 139, pts 3 et 4, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat

se dessiner dans cette seconde direction, spécialement dans la jurisprudence des chambres de langue néerlandaise. Au surplus, la primauté du principe de confiance légitime sur celui de légalité peut parfois se justifier lorsque le premier tire sa force du droit de l'Union, supérieur dans la hiérarchie des normes aux règles du droit interne²⁷⁶.

L'évolution est encore plus frappante si l'on envisage l'incidence de la bonne foi du bénéficiaire d'un paiement indu. Sans concession, un arrêt du 26 mai 2003 décide ainsi que « l'arrêt, qui décide que la demanderesse doit renoncer à la récupération des sommes indûment payées à la défenderesse à titre de majorations d'allocations familiales pour enfants handicapés du 1^{er} janvier 1993 au 22 décembre 1994 en se fondant sur la théorie du "respect dû aux anticipations légitimes d'autrui", viole les articles 1235, 1376 et 1377 du Code civil »²⁷⁷. Plus encore que ces dispositions, c'est sans doute les articles 1378 à 1380 qui auraient pu être convoqués puisque, en limitant l'étendue de l'obligation de restitution selon que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi, ils semblent exprimer la volonté certaine du législateur de maintenir en toute hypothèse l'existence d'une telle obligation dans son principe, quel qu'ait été l'état d'esprit du bénéficiaire du paiement. Dans ses conclusions, le ministère public, tout en mettant en doute l'existence et l'autonomie du principe général du droit invoqué, justifiait quant à lui la solution par l'idée « qu'en toute hypothèse, le juge ne peut faire prévaloir un principe général du droit sur un autre qui repose sur un texte écrit de rang supérieur, en l'occurrence le principe de légalité qui, je le répète, trouve directement un fondement dans l'article 159 de la Constitution »²⁷⁸. La subsidiarité des principes généraux du droit par rapport à la loi se trouvait donc réaffirmée, fût-ce en ressentant le besoin de l'appuyer par une invocation de la hiérarchie des normes²⁷⁹.

La surprise fut donc totale lorsque, par un arrêt du 9 mars 2020, la Cour de cassation revint sur sa jurisprudence en élaborant une solution pré-torienne relativement complexe à énoncer mais qui aboutit, en substance,

général R. Mortier, alors avocat général ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 346, pt 3 ; Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 653, pt 3 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1368, note P. POPELIER.

²⁷⁶ Voy. en ce sens Cass., 2 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 451 ; A.C., 2016, n° 451, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs, alors avocat général. *Add.*, sur la portée du principe de confiance légitime en droit de l'Union, Cass., 20 mars 2018, *Pas.*, 2018, n° 193, et, pour un arrêt rendu sur le fondement de l'article 1^{er} du Premier protocole à la CEDH (mais jugé non pertinent en l'espèce dès lors qu'il ne ressortait pas des travaux préparatoires de la loi fiscale que celle-ci pût générer une confiance légitime dans le chef du contribuable), Cass., 17 mai 2021, R.G. n° F.17.0030.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels.

²⁷⁷ Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 319, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général.

²⁷⁸ Conclusions préc., p. 1064, pt 3.

²⁷⁹ Voy. à ce propos *infra*, n° 42. Cet argument ne suffit toutefois pas à clore le débat dès lors que le principe de la sécurité juridique peut lui-même prétendre au rang constitutionnel (voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis ? », *op. cit.*, pp. 730 et s., n° 47, et réf. citées).

à faire primer les exigences de la sécurité juridique sur celles de la légalité lorsque l'*accipiens* de bonne foi a transmis le paiement reçu à un tiers²⁸⁰. Il est remarquable que, dans ses conclusions, le ministère public semble fonder la solution sur la théorie de la confiance légitime, dont il admet qu'elle ne constitue pas un principe général du droit, mais qui constitue selon lui un critère spécifique de l'abus de droit²⁸¹. La question de la compatibilité de cette théorie avec le texte des articles 1376 à 1380 de l'ancien Code civil n'est cependant pas abordée. Le problème rebondira certainement sous l'empire du nouveau Code civil, dont les articles 5.133 à 5.137 ne consacrent pas cette jurisprudence²⁸² et dont les travaux préparatoires indiquent clairement ne pas ériger l'apparence en source autonome d'obligations²⁸³. Il restera à voir si la Cour de cassation se montrera fidèle à la volonté ainsi exprimée et, dans la négative, comment elle justifiera cette nouvelle entorse à la subsidiarité des principes généraux du droit.

Tout aussi marquante est la position récemment adoptée par la Cour sur la question de la protection de la propriété apparente en matière immobilière. En droit belge, la position orthodoxe était résumée par un arrêt du 3 septembre 2013, décidant que « [l]a circonstance que, depuis sa vente au profit de tiers de bonne foi, des droits réels tels que des droits hypothécaires ont été établis sur le bien immeuble dont le juge ordonne la restitution, n'empêche pas ce juge pénal d'annuler le contrat de vente et ce, avec effet rétroactif »²⁸⁴.

²⁸⁰ Voy. Cass., 9 mars 2020, R.G. n° C.19.0216.N, pts 8-10, avec les conclusions de M. l'avocat général Vanderlinden.

²⁸¹ Voy. not. en ce sens 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, pp. 293 et s., n° 21 et s. (à propos de la reconnaissance de la *rechtsverwerking* comme critère spécifique de l'abus de droit). Ces auteurs se fondent notamment sur Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, n° 571 (arrêt qui se fonde néanmoins formellement sur le critère spécifique de la disproportion) ; *adde* depuis lors, de manière nuancée, Cass., 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F (« [s]i le seul fait de ne pas exercer un droit durant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de ce droit, l'inertie du détenteur du droit peut être abusive en raison des circonstances qui l'entourent »).

²⁸² Ainsi, en cas de paiement indu, l'article 5.134, alinéa 1^{er}, renvoie au régime uniforme des restitutions prévues aux articles 5.115 à 5.122, lesquels ne donnent effet à la bonne foi du débiteur de la restitution qu'en ce qui concerne la perte de la chose (art. 5.120) et des fruits (art. 5.122). Quant à l'enrichissement injustifié, la règle du double plafond est consacrée sans référence à la bonne ou mauvaise foi des parties (art. 5.137).

²⁸³ Voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 17 (« L'apparence créée, ou confiance légitime, n'est pas consacrée, en tant que telle, en tant que source d'obligations ou plus largement d'effets juridiques. Les contours de celle-ci restent, en effet, difficiles à définir avec précision, ce qui risque d'être préjudiciable à la sécurité juridique. La Cour de cassation ne l'a, au demeurant, pas consacrée explicitement en tant que principe général du droit, malgré le souhait d'une partie de la doctrine (réf. citées par P. WÉRY, II, 2016, n° 259) ; deux arrêts récents, rendus en matière de transport maritime, font certes référence à la "vertrouwensleer", sans toutefois la qualifier explicitement de principe général du droit (Cass., 30 juin et 26 septembre 2016, R.G.D.C./T.B.B.R., 2017, p. 507 et 508 note B. VERHEYE) »).

²⁸⁴ Cass., 3 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 413, pt 22. Le fait que la restitution soit en l'espèce ordonnée par un juge pénal n'y change rien, l'annulation du contrat avec effet rétroactif étant envisagée comme une forme de réparation civile due à la personne lésée conformément à l'article 44 du Code pénal (pts 17 à 19 de l'arrêt).

En d'autres termes, en matière immobilière, l'annulation du contrat produit ses effets *erga omnes* et est ainsi opposable au créancier hypothécaire, fût-il de bonne foi, tenant ses droits d'un acquéreur dont le titre est annulé. La solution, qui découle directement des articles 74 et 109 de la loi hypothécaire, pouvait également se déduire des articles 2265 et suivants de l'ancien Code civil²⁸⁵ : en effet, puisque la bonne foi d'un sous-acquéreur disposant d'un juste titre lui permet déjà de bénéficier d'un délai de prescription abrégé, c'est nécessairement que, dans le système de la loi, sa seule bonne foi ne le soustrait pas à l'effet rétroactif²⁸⁶.

Ici aussi, la surprise fut grande lors du prononcé d'un arrêt du 22 janvier 2021 qui, après avoir rappelé le texte de l'article 74 de la loi hypothécaire, décide que, si le titre du constituant hypothécaire est éteint avec effet rétroactif, l'hypothèque est également éteinte par voie de conséquence, sous réserve de la protection des tiers qui ont acquis des droits réels limités de bonne foi et à titre onéreux ; l'extinction du titre n'affecte donc pas les droits hypothécaires du tiers qui a acquis ses droits de la personne dont le titre avait été transcrit et qui avait la confiance légitime d'avoir traité avec le véritable titulaire du droit²⁸⁷. À nouveau, il sera intéressant de voir si cette jurisprudence se maintient sous l'empire du nouveau Code civil, à l'encontre de la volonté exprimée par le législateur lors de l'élaboration tant du Livre 3²⁸⁸ que du Livre 5²⁸⁹.

²⁸⁵ L'argument demeure pertinent sous l'empire de l'article 3.27 du nouveau Code civil, puisque celui-ci fait encore varier le délai de la prescription acquisitive en matière immobilière selon que l'acquéreur soit de bonne ou de mauvaise foi. La règle a seulement été simplifiée en supprimant l'exigence supplémentaire du juste titre et en ramenant, vu les moyens de transport et de communication moderne, le délai de 10 à 20 ans à un délai fixe de 10 ans (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 66).

²⁸⁶ Voy. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 684 et s., n° 297, V, et réf. citées.

²⁸⁷ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.20.0143.N, avec les conclusions de M^{me} le premier avocat général R. Mortier ; *Jurimpratique*, 2020, p. 52, note G. CARNOY et V. LIBION ; *N.F.M.*, 2021, p. 38, note V. SAGAERT ; *R.D.C.*, 2021, p. 785, note M. VAN DE LOOVERBOSCH ; *R.G.D.C.*, 2022, p. 285, note M.E. STORME et R. JANSEN ; *R.V.*, 2020-2021, p. 1335, note B. VERHEYE ; *T. Not.*, 2021, p. 286, note.

²⁸⁸ En matière immobilière, en effet, il n'existe aucune protection générale de l'acquéreur de bonne foi, les règles belges de la publicité foncière ayant de tout temps été considérées comme étant de nature déclarative et non constitutive (art. 3.30, § 2, C. civ. et art. 74 et 109 de la loi hypothécaire ; voy. not. L. BARNICH, « La publicité foncière dans le Livre 3 du nouveau Code civil », *Rev. not. B.*, 2020, p. 500 ; V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, n° 1356, pp. 1176 et s. – qui plaide cependant, n°s 1357 et s., pp. 1178 et s., pour la protection de la propriété apparente – ; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Bruges, die Keure, 2021, n°s 209 et s., pp. 293 et s., et n°s 221 et s., pp. 310 et s.). On citera également l'article 3.15, 3°, et la portée tout à fait limitée de l'article 3.34, alinéa 2, selon lequel « [l']anéantissement rétroactif d'un droit réel ne produit pas d'effet à l'égard des aliénations et actes de disposition portant sur ce droit réel consentis en faveur de tiers de bonne foi, après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement ». Aucune protection contre l'effet rétroactif de la nullité n'est donc conférée en matière immobilière aux tiers de bonne foi ayant acquis la chose avant l'introduction de l'action en nullité (voy. déjà R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 296, pp. 677 et s., et réf. citées).

²⁸⁹ En effet, la nullité jouit, dans le Livre 5, d'un effet rétroactif opposable *erga omnes* (art. 5.62, al. 1^{er}, et Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021,

4. Une difficile conciliation avec la hiérarchie des normes

42. Position du problème. Tirant leur force de l'approbation tacite du législateur, les principes généraux du droit jouissent, dans le discours officiel, d'une force équivalente à la loi, sous la seule réserve qu'ils doivent céder face à la volonté contraire du législateur lorsque celui-ci décide de régler à sa manière une matière déterminée²⁹⁰. Cette vision implique notamment que les principes généraux du droit jouissent d'un rang supérieur à celui des normes réglementaires²⁹¹, de sorte, par exemple, qu'un arrêté royal ne pourrait valablement écarter l'application du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense²⁹² ou qu'un acte administratif doit être conforme au principe général du droit de bonne administration²⁹³.

Sous cette réserve, les principes généraux du droit ne suscitaient à l'origine guère de difficulté sous l'angle de la hiérarchie des normes, car à l'époque où la doctrine officielle de la subsidiarité des principes généraux du droit s'est cristallisée – à savoir dans la mercuriale de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch prononcée le 1^{er} septembre 1970 –, la question d'un contrôle de la loi au regard des principes généraux du droit ne se posait pas. En effet, d'une part, cette mercuriale a été prononcée avant le célèbre arrêt *Le Ski* consacrant la primauté du droit international d'effet direct sur les normes contraires du droit interne²⁹⁴ et, d'autre part, avant la création de la Cour d'arbitrage par la loi du 28 juin 1983, le contrôle direct de la constitutionnalité des lois était considéré comme exclu²⁹⁵. La question

n° 55-1806/001, p. 5, p. 73). Si une exception est introduite à l'article 5.95, alinéa 3, à l'effet rétroactif de la résolution pour inexécution envers les tiers de bonne foi, c'est délibérément qu'elle n'a pas été étendue à la nullité : en effet, « les intérêts privés du vendeur ne paraissent pas préférables en soi à ceux du sous-acquéreur de bonne foi. La situation se distingue ici de celle de la nullité du contrat principal, le souci de restauration de la légalité l'emportant en principe sur les intérêts privés du sous-acquéreur, fût-il même de bonne foi » (Proposition de loi précitée, p. 123 ; voy., pour plus de détails, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, pp. 1149 et s., n°s 545 et s.).

²⁹⁰ Voy. *supra*, n°s 30 et s.

²⁹¹ Note signée F.D. sous Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 915 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 506, n° 16 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 44, n° 26 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1122, n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, *op. cit.*, n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, t. 1, n° 6, p. 544.

²⁹² P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 15.

²⁹³ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 233 (qui justifie cette solution par référence à un autre principe général du droit : « Le contrôle de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, confié au juge par l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure. »).

²⁹⁴ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, avec les conclusions de M. le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch.

²⁹⁵ Dès lors, selon W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 572, s'interroger sur l'éventuelle existence de principes généraux du droit de rang

de la subsidiarité des principes généraux à la loi s'est toutefois singulièrement complexifiée du fait de cette double évolution.

43. Principes d'origine internationale. Il existe, comme on le sait, des principes généraux du droit consacrés par le droit international, qu'il s'agisse des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés à l'article 38.1, c, du Statut de la Cour internationale de justice ou de principes généraux reconnus par les traités internationaux, tels que le droit à un procès équitable consacré à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁹⁶. On admet aujourd'hui largement que, pour autant qu'ils soient dotés d'un effet direct dans l'ordre juridique interne, ils priment les lois internes contraires²⁹⁷. Tel est, du reste, spécialement le cas des principes généraux du droit de l'Union, en vertu de la primauté dont ce dernier est doté²⁹⁸. Ainsi, c'est en se fondant sur le principe général du droit de non-discrimination en fonction de l'âge et, plus généralement, de l'égalité de traitement que la Cour de justice a conclu à l'écartement dans les rapports entre deux particuliers de l'application d'une législation nationale contraire à la directive 2000/78/CE, alors même que celle-ci est, comme toute directive, théoriquement dépourvue d'effet direct horizontal²⁹⁹. On notera par ailleurs que les principes généraux du droit de l'Union jouissent d'une primauté sur les actes dérivés du droit de l'Union et peuvent dès lors être invoqués en vue d'en contrôler la légalité³⁰⁰.

constitutionnel était dépourvu d'intérêt pratique, puisque ceux-ci n'auraient pu en toute hypothèse dispenser le juge d'appliquer la loi.

²⁹⁶ Une question intéressante, qu'il n'est pas possible ici d'approfondir, est celle des rapports entre les principes généraux du droit international et le traité. La tendance générale en la matière semble être d'admettre la subsidiarité du principe général du droit international par rapport au traité, fondée sur l'adage *lex specialis* (comp. dans le même sens, en droit interne, *supra*, n° 32), sous la double réserve que certains principes (i) peuvent s'avérer plus spécifiques que les règles contenues dans les traités ou (ii) se voir reconnaître le statut de règle de *jus cogens* (voy. M. ĐORĐESKA, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (1922–2018). The Evolution of the Third Source of International Law through the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice*, Leiden and Boston, Brill, 2020, pp. 168 et s., et les réf. citées à la jurisprudence internationale).

²⁹⁷ Voy. les concl. de M. le procureur général F. Dumon avant Cass., 2 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, pp. 117 et s., spéc. p. 119 ; D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 507, n° 17 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 49, n° 32 ; P. VAN OMMELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1122, n° 12 ; voy. aussi A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 146.

²⁹⁸ Voy. A. BOSSUYT, *op. cit.*, pp. 150 et s. Voy. par exemple l'article 6.3 du Traité sur l'Union européenne, qui dispose que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

²⁹⁹ Voy. C.J.U.E. (gr. ch.), 19 avril 2016, arrêt *DI*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, pt 35 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 19 janvier 2010, arrêt *Küçükdere*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, pt 51 ; C.J.U.E. (gr. ch.), 22 novembre 2005, arrêt *Mangold*, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, pt 77. Sur cette jurisprudence, voy. not. R. JAFFERALI, « The Horizontal Effect of Human Rights: A Typology of the Methods of Reasoning Applied by Belgian Courts », in B. HEIDERHOFF, S. LOHSSE et R. SCHULZE (dir.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 149 et s., spéc. pp. 159 et s., et réf. citées.

³⁰⁰ W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, *op. cit.*, n° 48, p. 130. Voy. par ex., à propos du principe général du droit de solidarité, C.J.U.E. (gr. ch.), 15 juillet 2021, arrêt *Allemagne c. Pologne*, C-848/19 P, ECLI:EU:C:2021:598,

La primauté du droit international sur le droit interne aboutit à relativiser singulièrement l'idée d'une quelconque subsidiarité des principes généraux du droit (interne) face à la loi. En effet, pour peu que ceux-ci traduisent une valeur également protégée par le droit international, la logique se trouve inversée et c'est désormais la loi qui doit courber l'échine face au principe général du droit. Reprenons ainsi les différentes hypothèses où la Cour de cassation a estimé que la loi avait dérogé, en le modalisant dans une matière déterminée, au principe général du droit relatif au respect des droits de la défense³⁰¹ : ce constat ne suffit désormais plus à clore le débat, puisqu'il convient encore de vérifier si cette loi est elle-même compatible avec le droit à un procès équitable consacré par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, dans le champ d'application du droit de l'Union européenne, par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, sur l'interprétation desquels la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice conservent respectivement le pouvoir du dernier mot. Et puisque le principe (interne) des droits de la défense et le principe (international) du procès équitable se recoupent, la prétendue subsidiarité du premier face à la loi se trouve dans cette mesure vidée de son sens.

Bien sûr, ce n'est pas à dire que la loi confrontée à un principe général du droit sera nécessairement condamnée. Le débat se trouve simplement déplacé sur un autre terrain, à savoir celui de l'interprétation de la norme internationale consacrant ce principe. Ainsi, pour contourner la tendance marquée de la jurisprudence de la Cour de cassation à conférer une primauté absolue de la loi sur le principe de confiance légitime de l'administré³⁰², une partie de la doctrine s'est efforcée de démontrer que cette jurisprudence pouvait être contraire, tantôt au droit de l'Union, tantôt à la protection des « biens » assurée par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme³⁰³. Si la Cour a été sensible à l'argument dans le premier cas³⁰⁴, elle s'est jusqu'à présent montrée plus réservée dans le second³⁰⁵.

pts 44 et s. Sur ces principes, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*

³⁰¹ Voy. *supra*, n° 31.

³⁰² Voy. *supra*, n° 41

³⁰³ Voy. les intéressantes réflexions de D. GARABEDIAN, « Impôt et confiance légitime : abandonner la distinction entre questions de fait et questions de droit », *R.G.C.F.*, 2017, p. 295.

³⁰⁴ Voy. Cass., 2 septembre 2016, *Pas.*, 2016, n° 451 ; A.C., 2016, n° 451, pt 11, avec les conclusions de M. le procureur général D. Thijs (« Le principe de confiance relève du droit primaire de l'Union européenne et doit être respecté par le droit communautaire dérivé comprenant les directives. Dans la mesure où il est fondé sur le soutènement juridique inexact que le principe de confiance doit, par définition, être écarté au profit du principe de légalité, le moyen, en cette branche, manque en droit »).

³⁰⁵ Voy. Cass., 17 mai 2021, R.G. n° F.17.0030.F, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général B. Inghels, censurant une décision d'appel qui avait fait prévaloir une « interprétation unanime » de la Convention préventive de

44. Principes à valeur constitutionnelle. La question de la subsidiarité devient plus complexe encore lorsque l'on envisage l'existence de principes généraux du droit de rang constitutionnel³⁰⁶. On admet en effet aujourd'hui l'existence de tels principes qui occupent une place supérieure à la loi dans la hiérarchie des normes³⁰⁷. Ceux-ci peuvent être utilisés par la Cour constitutionnelle (le cas échéant en combinaison avec les normes dont elle assure le respect) pour censurer les lois contraires³⁰⁸ et, même en dehors de cette hypothèse, ils commandent de retenir une interprétation conforme de la loi à ces principes³⁰⁹.

Le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs constitue une belle illustration de ces enseignements³¹⁰. On sait en effet, depuis l'arrêt *Flandria*, que l'Administration n'est pas soustraite à l'application du droit de la

double imposition belgo-coréenne qui « se fondait sur les travaux préparatoires de la loi d'approbation de la convention, sur le commentaire administratif des conventions, sur les circulaires administratives et était confirmée par la jurisprudence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire en charge du contentieux fiscal jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2015 ». La Cour relève qu'« [i]l ne ressort ni de cet exposé des motifs dont l'arrêt fait état ni des autres documents parlementaires relatifs à la loi d'approbation qu'à l'époque des faits, la convention préventive ainsi approuvée devait être interprétée » dans le sens retenu par l'arrêt attaqué et considère, dès lors, que cet arrêt viole l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel en statuant « sur la base d'une unanimité d'interprétation qui ne s'avère pas telle ». Il n'échappera pas au lecteur que concentrer ainsi l'analyse sur la question de l'interprétation des travaux préparatoires de la Convention permet d'esquiver le débat sur la question de savoir si le commentaire administratif et les circulaires administratives suffisaient pour être la source d'une confiance légitime digne de protection au regard de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

³⁰⁶ Selon P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 47 et s., n° 30, « parmi les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle qui servent à l'exercice de la fonction législative et réglementaire, on cite : le principe d'égalité, consacré par les articles 10, 11 et 11bis ; le principe de légalité, consacré par l'article 159 ; le principe de la sécurité juridique et celui de la proportionnalité ; le principe de la séparation des pouvoirs et celui de l'indépendance des juges, dont l'article 151 ne constitue qu'une application limitée qui doit être complétée par le principe général du droit, ainsi que le principe de l'impartialité des juges qui en est le corollaire ».

³⁰⁷ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 507, n° 17 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 47, n° 29 ; P. VAN OMMESELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », op. cit., p. 1122, n° 12 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen Deel*, op. cit., n° 47, p. 129 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., t. 1, nos 8 et s., pp. 545 et s. Tout comme les principes généraux du droit de nature législative sont subsidiaires aux lois, les principes généraux du droit de nature constitutionnelle sont tenus pour subsidiaires aux dispositions constitutionnelles écrites (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 46, n° 28 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., t. 1, nos 27 et s., pp. 568 et s.).

³⁰⁸ Voy. P. MARTENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., p. 15. En revanche, un contrôle direct de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire est en principe exclu (J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., n° 11, pp. 548 et s.).

³⁰⁹ Voy. Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 453, pt 3, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal ; A. BOSSUYT, « Principes généraux du droit », op. cit., p. 142. Comp. dans le même sens, sur l'interprétation conforme de la loi à la Constitution, Cass., 12 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 473.

³¹⁰ Voy. à ce propos J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », op. cit., nos 19 et s., pp. 556 et s.

responsabilité civile extracontractuelle consacré par les articles 1382 et 1383 du Code civil³¹¹. Toutefois, dès cet arrêt fondateur, il était clair que ces dispositions devaient se concilier avec le principe de la séparation des pouvoirs – entendu, il est vrai, dans le sens étroit et probablement belge des termes – qui « interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes de l'autorité administrative »³¹². Par conséquent, même si une condamnation à la réparation en nature – par exemple sous la forme de l'exécution de certains travaux relatifs à des biens de l'État – peut être obtenue à l'encontre de l'Administration, la faute consistant en l'adoption d'un acte administratif illégal ne peut en principe donner lieu à une réparation en nature qui prendrait la forme d'une annulation de cet acte par le juge³¹³. De manière plus générale, le principe de la séparation des pouvoirs impose au juge de respecter la liberté politique de l'Administration³¹⁴, et ce, tant au stade du constat de la faute³¹⁵ que du choix de la réparation³¹⁶.

³¹¹ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, avec les conclusions de M. le procureur général P. Leclercq, alors premier avocat général.

³¹² Arrêt précité, p. 239 ; voy. de même Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 491, avec les conclusions de M. le procureur général J.-F. Leclercq, alors premier avocat général.

³¹³ Voy. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, avec les conclusions de M. le procureur général J. Velu, alors avocat général, lequel considère p. 1357 : « Hors les cas où la loi lui confère la compétence d'accomplir des actes de nature administrative, le Pouvoir judiciaire ne peut, certes, faire acte d'administrateur. Il ne peut se substituer à l'autorité administrative en ce sens qu'il ne peut accomplir en lieu et place de celle-ci des actes que cette autorité seule a la compétence d'accomplir. Il ne peut notamment ni annuler ni réformer des actes administratifs. » En revanche, il ne nous paraît pas exclu que cette annulation (ou un retrait) soit décidée par l'Administration en vue de procéder à la réparation à laquelle elle serait condamnée dans le respect de sa liberté politique : comp. à cet égard *infra*, note n° 316.

³¹⁴ Voy. not. Cass., 26 décembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 813 ; A.C., 2014, n° 813, avec les conclusions de M. l'avocat général C. Vandewal.

³¹⁵ Voy. ainsi, en cas de carence administrative, Cass., 16 juin 2022, R.G. n° C.21.0219.N ; Cass., 12 mars 2020, R.G. n° C.18.0383.N, avec les conclusions de M^{me} l'avocat général R. Mortier ; Cass., 27 octobre 2006, *Pas.*, 2006, n° 518 ; *adde* Cass., 27 mars 2003, *Pas.*, 2003, n° 211.

³¹⁶ On tend ainsi à considérer que « lorsque plusieurs solutions s'offrent à l'administration pour, en nature, réparer le dommage qu'elle a occasionné par sa faute, l'administration qui dispose d'une compétence discrétionnaire doit trouver, dans le dispositif du juge, le pouvoir de l'exercer pleinement, sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs [...]. La même logique conduit à devoir préciser que si la compétence est liée ou si elle est discrétionnaire et qu'il n'existe qu'une manière de réparer en nature le dommage occasionné, le juge ne heurte pas le principe en cause en ordonnant de prendre la – seule – mesure qui s'impose » (D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, R.G.D.C., 2015). Pour une application de cette seconde hypothèse, voy. Cass., 25 janvier 2021, R.G. n° C.18.0055.N, pt 8. On ajoutera que, même lorsque l'Administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du mode de réparation, elle « demeure liée par l'obligation de résultat de rétablir la victime dans ses droits » (conclusions précitées, *Pas.*, 1980, I, p. 1357, n° 9, note n° 71). Rien ne paraît dès lors s'opposer au prononcé d'une injonction ordonnant à l'Administration, sous peine d'astreinte, de rétablir la légalité en atteignant un certain objectif (imposé le cas échéant par une norme supérieure), tout en lui laissant le choix des moyens pour y parvenir (voy. en ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750 et s.).

Si la reconnaissance de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle paraît donc inverser la logique de la subsidiarité des principes généraux par rapport à la loi, on aurait tort de penser que les rapports entre ces deux sources en seraient pour autant figés. D'une part, en effet, le principe de légalité – et à travers lui la supériorité de la loi sur les autres sources – est parfois érigé au rang de principe général du droit de nature constitutionnelle sur le fondement de l'article 159 de la Constitution³¹⁷. Dans cette mesure, le simple fait qu'un principe général du droit soit de nature constitutionnelle ne suffirait plus à garantir sa prééminence sur la loi, puisqu'il entrerait par hypothèse toujours en conflit avec un autre principe général de même rang. D'autre part, la seule circonstance qu'un principe général du droit serait de « simple » rang législatif n'implique pas encore automatiquement son éviction par la loi puisqu'il serait toujours susceptible, du fait de sa combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'emporter sur celle-ci³¹⁸. Cette double nuance aboutit à brouiller définitivement les cartes de la subsidiarité³¹⁹.

C. Pour un changement de paradigme

45. Faire le deuil de la ligne claire. La première observation que suscitent les développements qui précèdent est que la subsidiarité par rapport à la loi ne constitue plus, en l'état du droit positif, une caractéristique inhérente aux principes généraux du droit. Elle découle notamment de la circonstance que certains principes généraux sont en quelque sorte dupliqués dans des normes d'origine internationale ou européenne, qui se voient de ce fait reconnaître une prééminence sur la loi interne³²⁰. Mais il y a plus. Raisonner en termes de subsidiarité est d'autant plus difficile que tant la loi – au travers du principe de légalité – que certains principes généraux du droit peuvent prétendre aujourd'hui à une certaine forme de reconnaissance constitutionnelle³²¹. Du reste, même pour les principes généraux « ordinaires » de valeur législative, on constate une tentation de la jurisprudence à présenter comme simplement complémentifs des principes dont l'application va en réalité à l'encontre de la

³¹⁷ Voy. ainsi les arrêts de la Cour constitutionnelle cités *supra*, note n° 275, ainsi que les conclusions précédant l'arrêt du 26 mai 2003 citées *supra*, note n° 277.

³¹⁸ Voy. ainsi très tôt, concernant le principe général relatif au respect des droits de la défense, C.A., 18 novembre 1992, n° 72/92, pt B.4.4 (même si la Cour conclut en l'espèce à l'absence de violation). Dans sa jurisprudence plus actuelle, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à conférer directement à ce principe ainsi qu'à celui du droit à un procès équitable une valeur constitutionnelle sans s'embarrasser d'un détour par le principe d'égalité (voy. par ex. C.C., 17 décembre 2020, n° 167/2020, pts B.5.3 et B.5.5).

³¹⁹ Ainsi que l'observe P. Morvan, « principes et hiérarchie des normes font mauvais ménage » (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, op. cit., pp. 598 et s.).

³²⁰ Voy. *supra*, n° 43.

³²¹ Voy. *supra*, n° 44.

volonté du législateur³²², à admettre plus ou moins ouvertement l'aptitude de certains principes à corriger l'application de la loi³²³ ou encore des hésitations et des revirements sur la question de la prééminence entre le principe général du droit et la loi³²⁴.

Il est permis de se demander si ces incertitudes ne sont pas l'expression d'un malaise plus profond et si le discours officiel relatif à la subsidiarité des principes généraux du droit n'est pas l'héritier d'un temps révolu où il était encore permis de croire à l'existence d'une pyramide des normes où chaque règle trouvait sa juste place³²⁵.

Ce n'est certes pas à dire que la subsidiarité des principes généraux du droit aurait perdu toute vertu explicative ou opératoire. Mais loin de pouvoir encore constituer le point final de la discussion, elle ne constituerait plus que le point de départ – une première approximation – du raisonnement à construire.

46. Prendre acte du pouvoir créateur des juges. La subsidiarité des principes généraux du droit était censée constituer l'expression de leur soumission à la loi et, à travers eux, celle du juge. On l'a vu, les efforts déployés par la doctrine officielle pour convaincre que les principes généraux du droit ne sont pas une création jurisprudentielle, le juge se contentant d'en constater l'existence, ne peuvent emporter la conviction. Il ne fait aucun doute que les principes généraux du droit sont en partie le fruit d'un travail d'élaboration du juge, même si ce processus est, sauf en ce qui concerne le moment de la consécration, rarement arbitraire³²⁶. C'est en partant de cette prémisse que la question de leur rapport à la loi devrait être (ré)examinée.

47. Un juste milieu entre servilité et arbitraire. Les choses ainsi mises en perspective, il devient à la fois plus aisé, mais en même temps plus subtil, de sonder les rapports de soumission entre les principes généraux du droit et la loi.

En effet, si l'on admet que les principes généraux du droit ne sont qu'une manifestation parmi d'autres du pouvoir créateur de la jurisprudence, il n'existe pas *a priori* de raison d'apprécier différemment dans ce domaine les limites posées à ce pouvoir.

On sait à cet égard que le juge jouit en pratique d'un pouvoir étendu dans l'interprétation des règles dont l'application lui est confiée. Loin d'être

³²² Voy. *supra*, n° 35 et s.

³²³ Voy. *supra*, n° 37 et s.

³²⁴ Voy. *supra*, n° 40.

³²⁵ Sur le dépassement de ce modèle, voy. l'ouvrage classique de Fr. OST. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

³²⁶ Voy. *supra*, n° 16 et s.

cantonné au rôle de bouche servile de la loi, il n'en devient toutefois pas pour autant un despote arbitraire : sa compétence s'exerce en effet « entre répétition et invention »³²⁷, à la recherche d'un juste milieu qui ménage à la fois les exigences de la cohérence de l'ordre juridique et de la légalité et celles de la justice dans les cas individuels³²⁸.

Le juge se trouve donc écartelé entre deux pôles, et ce sont ces tiraillements qui peuvent sans doute expliquer les hésitations que nous avons constatées³²⁹. D'une part, en effet, le juge demeure attaché à des valeurs politiques fortes que l'ordre juridique promeut, parmi lesquelles la démocratie et l'État de droit, cette dernière notion reposant notamment sur le principe de sécurité juridique qui garantit la prévisibilité et l'accessibilité de la règle. Ces valeurs l'incitent à s'en tenir aux règles écrites, spécialement lorsqu'elles ont été coulées dans des normes législatives et que la volonté des assemblées parlementaires s'est exprimée clairement. Mais, d'autre part, le juge ne peut faire entièrement abstraction dans son raisonnement d'autres valeurs substantielles, telles que le souci d'équité, de justice sociale ou de protection de la partie faible.

À cet égard, le modèle du droit-intégrité de R. Dworkin a bien mis en lumière que, lorsqu'il donne une interprétation du droit existant, le juge s'efforce non seulement de proposer une solution cohérente, mais fait également un choix entre plusieurs interprétations possibles sur la base de considérations d'équité politique et de justice³³⁰. Dans la tradition juridique belge, c'est souvent aux principes généraux du droit qu'on recourt pour donner corps aux valeurs substantielles³³¹. Dans cette mesure, on serait presque tentés de parler de principes *généreux* du droit, puisque ceux-ci sont généralement mobilisés pour conférer aux justiciables une protection que la loi écrite leur aurait refusée³³².

Les plus alarmistes s'empresseront d'objecter que ce pouvoir reconnu aux juges risque à tout instant de faire basculer le système juridique dans le

³²⁷ Formule empruntée au titre du chapitre VII de l'ouvrage de Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit.

³²⁸ Voy. à ce propos R. JAFFERALI, « La rétroactivité dans le contrat ou la recherche du juste milieu », *R.G.D.C.*, 2015, pp. 130 et s., n° 9.

³²⁹ Voy. *supra*, n° 45.

³³⁰ Voy. R. DWORKIN, *Law's Empire*, op. cit., pp. 225 et s., et, pour une présentation succincte, R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », op. cit., pp. 58 et s., n° 14.

³³¹ Voy. D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », op. cit., pp. 529 et s., n° 35 et s. ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 665, n° 318.

³³² Il est vrai qu'en droit privé, la reconnaissance d'un droit à une partie se fait souvent au détriment de l'autre ; comp. la difficulté à déterminer comment, en cas de constat d'une discrimination, l'égalité peut être « rétablie vers le haut » en droit privé (voy. à ce propos R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 132 et s., n° 73, et réf. citées).

tant décrié « gouvernement des juges ». L'objection est loin d'être absurde³³³. Elle nous paraît toutefois devoir être relativisée.

Tout d'abord, en pratique, le rôle dévolu aux valeurs dans le raisonnement juridique et, en particulier, aux principes généraux du droit, demeure au final modeste, quoiqu'essentiel³³⁴. Les principes généraux du droit permettent en effet d'orienter le raisonnement lorsque la loi écrite n'offre pas de réponse claire aux questions qui lui sont posées (fonction supplétive). Ils sont en outre parfois invoqués pour écarter, parmi les différentes interprétations possibles de la loi, celles qui seraient incompatibles avec eux (fonction correctrice). Mais ils n'ont nullement vocation à se substituer systématiquement aux règles légales en vigueur, d'autant que la reconnaissance des principes généraux du droit s'inscrit dans une logique temporelle longue³³⁵.

Ensuite et surtout, il n'y a pas lieu d'enfermer le juge dans un choix binaire entre une décision légale et une décision juste : l'interprétation doit au contraire parvenir à convaincre qu'elle est *à la fois* légale (c'est-à-dire conforme à l'état du droit positif) et juste (c'est-à-dire conforme aux valeurs de celui qui en prend connaissance)³³⁶. Tout le travail du juge consistera donc à construire une argumentation juridique qui justifie le recours aux principes généraux du droit, et l'éventuelle prééminence qu'il leur confère sur la loi dans un cas déterminé, de manière suffisamment cohérente³³⁷ pour parvenir à emporter l'adhésion de la communauté des juristes et, plus largement, de la communauté politique. C'est cette adhésion, dans le modèle pragmatique contemporain de l'interprétation, qui fournit le critère ultime de validité de la solution retenue³³⁸ et qui rend également légitimes les éventuelles réactions

³³³ En effet, si l'émancipation du juge par rapport à la loi est parfois salutaire, spécialement depuis que la Seconde Guerre mondiale a fait prendre conscience « qu'un État et sa législation pouvaient être iniques, et même criminels » (C. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 136, n° 71), on aurait tort, cependant, de se défier uniquement du législateur. Ainsi, l'essor qu'a connu la « jurisprudence des valeurs » en Allemagne pendant la période 1933-1945 s'explique principalement par la volonté des juristes d'adapter les règles de droit à l'idéologie nazie sans devoir s'embarasser d'une modification formelle de la loi (voy. H.-P. HAFERKAMP, « Richter, Gesetz und juristische Methode in der Wertungsjurisprudenz », *ZfPW*, 2016, pp. 319 et s., spéc. pp. 324 et s.). Comme on le voit, si l'appel aux valeurs peut constituer un contrepoids précieux aux dérives autoritaires des gouvernants, il peut tout aussi bien être instrumentalisé pour saper les garanties de l'État de droit.

³³⁴ R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, pp. 47 et s., n° 6. Comp. dans le même sens la double fonction, supplétive et de contrôle supérieur, assignée au droit naturel par P. FORTIER, « Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif », in *La pensée juridique de Paul Fortier*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 411 et s., spéc. p. 418.

³³⁵ Voy. *supra*, n° 18.

³³⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique*, *op. cit.*, p. 136, n° 71.

³³⁷ « [L]e juge, obligé de juger, demeurera dans le cadre du système qui règle la matière ; il ne s'écartera pas de l'ordre juridique propre à celle-ci ; il a le devoir de rester en harmonie avec les principes qui le régissent » (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 560). Sur l'importance de la cohérence dans le raisonnement juridique, voy. R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », *op. cit.*, pp. 37 et s.

³³⁸ Voy. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, pp. 671 et s., n° 321.

du législateur ou du Constituant, lesquels peuvent décider à tout moment de remettre en cause l'interprétation retenue par le juge sous le couvert d'un principe général du droit³³⁹.

En définitive, il n'existe donc pas à notre sens de réponse univoque et péremptoire à la question des prétentions concurrentes de la loi et des principes généraux du droit à la supériorité. Seule une discussion raisonnée et argumentée permettra, pour chaque conflit envisagé, d'emporter la conviction.

Conclusion : une norme anarchique

48. W. J. Ganshof van der Meersch avait sans doute raison d'écrire, il y a soixante ans, que « les principes généraux du droit mettent en cause, sans doute, les aspects les plus créateurs et donc les plus délicats de la fonction juridictionnelle »³⁴⁰. Ces normes atypiques résistent à tous les efforts visant à les enfermer dans des catégories bien définies. Leur dimension énigmatique n'a d'égal que leur potentiel effet sur le cours d'un litige, voire sur l'ordre juridique, particulièrement en matière de droit privé. Il était donc temps d'y consacrer un ouvrage, qui ne pourra être qu'une pierre à un édifice en perpétuelle reconstruction.

³³⁹ Dans le même sens, D. DE JONGHE, S. SEYS et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 529, n° 35 et note n° 191.

³⁴⁰ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, p. 579.

L'interdiction de l'abus de droit : requiem pour un principe général de droit ?

Thierry LÉONARD

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

1. La consécration multiple de l'interdiction de l'abus de droit par le nouveau Code civil. C'est sans doute *a priori* une des nouveautés du nouveau Code civil : la théorie de l'abus de droit est entrée dans un texte légal après près d'un siècle de développements doctrinaux et jurisprudentiels.

Elle le fait par la grande porte puisque l'interdiction de l'abus de droit est aujourd'hui consacrée à l'article 1.10, au rang des dispositions générales du Code civil. Celles-ci ont été reprises en dehors du corpus central du Code dès lors qu'elles ont vocation à une application générale à l'ensemble du Code et même au-delà¹. Cette place spécifique montre à quel point le principe transcende aujourd'hui tout le droit privé et s'exprime par de multiples facettes.

L'article 1.10 énonce ainsi l'interdiction générale comme suit :

« Art. 1.10. Abus de droit

Nul ne peut abuser de son droit.

Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. La sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé. »

Le lecteur avisé relèvera que tout n'est pas dit sur l'objet et la portée de la théorie. Loin de là. Ainsi, par exemple, la notion de droit – qui étrangement est détaché de son caractère « subjectif » – ne fait l'objet d'aucune définition ou interprétation par le nouveau Code. Les critères spécifiques de l'abus (intention de nuire, proportionnalité, etc.) sont aussi absents du texte, et même de l'exposé des motifs. Logiquement, par contre, la disposition

¹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 5.

– générale – ne dit rien sur son champ d'application matérielle, éclaté dans et en dehors du Code civil lui-même.

En effet, le principe est aussi rappelé, appliqué et/ou précisé à différents autres endroits du Code. Ainsi, par exemple, le Livre III consacré au droit des biens identifie des applications de la théorie de l'abus de droit en matière de distance des plantations² en précisant que « [l]e voisin peut exiger l'élagage ou l'arrachage des plantations qui sont situées à une distance moindre [que celle précisée par la disposition], sauf si le juge estime que cette demande constitue un abus de droit ». Il précise que « [l]e juge tient compte, dans son appréciation, de toutes les circonstances de la cause, y compris de l'intérêt général ». Le même Livre y renvoie également en ce qui concerne les branches et racines envahissantes en énonçant que le voisin peut, dans les circonstances que la disposition mentionne, « exiger que leur propriétaire procède à leur coupe, sauf si le juge estime que cette demande constitue un abus de droit »³. La disposition précise également que « [l]e juge tient compte, dans son appréciation, de toutes les circonstances de la cause, y compris de l'intérêt général. Le droit d'exiger l'enlèvement ne peut s'éteindre par prescription ».

Le Livre V consacré au droit des obligations fait également une application du principe en matière contractuelle où il énonce, en son article 5.73, que « [n]ul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat ». La règle est ici conçue comme une conséquence du principe d'exécution de bonne foi, consacrée par la disposition⁴. Mais d'autres dispositions du même Livre en font des applications plus spécifiques encore comme l'article 5.93 en cas de résolution non judiciaire⁵, l'article 5.119 concernant les restitutions⁶ ou encore l'article 5.234 en matière d'exécution en nature⁷.

L'exposé des motifs fait également référence de manière générale au « fait de recourir à des règles de droit ou à des juridictions d'une manière

² Voy. art. 3.133 du C. civ.

³ Voy. art. 3.134 C. civ.

⁴ L'article 5.73 s'énonce comme suit sous le titre « Exécution de bonne foi et prohibition de l'abus de droit » : « Le contrat doit être exécuté de bonne foi. En vertu de l'alinéa 1^{er} :

1° chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ;

2° nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat.

Toute dérogation au présent article est réputée non écrite. »

⁵ L'article 5.93 énonce : « La notification par laquelle le créancier résout le contrat est inefficace si les conditions de la résolution ne sont pas remplies ou si elle est abusive. »

⁶ Art. 5.119 : « Sous réserve des articles 5.120 à 5.124, la restitution s'effectue en nature ou, si cela s'avère impossible ou abusif, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

⁷ L'article 5.234 prévoit notamment que « [l]e créancier a le droit de demander en justice l'exécution de la prestation due, sauf si cela s'avère impossible ou abusif ».

contraire à l'objectif pour lequel celles-ci ont été instituées »⁸. On peut penser ici à des applications en droit judiciaire concernant les abus de procédure, dont la Cour de cassation a régulièrement à connaître et qui ont largement contribué à la construction et à l'affinement de la théorie.

2. Rappel de la *ratio* de la théorie de l'abus de droit : réfréner l'exercice des droits subjectifs. Pour faire simple : la théorie de l'abus de droit a pour objet de tempérer les effets de l'exclusivité des droits subjectifs. La théorie de l'abus de droit n'est pas sortie de nulle part mais pour résoudre un problème issu des relations juridiques en société. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que les débats aient d'abord concernant le droit de propriété, droit subjectif par excellence. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971⁹, considéré comme fondateur de la théorie de l'abus, concerne un litige à propos du droit de propriété : une demande de démolition d'un mur empiétant sur le terrain d'un voisin.

Le problème de base à résoudre peut, selon nous, se résumer comme suit : dès lors que l'exercice du pouvoir exclusif issu d'un droit subjectif s'impose légalement à autrui sans que ce dernier puisse lui-même réclamer un quelconque pouvoir ou intérêt sur le bien ou la prestation qui en forme l'objet, ce dernier ne peut que subir celui-ci, le cas échéant en supportant le dommage qui est la conséquence de cet exercice.

Le titulaire du droit n'a en effet pas à se soucier *a priori* de l'effet de l'exercice du droit sur autrui, ni même sur son débiteur : le droit objectif et, le cas échéant, la convention souscrite légitiment ses actes et imposent leur respect à tous ceux à qui un tel pouvoir n'est pas reconnu, leur imposant le cas échéant un dommage considéré comme légitime¹⁰. Le monde est juridiquement scindé en deux : d'une part, le(s) titulaire(s) du droit qui seul(s)

⁸ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 23.

⁹ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, pp. 28 et s.

¹⁰ Voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 301 : « L'exercice de tout droit quelconque, défini ou non, s'accompagne d'une certaine marge de dommage plus ou moins inéluctable et, à ce titre, légitime » ; A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 282, n° 18 : « C'est toutefois le lieu de rappeler ici que la plupart des droits sont "à esprit égoïste" et ont été conférés aux individus pour satisfaire leurs intérêts propres. On ne peut donc tenir leur exercice pour illicite dès qu'il porte préjudice à autrui. Nous avons d'ailleurs vu ci-dessus que ce préjudice avait souvent été prévu et admis par le législateur, qui estimait que le bien commun exigeait qu'il fût toléré » ; Fr. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 140 : « Le principe demeure en effet qu'exercer un droit ne saurait en principe constituer une faute, cet exercice entraîna-t-il un préjudice pour le tiers. Telle est en effet la puissance du droit subjectif qu'il s'accompagne – en principe à tout le moins – du droit de nuire à autrui » ; P. VAN OMMELAGUE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 53 : « En règle, le titulaire d'un droit peut exercer celui-ci sans encourir de limitation ou de sanction et, le cas échéant contrairement à l'intérêt de tiers qui peuvent s'en trouver lésés, pour autant qu'il respecte les conditions éventuellement édictées par le législateur pour définir ce droit et son exercice ».

peu(ven)t exercer celui-ci et, d'autre part, le « reste du monde » qui ne peut qu'accepter cet exercice.

On comprend immédiatement le danger : la reconnaissance d'un pouvoir absolu amènera des excès qui peuvent s'avérer injustes et insupportables pour autrui et pour le débiteur. La théorie de l'abus de droit permet de corriger l'exercice aveugle de l'exercice des pouvoirs exclusifs issus des droits subjectifs. On perçoit aussitôt la difficulté surgie en théorie juridique aux premiers balbutiements et exprimée par les mots célèbres Marcel Planiol de la théorie : « Il ne faut donc pas être dupe des mots : *le droit cesse où l'abus commence*, et il ne peut pas y avoir “usage abusif” d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit »¹¹⁻¹².

Plus précisément, la théorie de l'abus vient sanctionner le titulaire du droit qui impose son droit sans aucune prise en considération des intérêts d'autrui et en vient dès lors à créer par l'exercice légitime de son droit une situation circonstancielle « injuste », que le droit objectif ne peut admettre¹³. Dans l'application moderne de la théorie, c'est le critère de la disproportion qui exprime sans doute le mieux la situation injuste qui limite l'exercice *a priori* imposé du droit subjectif : il sanctionne l'imposition d'un dommage à autrui sans proportion avec l'avantage retiré par l'exercice du droit. Le titulaire peut certes exercer *a priori* son droit dans le cadre tracé par la loi et, partant, provoquer un dommage à autrui, mais jusqu'à un certain point seulement, qui sera déterminé par les différents critères admis dans la théorie de l'abus de droit.

C'est pourquoi on énonce souvent que, lorsqu'il abuse de son droit, le titulaire reste dans les limites externes de celui-ci mais dépasse des limites

¹¹ En italique dans le texte. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 286, n° 871 ; 11^e éd., t. 2, 1931, pp. 312 et s. ; dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, 2^e éd., t. III, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêtés, 1905, pp. 1080 et s., n° 2855 ; M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflit de droits », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, pp. 120 et 121 ; A. ESMEIN, note sous Cass. (fr.), 19 juin 1897, S., 1898, I, p. 21 ; R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1925, pp. 370 et s., n° 310, note 1, spéc. pp. 372 et 373.

¹² Pour des interrogations analogues : L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Het witte konijn: rechtsmisbruik ? », in *Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen*, https://corporatefinancelab.org/2021/06/14/het-witte-konijn-rechtsmisbruik/#_ftn4, n°s 6 et 7 ; Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 782, n° 442, note 1886 (en libre accès sur <https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:168645>) ; J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », in *Rechtsmisbruik*, Anvers-Cambridge, 2015, p. 5, n° 7.

¹³ Pour un rappel du même ordre ; A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, n° 17.

internes qui lui sont imposées par ladite théorie¹⁴. L'abus ne peut être qu'exceptionnel en cas d'exercice *a priori* licite d'un droit subjectif.

3. Le plan de la présente contribution. La plus grande partie de notre étude sera consacrée à comprendre comment la théorie de l'abus de droit, objet potentiel d'un principe général de droit, s'insère dans le Code civil et comment il faut la comprendre à l'aune des développements doctrinaux et jurisprudentiels qui ont précédé cette inclusion dans la nouvelle législation (Section 1).

Nous la terminerons par des réflexions conclusives permettant de répondre aux trois questions suivantes (Section 2) : les règles légales qui consacrent aujourd'hui le principe de l'interdiction de l'abus de droit mettent-elles fin à la contradiction originale de l'abus de droit, relevé par Marcel Planiol et qui tend à admettre dans le même temps la licéité et l'illicéité de l'acte abusif fautif ? (Sous-section 1) ; ces dispositions mettent-elles fin au principe général de droit interdisant l'abus ? (Sous-section 2) ; l'affranchissement constaté des règles de la responsabilité civile par la consécration légale ouvre-t-il de nouvelles perspectives pour la théorie de l'abus de droit ? (Sous-section 3)

Section 1

La théorie de l'abus de droit dans le nouveau Code civil

4. Généralités introductives. Construite de manière prétorienne, l'interdiction de l'abus de droit est érigée en norme législative dans notre nouveau Code civil.

L'objet n'est pas ici d'analyser chaque disposition du Code civil faisant une application de la théorie mais de comprendre l'apport du nouveau régime au travers des deux dispositions les plus importantes pour celle-ci : l'article 1.10 qui énonce le principe dans sa généralité et l'article 5.73 qui le consacre en matière contractuelle.

La théorie sera dès lors revue au travers de quatre points d'accroche : les fondements de la théorie, le critère général de l'abus, les critères spécifiques et ses sanctions.

¹⁴ Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », in M. DUPONT, *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 271 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2019, p. 316, n° 459 ; J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, p. 12, n° 17.

Sous-section 1

Les fondements de la théorie : une clarté voilée ?

5. L'opposition entre le fondement contractuel et les fondements extra-contractuels introduits par la Cour de cassation. On sait que la Cour de cassation avait reconnu initialement deux fondements pour fonder la théorie prétorienne de l'abus de droit.

Elle a d'abord, pour la première fois, consacré l'abus de droit en matière extra-contractuelle, plus précisément concernant l'exercice du droit de propriété¹⁵. Notre Cour de cassation a ensuite reconnu l'application de la théorie de l'abus de droit aux droits contractuels au travers du principe d'exécution de bonne foi inscrit à l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil, y voyant une application de la fonction modératrice ou limitative de la bonne foi¹⁶. Ainsi, ce double fondement renvoyait de manière assez claire vers la responsabilité civile comme justifiant l'interdiction de l'abus de droit, tout en évitant un problème de concours de responsabilité¹⁷.

Si le fondement contractuel identifié dans l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil s'est rapidement imposé en doctrine et jurisprudence, le fondement en matière extra-contractuelle n'a cessé de faire l'objet de développements.

6. Le foisonnement des fondements extra-contractuels. En 2004, nous relevions dans notre travail doctoral que la doctrine belge majoritaire¹⁸

¹⁵ Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, pp. 28 et s. et note W.G. ; *Arr. Cass.*, 1972, I, pp. 31 et s. et concl. du procureur général Ganshof van der Meersch.

¹⁶ Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, pp. 55 et s. et depuis, notamment Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 2007, R.G. n° C.09.0624.F/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} octobre 2010, R.G. n° C.09.0565.N/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, R.G. n° C.09.0608.F/1 ; Cass. (2^e ch.), 12 février 2014, R.G. n° P.13.1304.F/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 20 décembre 2019, R.G. n° C.19.0289.F/2 ; Cass. (3^e ch.), 20 décembre 2021, R.G. n° S.18.0089.N/1. Sur le lien entre l'abus et la bonne foi, voy. notamment,

¹⁷ Pour le même constat : A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Bruges, die Keure, 2013, p. 376, 336 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 36, 1.3.1. ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 316, n° 457.

¹⁸ Pour de nombreuses références, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 757, n° 432, note 1886 et notamment avec parfois des nuances : R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) – La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 553 et s., n° 19 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 159 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 168, n° 115 ; X. DIEUX et J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, pp. 289 et 290 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 51 et s. où cette théorie est présentée comme une application de la théorie de la faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil ; P. A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 199 et s., n° 9 ; S. STIJNS et H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », in *Propriété-Eigendom*, Bruges, Die Keure-La Charte, 1996, p. 117, n° 23, mais aussi p. 107, n° 14 ; X. THUNIS, *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Titre II, Dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, Bruxelles, Kluwer, 2000, pp. 24 et s., spéc. p. 28, n° 37 ; P. VAN OMMESLAGHE,

fondait la théorie de l'abus de droit en matière extra-contractuelle sur les articles 1382 et 1383 du Code civil¹⁹.

Nous avions émis alors les plus grandes réserves quant au fondement à trouver dans les articles 1382 et 1383 du Code civil en développant les motifs qui nous amenaient à nous en écarter, notamment une jurisprudence ambiguë de notre Cour de cassation clairement hésitante entre celui-ci et un principe général de droit distinct²⁰.

À l'époque déjà, une doctrine importante, quoique minoritaire, y voyait l'expression d'un principe général de droit spécifique²¹. Mais la controverse ne s'est pas arrêtée à ces deux options. D'autres fondements ont été défendus, notamment la morale²² ou, dans sa foulée, un principe général de bonne foi objective à la base de toute application de l'interdiction²³. Depuis, c'est parfois un mélange de fondements qui est proposé²⁴. Récemment encore, un principe général de prudence était proposé comme nouveau fondement²⁵.

« Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, R.C.J.B., 1976, p. 311, n° 5 et p. 335, n° 16 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) – Les biens », R.C.J.B., 2000, p. 297, n° 101.

¹⁹ Ce constat est encore fait récemment : par exemple, A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », in X., *Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, afdeling 8, juin 2020, p. 8, n° 5 ; A. DE BOECK et F. VERMANDER, « Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsoefening aan de banden gelegd », in *Rechtsmisbruik*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, n° 10 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 311, n° 457 et réf. citées.

²⁰ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., pp. 782-800, spéc. n°s 444 et 446.

²¹ *Ibid.*, p. 800, n° 442 et nombreuses références citées, notamment, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-ced.samson, 1991, pp. 83 et s. ; *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2000, pp. 302 et s., n° 1.4.3 ; Fr. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, op. cit., pp. 139 et s. : « D'origine jurisprudentielle, l'"abus de droit" est une théorie qui s'impose aujourd'hui comme principe général de droit » ; K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, t. II, Diegem, Kluwer, pp. 1131 et s., spéc. pp. 1146 et s., n° 7 et p. 1161 ; R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1986, pp. 51 et s.

²² Ont défendu par exemple ce fondement, Jean Dabin (J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, pp. 293 et s.) et André De Bersaques (« L'abus de droit », op. cit., p. 282, n° 17). Voy. également W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Anvers, Standaard, 1969, p. 166, n° 63 qui voit dans la morale le fondement le plus fondamental de la théorie (« *diepere grondslag* »).

²³ Voy., par exemple, P. VAN OMMEFLAGUE, *Droit des obligations*, t. I, op. cit., p. 62 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 456, n° 223 ; p. 898, n° 391.3 et p. 901, n° 392.2 (sur les thèses de l'auteur en la matière et une analyse critique du fondement voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 809, n° 451).

²⁴ J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », op. cit., p. 13, n° 20 où l'auteur défend l'idée que la théorie de l'abus se fonde sur un triple « triptique » : l'interprétation restrictive de la loi, un principe général de droit en lui-même et les responsabilités extra- et contractuelles.

²⁵ Voy. A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », op. cit., p. 122, n° 7.

7. L'ascension d'un principe général de droit prohibant l'abus de droit par la doctrine et par la Cour de cassation. Notre Cour de cassation paraît depuis avoir affirmé sa position en faveur de l'existence d'un principe général de droit au cours des vingt dernières années.

La Cour a en effet admis explicitement et de plus en plus régulièrement la violation d'un principe général de droit prohibant l'abus de droit pour censurer ou non les décisions qui lui étaient soumises soit en ne visant que ce principe²⁶, soit en complément de la violation d'autres dispositions au premier rang desquelles l'article 1134, alinéa 3, du Code civil²⁷.

Il nous semble dès lors acquis qu'à la veille de l'entrée en vigueur du Code civil, la Cour de cassation a admis l'existence d'un tel principe général de droit *in se*.

La publication de la doctrine récente – principalement néerlandophone – tend à montrer qu'elle se range de plus en plus derrière une telle reconnaissance²⁸ mais non sans particularités²⁹.

Notons que le lien à faire ensuite avec les articles 1382-1383 du Code civil et l'article 1134, alinéa 3, ne paraît plus évident. Quelle utilité y a-t-il encore à invoquer ces dispositions après la reconnaissance dudit principe général ? D'un point de vue technique, certains auteurs ont déjà avancé leur inutilité, la violation du principe général suffisant pour emporter la cassation d'une décision³⁰. Mais se pose aussi, d'après nous, la question au fond.

²⁶ Voy., par exemple, Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° S.05.0102.N/1 (cassation) ; Cass. (1^{re} ch.), 30 octobre 2014, R.G. n° F.13.0140.F/19 (cassation) ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 2016, R.G. n° F.13.0140.F/19 (cassation) ; Cass. (3^e ch.), 7 octobre 2020, R.G. n° C.19.0034.N-C.19.0118.N/1, où la Cour rejette une fin de non-recevoir en énonçant que « [l']allégation de la méconnaissance du principe général du droit de l'interdiction de l'abus de droit, que le juge des saisies est également tenu d'appliquer dans l'appréciation du recouvrement d'une astreinte, suffit pour entraîner la cassation » ; Cass. (3^e ch.), 8 février 2021, R.G. n° S.20.0009.N/1 (rejet) ; Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/1.

²⁷ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, R.G. n° C.09.0608.F/1 (rejet) ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F/1 (cassation) ; Cass. (1^{re} ch.), 22 novembre 2012, R.G. n° C.11.0443.F/1 (cassation) ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F/1 (cassation) ; Cass. (3^e ch.), 20 décembre 2021, n° S.18.0089.N/1 (cassation).

²⁸ Voy., par exemple, I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, Bruxelles, Lefebvre Sarrut Belgium, 2021, p. TODO, n° 402 ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, op. cit., p. 377 ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », in *Répertoire pratique du droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 242 et s. ; S. STIJNS, « Het verbod of misbruik van contractuelen rechten: lees de besluiten voor gebruik », in *De rol van de rechter in het contract*, Bruges, die Keure, 2014, p. 81, n° 5.

²⁹ Voy. ainsi A. De Boeck et N. Van Damme qui admettent la nature de principe général de droit à la prohibition de l'abus de droit mais comme expression d'un autre principe général, celui de prudence, qui lui-même se verrait appliqué par les articles 1382-1383 et 1134 du Code civil, en excluant tout contrôle marginal (nous reviendrons sur ce point *infra* n°TODO) : A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », op. cit., pp. 9 et 10.

³⁰ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, op. cit., p. 377 ; S. STIJNS, « Het verbod of misbruik van contractuelen rechten: lees de besluiten voor gebruik », op. cit., p. TO DO ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 311, n° 457.

Qu'amènent réellement ces dispositions quant à la portée et au contenu du principe lui-même ?

Pour Thierry Vanweesvelt et Brit Weys, l'admission du principe général rendrait le double fondement – nécessaire pour éviter le respect d'interdiction du cumul³¹ – tout simplement superflu³².

Pour d'autres, le principe général d'interdiction de l'abus de droit s'exprimerait dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, d'une part, et dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, d'autre part, qui en formeraient la base du contenu en matière extra-contractuelle et contractuelle³³. On est dubitatif. Le contenu de la théorie n'est pas exprimé dans ces dispositions, il en découle seulement par interprétation. On peut admettre que ces interprétations appliquent le principe général de l'abus de droit dans le giron de leur champ d'application, mais, ce faisant, on ne voit pas immédiatement ce qu'elles apportent à celui-ci. D'autant que leur caractère hétérogène rend l'appréhension de leur utilité plus difficile : les articles 1382 et 1383 sont essentiellement des règles de sanction qui obligent à réparer³⁴ tandis que l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil impose essentiellement des règles de comportements issus de la reconnaissance d'un devoir de modération dans l'exercice des droits contractuels, permettant alors au juge d'imposer un retour à la modération s'il constate l'abus³⁵.

Pour Jan Velaers, l'appel à ces dispositions serait nécessaire pour éviter l'écueil du principe bien acquis que les principes généraux ne peuvent avoir d'effets *contra legem* et que, par conséquent, la seule invocation du principe général interdisant l'abus de droit n'est pas suffisante pour contrecarrer un exercice du droit subjectif qui s'effectue en conformité avec le droit objectif qui le consacre et l'organise³⁶.

³¹ L'appel à l'article 1134, al. 3, du Code civil par la Cour de cassation pour fonder l'abus de droit en matière contractuelle au moment où seul l'article 1382 du Code civil était visé par la Cour pour fonder l'interdiction de l'abus de droit a en effet été perçu comme permettant notamment d'éviter le problème du cumul de responsabilité (S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 35 et 36, n° 1.3.1.). Pour d'autres faisant ce constat, voy. *supra*, note n° 17.

³² Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, pp. 311 et 312, n° 457.

³³ Selon Sophie Stijns : « Artikel 1382 BW en artikel, 1134, lid.3 BW vormen op inhoudelijk vlak de rechtsgrond van het verbod op rechtsmisbruik in respectievelijk een buiten en contractueel kader » (S. STIJNS, « Het verbod of misbruik van contractuelen rechten: lees de besluiten voor gebruik », *op. cit.*, p. 81, n° 5). Voy. aussi précédemment A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, *op. cit.*, p. 377.

³⁴ Pour plus d'explications sur les finalités de ces dispositions, voy. Th. LÉONARD, « Pour une théorie de la concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2013, p. 571, n° 8.

³⁵ Sur la fonction modératrice de la bonne foi, voy. F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 275, n° 3 ; J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Ann. Dr. Louvain*, 2011, p. 279, n° 11 et s.

³⁶ J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, pp. 10 et s., n° 15, 16 et 20.

En toute hypothèse, ces questions du lien entre le principe d'interdiction et les articles 1382, 1383 et 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil paraissent bien dépassées par l'actualité : l'interdiction de l'abus est aujourd'hui inscrite dans le Code civil.

8. L'article 1.10 consacre un principe général de droit antérieur.

Le nouveau Code civil, tout en consacrant l'interdiction de l'abus de droit en son article 1.10, paraît se prononcer en faveur de l'existence d'un principe général antérieur.

L'exposé des motifs de cette disposition est très clair sur la qualification de principe général de droit de l'interdiction de l'abus de droit. Il énonce ainsi : « Cette disposition consacre un principe général de droit reconnu, qui a été confirmé à maintes reprises par la Cour de cassation [...] »³⁷.

L'assertion n'est-elle pas un peu osée quand on prend en compte des divergences d'opinions sur les fondements de la théorie de l'abus de droit comme nous l'avons rappelé dans le numéro précédent ?

Il est clair qu'au bout de plus de cinquante ans d'élaboration prétorienne et doctrinale, le principe d'interdiction de l'abus de droit était contenu dans notre ordre juridique comme norme fondamentale et générale du droit privé³⁸. Il est évident aussi que la doctrine et la jurisprudence faisaient état de divergences, parfois profondes, quant à l'identification d'un fondement juridique, une source à laquelle rattacher ce principe. Il n'en reste pas moins que la règle d'interdiction et ses éléments principaux faisaient l'objet d'un consensus général et étaient appliqués quotidiennement par les cours et tribunaux, ce qui montre l'admission de son caractère obligatoire³⁹. C'est pourquoi, *in fine*, nous pensons que l'affirmation est raisonnable et peut être acceptée.

9. Le lien ambigu entre l'article 1.10 et l'article 5.73 du Code civil.

L'exposé des motifs du nouveau Code civil est moins clair sur sa portée. Ainsi, il n'énonce son application en matière contractuelle que de manière médiane en insistant d'abord sur son application à tous les droits subjectifs, puis en soulignant l'application antérieure, faite par la Cour, du critère générique de l'abus, repris dans l'article 1.10, tant en matière extra-contractuelle que contractuelle⁴⁰.

³⁷ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 23.

³⁸ Pour reprendre la définition proposée par Pierre Marchal : « les normes juridiques fondamentales et générales, non écrites mais virtuellement contenues dans l'ordre juridique et susceptible d'être énoncées, consacrées ou organisées par la loi en des applications particulières » (P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 13).

³⁹ Ce qui est un signe essentiel de sa réception (voy. P. VAN OMMESLAGUE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 90, n° 41).

⁴⁰ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 23.

Il convient d'indiquer que, concernant l'article 1.10, l'exposé des motifs ne fait aucun lien avec l'article 5.73 qui semble appliquer le principe, avec moins de précision, en matière contractuelle, tout en faisant référence à d'autres dispositions du Livre V. Ce lien n'est pas fait non plus directement par le texte de l'article 5.73 mais bien par l'exposé des motifs propres à cette disposition qui indique maladroitement que « [l']alinéa 2 renvoie à la disposition générale consacrant la prohibition de l'abus de droit (figurant dans le projet de Livre 1^{er} (art. 1.10)), qui trouve ici une application particulière, à propos de l'exécution du contrat »⁴¹. Rappelons qu'un tel renvoi n'est cependant pas exprimé dans la disposition. Il est enfin précisé dans l'exposé des motifs qu'« [e]st ici consacrée la fonction modératrice de la bonne foi » et renvoie enfin, concernant la sanction – non reprise à l'article 5.73 – à l'article 1.10.

L'exposé des motifs de l'article 5.73 ne fait cependant pas de référence expresse au critère général énoncé par cette seule disposition générale. Il convient ici de souligner d'emblée que l'article 5.73, en application du principe d'exécution de bonne foi, énonce au littera 1^o qui précède que « chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ». Si on reconnaît ici l'énoncé de la faute contractuelle, on verra que le critère général énoncé dans le seul article 1.10 s'en distingue nettement par le contrôle marginal qu'il implique pour le juge amené à contrôler le comportement en cause. Est-ce à dire que le critère général ne s'appliquerait qu'en matière extra-contractuelle ? Nous ne le pensons pas et nous nous en expliquerons ci-après.

Remarquons finalement que l'article 5.73 énonce clairement son caractère d'ordre public ou à tout le moins impératif⁴² alors que l'article 1.10 n'en dit mot.

10. L'article 1.10 énonce le principe général, l'article 5.73 une application spécifique au droit des obligations contractuelles. Le moins que l'on puisse dire, c'est que le lien fait entre les deux dispositions manque de clarté. Elles laissent place au doute sur la parfaite concordance entre les conditions d'application de l'interdiction de l'abus de droit dans les deux matières et ouvrent la voie à des interprétations divergentes, ce que certains commentateurs ont déjà relevé⁴³.

⁴¹ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 83.

⁴² L'article 5.73 du Code civil énonce en effet *in fine* : « Toute dérogation au présent article est réputée non écrite. »

⁴³ L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Het witte konijn : rechtsmisbruik ? », *op. cit.*, n° 8.

Il faut, nous semble-t-il, y donner un effet utile et respecter l'agencement du Code lui-même. L'article 1.10 est énoncé dans les dispositions générales et la règle qu'il contient s'applique de manière générale en toute matière relevant du droit privé⁴⁴. L'exposé des motifs indique clairement que « [l]es dispositions reprises ici sont qualifiées de “générales”, non pas seulement parce qu'elles s'appliquent de manière transversale, mais parce qu'en outre, elles ne sont pas spécifiquement rattachées à un des autres livres du Code. Ne pouvant trouver leur centre de gravité dans l'un de ces autres livres, elles sont rassemblées dans ce Livre 1^{er}, ce qui manifeste à nouveau la nature de droit commun du Code civil »⁴⁵. On en conclut que le contenu de l'article 1.10 s'applique au Livre 5, comme aux autres livres du Code et au droit privé en général, sauf dérogation expresse dans une disposition particulière, ce qui est concordant avec la volonté du législateur indiquée dans l'exposé des motifs de l'article 5.73.

Cependant, au niveau du fondement direct de la théorie, le Code civil paraît reconduire une identification distincte pour les deux matières mais dans un sens légèrement différent qu'auparavant : l'interdiction de l'abus de droit en matière extra-contractuelle semble dorénavant fondée principalement sur la disposition légale de l'article 1.10⁴⁶ alors qu'en matière contractuelle, le fondement est quant à lui lié au principe d'exécution de bonne foi contenu dans l'article 5.73. On peut s'interroger non seulement sur la manière, mais aussi sur la justification de ce double fondement. Par souci de cohérence, nous admettrons qu'il consacre au niveau contractuel le principe inscrit à l'article 1.10 en tant qu'il se fonde, en matière contractuelle, sur la règle d'exécution de bonne foi.

L'article 5.73 ne faisant que rappeler le principe d'interdiction de l'abus pour les droits issus du contrat, il nous semble raisonnable qu'il soit en combinaison avec l'article 1.10 qui lui donne ainsi corps et contenu afin de garantir la cohérence d'interprétation qui lui sera donnée dans les deux matières. Cette interprétation est du reste conforme à l'application du principe général tel qu'il s'appliquait avant sa consécration dans le Code : ce dernier ne faisait aucune différence dans son application en matière contractuelle et extra-contractuelle.

⁴⁴ L'article 1.1 énonce que : « Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. »

⁴⁵ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 5. Le passage cité ici est d'ailleurs repris dans le résumé de la proposition à la première page.

⁴⁶ L'avant-projet de loi comprenant les futures règles de responsabilité extra-contractuelle ne comprend aucune disposition relative à l'abus de droit analogue à l'article 5.73 du Code civil. L'article 5.182, § 2, en projet indique seulement que l'abus de droit est susceptible de s'appliquer en cas de demande en réparation en nature (disponible via https://justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_de_loi_-_voorontwerp_van_wet_-_livre_boek_5.pdf).

Dès lors que les principes de base de la théorie sont inscrits dans la loi à l'article 1.10, relayés et appliqués à l'article 5.73, il ne nous semble plus utile de faire appel *a priori* à d'autres dispositions pour le fonder, sauf si ces dispositions viennent le compléter utilement. Ainsi, par exemple, la réparation visée comme une des sanctions possibles de l'abus doit répondre aux principes de responsabilité civile développés en dehors de ces dispositions (art. 1382 et s. du C. civ., applicables sauf dérogations à la responsabilité contractuelle⁴⁷).

11. Les articles 1.10 et 5.73 du nouveau Code civil sont-ils d'ordre public ? L'article 5.73 énonce clairement en son alinéa 3 que « [t]oute dérogation au présent article est réputée non écrite » alors que rien n'est dit concernant l'article 1.10. Ce faisant, il faut admettre à cette disposition un caractère d'ordre public ou à tout le moins impératif⁴⁸.

Cette disposition est totalement neuve. Elle met partiellement fin aux discussions qui ont eu lieu concernant le caractère impératif ou supplétif du principe d'exécution de bonne foi. Il est à tout le moins impératif. Reste la question de l'ordre public, résolue majoritairement pas son refus avant l'entrée en vigueur des articles 1.10 et 3.73⁴⁹.

Elle pose une seconde question : qu'en est-il de l'article 1.10 ? Ici, le législateur est muet sur la nature de la disposition tant dans le texte que dans son exposé des motifs.

À n'en point douter, ce point fera l'objet de nombreuses discussions doctrinales et, sans doute, d'un éclaircissement jurisprudentiel. Deux observations seront faites ici dans le cadre limité de notre exposé.

D'après nous, la distinction entre le caractère d'ordre public ou impératif⁵⁰ de l'article 5.73 a perdu beaucoup d'intérêt. L'article 1.3 unifie en effet la sanction de la violation : « On ne peut déroger ni à l'ordre public ni aux règles impératives ». La dérogation dont on parle ici est identique à la règle d'ordre public ou impérative, sauf bien évidemment si la loi en dispose

⁴⁷ Art. 5.273 du nouveau Code civil : « En cas d'inexécution imputable au débiteur, celui-ci est tenu de réparer intégralement, en nature ou sous forme pécuniaire, le dommage subi par le créancier. Les articles 1382 à 1386bis de l'ancien Code civil sont d'application conforme à moins que leur nature et leur portée ne soient incompatibles avec une telle application. »

⁴⁸ L'article 5.73 du Code civil énonce en effet *in fine* : « Toute dérogation au présent article est réputée non écrite. » Certains auteurs l'ont déjà qualifié d'ordre public : L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Het witte konijn : rechtsmisbruik ? », *op. cit.*, n° 9.

⁴⁹ Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 278, n° 6 ; I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, *op. cit.*, p. TODO, n° 415 ; P. VAN OMMESELAGUE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 77, n° 31 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 316, n° 458 et réf. citées.

⁵⁰ Les notions reçoivent une définition à l'article 1.3 : « Est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental. Est impérative la règle de droit édictée pour la protection d'une partie réputée plus faible par la loi. »

autrement (ce que le texte ne précise pas mais qui va de soi). Cette disposition s'adresse aussi aux juges dans leurs actes juridiques (jugements, etc.) et ils devront par conséquent soulever d'office le moyen.

Concernant l'article 1.10, selon nous, il ne peut être supplétif. Il n'y a d'ailleurs aucune raison d'admettre le caractère impératif ou d'ordre public de l'interdiction de l'abus de droit en matière contractuelle et pas en matière extra-contractuelle.

D'abord, parce que le Livre I^{er} du Code civil semble exclure la valeur supplétive de l'article 1.10 par sa disposition particulière dans le Code civil. Il s'agit de fixer dans le Livre I^{er} le droit commun du Code civil et d'énoncer certains principes qui le transcendent, voire le dépassent, comme l'interdiction de l'abus. Si les dispositions du Livre I^{er} étaient simplement supplétives, le législateur l'aurait dit. D'ailleurs, il prend la peine de l'indiquer expressément en son article 1.7⁵¹ (calcul des délais). C'est d'autant plus vrai que, dans les autres livres, si les dispositions sont supplétives, le Code l'indique : le Livre 2, titre 3 – relations patrimoniales entre couples –, en son article 2.3.1⁵² concernant les conventions entre époux, le Livre 3 – les biens – en son article 3.1⁵³, ainsi que le Livre 5 – les obligations – en son article 5.3⁵⁴ et, enfin, le Livre 8 – sur la preuve – en son article 8.2⁵⁵.

Ensuite, dès lors que notre première observation n'implique pas encore que toutes les dispositions du Livre I^{er} sont d'ordre public, il nous paraît raisonnable de le considérer au XXI^e siècle. C'est même une nécessité dans une société où les interactions entre les enjeux collectifs et d'intérêt général auxquelles elle est confrontée et les relations privées ne sont jamais apparues de manière aussi évidente – c'est l'exercice journalier des droits subjectifs des entreprises et individus qui cause en grande partie le dérèglement climatique, la pollution, la disparition de la biodiversité et renforce les déséquilibres financiers et économiques. Il ne fait dès lors pour nous aucun doute que les règles qui fondent les droits subjectifs individuels et les bornent *a priori* et *a posteriori*, comme l'article 1.10, fixent, en droit privé, un des éléments les plus fondamentaux de la vie en société et touchent en plein cœur son ordre social, moral et économique.

⁵¹ Art. 1.7 : « Le présent article s'applique en l'absence de disposition légale ou d'acte juridique contraire ».

⁵² Art. 2.3.1 : « Les époux choisissent ou modifient librement leur régime matrimonial dans un contrat dénommé "convention matrimoniale", pourvu qu'ils ne stipulent rien qui soit contraire à une règle impérative ou d'ordre public, ou à l'exigence de cohérence de leur régime matrimonial ».

⁵³ Art. 3.1 : « Les parties peuvent déroger aux dispositions du présent Livre, sauf s'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement ».

⁵⁴ Art. 5.3 : « Les dispositions du présent livre sont supplétives, à moins qu'il résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public ».

⁵⁵ Art. 8.2 : « Sauf les définitions prévues dans le présent livre et hormis les cas où la loi en dispose autrement, toutes les règles du présent livre sont supplétives ».

Sous-section 2

**Le critère général de l'abus :
l'étoile du Nord dans la nuit ?**

12. La consécration du critère générique de l'abus par l'article 1.10 du Code civil. On l'a vu et déjà souligné : le nouvel article 1.10 reprend dans l'énoncé du principe de prohibition de l'abus de droit le critère dit générique de la théorie : « Nul ne peut abuser de son droit ».

Il énonce ensuite le critère générique de tout abus : « Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

Le lien avec le critère de la faute d'imprudence est évident et, par là, le rattachement originel de la théorie avec la responsabilité civile extra-contractuelle.

L'exposé des motifs rappelle que ce critère a été appliqué par la Cour de cassation, quel que soit son domaine d'application. La Cour a usé d'une telle formulation tant en matière contractuelle⁵⁶ qu'extra-contractuelle⁵⁷. Elle a également rappelé, fort à propos, que, ce faisant, la simple constatation de l'exercice d'un droit par son titulaire, même dans son unique intérêt, ne suffisait pas pour en déduire un abus de droit⁵⁸.

Ce faisant, la disposition conserve sans doute l'élément le plus controversé et discutable de la théorie de l'abus de droit.

13. Rappel de la genèse du critère générique : le refus d'application d'une simple règle de prudence et le rattachement à la responsabilité civile. On retrouve clairement l'influence des conclusions du procureur général van der Meersch, qui ont précédé l'arrêt du 10 septembre 1971. Ces conclusions rappelaient avec force que l'abus de droit répond au critère général

⁵⁶ Par exemple, Cass. (3^e ch.), 20 décembre 2021, R.G. n° S.18.0089.N/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 20 décembre 2019, R.G. n° C.19.0289.F/2 ; ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 2016, R.G. n° C.15.0250.F/1 ; Cass. (3^e ch.), 8 février 2010, R.G. n° C.09.0416.F/7 ; Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 2009, R.G. n° C.08.0331.F/7 ; Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, pp. 244 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1996, pp. 158 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, pp. 728 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, pp. 337 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, pp. 990 et s.

⁵⁷ Par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2 ; Cass. (3^e ch.), 27 janvier 2020, R.G. n° C.19.0020.N/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 2019, R.G. n° C.18.0459.F/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 2017, R.G. n° C.16.0393.N ; Cass. (1^{re} ch.), 30 octobre 2014, R.G. n° F.13.0140.F/12 ; Cass. (2^e ch.), 28 septembre 2011, R.G. n° P.11.0711.F/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2006, R.G. n° C.04.0358.F/14 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, I, 1988, pp. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, pp. 756 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, pp. 28 et s.

⁵⁸ Cass. (3^e ch.), 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, pp. 806 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1295 et s. ; Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, pp. 55 et s.

de la faute⁵⁹ compris comme « une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi »⁶⁰. Les critères spécifiques retenus par le procureur – la voie la plus dommageable, l'absence d'intérêt ou l'intérêt minime qui crée un dommage – résulteraient des efforts de la pensée juridique « pour plus de précision dans la recherche de la faute ». Mais le procureur général n'avait nullement parlé du critère générique de la faute. Ce dernier est l'œuvre de la Cour elle-même.

M. van der Meersch s'était cependant posé la question de savoir s'il était suffisant de déterminer l'abus par la constatation d'« une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi ». La réponse de l'éminent juriste est clairement négative et s'est exprimée comme suit : « *Deze vaststelling beantwoord gewis aan het begrip van de quasi-delictuele fout, die aldus door de rechter wettig gerechtvaardigd wordt. Maar zij heeft een algemene draagwijdte en zou ook alle aquiliaanse fouten rechtvaardigen. Voorkomt zij, enerzijds, het gevaar van een overdreven subjectivisme en, anderzijds, maakt zij het toezicht van het Hof ten volle mogelijk?* Ik vrees van niet⁶¹. »⁶². C'est au départ de cette constatation qu'il dégage ensuite les différents critères spécifiques qui caractérisent pour lui l'abus, outre l'intention de nuire, qui avait été précédemment identifié comme unique critère originel de l'abus : détournement de finalité, choix de la voie la plus dommageable, absence d'intérêt suffisant et disproportion du dommage créé par rapport au profit retiré.

Autrement dit, pour le procureur, si l'abus de droit répond manifestement à la notion de faute, cette dernière n'est pas suffisante pour caractériser l'abus. La faute englobe l'abus, mais ne se réduit pas à lui⁶³. L'abus est considéré, le cas échéant, comme une faute quasi délictuelle, mais le critère de la faute ne permet pas, à lui seul, de dire quand il y a abus.

Vu les réserves exprimées par le procureur général quant au critère de la faute comme expression du critère de l'abus, le critère générique – comprenant les mots « manifeste » ou « manifestement » – apparaît, d'après nous, comme l'expression – certes ramassée – par la Cour de l'opinion de son

⁵⁹ Concl. du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, Arr. Cass., 1972, I, pp. 35 à 37.

⁶⁰ Ibid., p. 37.

⁶¹ Nous soulignons. Étrangement, cette réponse claire (« Je crains que non ») à la question posée par le procureur est absente de la note signée W.G. parue sous l'arrêt dans la *Pasicrisie*, note qui, par ailleurs, ressemble à s'y méprendre à une traduction serrée desdites conclusions (*Pas.*, 1972, I, p. 34).

⁶² Concl. du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, Arr. Cass., 1972, I, p. 37.

⁶³ On ne peut donc suivre le raisonnement de A. De Boeck et N. Van Damme qui semblent inverser l'ordre des principes : l'article 1382 du Code civil n'est pas une application d'un principe de prudence assimilé à l'interdiction de l'abus de droit. C'est l'abus qui peut être identifié en droit positif comme un acte fautif donnant lieu à réparation au sens de l'article 1382 du Code civil (A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », *op. cit.*, n° 7).

procureur général. Le mot « manifestement » indiquerait que, si la justification théorique de l'abus est bien, selon la Cour, à trouver dans les principes de la responsabilité civile, il s'en distingue néanmoins par le fait que l'abus n'est pas révélé par toute faute mais par certains actes spécifiques seuls pouvant être qualifiés d'abusifs, et partant, de fautifs.

Remarquons que, ce faisant, les critères spécifiques ne sont pas nés d'une application du critère générique. C'est au contraire le critère générique qui a été créé et développé par la Cour au départ des cas spécifiques dans lesquels doctrine et jurisprudence reconnaissent un abus.

14. Le critère générique comme expression d'un contrôle marginal problématique. L'appel à la théorie du contrôle marginal nous paraît dès lors être une tentative doctrinale *a posteriori* afin de résoudre la problématique de l'éloignement des critères spécifiques de l'abus du critère traditionnel de la faute, elle-même exprimée par le mot « manifestement » accolé au critère traditionnel de la faute.

On s'accorde à discerner l'introduction du concept de contrôle marginal – en provenance des Pays-Bas – dans les écrits de Jan Ronse⁶⁴. L'idée est ici que, lorsque certains pouvoirs discrétionnaires de décision ou d'option sont laissés aux individus par le droit objectif, que l'auteur nomme « décisions discrétionnaires », il n'appartient pas au juge d'imposer son point de vue quant à l'opportunité de la décision prise. Le juge doit respecter la liberté de manœuvre et ne sanctionner que les décisions qui outrepassent la marge de manœuvre dans laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions différentes⁶⁵.

Une tendance certaine – d'abord marquée, il est vrai, dans la partie nord du pays – se dégage de la doctrine de la théorie de l'abus de droit pour identifier l'application de cette technique de contrôle en matière d'abus de droit⁶⁶. Elle naît clairement de la volonté de donner un sens à la distinction

⁶⁴ Entre autres, J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s. ; J. RONSE, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 403-414 qui est la traduction française de la publication précitée.

⁶⁵ J. RONSE, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », *ibid.*, p. 407. Sur la portée du contrôle marginal, voy. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 41-43 ; S. STIJNS, « Het verbod of misbruik van contractuelen rechten: lees de besluiten voor gebruik », *op. cit.*, pp. 99 et s., n° 23.

⁶⁶ Voy., par exemple, H. BOCKEN, « Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 70 et s., n° 41 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 89, n° 52 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, pp. 163 et s. ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, *op. cit.*, pp. 380 et s., n° 338 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 42 ; S. STIJNS, « Het verbod of misbruik van contractuelen rechten: lees de besluiten voor gebruik », *op. cit.*, p. 99, n° 23 ; F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et

que paraît faire la Cour dans son critère générique avec le critère traditionnel de la faute. Elle est parfaitement compréhensible si l'on se souvient – avec les auteurs précités – que le titulaire du droit subjectif se voit conférer un pouvoir dont l'exercice est *a priori* légitimé par le droit objectif. Il jouit dès lors, dans la marge de manœuvre laissée par lesdits pouvoirs, d'une liberté d'appréciation quant à l'exercice de son droit. Le juge ne pourrait s'y immiscer qu'avec une précaution particulière en ne sanctionnant que la faute « manifeste » dans l'exercice de ce droit.

Toute séduisante soit-elle, force est de reconnaître, et en cela nous sommes d'accord avec Sophie Stijns, que tant la doctrine de la « *marginale toetsing* » que la doctrine de l'abus de droit se divisent à son propos⁶⁷. Elle mène du reste à réintégrer une échelle des fautes en la matière, certains auteurs défendant, en se référant à cette technique, l'idée selon laquelle seules des fautes lourdes seraient constitutives d'abus de droit, ce qui va à l'encontre des principes mêmes de la responsabilité extra-contractuelle⁶⁸.

En outre, pour d'autres, l'appréciation marginale serait la règle commune de l'appréciation de la faute quasi délictuelle⁶⁹. Elle impliquerait seulement que le juge n'a pas à substituer ses propres jugements de valeur pour apprécier le comportement du titulaire du droit et doit admettre l'existence de nombreux comportements non fautifs dans une situation donnée, spécialement dans l'exercice d'un droit. Le recours à l'adjectif « marginal » confirmerait dès lors l'attachement, voire le retour, au simple critère traditionnel de la faute. Ce faisant, on en arrive alors à contredire *in fine* toute l'approche de la théorie de l'abus de droit comme échappant, par ses critères spécifiques, à l'application pleine et entière de la faute dans l'exercice des droits subjectifs.

sanctions », *op. cit.*, p. 281 R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », *op. cit.*, pp. 64 et 65 ; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractueel evenwicht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2011, p. TO DO, n^{os} 596, 597 et 606 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht – Algemeen Deel – Veertig jaar later*, Malines, Kluwer, 2010, p. 423 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 321 ; En doctrine francophone, voy. aussi P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », in T. AFSCHRIJFT et al. (dir.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015 p. 90 ; J.-Fr. ROMAIN, « Liberté, appréciation marginale (« *marginale toetsing* »), qualification du fait générateur de responsabilité et abus de droit », in *Droits de la responsabilité – Questions choisies*, CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 166 et s. ; P. VAN OMMEFLAGUE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 74 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 127, n^o 114.

⁶⁷ S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 43, n^o 3.5.2 ; voy. récemment : A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », *op. cit.*, p. 18, n^o 15 qui rejettent toute utilité au contrôle marginal.

⁶⁸ Voy., par exemple, H. BOCKEN, « Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu », *op. cit.*, p. 70, n^o 41 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 169 ; K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », *op. cit.*, p. 1147.

⁶⁹ Voy., par exemple, J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 44, n^o 36 ; P. A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 199 et s., n^o 9 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, pp. 321 et 322, n^o 464.

Si le critère générique est purement et simplement assimilé, par le biais de l'analyse du contrôle marginal, au critère traditionnel de la faute, on crée un double risque : d'une part, on ouvre la voie à une extension non justifiée de l'abus à des situations relevant d'une application normale des règles de responsabilité civile et, ce faisant, on rend poreux les champs d'application des deux types de règles ; d'autre part, on crée une brèche en étendant la théorie de l'abus à des comportements qui ne se situent plus dans l'exercice d'un droit subjectif comme, par exemple, d'une liberté privée, en oubliant la *ratio* de la théorie de l'abus de droit comme limitation de l'exercice des droits subjectifs.

15. L'importance de la prise en considération des circonstances de fait et de droit. Il revient à celui qui se plaint de l'abus de droit de rapporter la preuve des faits qui donnent lieu à l'abus⁷⁰. Il revient alors au juge du fond de statuer sur la base des circonstances de la cause s'il y a eu ou non abus de droit. La Cour de cassation vérifiera alors si le juge du fond a pu tirer de ses constatations en fait l'existence d'un abus de droit⁷¹.

La doctrine relève à raison l'importance qu'accorde la Cour à la concrétisation de l'abus par le juge du fond et à son devoir de prendre en considération l'ensemble des circonstances de la cause⁷². Il peut s'agir de circonstances de droit ou de fait.

Ainsi, par exemple, concernant des circonstances de droit, la Cour sanctionne le juge du fond qui applique la théorie de l'abus en l'absence d'un droit subjectif⁷³ ou qui refuse la prise en considération de faits qui précèdent la naissance du droit comme caractérisant son exercice, en sanctionnant l'arrêt qui déduit un abus du droit d'exécuter les garanties conventionnelles des circonstances ayant déterminé la naissance même de ce droit⁷⁴. La Cour prend aussi en considération les agissements de la « victime » de l'abus en vue de refuser le cas échéant sa protection contre les sanctions prises par le titulaire du droit qui avait été violé intentionnellement par ladite victime, en application du principe *Fraus omnia corrumpit*⁷⁵.

⁷⁰ Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F/5.

⁷¹ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2021, R.G. n° C.20.0342.N/5 ; Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, n° C.19.0435.N/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N/3.

⁷² P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 95.

⁷³ Cass. (3^e ch.), 3 décembre 2007, R.G. n° C.06.0208.F/5 (pas de droit à la renonciation d'une résiliation contractuelle et, par conséquent, pas d'abus possible)

⁷⁴ Cass. (1^{re} ch.), 20 décembre 2019, R.G. n° C.19.0289.F/2.

⁷⁵ Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 1997, ECLI:BE:CASS:1997:ARR.19971114.4 C960375F : « Attendu que pour déterminer s'il y a abus de droit, le juge doit, dans l'appréciation des intérêts en présence, tenir compte de toutes les circonstances de la cause ; qu'il a l'obligation de vérifier, notamment, si l'auteur de la violation du droit d'autrui n'a pas agi délibérément, sans se soucier du droit qu'il doit respecter, commettant ainsi une faute qui le priverait de la faculté d'invoquer à son profit l'exception d'abus de droit » ; voy. aussi Cass., 13 avril 1984, ECLI:BE:CASS:1984:ARR.19840413.3. Sur cette problématique, voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, *op. cit.*, pp. 383-384, n° 339.

La Cour exclut au passage certaines circonstances de droit parfois brandies pour refuser l'abus de droit. Ainsi, il y a lieu d'appliquer la théorie, même si le droit en cause relève de l'ordre public ou est impératif⁷⁶ et que le droit trouve son fondement dans la loi et est demandé par une procédure régulière⁷⁷.

Symptomatique de la toute-puissance du critère spécifique de la disproportion, la Cour impose particulièrement la concrétisation de l'abus au travers d'une formulation qui devient quasi systématique depuis une quinzaine d'années :

« L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente.

Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit. *Dans l'appréciation des intérêts en présence*, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause »⁷⁸.

La prise en compte des circonstances de la cause semble formellement imposée en amont de la faute exprimée par le critère générique de l'abus, c'est-à-dire au moment de la pesée des intérêts, exigée par la mise en œuvre du critère de proportionnalité. C'est en effet à ce moment que l'on apprécie les intérêts « en présence ». Alors qu'*a priori*, elle devrait avoir lieu au moment de la comparaison abstraite avec la personne normalement prudente et diligente. Ce qui éclaire peut-être d'une manière particulière la relation entre les critères de l'abus et de la faute incluse dans le critère générique⁷⁹.

16. Le critère générique comme critère autonome de l'abus ? La relation entre les critères « spécifiques » et le critère dit « générique » n'apparaît du reste pas avec évidence⁸⁰. Or, seul le critère générique est repris aujourd'hui

⁷⁶ Cass., 2 avril 2015, R.G. n° C.14.0281.F/11 (concernant la première phrase de l'article 634 de l'ancien Code des sociétés qui précise que, lorsque l'actif net d'une société anonyme est réduit à un montant inférieur à 61.500 euros, tout intéressé a le droit d'en demander la dissolution) ; Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° S.05.0102.N/11 (concernant le droit à répétition d'allocations indues par l'INAMI).

⁷⁷ Cass. (1^{re} ch.), 9 septembre 2011, R.G. n° C.10.0158.F/18 concernant le droit d'arracher des arbres, issu des articles 35 et 36 du Code rural ; aussi Cass. (3^e ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° S.05.0102.N/11, préc.

⁷⁸ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2021, R.G. n° C.20.0342.N/5 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F/3 ; Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, R.G. n° C.19.0435.N/2 ; Cass. (3^e ch.), 27 janvier 2020, R.G. n° C.19.0020.N/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N ; Cass. (1^{re} ch.), 18 octobre 2019, R.G. n° C.19.0136.F/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F/5 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 2017, R.G. n° C.16.0393.N ; Cass. (1^{re} ch.), 3 février 2017, R.G. n° C.16.0055.N/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 mars 2015, R.G. n° C.13.0218.F ; Cass. (2^e ch.), 12 février 2014, R.G. n° P.13.1304.F/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 17 février 2012, R.G. n° C.10.0651.F/11 (combiné à l'absence d'intérêt) ; Cass. (3^e ch.), 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F/8.

⁷⁹ Voy. *infra*, n° TO DO.

⁸⁰ Nous faisons déjà ce constat dans nos premiers travaux, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit., p. 768, p. 435 ; plus récemment, voy. A. DE BOECK et F. VERMANDER,

à l'article 1.10 du Code civil, ce qui suppose que l'on voit clair quant à sa portée. L'exposé des motifs s'en remettant à son utilisation par la Cour de cassation, il convient dès lors de caractériser celle-ci si l'on veut assurer une continuité d'interprétation.

Le critère générique est, dans une grande majorité des arrêts de la Cour, accompagné de la constatation des conditions propres à un critère spécifique visé alors par l'expression « tel est le cas spécialement » ou une expression analogue qui suit l'énoncé du critère générique⁸¹⁻⁸², ce qui semble supposer que, si un critère spécifique est rempli, le critère général est automatiquement rencontré⁸³. Parfois aussi, le critère général paraît être indiqué comme un critère distinct du critère spécifique visé⁸⁴.

« Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtoefening aan de banden gelegd », *op. cit.*, n° 11 ; J.-Fr. ROMAIN, « Liberté, appréciation marginale (« marginale toetsing »), qualification du fait générateur de responsabilité et abus de droit », *op. cit.*, pp. 192 et 193, n° 25 ; J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, p. 24, n° 37.

⁸¹ Voy., par exemple, Cass. (3^e ch.), 25 avril 2022, R.G. n° S.21.0071.F/5 (choix de la voie la plus dommageable) ; Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2021, R.G. n° C.20.0342.N/5 (disproportion) ; Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, R.G. n° C.19.0435.N/2 (disproportion) ; Cass. (3^e ch.), 27 janvier 2020, R.G. n° C.19.0020.N/2 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N/3 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 18 octobre 2019, R.G. n° C.19.0136.F/2 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F/5 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 28 septembre 2018, R.G. n° C.18.0058.N/1 (détournement de finalité) ; Cass. (1^{re} ch.), 3 février 2017, R.G. n° C.16.0055.N/2 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 30 octobre 2014, R.G. n° F.13.0140.F/12 (détournement de finalité) ; Cass. (3^e ch.), 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F/8 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F/12 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, R.G. n° C.09.0608.F/6 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} octobre 2010, R.G. n° C.09.0565.N/2 (disproportion) ; Cass., 4 mars 2010, R.G. n° C.08.0324.N/1 (absence d'intérêt suffisant) ; Cass. (3^e ch.), 8 février 2010, R.G. n° C.09.0416.F/7, (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 2009, R.G. n° C.08.0331.F/7 (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, pp. 212 et s. (critère général et critère de l'existence d'un intérêt raisonnable et légitime ; il est à noter que la Cour ne fait pas ici usage des termes « manifeste » ou « manifestement ») ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, pp. 332 et s. (absence d'intérêt raisonnable et critère de proportionnalité) ; Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, pp. 990 et s. (disproportion) ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, pp. 756 et s. (la voie de droit la plus dommageable pour la même utilité) ; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, pp. 28 et s. (disproportion).

⁸² Parfois aussi, la Cour énonce le critère général puis indique que le juge est tenu de contrôler la proportionnalité sans le présenter explicitement comme cas d'application du critère générique : Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 mars 2015, R.G. n° C.13.0218.F.

⁸³ Pour une même constatation : F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 281 même si nous ne partageons pas leur opinion selon laquelle le critère générique pourrait suffire en lui-même. Parfois également, pour constater l'existence d'un abus de droit, la Cour s'en remet, pour critiquer ou justifier l'arrêt *a quo*, à l'absence d'un critère spécifique, spécialement celui de la proportionnalité : Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 2013, R.G. n° C.13.0033.N/7 (disproportion manifeste) ; Cass. (1^{re} ch.), 17 février 2012, R.G. n° C.10.0651.F/10 (absence d'intérêt raisonnable et suffisant et proportionnalité) ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, pp. 1295 et s. ; comp. Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, pp. 1381 et s. ; parfois encore, il constate avec l'arrêt *a quo* l'abus sur la base du seul critère spécifique utilisé dans la décision attaquée : Cass. (3^e ch.), 15 mars 2021, R.G. n° C.20.0458.F/4 (intention de nuire) ; Cass. (1^{re} ch.), 17 février 2012, R.G. n° C.10.0651.F/11 (sans intérêt raisonnable et suffisant et disproportion).

⁸⁴ Notamment lorsqu'elle précise après le rappel du critère général que « [p]areil abus de droit peut également consister à » ou « mais aussi » suivi de l'énoncé d'un critère spécifique : Cass. (1^{re} ch.), 15 février 2019, R.G. n° C.18.0428.N/2 (critère générique + détournement de finalité) ; aussi Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 2017, R.G. n° C.16.0393.N (action en justice sans intérêt suffisant ou proportionnalité ou critère générique) ;

La question se pose dès lors de savoir si le critère général est – en lui-même – un critère de l’abus de droit utilisable en dehors des critères spécifiques. Une relecture attentive de la jurisprudence de la Cour de cassation confirme qu’il est très difficile de répondre clairement à cette question.

Hormis lorsqu’elle a admis pour une première fois l’application de la théorie de l’abus de droit à l’exercice de la liberté de ne pas contracter⁸⁵, on peine en effet à identifier des arrêts où elle reconnaîtrait une correcte identification de l’abus de droit par le seul appel au critère générique⁸⁶.

Si elle n’utilise que le critère générique, c’est généralement soit pour le rappeler sans en faire une application⁸⁷, soit comme base de l’évaluation de l’argumentation de la décision *a quo* qui n’a pas suffisamment ou correctement motivé sa décision au départ des éléments de faits constatés souverainement pour en déduire un abus⁸⁸.

Il est vrai qu’une certaine doctrine l’affirme, surtout pour fonder l’application de l’abus dans des cas de « *rechtsverwerking* »⁸⁹. Il nous semble en toute

Cass. (2^e ch.), 28 septembre 2011, R.G. n° P.11.0711.F/1 (où la Cour cite l’intention de nuire concernant un abus de procédure (procédure téméraire et vexatoire) et ajoute « mais aussi lorsqu’elle exerce son droit d’agir en justice d’une manière qui excède manifestement les limites de l’exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente » et paraît donc viser une hypothèse en elle-même distincte de la première) ; Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 2008, R.G. n° C.07.0214.N/8 (action en justice sans intérêt raisonnable ou suffisant ou critère général mais l’arrêt *a quo* visait la disproportion et la Cour conclut que le critère général n’est pas violé). On range finalement aussi dans cette hypothèse des arrêts plus anciens : Cass. (1^{re} ch.), 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, pp. 728 et s. où l’arrêt *a quo* repris par la Cour fustige l’alourdissement des charges du co-contractant en cas d’inertie d’une demande de résolution.

⁸⁵ Cass. (3^e ch.), 7 octobre 2011, R.G. n° C.10.0227.F/1 (refus de contracter). *Voy. supra*, n° TO DO.

⁸⁶ *Voy. Cass.* (1^{re} ch.), 25 avril 2019, R.G. n° C.18.0459.F/1 qui concerne cependant une procédure spécifique de rétractation introduite devant elle contre un arrêt du 6 décembre 2013, fondée sur l’article 794, al. 1^{er}, du Code judiciaire. La Cour déduit de la tardiveté de l’invocation du droit de rétractation dans une procédure au fond en 2018 qui a eu pour effet de repousser les plaidoiries en septembre 2019 un abus de droit caractérisé par le fait que « la demanderesse a fait usage de son droit d’agir en rectification d’une manière qui excède manifestement l’exercice de ce droit par un justiciable normalement prudent et diligent » ; Cass. (3^e ch.), 12 décembre 2005, R.G. n° S.05.0035.F/14 où la Cour énonce : « Attendu que l’abus de droit entachant le licenciement d’un employé peut, lors même que le licenciement serait fondé sur des motifs liés au comportement, fût-il non fautif, de l’employé ou aux nécessités du travail, résulter de l’exercice du droit de licenciement d’une manière qui dépasse manifestement les limites de l’exercice normal que ferait de ce droit un employeur prudent et diligent » ; aussi Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, pp. 244 et s. qui a conclu au rejet du moyen invoquant la violation du principe général de l’abus de droit en faisant appel au seul critère général mais où l’arrêt *a quo* faisait application du critère de proportionnalité.

⁸⁷ Cass. (3^e ch.), 8 février 2021, R.G. n° S.20.0009.N/3 (le moyen était dirigé vers la sanction de l’abus et pas contre le principe même de l’abus).

⁸⁸ *Voy.*, par exemple, Cass. (3^e ch.), 20 décembre 2021, R.G. n° S.18.0089.N/5 (pas de vérification à l’aune du critère général du droit d’établir une commission et son pourcentage) ; Cass. (3^e ch.), 7 septembre 2020, R.G. n° C.19.0034.N-C.19.0118.N/6 (pas de vérification à l’aune du critère général du droit de poursuivre la condamnation d’une astreinte) ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 2016, R.G. n° C.15.0250.F/1 (pas de vérification à l’aune du critère général d’une demande de renouvellement de bail) ; Cass. (2^e ch.), 28 septembre 2011, R.G. n° P.11.0711.F/1 concernant un abus procédural mais où l’intention de nuire était aussi pointée par la Cour.

⁸⁹ *Voy.* par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 281 et p. 285, n° 10 ; J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, p. 24, n° 37.

hypothèse préférable de toujours passer par un critère spécifique pour identifier l'abus plutôt que de tenter une approche hasardeuse par le critère général risquant fort une censure de la Cour pour une absence de motivation quant à la concrétisation de l'abus de droit⁹⁰.

Du reste, admettre comme principe l'application d'un critère spécifique préalablement à la reconnaissance d'un abus permet d'éviter la question épineuse de la portée dudit contrôle marginal : en appliquant un des critères spécifiques, on doit être par définition dans un cas exceptionnel de censure de l'exercice du droit.

17. L'effet réciproque du critère générique et des critères spécifiques.

À défaut d'être un critère réel de l'abus de droit, le critère générique nous apparaît valoir comme un outil d'évaluation des critères spécifiques qui seuls garantissent la concrétisation de l'abus au regard de l'ensemble des circonstances de fait et de droit spécifiques à la cause.

Le caractère manifeste de l'écart de comportement s'exprime par la concrétisation du critère général en critères spécifiques non repris dans le Code civil et développés en doctrine et jurisprudence⁹¹. Ces critères eux-mêmes ne sont recevables que s'ils répondent aux conditions essentielles d'application de la théorie, prévues par le critère général⁹² : l'existence d'un droit (subjectif) et sa limitation exceptionnelle par une faute spécifique qui s'écarte d'une application normale du standard de la faute d'imprudence.

L'abus de droit naît dès lors de l'effet réciproque du critère général et des critères spécifiques, principalement, on le verra, de la disproportion. Les critères spécifiques donnent corps à l'écart qu'il y a lieu d'observer au regard d'une application pleine et entière du critère de la faute d'imprudence, c'est-à-dire le caractère manifeste de l'écart de comportement. C'est en ce sens que Pierre Marchal parle de « faute qualifiée » pour signifier la spécificité de l'abus au regard de l'application normale des règles de responsabilité civile⁹³.

Ce faisant, la théorie de l'abus de droit garantit l'imposition de principe du droit subjectif aux tiers et débiteurs. L'imposition est la règle. Elle découle de la loi qui reconnaît et organise les droits subjectifs en cause. L'existence d'un droit subjectif est en effet la circonstance essentielle et nécessaire justifiant l'application de la théorie.

⁹⁰ Dans le même sens, I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, op. cit., n° 410.

⁹¹ Dans le même sens, I. CLAEYS et T. TANGHE, *ibid.*, p. TO DO, n° 410 ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, op. cit., p. 386.

⁹² Dans le même sens, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », op. cit., p. 285, n° 10 : « Tout nouveau critère devra toutefois correspondre au critère générique. »

⁹³ P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », op. cit., p. 246, n° 226.

On admet que cette manière de procéder est cependant critiquable en ce qu'elle dénature le critère normal de la faute telle qu'elle est comprise en responsabilité civile. C'est la raison pour laquelle nous défendons l'idée d'une application cumulative des critères spécifiques et de la faute traditionnelle, comme nous le développerons sous le titre suivant.

Sous-section 3

Les critères spécifiques de l'abus laissés à la jurisprudence et à la doctrine

18. Le critère de la disproportion, critère objectif, roi de l'abus de droit. L'exercice d'un droit peut être abusif en cas de *disproportion entre le préjudice subi par autrui et l'avantage recherché ou retiré par le titulaire du droit*⁹⁴. Le juge du fond doit ici apprécier les intérêts en présence, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, afin de vérifier l'existence d'une disproportion. La Cour le rappelle à souhait : « Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause »⁹⁵.

À la suite de la Cour, la doctrine admet aujourd'hui le critère de proportionnalité comme le critère spécifique prépondérant de l'abus de droit⁹⁶, « de loin le plus usité »⁹⁷.

Ce faisant, on compare le profit, l'intérêt ou l'utilité retiré par le titulaire du droit en exercice, au désavantage, à l'intérêt lésé, au dommage ou préjudice de celui qui subit cet exercice. *In fine*, la disproportion apparaît comme une technique de mise en balance des intérêts, qui identifie en elle-même le déséquilibre des intérêts entre titulaires de pouvoirs exclusifs et ceux qui *a priori* doivent le subir (c'est-à-dire *a priori* les tiers et, le cas échéant, le débiteur)⁹⁸.

⁹⁴ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2021, R.G. n° C.20.0342.N/5 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 18 octobre 2019, R.G. n° C.19.0136.F/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 2019, n° C.16.0474.F/5 ; Cass. (1^{re} ch.), 23 novembre 2013, R.G. n° C.13.0033.N/7 ; Cass. (3^e ch.), 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F/8 ; Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 2002, R.G. n° C.01.0101.F déjà dans l'arrêt historique de la reconnaissance de la théorie : Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, pp. 28 et s.

⁹⁵ Voy. les arrêts cités *supra*, note TO DO.

⁹⁶ Voy., par exemple, P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 93, n° 9 ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, *op. cit.*, p. 386, n° 340 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 326, n° 468 ; J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, p. 21, n° 32.

⁹⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 128, n° 114 ; F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 290 ; J. VELAERS, *ibid.*, p. 23, n° 35.

⁹⁸ Sur l'objet de la proportionnalité et la différence avec un simple équilibre des intérêts, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, pp. 579 et s.

C'est parce qu'*a priori* le droit s'impose à autrui que l'on ne sanctionne que la disproportion, c'est-à-dire les conséquences excessives de l'exercice du droit, et que l'on impose à son titulaire un retour non pas à l'équilibre des intérêts en présence – ce serait aller à l'encontre de la loi – mais à une proportion des intérêts en présence exprimé en matière d'abus de droit par l'usage normal du droit. Comme le soulignait récemment Pierre Marchal, le caractère manifestement anormal de l'exercice du droit résulte d'une disproportion⁹⁹.

La disproportion est en réalité un contrôle de l'exception à la règle¹⁰⁰. Le critère de proportionnalité ne sanctionne pas le fait d'avoir créé un dommage à autrui – cette conséquence est inhérente à l'existence du droit – mais fustige une démesure, un excès, l'absence de rapport entre le dommage créé – considéré comme trop important – et le profit retiré pour le titulaire du droit.

Il n'est dès lors pas étonnant que ce critère soit le plus usité en la matière dès lors qu'il entraîne en lui-même le contrôle « marginal » de l'exercice du droit. Non pas parce que ce dernier résulterait d'une analyse particulière de la faute mais parce que ce contrôle par une faute extraordinaire est la conséquence nécessaire du critère de proportionnalité lui-même, qui ne permet qu'une sanction de l'excès.

19. L'objet du contrôle de la proportionnalité – la question de l'intérêt général. Le contrôle de la proportionnalité est essentiellement concret¹⁰¹. Les intérêts du titulaire du droit qui s'expriment *in concreto* dans son exercice seront comparés aux intérêts concrets de celui qui est censé devoir *a priori* subir les effets du droit subjectif en cause. Le critère est objectif, il ne nécessite aucune conscience de la disproportion dans l'exercice du droit. Il suppose d'identifier les intérêts des parties qui s'opposent et de vérifier le lien de proportion entre les avantages retirés par les uns et le dommage ainsi provoqué aux autres.

La raison principale est à trouver dans la nécessité d'éviter toute contradiction entre les règles de droit objectif qui fondent et reconnaissent le droit subjectif et les effets de l'application de la théorie de l'abus de droit. Le juge n'est pas là pour remettre en cause le déséquilibre légitime dont est porteur le droit subjectif à l'égard des tiers ou de son débiteur, déséquilibre consacré par le législateur. L'intérêt abstrait dont est porteur le droit subjectif a été jugé par la loi comme méritant une protection particulière qui s'impose à autrui. Le juge ne peut remettre en cause la hiérarchie de valeur dont elle est porteuse.

⁹⁹ P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 246, n° 226.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 588, n° 341 ; voy. aussi Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 145, n° 6.4.

¹⁰¹ Pour un développement de ce point, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p., n°s 375 et s.

Si le juge intervient, c'est parce que les circonstances de la cause révèlent un exercice du droit excessif en ce qu'il provoque un dommage sans proportion avec l'avantage retiré *in concreto* par le titulaire du droit. L'abus de droit est un mécanisme correcteur d'une règle de principe qui, si elle est appliquée aveuglément, est considérée comme contraire aux valeurs de justice et d'équité inhérentes à notre société.

Non que le juge ne puisse pas prendre en considération la valeur abstraite des intérêts qui s'affrontent. Comme le rappelle fort à propos Paul-Alain Foriers, le critère de proportionnalité ne se réduit pas à une simple comparaison chiffrée entre l'avantage retiré de l'exercice d'un droit et l'inconvénient subi par celui ou ceux qui subissent cet exercice¹⁰². Comme le juge s'éclaire des circonstances de fait qui influent sur la réalité des avantages ou inconvénients faisant l'objet de la comparaison, il pourra également prendre en compte la valeur abstraite des intérêts qui s'affrontent pour jauger le rapport de proportion acceptable ou non *in concreto*. La question est alors de savoir où l'on place le curseur. Une comparaison purement abstraite paraît exclue sous peine de voir le juge se substituer aux choix effectués *a priori* par le législateur. Une comparaison purement concrète ne lui permettrait néanmoins pas de garantir une correction efficace de l'exercice du droit au regard des impératifs de justice, d'équité ou de bonne foi que la théorie entend servir.

La question de l'intérêt général est particulièrement exemplative de la difficulté de tracer les limites du mécanisme correcteur prétorien de l'exercice des droits.

Peut-on prendre en considération l'intérêt général dans la mise en œuvre de la proportionnalité ? La réponse à cette question est au cœur des nouveaux enjeux de la théorie de l'abus de droit. Dans une société luttant pour sa survie face à des dommages collectifs causés essentiellement par l'exercice de droits individuels irresponsables (droits de propriété ou droits contractuels), la théorie de l'abus de droit peut-elle servir comme une arme de sanction individuelle contre ceux dont l'activité apparaît comme une cause directe du dérèglement climatique, de la pollution, de la disparition de la biodiversité, etc. ? On voit assez rapidement l'effet utile de l'application de la théorie de l'abus de droit à côté des politiques coercitives mises en place par la loi. Mais pour lui permettre de jouer ce rôle, il faut nécessairement que l'intérêt général puisse être pris en considération dans la pesée des intérêts en présence.

On ne peut répondre à cette question dans le cadre limité du présent article. Elle est forcément nuancée. Remarquons que le débat est lancé suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2021¹⁰³.

¹⁰² P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 94, n° 9.

¹⁰³ Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2.

Il s'agissait en l'espèce d'un litige opposant deux propriétaires voisins concernant l'empiètement des branches de divers arbres en bordure d'un parc. Invoquant les désagréments subis par l'empiètement (ombrage, humidité, etc.), le voisin a invoqué son droit à la coupe des branches qui dépassaient sur son fond sur la base de l'article 37, alinéa 1^{er}, du Code rural, applicable en 2015¹⁰⁴. Le propriétaire des arbres litigieux invoquait, quant à lui, un abus de droit.

Le jugement *a quo* du tribunal de première instance de Liège fit une application du principe de proportionnalité en l'élargissant à l'atteinte à l'intérêt collectif qui serait mis à mal s'il était fait plein droit à la demande de coupe. Il statua d'abord en constatant une absence de disproportion entre les intérêts privés des différents protagonistes. Il énonça ensuite : « [C]ependant, l'examen de proportionnalité auquel la théorie de l'abus de droit astreint le tribunal ne peut, dans l'état actuel des relations sociales, se satisfaire d'une simple balance entre les intérêts privés opposés mais doit aussi intégrer les conséquences humaines, environnementales et sociales, en d'autres mots les dimensions collectives, de l'usage du droit en cause. Le parc [dans lequel se situe la propriété] constitue, même s'il est privatisé [...], un vaste espace vert en plein centre de l'agglomération [...] [et] dès lors que [...] la taille des arbres litigieux entraînera nécessairement leur dépérissement, faire droit à la demande entraînerait de porter atteinte à ce vaste ensemble au niveau tant esthétique qu'environnemental. » Il en conclut que « l'atteinte à cet intérêt collectif est disproportionnée à l'avantage tiré par les créanciers de l'exercice de leur droit ». Il ordonna alors non pas une taille permettant de supprimer le surplomb de la propriété comme c'était demandé mais condamna pour l'essentiel les propriétaires à veiller, par une taille fréquente, à éviter la repousse des branches basses.

La Cour de cassation cassa alors le jugement sur la base d'attendus sévères qui reflètent bien les difficultés soulignées ci-avant dans la mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit. Après avoir rappelé le principe du critère générique et sa concrétisation dans le critère spécifique de la disproportion, la Cour a rappelé que, « dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause ». Elle indiqua ensuite que « [l]orsqu'une personne privée invoque un droit à l'encontre d'une autre personne privée, le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l'exercice qu'elle fait de ce droit à l'aune d'un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs ». Elle appliqua ensuite son propos en opposant le passage du jugement *a quo* considérant que la balance des intérêts propres des voisins ne permettait pas de considérer qu'il y avait eu abus et celui reproduit ci-avant où le

¹⁰⁴ Cette disposition énonçait que « celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres voisins peut contraindre celui-ci à couper ces branches ».

juge conclut finalement à l'abus en relevant une atteinte disproportionnée à l'intérêt collectif. Elle en conclut à la violation du principe général de droit prohibant l'abus de droit.

Cette décision a déjà été abondamment commentée et critiquée¹⁰⁵. Nous nous rangeons à l'analyse dominante qui ne voit pas dans cet arrêt un refus de principe de la prise en compte de l'intérêt général *in se* dans la mise en œuvre du critère de proportionnalité pourvu que l'intérêt particulier qui s'en prévaut y soit lié¹⁰⁶. Nous nous bornerons ici à trois observations en renvoyant à ces commentaires.

(1) Ce que la Cour sanctionne semble ne pas être la prise en compte de l'intérêt collectif ou général mais la manière dont il a été inclus dans l'application du principe de proportionnalité. Le juge du fond a séparé trop nettement la balance des intérêts privés de la prise en considération de l'intérêt collectif. Il a, ce faisant, introduit une contradiction interne dans sa décision concluant, d'une part, à l'absence d'abus dans l'opposition des intérêts concrets des propriétaires en cause et, d'autre part, à l'existence d'un abus sur la seule constatation de l'atteinte disproportionnée à l'intérêt collectif. C'est cette contradiction apparente qui est en l'espèce sévèrement fustigée par la Cour lorsqu'elle énonce que « le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l'exercice qu'elle fait de ce droit à l'aune d'un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs ».

(2) Rien ne permet de prétendre qu'il en aurait été autrement en l'absence de cette contradiction. La doctrine qui a déjà commenté l'arrêt paraît favorable à l'acceptation de la prise en compte de l'intérêt général au sein du principe de proportionnalité tout en soulignant, à raison, les difficultés de cette prise en considération. Elle rappelle que la Cour elle-même s'y est montrée favorable dans le passé, notamment dans son arrêt du 16 novembre 1961¹⁰⁷, même si celui-ci a fait l'objet de nombreuses critiques¹⁰⁸. Le nouveau Code

¹⁰⁵ F. GLANSORFF, « Abus de droit et intérêt général », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *J.T.*, 2022, pp. 77 et 78 ; D. GRUYAERT, « Het Hof van Cassatie aanvaardt geen duurzaamheidsargumenten bij de beoordeling van rechtsmisbruik », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *R.W.*, 2021, 2022, n° 28, pp. 1 et s ; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Des arbres, des voisins, de l'intérêt collectif de l'abus », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, pp. 49 et s. ; J. VAN DE VOORDE, « Kan het openbare belang in rekening worden genomen bij rechtsmisbruik? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, *R.D.C.*, 2022, pp. 408 et s.

¹⁰⁶ J.-L. VAN BOXSTAEL, *ibid.*, pp. 52 et 53 ; F. GLANSORFF, *ibid.*, p. 77 ; J. VAN DE VOORDE, *ibid.*, p. 420, n° 34.

¹⁰⁷ Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, pp. 333 et s. qui énonce « qu'entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général ». Voy. aussi, en matière procédurale, l'arrêt du 26 octobre 2017 (R.G. n° C.16.0393.N/2) où la Cour indique que « [l']exercice est abusif lorsqu'il a lieu sans intérêt raisonnable, qu'il cause à l'autre partie un dommage disproportionné ou, en général, qu'il dépasse manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une partie au procès normalement diligente, compromettant ainsi la bonne administration du procès » (nous soulignons). La bonne administration du procès dépasse évidemment l'intérêt des parties.

¹⁰⁸ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 639, n° 376.

civil qui n'était pas encore applicable, précisément en ce qui concerne les « distances de plantation » (art. 3.133) et « branches et racines envahissantes » (art. 3.134), inclut la possibilité d'invoquer l'abus de droit suite aux demandes d'élagages, arrachages et coupes, et indique expressément que « [l]e juge tient compte, dans son appréciation, de toutes les circonstances de la cause, y compris de l'intérêt général ». Si le législateur l'impose pour ces droits, comment le refuser pour l'ensemble des droits subjectifs ?

(3) Nous pensons que la Cour, quoique sévèrement, replace le débat dans le contexte correct des limitations offertes actuellement par la théorie de l'abus de droit : la prise en compte de l'intérêt général, comme du poids abstrait des intérêts en présence, ne peut se faire qu'intrinsèquement liée à la comparaison concrète des intérêts des parties donnant lieu à l'appréciation de la proportionnalité. Elle peut certes corriger et affiner l'analyse mais ne peut, dans le cadre du débat subjectif qui divise les parties, être opposée seule au titulaire du droit dont l'exercice est contesté. Reste à savoir la mesure de cette prise en compte et la marge de manœuvre laissée au juge du fond. Il faudra sur ce point attendre d'autres arrêts pour le savoir.

(4) Il est cependant réducteur de limiter le débat de la prise en compte de l'intérêt général dans la mise en application du seul critère de la proportionnalité au sens strict. Ainsi, par exemple, on peut se demander si exercer son droit en provoquant un dommage à autrui et au travers lui, en compromettant l'intérêt général ou collectif, ne rend pas l'intérêt du titulaire irraisonnable et en réduit le caractère suffisant, autre critère de l'abus de droit¹⁰⁹.

20. La difficile distinction entre la faute et la disproportion. La relation entre la faute – fût-elle qualifiée – et le critère de proportionnalité pose selon nous question depuis toujours. Il suffit de rappeler que le critère de proportionnalité comme étalon de l'abus de droit n'est pas né d'une application directe des règles de responsabilité mais que celles-ci sont venues *a posteriori* justifier la théorie en y défendant une application spécifique des articles 1382 et 1383 du Code civil¹¹⁰.

Mais quel est donc le lien précis entre la disproportion des intérêts constatée et l'écart manifeste du comportement de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait ? On en revient au lien nébuleux entre le critère générique et les critères spécifiques, souligné déjà précédemment et qui sera rappelé ci-après concernant les autres critères que la proportionnalité. Ce manque de clarté rejaillit nécessairement

¹⁰⁹ Voy. encore *infra*, n°TODO.

¹¹⁰ Voy. *supra*, n°TO DO et sur le lien entre la faute et la proportionnalité, Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 821, n° 456.

au niveau de la constatation de la faute en rapport avec la constatation d'un critère spécifique, particulièrement la disproportion.

Dans la logique formelle de la Cour, la faute qualifiée d'abus paraît issue d'un jeu de déduction : « Tel est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit ». Du préjudice disproportionné jaillirait la faute. Pourtant, la disproportion n'est en réalité qu'une méthode de balance des intérêts révélant un état de fait qui, en elle-même, ne dit rien sur la comparaison avec l'attitude de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait. La disproportion ne révèle pas la faute, elle garantit le caractère qualifié de la faute et, par là, l'imposition de principe du droit et sa limitation exceptionnelle dans son exercice via la théorie de l'abus de droit.

Le lien entre la faute et la disproportion est sans doute à retrouver dans l'insistance de la Cour à prendre en considération l'ensemble des circonstances de la cause en énonçant que, « [d]ans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause ». C'est alors de l'analyse de l'ensemble de ces circonstances qu'une comparaison avec l'homme normalement prudent est diligent peut être faite et contrôlée par la Cour. Cet appel à la prise en compte de toutes les circonstances de la cause est cependant ambigu dès lors que celle-ci semble ne s'imposer, dans la formule devenue traditionnelle de la Cour, que dans le cadre étroit des intérêts en présence¹¹¹.

La disproportion ainsi comprise nous paraît devoir être considérée comme une circonstance de fait – essentielle mais non suffisante – prise en considération lors de la constatation de la faute qualifiée d'abus de droit. Il faut alors, pour conclure le raisonnement, soumettre le comportement ayant entraîné la disproportion des intérêts à celui qu'aurait eu l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait¹¹².

La nuance pourrait paraître théorique, il n'en est rien. Elle clarifie le lien entre la faute qualifiée/critère générique et le critère de la proportionnalité/critère spécifique. Cette application cumulative de la faute et de la disproportion permet aussi d'éviter toute la controverse relative au contrôle marginal du juge en matière d'abus de droit. Elle ouvre enfin de nouvelles perspectives en

¹¹¹ Du reste, la Cour s'en départit parfois et donne une portée plus large à la prise en considération des circonstances de la cause. Ainsi, en matière d'abus procédural, elle énonce dans son arrêt du 26 octobre 2017 (R.G. n° C.16.0393.N/2) que « [l]'exercice est abusif lorsqu'il a lieu sans intérêt raisonnable, qu'il cause à l'autre partie un dommage disproportionné ou, en général, qu'il dépasse manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une partie au procès normalement diligente, compromettant ainsi la bonne administration du procès. *Lors de cette appréciation, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause* ». Nous soulignons.

¹¹² Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 834, n° 463.

matière d'élargissement des circonstances à prendre en considération. Celles-ci n'ont pas seulement trait à la pesée des avantages et désagréments directs mais, de manière générale, au comportement du titulaire du droit dans son ensemble. On pense par exemple ici à une meilleure prise en compte des atteintes à l'intérêt général ou collectif dans l'exercice du droit subjectif qui cause dommage à autrui.

21. L'intention de nuire, l'absence d'intérêt raisonnable et suffisant et le choix de la voie la plus dommageable : l'objectivation croissante des critères originellement subjectifs. La Cour de cassation a admis également le critère de *l'intention exclusive de nuire*¹¹³, critère historique de la théorie de l'abus de droit. Il se caractérise par sa subjectivité puisque la volonté – exclusive – de créer un dommage à autrui en forme la condition essentielle.

On a toujours été réservé sur l'admission de ce critère comme révélant un abus de droit¹¹⁴. Si l'intention de nuire révèle sans nul doute une faute dans le chef du titulaire du droit, il ne s'agit selon nous que d'une application traditionnelle du principe *Fraus omnia corrumpit*¹¹⁵. Nul besoin ici de la théorie de l'abus de droit pour rendre l'exercice du droit illicite dans cette hypothèse. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un acte *a priori* légitime, posé dans le cadre de l'exercice du droit : l'intention de nuire n'est pas comprise dans le champ du pouvoir du droit subjectif. L'acte est d'ailleurs alors illicite indépendamment des circonstances dans lesquelles le droit est exercé. L'intention de nuire suffit en effet à rendre le comportement illicite.

Il ne répond d'ailleurs pas au critère générique de l'abus de droit : il n'entraîne ni comparaison à l'homme normalement prudent, ni une approche relevant d'un contrôle marginal. Il convient aussi de relever que certains auteurs l'incluent dans le critère de proportionnalité, l'auteur de l'acte retirant par définition un avantage hors de proportions avec les inconvénients qui en résultent pour autrui¹¹⁶.

¹¹³ Voy., par exemple, Cass. (3^e ch.), 25 avril 2022, R.G. n° S.21.0071.F/5 où la Cour cite comme premier critère l'intention exclusive de nuire même si elle fait application du critère du choix de la voie la plus dommageable ; Cass., (3^e ch.), 15 mars 2021, R.G. n° C.20.0458.F/4 ; Cass., 19 février 2010, n°s C.09.0118.F/8, C.09.0132.F et C.09.0134.F (où la Cour statue sur une fin de recevoir en matière procédurale) ; Cass. (1^{re} ch.), 14 février 1992, *Pas.*, 1992, pp. 528 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, pp. 406 et s. (exercice d'un droit accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi) ; Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, pp. 867 et s. (abuse de son droit celui qui l'utilise « uniquement en haine de l'institution par lui irrévocablement consentie »).

¹¹⁴ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., pp. 840 et 841.

¹¹⁵ Dans le même sens, A. DE BOECK et N. VAN DAMME, « Rechtsmisbruik », op. cit., p. 20 ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht – Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, op. cit., p. 355, n° 324 (qui souligne l'interprétation plus stricte en matière d'abus) ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., n° 144.

¹¹⁶ P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », op. cit., p. 94.

On peut se demander si la Cour de cassation n'est pas en train de prendre conscience de la nature très particulière de la faute d'intention de nuire dans la théorie de l'abus de droit lorsqu'elle distingue celle-ci du critère générique et, partant, des autres critères spécifiques qui en découlent : elle énonce ainsi dans son arrêt du 25 avril 2022 : « Il peut y avoir abus de droit non seulement lorsque le titulaire du droit en use dans l'intention exclusive de nuire à autrui, mais aussi lorsque le droit est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsque, entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, le titulaire de ce droit choisit celle qui est la plus dommageable pour autrui »¹¹⁷.

L'abus de droit a également été retenu en cas d'exercice d'un droit *sans intérêt raisonnable et suffisant*¹¹⁸. Le critère de l'absence d'intérêt a souvent été présenté comme un critère subjectif de l'abus, tout comme l'intention de nuire. Il ferait présumer l'intention de nuire, difficile à prouver en pratique¹¹⁹.

Le critère est cependant aujourd'hui de plus en plus appréhendé de manière objective¹²⁰ en étant souvent couplé à la règle de proportionnalité. C'est ainsi qu'il faut comprendre la Cour de cassation lorsqu'elle assimile *l'absence d'intérêt raisonnable et suffisant* au critère de proportionnalité¹²¹.

¹¹⁷ Cass. (3^e ch.), 25 avril 2022, R.G. n° S.21.0071.F/5.Voy. aussi, en matière d'abus de procédure, Cass. (2^e ch.), 28 septembre 2011, R.G. n° P.11.0711.F/3 où la Cour énonce : « Une procédure peut revêtir un caractère téméraire ou vexatoire lorsqu'une partie est animée de l'intention de nuire à une autre, mais aussi lorsqu'elle exerce son droit d'agir en justice d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente ».

¹¹⁸ Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 2017, R.G. n° C.16.0393.N (en matière d'abus de procédure) ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2010, R.G. n° C.08.0324.N/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2006, R.G. n° C.04.0358.F/14 ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2003, R.G. n° C.00.0632.F ; Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 2002, R.G. n° C.01.0101.F ; Cass. (1^{re} ch.), 15 mars 2002, R.G. n° C.01.0225.F ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, pp. 472 et s. ; R.C.J.B., 1994, pp. 185 et s. et note P. A. FORIERS ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, pp. 332 et s.

¹¹⁹ Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 287, n° 13 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht – Deel 1A*, *op. cit.*, p. 413, n° 232 ; Fr. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *op. cit.*, p. 147 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983 », *R.D.C.*, 1984, p. 251 ; P. VAN OMMELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 329, n° 12 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 323, n° 465.

¹²⁰ Dans le même sens, A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », note sous C. trav. Bruxelles (5^e ch.), 23 novembre 1971, *R.C.J.B.*, 1972, p. 222, n° 12 ; P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 94 ; K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, t. II, *op. cit.*, p. 1153 ; W. RAUWS, *ibid.*, p. 252 ; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht – Algemeen Deel – Veertig jaar later*, *op. cit.*, p. 425 ; P. VAN OMMELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 330, n° 12 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 323, n° 465.

¹²¹ Ainsi, lorsqu'elle indique qu'il peut y avoir abus de droit notamment lorsque le droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant et que tel est le cas spécialement en cas de disproportion (voy. Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, pp. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, pp. 472 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 17 février 2012, n° C.10.0651.F/10). Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 2008, R.G. n° C.07.0214.N/8 où la Cour énonce, en matière d'abus de procédure, le critère de l'absence d'intérêt et relève l'application du critère de proportionnalité par le jugement *a quo*.

L'abus de droit est également admis par la Cour lorsque, *entre différentes manières d'exercer son droit présentant la même utilité pour le titulaire, ce dernier use de son droit en choisissant la voie la plus dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général*¹²². Son application est assez rare, surtout en matière contractuelle¹²³. Comme le critère d'absence d'intérêt, la voie d'exercice du droit la plus dommageable se situe dans une nébuleuse entre les critères subjectifs et objectifs de l'abus de droit.

La doctrine classique rapprochait parfois ce critère de celui de l'intention de nuire¹²⁴, Louis Josserand en fait une application spécifique du critère de l'absence d'intérêt légitime¹²⁵, et Pierre Van Ommeslaghe l'a rapproché tant du critère de l'intention de nuire que de celui de la proportionnalité¹²⁶ avant de ne le retenir que comme un cas d'application du critère de proportionnalité¹²⁷.

Récemment, la Cour a clairement reconnu l'indépendance du critère à l'égard de l'intention de nuire en énonçant qu'« [i]l n'est pas requis que le titulaire du droit, qui choisit la façon d'exercer ce droit qui est la plus dommageable pour autrui, agisse avec l'intention de nuire à autrui »¹²⁸.

22. Le détournement de finalités du droit : critère controversé de l'abus de droit. L'exercice d'un droit peut enfin, selon la Cour, être considéré comme abusif, dès lors qu'il se *détourne de la finalité du droit*, telle que déterminée par la loi. Elle a d'abord consacré implicitement ce critère

¹²² Cass. (3^e ch.), 25 avril 2022, R.G. n° S.21.0071.F/5 ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, pp. 756 et s. où la Cour considère que ne viole pas l'article 663 du Code civil le jugement *a quo* qui retient l'abus de droit dès lors que « la solution, proposée par les demandeurs, d'une construction d'un coût exorbitant et disproportionné à la valeur des immeubles, alors que différentes solutions techniques peu coûteuses leur permettraient d'atteindre le résultat qu'ils recherchent sans imposer à autrui un dommage inutile [...] » ; Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, pp. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, pp. 65 et s. + rechercher Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, p. 602 (cité par Stijns et Vansweevelt)

¹²³ Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 324, n° 466.

¹²⁴ Voy., par exemple, F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e éd., t. 20, op. cit., p. 427, n° 410. Également, les auteurs cités dans R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht – Deel 1A*, op. cit., p. 414, n° 233. Jean-François Romain va également en ce sens puisqu'il range ce critère du côté de l'application de la bonne foi subjective à base de fraude.

¹²⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., op. cit., p. 391, n° 289. Walter Van Gerven présente également le critère analysé dans le prolongement du critère de l'intérêt légitime (W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, op. cit., p. 185, n° 70, B). François Ost y voit une hypothèse voisine de l'absence de l'intérêt légitime dès lors que « [c]'est précisément le fait que ce dernier n'a aucun intérêt particulier à exercer son droit de telle façon (la plus dommageable), plutôt que de telle autre, qui emporte la conviction du juge et l'amène à censurer ce comportement » (Fr. Ost, *Droit et intérêt*, vol. II, op. cit., p. 148).

¹²⁶ Voy., en ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », op. cit., p. 331, n° 13. Il est proche de l'intention de nuire en ce qu'il faut vérifier si le titulaire du droit peut justifier d'un intérêt dans l'exercice de son droit et de la proportionnalité en ce que l'existence d'un intérêt ne suffit pas mais qu'il faut qu'il soit suffisant en fonction du préjudice occasionné à autrui.

¹²⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, op. cit., pp. 79 et 80.

¹²⁸ Cass. (3^e ch.), 25 avril 2022, R.G. n° S.21.0071.F/5.

dans deux anciens arrêts¹²⁹. Depuis, la Cour a clairement visé et appliqué le critère dans différentes espèces, par exemple, en cas d'exercice du droit de prendre inscription hypothécaire¹³⁰, du droit d'obtenir la cohabitation légale¹³¹ ou du droit de saisie¹³².

Si elle est rejetée en tant que théorie globale explicative de l'abus de droit¹³³, on lui reconnaît généralement une utilité particulière en présence de certaines catégories de droits subjectifs, accordés par le législateur ou conventionnellement prévus, en vue de la réalisation de buts précis dans l'intérêt des tiers ou de la personne qui les exerce. Dans l'exercice de ces droits, souvent dénommés droits fonctions ou « *doelgebonden bevoegdheden* »¹³⁴, l'abus de droit se caractérise par le détournement des finalités pour lesquelles ils ont été attribués : c'est le détournement de pouvoir civil¹³⁵.

¹²⁹ Voy. les explications données concernant Cass. (1^{re} ch.), 28 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, pp. 797 et s. (droit de préemption en matière de bail à ferme) ; Cass. (3^e ch.), 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, pp. 890 et s. (droit à une indemnité de licenciement) in Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., pp. 764 et 765 ; Cass., 24 septembre 2001, R.G. n° S.00.0158.F où, toujours implicitement, admet le raisonnement de l'arrêt *a quo* ayant retenu l'abus du droit de se présenter aux élections sociales sur la base du critère de détournement des finalités d'un droit-fonction.

¹³⁰ Cass. (1^{re} ch.), 30 octobre 2014, R.G. n° F.13.0140.F/17 où la Cour énonce : « L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsqu'un droit est utilisé à une fin étrangère à celle en vue de laquelle il a été accordé. Dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause. »

¹³¹ Cass. (1^{re} ch.), 15 février 2019, R.G. n° C.18.0428.N/2, où la Cour énonce : « L'abus de droit consiste à exercer un droit d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne diligente et prudente. Pareil abus de droit peut également consister à recourir à des règles de droit ou à des institutions dans un but contraire à celui pour lequel elles ont été instituées. »

¹³² Cass., 28 septembre 2018, R.G. n° C.18.0058.N/2 où la Cour énonce : « L'exercice des droits procéduraux n'est pas illimité mais trouve ses limites dans le principe général du droit de l'interdiction de l'abus de droit. Le droit de saisie peut également être abusif lorsqu'il est exercé d'une manière qui outrepassait manifestement les limites de son exercice par une personne normalement diligente. C'est plus précisément le cas lorsque le droit est exercé à des fins qui ne présentent aucun lien avec celles pour lesquelles il est accordé. »

¹³³ Voy., par exemple, P. VAN OMMELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », op. cit., pp. 305 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, op. cit., pp. 182 et s., n° 69 ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2473.

¹³⁴ Voy. sur cette qualification *supra*, n° TO DO.

¹³⁵ Voy., par exemple, A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », op. cit., p. 223, n° 13 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, op. cit., p. 303 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht – Deel 1A*, op. cit., pp. 419 et 420, n° 237 ; P. A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », op. cit., pp. 214 et 215, n° 18 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983 », op. cit., pp. 252 et 253 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 900, n° 391.2 ; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », op. cit., pp. 119 et 120, n° 29.1 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? – Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », op. cit., p. 38, n° 2.3.2. ; S. STIJN et H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », op. cit., p. 118, n° 24 et p. 137, n° 39 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, op. cit., pp. 173 et s., n° 67 ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *ibid.*, col. 2474 à 2476 ; P. VAN OMMELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », op. cit., pp. 312 et s., n° 6.

Mais comment ne pas voir que ce critère, lui non plus, ne présente rien de commun avec le critère générique de l'abus calqué sur la faute d'imprudence ? Il ne postule en lui-même ni comparaison avec l'homme prudent et diligent, ni contrôle marginal. Il a fait du reste l'objet de nombreuses critiques dès lors que peu de droits reçoivent une finalité bien précise¹³⁶.

C'est sans doute pourquoi le critère de *finalité des droits* a également été présenté comme pouvant être assimilé au critère de proportionnalité¹³⁷. Rien n'interdit en effet de prendre en compte, dans la comparaison des intérêts, le but ou les intérêts particuliers pour lesquels un droit subjectif particulier a été consacré. L'absence de lien avec ce but ou ces intérêts revient à constater l'absence d'intérêt dans le chef du titulaire du droit et à faire pencher la balance en faveur de la victime qui a subi un dommage.

Plus fondamentalement, nous pensons, avec d'autres¹³⁸, que, strictement parlant, le critère du détournement de la finalité du droit n'est pas recevable comme critère de l'abus de droit¹³⁹. En effet, le titulaire du droit porte ici atteinte directement aux règles de droit objectif qui fondent le droit en cause. En réalité, il n'agit plus dans le cadre de ses pouvoirs, il en sort. La théorie de l'abus de droit ne peut donc intervenir. Le titulaire a agi sans droit. La responsabilité du titulaire du droit qui a détourné les pouvoirs qui lui ont été conférés – cette théorie ne reçoit application, rappelons-le, que dans le cadre limité des droits fonctions – doit donc être analysée au regard du droit commun de la responsabilité civile.

23. La « *rechtsverwerking* » : l'émergence d'un nouveau critère ? Les critères spécifiques ne sont pas inscrits dans le nouveau Code civil, ni dans la pierre. Rien n'interdit l'émergence de nouveaux critères spécifiques à l'abus. Il est, en toute hypothèse, un dernier critère poussé régulièrement en avant par la doctrine et la jurisprudence des juges du fond¹⁴⁰ : celui de l'exercice du droit en méconnaissance de la confiance légitime d'autrui.

¹³⁶ Pour un résumé de ces critiques : F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 292, n° 20.

¹³⁷ Voy. ainsi P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 94 ; Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 128.

¹³⁸ Voy. récemment P. A. FORIERS, *ibid.*, p. 95 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 329, n° 471.

¹³⁹ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 841.

¹⁴⁰ Voy., par exemple, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui – Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, spéc. p. 23 : l'auteur va cependant plus loin puisqu'il fait du respect des expectatives légitimes d'autrui un principe général de droit au fondement même de la théorie de l'abus de droit et de la responsabilité civile ; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 134 et s., n° 35.3 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45, *in fine* ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, pp. 191 à 194, n° 70, E.

L'idée est simple et paraît avoir été exprimée pour la première fois par Walter Van Gerven¹⁴¹. L'exercice d'un droit pourrait s'avérer abusif dès lors qu'il va à l'encontre des attentes légitimes de la personne qui se prévaut de l'abus et que ces attentes ont été provoquées par le comportement antérieur du titulaire du droit.

Tel qu'exprimé, il n'est pas étonnant qu'il ait entraîné un regain d'intérêt à l'égard de certains cas de *rechtsverwerking*¹⁴² qui postule qu'un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers.

La même idée se retrouve dans la thèse de Xavier Dieux. Pour l'auteur, le respect des attentes légitimes d'autrui serait un principe général de droit. Une de ses manifestations serait précisément la théorie de l'abus de droit venant sanctionner le non-respect de telles attentes¹⁴³.

Si la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 mai 1990¹⁴⁴, a refusé de voir dans les circonstances précitées un principe général d'interdiction de comportement, elle a réservé l'application de la théorie de l'abus de droit en indiquant qu'« une partie ne viole ni cet article (1134, al. 3, C. civ.) ni ce principe (de l'exécution de bonne foi des conventions) lorsqu'elle fait usage du droit qu'elle trouve dans la convention légalement formée, sans qu'il soit établi qu'elle en a abusé ».

La Cour a depuis admis l'application de la théorie de l'abus de droit à des circonstances de fait où le comportement du titulaire du droit paraît au juge du fond inconciliable avec l'exercice normal de celui-ci et en surprenant la légitime confiance d'autrui. Ainsi, dans son arrêt du 1^{er} octobre 2010¹⁴⁵, elle a admis comme constitutif d'abus le fait, pour un brasseur, d'avoir abusé de ses droits de résolution et d'indemnisation tirés d'une convention de distribution conclue avec un café. Malgré l'insuffisance des ventes au regard des volumes minimums convenus depuis le début de l'exécution de la convention, le brasseur, quoique n'ayant jamais rappelé à l'ordre son co-contractant, finit par introduire, dix ans après la conclusion du contrat, une demande d'indemnisation fondée sur deux clauses pénales du contrat. L'arrêt *a quo* avait

¹⁴¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, op. cit., pp. 191 à 194, n° 70, E.

¹⁴² S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *ibid.*, p. 707, n° 45, in fine.

¹⁴³ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui – Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op. cit., p. 25.

¹⁴⁴ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 ; ECLI:BE:CASS:1990:ARR.19900517.12 : « Attendu que, d'autre part, il n'existe pas de principe général du droit selon lequel "un droit subjectif se trouve éteint ou en tout cas ne peut plus être invoqué lorsque son titulaire a adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit, trompant ainsi la confiance légitime du débiteur et des tiers". »

¹⁴⁵ Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} octobre 2010, R.G. n° C.09.0565.N/1.

considéré que, dans ces circonstances, les exploitants avaient pu estimer en toute confiance et de bonne foi que la convention avait pris fin à l'amiable, sans aucune autre précision de la part de la brasserie sur la résiliation anticipée et l'insuffisance de la vente. La Cour en conclut que les juges d'appel avaient ainsi considéré que la demande d'indemnisation du chef de l'insuffisance de la vente de boissons relevait d'un abus de droit et qu'ils avaient ainsi légalement justifié leur décision.

La doctrine se divise néanmoins sur la question de savoir si ce faisant, la *rechtverwerking* a pu être considérée par la Cour comme un critère spécifique de l'abus ou doit s'appréhender au regard du principe de proportionnalité, voire du seul critère générique. En effet, certains voient une acceptation implicite d'un critère nouveau de l'abus dès lors que la Cour a admis le raisonnement de l'arrêt *a quo* qui ne vise explicitement aucun critère admis précédemment¹⁴⁶. Avec Paul Alain Foriers, nous pensons que la Cour, dès lors qu'elle raisonne sous le couvert de sa formule traditionnelle liant le critère général au critère de proportionnalité et qu'il s'agit d'un arrêt de rejet, n'a pas, fût-ce implicitement, reconnu un nouveau critère de l'abus en l'espèce. Elle a pu par contre y voir une application implicite du critère de proportionnalité¹⁴⁷.

L'enjeu est réel. Ne pas reconnaître la *rechtsverwerking* comme critère en soi revient à admettre qu'il y a abus chaque fois que les conditions propres de la *rechtsverwerking* sont remplies. Si non, il s'agit de le caractériser par un critère classique, telle la proportionnalité.

Il nous semble que la Cour, dans un arrêt récent du 23 mai 2019, concernant un abus de procédure¹⁴⁸, reste fidèle à l'inclusion des cas potentiels de *rechtsverwerking* dans le cadre actuel des critères de l'abus en énonçant, après sa formule traditionnelle liant critère générique, critère de proportionnalité et prise en compte de toutes les circonstances de fait, que « [s]i le seul fait de ne pas exercer un droit durant un certain temps n'est pas, en soi, constitutif d'un abus de ce droit, l'inertie du détenteur du droit peut être abusive en raison des circonstances qui l'entourent ».

¹⁴⁶ P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », note sous Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} octobre 2010, T.B.B.R./R.G.D.C., 2012, p. 395 ; F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 298 (où les auteurs sont plus prudents en indiquant qu'ils ne peuvent exclure cette reconnaissance implicite).

¹⁴⁷ P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, pp. 101 et 102.

¹⁴⁸ Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0474.F/5.

Sous-section 4

La consécration de la sanction spécifique de l'abus de droit par l'article 1.10 : la réduction du droit

24. L'article 1.10 consacre la double sanction possible de l'abus de droit : réduction du droit ou réparation. L'article 1.10 du nouveau Code civil consacre les deux types de sanction admis en cas d'abus par la doctrine et la jurisprudence antérieure. Il énonce ainsi que « [l]a sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé ».

La formulation est légèrement différente de la formule « type » utilisée jusque-là par la Cour de cassation qui énonçait : « La sanction d'un tel abus n'est pas la déchéance de ce droit mais sa réduction à son usage normal *ou* la réparation du dommage que l'abus a causé »¹⁴⁹.

On peut, selon nous, raisonnablement inférer du changement de vocabulaire (le « ou » est remplacé par le « sans préjudice de ») que le législateur entend bien consacrer la réduction du droit comme sanction de principe de l'abus, la réparation pouvant au surplus toujours être demandée si la réduction n'est pas possible ou insatisfaisante. Cette préséance de la réduction sur la réparation était déjà défendue par une certaine doctrine¹⁵⁰.

25. La réduction de l'usage du droit comme sanction spécifique de l'abus de droit. La réduction du droit à son usage normal est la sanction spécifique de l'exercice abusif du droit. Elle a pu apparaître comme singulière, particulièrement en matière contractuelle, n'évoquant pas *a priori* une condamnation à l'exécution en nature ou par équivalent, la résolution du contrat ou l'exception d'inexécution¹⁵¹. On ajoutera qu'en elle-même, la réduction du droit à son usage normal n'entraîne aucune réparation nécessaire d'un dommage qui aurait déjà été subi par la victime, et elle peut être prononcée préventivement, avant que l'exercice du droit n'ait abouti et provoqué le dommage¹⁵².

¹⁴⁹ Nous soulignons. Voy., par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 26 mars 2021, R.G. n° C.20.0342.N/5 ; Cass. (3^e ch.), 8 février 2021, R.G. n° S.20.0009.N/1 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N/3 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 2018, R.G. n° C.15.0086.N/2 ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F/1.

¹⁵⁰ Voy., par exemple, P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 399, n° 13 qui adopte l'approche défendue par Patrick Wéry concernant la nature de la réduction comme une exécution en nature. Voy. *infra* numéro suivant ; aussi, A. DE BOECK et F. VERMANDER, « *Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsoefening aan de banden gelegd* », *op. cit.*, p. 48, n° 22 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 333, n° 474.

¹⁵¹ Comme le relève P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 131, n° 4 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1^{er}, *op. cit.*, p. 427, n° 488.

¹⁵² Voy. sur ce point J. VELAERS, « *Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit* », *op. cit.*, pp. 25 et s. qui fait une nette distinction entre la protection juridique du droit préventive qui permet d'empêcher

Patrick Wéry, utilisant le concept juridique d'incombance, voit dans la réduction du droit à son usage normal une imposition de l'exercice normal du droit, c'est-à-dire, en matière contractuelle, l'exécution en nature du devoir de modération issu de la bonne foi¹⁵³.

D'autres y voient en tout état de cause une réparation en nature qui s'impose du fait de la finalité de la théorie de l'abus de droit conçue comme un moyen de retirer au comportement abusif tout effet juridique ou de neutraliser les conséquences de l'abus de droit¹⁵⁴. Comme l'indiquent Sophie Stijns et Françoise Auvray : « Une partie ne peut en effet se prévaloir ou tirer avantage d'un exercice déraisonnable de son droit ou d'un exercice contraire à la bonne foi »¹⁵⁵. La Cour de cassation, fidèle à sa vision extensive de la notion de réparation en nature, semble aussi assimiler toute réduction du droit à une réparation en nature malgré l'option qu'elle retient entre la réduction du droit et la réparation du dommage¹⁵⁶.

Il nous semble néanmoins qu'une autre analyse est possible se nourrissant, du reste, des deux précédentes. On peut aussi voir dans la réduction du droit à son usage normal une sanction spécifique à l'exercice illicite du droit subjectif opérant en deux étapes :

- (1) elle permet d'abord d'éviter ou de mettre fin à une situation illicite révélée par l'abus de droit dans l'exercice prétendu ou opéré

la commission d'un abus de droit et la protection juridique curative qui permet de réparer l'abus. Aussi, A. DE BOECK et F. VERMANDER, « Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsoefening aan de banden gelegd », *op. cit.*, p. 48, n° 22 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 332, n° 474.

¹⁵³ P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 133, n° 5 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 428, n° 488.

¹⁵⁴ Voy. par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 299 et de nombreuses références ; A. DE BOECK et F. VERMANDER, « Rechtsmisbruik in het contractenrecht : de rechtsoefening aan de banden gelegd », *op. cit.*, p. 47, n° 22 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 333, n° 474 qui remarquent que la majorité des auteurs penche pour une réparation en nature, mais qui ne voient dans les divergences d'opinion sur ce point que peu d'intérêt pratique dès lors que pour eux la réduction du droit prévaut ; P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 103, n° 19.

¹⁵⁵ F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 299. Il est à noter que les autrices semblent se baser, pour caractériser en tout état de cause l'effet de la réduction à une réparation en nature, sur un présupposé plus que discutable, qui apparaît clairement lorsqu'elles indiquent que « [c]omme les termes de l'arrêt de 1982 sont fort généraux (sans se limiter aux droits contractuels) et comme le juge doit normalement se pencher sur un abus de droit déjà "consommé", il doit s'agir de la réparation en nature du dommage causé par l'abus de droit » (p. 300, n° 26). Or, le juge intervient souvent avant que l'abus ne soit consommé et n'ait déjà provoqué le dommage attendu du comportement soumis aux juges. Les autrices ne parlent d'ailleurs, à raison, que d'exécution forcée en cas d'abus du droit d'option entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire (pp. 303 et s., n°s 33 et 34).

¹⁵⁶ Voy., par exemple, Cass., 8 février 2001, *Arr. Cass.*, 2001, p. 245 ; *Pas.*, 2001, p. 244 où la Cour énonce que « [l]orsque l'exercice abusif des droits concerne l'application d'une clause contractuelle, la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause », mais il faut admettre que les moyens ne permettent pas d'affirmer avec certitude que le paiement ait eu lieu avant saisine du juge.

par le titulaire du droit¹⁵⁷. Cette situation ne peut perdurer car elle est contraire au droit, c'est-à-dire à l'interdiction de l'abus inscrit aujourd'hui dans le Code civil. Ce faisant, elle met fin, à tout le moins pour l'avenir, aux effets dommageables du droit, qu'ils soient imminents ou réalisés ;

- (2) elle garantit ou rétablit ensuite la légalité en imposant la réduction de l'exercice du droit à son usage normal. La réduction ne peut certes entraîner la déchéance du droit mais ne porte que sur l'excès de l'exercice du droit, sans pouvoir en interdire son usage normal souvent dommageable pour autrui. Là est la particularité de la sanction spécifique de l'abus de droit qui ne se contente pas de mettre fin à la situation illicite et dommageable mais impose de permettre au titulaire, si possible, l'exercice normal de son droit subjectif, imposé par les règles de droit objectif qui le consacrent.

Ce faisant, plutôt que de s'évertuer à la réduire à une sanction connue – exécution forcée ou réparation –, nous préférons y voir une sanction spécifique ayant ses effets propres. Son essence et sa finalité nous paraissent être le rétablissement de la légalité et la reconnaissance d'un exercice du droit débarrassé de son caractère excessif. La question de la réparation apparaît alors en marge de cette première sanction. Tout dépendra de la situation dans laquelle se trouvent les protagonistes.

Comme Jan Velaers l'a fort justement souligné, deux situations doivent être distinguées¹⁵⁸. Dans la première situation, le titulaire ne fait que prétendre à l'exercice de son droit, considéré le cas échéant comme abusif. La réduction du droit à son usage normal apparaît alors comme une mesure préventive à l'abus de droit, tout comme le rejet de la demande. Ainsi, l'auteur exemplifie son propos de différents exemples que nous reprenons ici : le juge peut rejeter une demande de démolition d'un immeuble qui ne dépasse que de quelques centimètres la limite entre les deux parcelles voisines et, le cas échéant, accorder une indemnisation pour les dommages causés. Le tribunal peut également rejeter une suppression de lumières et de vues illégales s'il considère que la demande est fondée sur un abus. En cas de non-exécution du contrat, il peut imposer la résiliation du contrat à la partie qui demande abusivement l'exécution forcée. Il peut aussi rejeter la demande fondée sur une application abusive d'une clause pénale et réduire le montant à une

¹⁵⁷ Voy. les constatations du procureur Ganshof van der Meersh qui, en 1971, indiquait que « [s'il faut, en principe, mettre fin à la situation illégale, il faut, d'autre part réparer le dommage. [...] Il [le juge] a le devoir de refuser la protection judiciaire à l'exercice abusif d'un droit » qui, ce faisant, distingue aussi cette première étape (Conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, pp. 37 et 38) TO CHECK.

¹⁵⁸ J. VELAERS, « Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, pp. 25 et 26, n° 40.

indemnisation normale. Ou encore, on l'a vu, dénier l'application de la clause pénale dans les circonstances de l'espèce si celle-ci s'avère abusive.

Dans tous ces cas, comme le souligne l'auteur¹⁵⁹, l'abus de droit n'a pas eu lieu et il ne peut être question d'une demande en réparation contractuelle ou extra-contractuelle. La réduction du droit éventuellement prononcée doit trouver son fondement dans la seule interdiction de l'abus de droit¹⁶⁰.

Dans un second cas, qui est analysé ci-après, la demande du titulaire est curative et vise la réparation de l'abus.

26. La réparation comme sanction secondaire de l'abus de droit.

Si la réduction est impossible ou si la réduction n'a pas pour conséquence de réparer l'intégralité du préjudice réellement subi, la victime peut alors demander la réparation de celui-ci en exécution de l'article 1.10 et, s'il s'agit d'un droit contractuel, combiné à l'article 5.73. Celle-ci peut prendre la forme d'une réparation pécuniaire ou en nature¹⁶¹.

Dans le cadre des principes de responsabilité, il faudra alors, le cas échéant, tenir compte de la réduction du droit qui peut entraîner, le cas échéant, une « réparation en nature » du dommage. Ainsi, si le débiteur d'une clause pénale a déjà payé sous toute réserve une indemnité qui sera considérée comme l'exercice abusif d'une clause pénale et réduite en son montant par le juge.

La réduction du droit à son usage normal peut, on le verra, aller plus loin : jusqu'à la privation totale de l'application de la clause dans les circonstances de fait, ce qui peut lui enlever toute efficacité et éviter tout dommage à la victime. Le principe de réparation intégrale du dommage peut alors poser problème¹⁶².

27. La privation circonstancielle de l'exercice du droit ou déchéance comme sanction ultime de l'abus ?

Trois types principaux de réduction sont répertoriés par la doctrine¹⁶³ : la réduction mathématique (par exemple si un créancier abuse d'un droit à indemnité forfaitaire prévu par une clause

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 26, n° 41.

¹⁶⁰ Idem. L'auteur retient aussi le principe d'interprétation restrictive de la loi (pour plus d'explications, voy. n°s 18 et s. de son article).

¹⁶¹ Voy., par exemple, P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanctions de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 398, n°s 13 et s. ; J. VELAERS, « *Rechtsmisbruik*: begrip, grondslag en legitimiteit », *op. cit.*, pp. 27 et s., n° 43 ; P. WÉRY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 133, n° 5 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 430 et 431, n° 489.

¹⁶² Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 306, n° 32 ; P. BAZIER, *ibid.*, p. 399, n° 15 ; P. WÉRY, *ibid.*, p. 431, n° 489 *in fine*.

¹⁶³ Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, *ibid.*, pp. 302 et s. ; P. BAZIER, *ibid.*, p. 397 ; P. A. FORIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 103, n° 19 ; P. WÉRY, *ibid.*, pp. 134 et s.

pénale, le juge diminuera le montant dû par le débiteur¹⁶⁴), la substitution d'un remède à la sanction réclamée (par exemple, s'il abuse de son droit d'exécution forcée, le juge peut lui substituer la résolution¹⁶⁵) et l'empêchement de se prévaloir du droit subjectif dans les circonstances de fait de son exercice litigieux (par exemple le rejet total d'astreintes demandées, dont le montant apparaît comme disproportionné¹⁶⁶ ou la privation d'application totale d'une clause pénale¹⁶⁷).

De ces trois catégories, c'est la dernière qui pose le plus de questions. En effet, dès lors que la Cour admet que la réduction du droit puisse se comprendre comme le refus d'exercer son droit dans les circonstances de l'espèce, et donc lui faire perdre toute efficacité, comment la distinguer de la déchéance ? C'est particulièrement le cas lorsque, par exemple, une clause contractuelle ne peut être exécutée qu'une seule fois¹⁶⁸. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la frontière entre ce qui est permis au juge (la réduction du droit) et ce qui lui est interdit (la déchéance) est particulièrement subtile¹⁶⁹.

Section 2

Considérations conclusives sur l'insertion de l'interdiction dans le Code civil et sa qualification de principe général du droit

Sous-section 1

La fin de la contradiction inhérente à la théorie de l'abus de droit ?

Nous débutons cet article sur les mots de Marcel Planiol qui caractérisent le problème juridique de base posé par la théorie de l'abus : « un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois *conforme au droit et contraire au droit* »¹⁷⁰. Cette contradiction apparente a selon nous définitivement vécu.

¹⁶⁴ Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 ; ECLI:BE:CASS:1988:ARR.19880218.12.

¹⁶⁵ Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, R.G. n° C.09.0624.F/1.

¹⁶⁶ Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N/3.

¹⁶⁷ Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, R.G. n° C.98.0470.N.

¹⁶⁸ Voy., par exemple, F. AUVRAY et S. STIJNS, « Abus de droits contractuels dans l'exécution du contrat : critères et sanctions », *op. cit.*, p. 307, n° 33 ; P. A. FORTIERS, « Aspects de l'abus de droit en droit civil », *op. cit.*, p. 103, n° 19 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 429, n° 488.

¹⁶⁹ P. WÉRY, *ibid.*, p. 431, n° 489. + arrêt du 1^{er} octobre 2010 (et opposition Stijns et Bazier ?)

¹⁷⁰ Voy. *supra*, n° 2.

Les droits subjectifs trouvent leur fondement dans des règles de droit objectif mais le droit subjectif ne s'identifie pas à ces règles¹⁷¹. Il y trouve son fondement, ses conditions d'attribution, une définition du pouvoir interne dont il est porteur et, partant, l'effet d'opposabilité de celui-ci, ainsi qu'un régime d'exercice plus ou moins précis, comme certaines sanctions en cas de violation du droit. Mais le droit subjectif est distinct de ces règles dès qu'il prend vie et, *a fortiori*, lorsqu'il est exercé par son titulaire dans le respect du cadre imposé par la règle de droit objectif qui le fonde.

Une marge de manœuvre, parfois très grande, est laissée au titulaire du droit quant à la détermination même du pouvoir concret qui lui sera reconnu par son droit. Il suffit de penser ici à l'élaboration des droits de créance par le biais de l'autonomie de la volonté et de la liberté de contracter. En outre, les règles de droit objectif qui le fondent lui laissent généralement une marge de manœuvre dans leur mise en œuvre et la manière dont il pourra les exercer. C'est l'effet de « subjectivisation » du contenu de la règle de droit objectif et l'espace de liberté identifié par la théorie générale du droit à l'intérieur même du droit qualifié pour cela de « subjectif ».

Il était illusoire de penser que le titulaire du droit subjectif ne serait soumis qu'au seul respect des règles de droit objectif qui créent son droit (celles que l'on identifie de limites externes dans la théorie de l'abus). D'autres règles, distinctes, pallient cette inévitable limitation du champ d'application des règles originelles et fondatrices des droits subjectifs au nom du respect des intérêts d'autrui, voire de l'intérêt général. La théorie de l'abus de droit avait précisément cet objet de limiter et brider l'exercice du droit au nom des intérêts et libertés d'autrui, voire de l'intérêt général. Elle s'était construite par interprétation par la mise en œuvre d'un principe général de droit finalement reconnu mais dont la portée et les effets à l'égard des règles consacrant les droits subjectifs, tout comme son lien avec les règles de responsabilité, a néanmoins toujours posé des difficultés.

Aujourd'hui, la réponse à la question originelle est presque terre à terre : un même acte peut être conforme et contraire au droit parce que la loi l'a décidé. Et que l'article 1.10 évite la contradiction avec le droit objectif qui consacre et organise les droits subjectifs. L'article 1.10 prend le relais de ces règles dans l'exercice des droits subjectifs. Il les complète. Une fois rentré dans le champ d'application du droit objectif qui l'organise, le droit exercé concrètement par son titulaire doit en respecter une autre inscrite dans le Code civil : l'interdiction de l'abus.

¹⁷¹ Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p., n° 92.

Sous-section 2

L'article 1.10 du Code civil : la fin d'un principe général de droit ?

Il ne fait aucun doute que le principe général de droit interdisant l'abus de droit est aujourd'hui consacré par l'article 1.10 du Code civil ainsi que par des applications spécifiquement rappelées dans certaines matières (notamment dans le droit des obligations principalement par l'article 5.73 et en droit des biens).

Ce faisant, c'est une insertion assez complète qui est opérée par la disposition. Comme on l'a vu, elle « légalise » tant le principe d'interdiction que le critère général de l'abus et ses sanctions. Ce faisant, tous les éléments essentiels du principe général sont aujourd'hui dans la loi. Il manque certes les critères spécifiques, non repris effectivement dans le texte. Mais ils continueront de « vivre leur vie » par l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale, à l'aune des exigences intrinsèques du critère général, non plus de la règle non écrite antérieure de l'interdiction de l'abus, mais de l'article 1.10, éclairé, dans certaines matières particulières par des précisions légales.

Il faut ensuite tenir compte aussi dans l'analyse de la place très particulière du principe de l'interdiction légale d'abus de droit : il est inscrit dans le Livre I^{er} qui constitue le droit commun du Code civil et, partant, du reste de tout le droit privé¹⁷².

Il ne s'agit donc pas en réalité d'une consécration partielle du principe : tout le droit privé est aujourd'hui soumis à l'article 1.10 qui est, selon nous, d'ordre public et à tout le moins n'est pas supplétif¹⁷³. De plus, le prescrit « s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique »¹⁷⁴, sauf dérogation expresse. Il ne s'agit pas d'une application déterminée en droit privé – comme elle pourrait l'être si le principe était seulement inscrit partiellement dans un des livres –, mais d'une interprétation valant droit commun pour toute application, non seulement en droit privé mais en toute matière.

C'est pourquoi nous pensons qu'en droit privé, à tout le moins, la loi qui consacre l'interdiction de l'abus de droit se substitue au principe général lui-même. On ne voit plus en réalité ce que pourrait apporter, en la matière, le principe général antérieur non écrit. Ce principe évoluait sur la base d'interprétations portant sur les éléments aujourd'hui repris dans la

¹⁷² L'article 1.1 indique en effet en son alinéa 1^{er} : « Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. »

¹⁷³ Voy. *supra*, n° 11.

¹⁷⁴ Voy. *supra*, l'énoncé de l'article 1.1.

loi. Cette interprétation évoluera de la même manière par interprétation de l'article 1.10 du Code civil.

S'il devait persister des matières – mais lesquelles ?¹⁷⁵ – où le principe général pourrait encore s'appliquer pour suppléer l'application du Code civil, il faudrait à tout le moins lui reconnaître un caractère subsidiaire en ce sens qu'il est maintenant en retrait dans toute l'étendue de l'application du Code civil¹⁷⁶.

Sous-section 3

Les conséquences espérées de l'affranchissement de l'interdiction de l'abus aux règles de responsabilité civile

Il est assurément difficile de prédire comment seront interprétées les nouvelles dispositions relatives à l'interdiction de l'abus de droit, au premier rang desquelles apparaît l'article 1.10 du Code civil. Il nous paraît cependant qu'elles sont porteuses d'avancements potentiels du champ d'application de la théorie, principalement dans une prise en compte nouvelle des intérêts collectifs et généraux dans leur mise en œuvre.

Nous avons relevé à multiples reprises, dans le présent article, le lien nécessaire mais ambigu de la théorie avec les principes de responsabilité civile que ce soit au niveau des fondements de la théorie, de ses critères d'application ou de ses sanctions.

Il nous apparaît que la reconnaissance légale du principe général de l'interdiction de l'abus à l'article 1.10, combiné à l'article 5.73 du nouveau Code civil, est porteuse d'un affranchissement – partiel – de la théorie au regard des principes de responsabilité civile.

En effet, l'inscription du principe d'interdiction de l'abus et de ses sanctions dans ces dispositions rend inutile un rattachement direct de l'interdiction de l'abus à la responsabilité civile. Désormais, ces dispositions fondent l'abus et peuvent être interprétées de manière autonome. Non pas que le lien soit rompu avec la responsabilité civile : l'abus de droit est une faute « qualifiée », issue d'une interprétation des articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette faute est inscrite dans la reprise du critère générique au sein de l'article 1.10 du

¹⁷⁵ Toute matière – privée ou public – est impactée par l'article 1.10 dès lors qu'il s'agit de statuer sur l'étendue du droit subjectif dont se prévaut une personne privée que ce soit à l'égard d'une ou plusieurs autres personnes privées ou d'une autorité publique. Ainsi, l'abus procédural qui faisait l'objet d'une application du principe général de l'interdiction de l'abus sera soumis à l'article 1.10 sauf disposition particulière issue du Code civil, qui, le cas échéant, y dérogeront ou le compléteront.

¹⁷⁶ P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 25 ; voy. aussi sur la portée de l'affirmation, J.-Fr. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Limal, Anthemis, 2006, pp. 37 et s.

Code civil. Elle doit être rapportée en toute matière dans un jeu d'effets réciproques avec les critères spécifiques de l'abus qui sont, eux, absents du Code civil. Une des sanctions – la réparation du dommage – est également reprise dans la disposition. Ce qui implique que, lorsque la victime de l'abus demande *a posteriori* la réparation du dommage qu'elle a subi, toutes les règles de la responsabilité civile de droit commun s'appliquent (détermination du dommage, réparation intégrale, etc.).

C'est dans l'espace d'affranchissement à la responsabilité civile que se situent peut-être de nouvelles perspectives pour la théorie de l'abus. L'abus de droit est une faute qualifiée qui est interdite par le Code civil. En outre, on l'a vu, les dispositions qui consacrent l'interdiction pourraient bien toucher à l'ordre public du droit privé tant dans ses aspects contractuels qu'extra-contractuels. C'est donc, en tout état de cause, un acte illicite, contraire au droit, sanctionné, on l'a vu, par une sanction propre – la réduction du droit à son usage normal – qui n'est pas une sanction de réparation. C'est une sanction propre à l'abus de droit qui garantit et rétablit la légalité du comportement *a priori* interdit par la loi.

En conséquence, toute victime d'un abus de droit peut évidemment combattre la demande d'exercice abusive du droit en demandant la réduction du droit subjectif comme défendeur ou demandeur. Doit-elle absolument exciper d'un dommage né, actuel et certain qui conditionne le droit à la réparation ? Cette condition est absente de l'article 1.10 qui distingue clairement la sanction de réduction de celle de la réparation. Cette distinction plaide pour un assouplissement de l'importance du dommage certain, né et actuel de la victime. S'il s'agit de la seule réduction du droit, on peut se demander s'il n'est pas permis de prendre plus largement en compte des atteintes certaines aux intérêts de la victime ainsi que les intérêts collectifs et généraux mis à mal par l'exercice du droit en cause¹⁷⁷. L'essence de la demande n'est pas dans la réparation du dommage mais dans le rétablissement de la légalité exprimé dans la réduction du droit à son usage normal et l'intérêt général servi par l'interdiction de l'acte abusif.

Il faut en toute hypothèse que l'abus soit suffisamment caractérisé. Le critère générique repris dans la loi exige du reste aussi une faute qualifiée qui se doit d'être rapportée. Il ne peut s'agir de se contenter d'un abus hypothétique. Et la condition de dommage réapparaît à plusieurs niveaux dans les critères spécifiques actuels de l'abus dont l'interprétation est toutefois laissée aux cours et tribunaux et qui peut évoluer au gré des besoins de la société.

¹⁷⁷ On se retrouve, *mutatis mutandis*, dans une situation comparable à d'autres demandes de rétablissement de légalité, comme par exemple la cessation d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché et interdit par l'article VI.104 du Code de droit économique.

Le critère de proportionnalité, dont on a vu qu'il avait tendance à englober les autres critères, suppose en lui-même un préjudice disproportionné dans le chef de la victime, apprécié de manière concrète. Mais on l'a vu également, cette pesée d'intérêts doit prendre en considération l'ensemble de circonstances de la cause. C'est ici qu'opérerait aussi l'assouplissement des conditions du dommage dans le chef de la victime. S'il s'agit de rétablir la légalité et non pas de réparer le dommage propre et personnel causé par l'abus, le contrôle de la proportionnalité pourrait se contenter d'un dommage certain moins important pris isolément et s'ouvrir plus librement à la prise en compte des intérêts en présence qui peuvent grever celui-ci du poids d'intérêts collectifs ou généraux mis à mal par l'acte abusif auquel sont liés les intérêts propres de la victime. Ainsi, par exemple, dans l'espèce soumise à la Cour dans son arrêt du 22 octobre 2021¹⁷⁸, la prise en compte de l'intérêt collectif, esthétique et environnemental, du fait de l'atteinte par la demande d'une coupe entraînant le dépérissement des arbres dans un vaste espace vert en plein centre de l'agglomération, viendrait s'ajouter au préjudice de la victime dans la pesée des intérêts justifiant le constat d'une disproportion, ceux-ci provoquant des préjudices potentiels supplémentaires dans son chef, outre l'ombrage, la perte de vue et l'humidité invoquée.

D'autres critères spécifiques pourraient également trouver une nouvelle vigueur en se détachant du critère de proportionnalité et de son exigence intrinsèque interprétée strictement aujourd'hui de comparaison des avantages/inconvénients provoqués par l'exercice du droit. On pourrait ainsi admettre que les critères d'intention exclusive de nuire et de détournement de finalités du droit puissent s'affranchir clairement d'un dommage certain ou, à tout le moins, se contenter d'un dommage peu important en cas de demande de réduction de droit, et puissent s'ouvrir à la prise en compte de la violation d'intérêts collectifs et d'intérêt général. L'absence d'intérêt raisonnable et suffisant pourrait également être interprétée à l'aune des intérêts collectifs et d'intérêt général mis à mal par l'exercice du droit.

La Cour de cassation¹⁷⁹ n'a-t-elle pas elle-même ouvert la voie lorsqu'elle énonçait dans le cadre d'un autre critère qu'« entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui est dommageable pour autrui ou qui méconnaît l'intérêt général » ? Le Code civil a suivi, on l'a vu, en imposant la prise en compte de l'intérêt général dans certains abus de droit de propriété¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 2021, R.G. n° C.20.0265.F/2.

¹⁷⁹ Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, pp. 332 et s.

¹⁸⁰ Voy. *supra*, n°TODO.

La voie est périlleuse mais nécessaire. Face aux enjeux sociétaux de plus en plus prégnants aujourd'hui – environnementaux, climatiques, économiques... –, le titulaire du droit subjectif se doit, dans l'exercice de ses droits, d'être attentif non seulement aux intérêts de son co-contractant, mais aussi à ceux d'autrui, pris en compte tant individuellement que collectivement. L'outil juridique de l'abus de droit, éclairé par les nouvelles dispositions du Code civil, pourrait bien jouer un rôle particulier pour servir ce nouveau défi. Soulignons néanmoins que tout développement de la théorie de l'abus est en lui-même borné par l'équilibre nécessaire à trouver entre les dispositions légales, constitutionnelles et supranationales qui consacrent les droits subjectifs et celles, nouvelles, qui les limitent par l'interdiction de l'abus au sein même du Code civil. C'est la découverte de cet équilibre nouveau qui constitue le plus grand défi actuel et futur de la théorie.

L'enrichissement sans cause ou injustifié

Thomas VAN HALTEREN

*Collaborateur juridique notarial
Docteur en sciences juridiques (ULB)
Assistant à l'Université libre de Bruxelles*

Introduction

L'enrichissement sans cause rebaptisé récemment « enrichissement injustifié » se devait d'être traité dans un ouvrage collectif relatif aux principes généraux du droit, d'une part, parce qu'il a été clairement consacré comme tel par la Cour de cassation, relativement récemment comparé à l'existence de sa théorie générale qui a connu plus d'un siècle d'évolution, d'autre part, au motif qu'il est également d'actualité législative, mais aussi jurisprudentielle.

Après un bref rappel des caractéristiques de l'enrichissement sans cause en tant que principe général de droit (Section 1) – ce qui nous permettra de retracer brièvement son historique (Sous-section 1) et de nous attarder sur son caractère subsidiaire, souvent propre à un principe de droit qualifié de général (Sous-section 2) –, nous rappellerons les conditions requises pour qu'il y ait enrichissement injustifié (Section 2). Nous reviendrons ainsi sur les notions d'enrichissement (Sous-section 1), d'appauvrissement (Sous-section 2), de lien de corrélation entre ces derniers (Sous-section 3) et d'absence de cause justificative à ce transfert d'un patrimoine vers un autre (Sous-section 4) – laquelle nous retiendra particulièrement vu qu'elle a de tout temps donné lieu à une abondante jurisprudence et à une tout aussi abondante doctrine. La question de l'obligation de restitution (Section 3), en particulier l'évaluation de la créance d'enrichissement sans cause ou injustifié, nous retiendra aussi dès lors qu'elle est plus que jamais d'actualité. L'est aussi la consécration de l'enrichissement injustifié dans le Code civil, que nous aborderons également (Section 4).

Section 1

L'enrichissement sans cause ou injustifié : un principe général de droit

1. Jusque tout récemment (voy. *infra*, n° 30), notre Code civil ne contenait aucun texte formulant, en termes généraux, c'est-à-dire dans son principe, l'interdiction de s'enrichir sans cause ou injustement aux dépens d'autrui.

Seules quelques dispositions du Code en faisaient une application particulière, telles que :

- le paiement indu et la gestion d'affaires, quasi-contrats repris aux articles 1371 à 1381 de l'ancien Code civil¹, qui traduisaient l'idée même que l'on ne peut s'enrichir sans justification aux dépens du *solvens*² ;
- au rang des contrats spéciaux, l'obligation du déposant de rembourser le dépositaire des dépenses faites par celui-ci pour la conservation de la chose (art. 1947 anc. C. civ.) ; celle du constituant du gage de rembourser au créancier gagiste les dépenses effectuées ici aussi pour la conservation du gage (art. 2080, al. 2, C. civ., remplacé par art. 43, al. 3, du Livre III – Titre XVII : Des sûretés réelles mobilières, de l'ancien Code civil) ;
- les articles 2.3.44 et suivants du Code civil (art. 1432 et s. anc. C. civ.) énonçant les règles des récompenses en régime matrimonial de communauté, qui prévoient qu'un transfert de richesses d'un patrimoine à un autre donne lieu à une créance de restitution à la fin du mariage, avec réévaluation s'il y a lieu³ ;
- en droit des biens, l'article 3.29 du Code civil (art. 548 anc. C. civ.) et l'article 3.64 du Code civil (art. 555, al. 3, anc. C. civ.)⁴.

Compte tenu de ces différentes applications particulières, l'on parle généralement, pour désigner ce qui en est à la base, de la « théorie de l'enrichissement sans cause », également appelée action *de in rem verso*. Les auteurs⁵ ont en effet trouvé à cette théorie une filiation avec cette institution du droit romain qu'est l'action *de in rem verso* (voy. *infra*, n° 2). En raison de son caractère de théorie générale, la doctrine et la jurisprudence en ont fait un principe, une « règle générale de droit non écrit »⁶.

¹ Art. 5.128 à 5.134 C. civ., tels qu'en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2023.

² L'on enseignait dès lors traditionnellement que l'enrichissement sans cause était un quasi-contrat ; mais les quasi-contrats que sont le paiement indu et la gestion d'affaires obéissent à leurs propres règles et non à celles qui ont été dégagées pour l'enrichissement sans cause (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *Les obligations* (deuxième partie), Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 32, n° 26, A ; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, t. 2, *Les Obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1132, n° 775 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 209 et s., n°s 217 et s.).

³ De telles règles n'existent point en régime matrimonial de séparation de biens, de telle sorte qu'il n'est pas anodin que les époux mariés sous ce dernier régime (ou les simples cohabitants légaux ou de fait) se soient tournés vers l'enrichissement sans cause pour obtenir les restitutions de transferts de richesses qu'ils estiment injustes. « Une bonne partie du contentieux récent de l'enrichissement sans cause » concerne les couples (J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », note sous Cass., 19 janvier 2009, *R.C.J.B.*, 2012, n° 57, p. 132).

⁴ À noter que ce nouvel article du Livre III du Code civil consacré aux biens se réfère expressément à présent à l'« enrichissement injustifié » comme fondement de l'indemnisation.

⁵ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IX, 5^e éd., Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal & Billard, Marchal & Godde, successeurs, 1917, § 578, pp. 354 et s.

⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. III, p. 32, n° 26, A.

S'enrichir injustement au détriment ou aux dépens d'autrui implique un déplacement de richesses d'un patrimoine à un autre, sans raison suffisante, sans cause de justification, sans contrepartie, de telle sorte que naît dans le chef de l'enrichi une obligation de restituer, aux fins de rétablir l'équilibre, ainsi que nous le verrons plus en détail ci-après. Dès lors qu'existe cette obligation de corriger le déséquilibre entre patrimoine appauvri et enrichi, l'on comprend que l'enrichissement sans cause se fonde essentiellement sur un principe d'équité⁷.

Reposant sur ce principe, à savoir une valeur souvent jugée supérieure, car morale plutôt que juridique ; ayant un caractère général tout en trouvant des applications particulières dans diverses dispositions légales, mais sans être consacré dans aucun texte légal en termes généraux⁸ ; admis par la doctrine et la jurisprudence de manière unanime, voire dégagé par elles au départ de ces diverses dispositions qui en font application ; n'intervenant qu'en ordre subsidiaire lorsque justement la loi notamment n'en faisait pas une application dans un rapport de droit particulier ; tous les ingrédients étaient ainsi réunis pour lui reconnaître valeur de principe général de droit⁹.

Sous-section 1

Historique

2. Ce serait C. Aubry et C. Rau¹⁰ qui, pour la première fois, auraient affirmé l'existence du principe de l'interdiction de s'enrichir sans cause au détriment d'autrui, en lui consacrant une théorie générale¹¹. Ils l'appelaient « l'action *de in rem verso* ». H. De Page¹² considère cette appellation critiquable en ce sens qu'elle se réfère à une action qui existait en droit romain, mais seulement à une branche de celle-ci : *de peculio et de in rem verso*, laquelle pouvait être introduite lorsqu'une personne en puissance¹³ avait contracté des dettes, sans qu'il y ait eu *jussum*¹⁴. Les créanciers pouvaient alors poursuivre le *pater familias* jusqu'à concurrence du profit que le contrat lui avait procuré.

⁷ P. VAN OMMELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1134, n° 776.

⁸ Du moins jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2023, du nouveau Livre 5 du Code civil, consacré aux obligations (voy. *infra*, section 4, n°s 30 et s.).

⁹ Voy. sur ce point particulier des caractéristiques d'un principe général de droit, dans le présent ouvrage : R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », spéc. n°s 20 à 22, 24 à 26 et 30 à 33 (le dernier paragraphe notamment quant à l'acception particulière de la subsidiarité en cas d'enrichissement sans cause ou injustifié).

¹⁰ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, op. cit., § 578, pp. 354 et s.

¹¹ Sous l'Ancien Régime, Pothier aurait, à l'occasion du quasi-contrat de gestion d'affaires, écrit comme principe que « l'équité naturelle ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, p. 36, n° 29 et ses références à Colin et Capitant, t. II, n° 238).

¹² *Ibid.*, t. III, *Les obligations* (deuxième partie), p. 34, n° 27.

¹³ Sous la puissance du *pater familias* (l'incapable de l'époque).

¹⁴ Ordre donné par le *pater familias* de conclure le contrat.

C'était l'*in rem versum*, un des cas d'enrichissement sans cause. Mais ce droit de poursuite n'existait que dans les limites du pécule laissé par le *pater familias* à l'incapable (*de peculio*)¹⁵. C'était un des cas spéciaux de l'enrichissement sans cause qui a ainsi été choisi au début du xx^e siècle pour dénommer l'action, alors que l'on aurait pu choisir un autre cas plus général issu du droit romain, la *condictio sine causa*. Les Romains n'avaient pas non plus formulé de théorie générale de l'enrichissement sans cause mais en connaissaient diverses applications¹⁶ dont celle que nous avons évoquée.

La doctrine et surtout la jurisprudence s'en sont fait l'écho, et la théorie de l'enrichissement sans cause a été consacrée pour la première fois par la Cour de cassation française par un arrêt du 15 juin 1892, ayant refusé de censurer le juge du fond aux termes du raisonnement suivant : « L'action *de in rem verso*, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant pas été réglementée par aucun texte de nos lois, son existence n'est soumise à aucune condition déterminée ; [...] il suffit que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit »¹⁷. Cette dernière phrase étant de nature à créer l'insécurité juridique, la jurisprudence ultérieure a ensuite au contraire posé les conditions d'existence de cette théorie générale. Mais la théorie ou le principe était donc reconnu et consacré.

En Belgique, c'est par un important arrêt de principe du 27 mai 1909 que la Cour de cassation a consacré l'existence de cette source d'obligation, tout en soumettant son application à l'existence d'une de ses conditions essentielles : l'absence de cause. La Cour a en effet jugé que « [s]i le Code [civil], par les applications purement énonciatives et nullement limitatives qu'il fait de la maxime *Nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui*, marque bien qu'il a reconnu et sanctionné d'une manière générale ce principe d'équité, c'est toutefois à la condition que l'enrichissement se produise sans cause légitime »¹⁸. Plusieurs arrêts ont ensuite été prononcés par la Cour de cassation et ont affiné la jurisprudence tout en précisant les conditions d'existence de cette théorie¹⁹. C'est enfin par un arrêt du 19 janvier 2009 qu'elle lui a explicitement reconnu la valeur de principe général de droit²⁰.

¹⁵ Faut-il voir, dans cette seconde condition, le fondement de la règle suivant laquelle l'obligation de restitution équivaut à la plus petite des deux valeurs entre enrichissement et appauvrissement ? Nous y reviendrons *infra*, n° 28.

¹⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, p. 36, n° 29.

¹⁷ Cass. fr., 15 juin 1892, *Sir.*, 1893, I, p. 281, note LABBÉ (nous soulignons).

¹⁸ Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272, et les conclusions de l'avocat général Terlinden (souligné par la Cour elle-même).

¹⁹ Voy. pour une analyse approfondie de ces décisions : J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », op. cit., pp. 93 et s.

²⁰ Cass., 19 janvier 2009, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 69-70 et note de J.-Fr. ROMAIN.

Sous-section 2

Caractère subsidiaire

3. Le fondement d'équité à la base de l'action *de in rem verso* ne pouvait néanmoins autoriser d'entrer en contrariété avec d'autres dispositions de l'ordre juridique. C'est ainsi qu'H. De Page écrivait : « L'idée qui est à la base de la théorie a été célébrée avec lyrisme. On y a vu un principe d'une haute moralité, dominant tout le droit positif, et susceptible, comme la notion d'abus de droit, d'en redresser toutes les injustices et toutes les inégalités. Cela est *une erreur*, d'autant plus regrettable et funeste que, sous son couvert, les étudiants et même les praticiens sont tentés de voir, dans l'enrichissement sans cause, une notion "de droit naturel", notion simple et bon enfant, [...]. *Il ne faut pas y voir une panacée*, un moyen commode et simpliste de faire régner, à tout prix, la justice et l'équité dans les relations juridiques. On reconnaît aujourd'hui, à juste titre, qu'admise dans toute sa généralité (en d'autres mots superficiellement et sans discernement), la théorie de l'enrichissement sans cause est une *théorie dangereuse*, "susceptible, si on lui laissait le champ libre, de bouleverser les institutions du droit positif et l'ordre social" »²¹.

C'est pour cette raison qu'H. De Page enseignait que l'enrichissement sans cause était une théorie à caractère subsidiaire. Il n'y voyait non pas tant une condition d'application de la théorie, mais davantage une limitation à son admissibilité, la première étape du raisonnement permettant d'admettre ou non l'application de cette théorie.

Ce caractère subsidiaire signifie surtout qu'il ne peut pas y avoir d'autre(s) moyen(s) puisé(s) dans la loi ou dans un contrat ou un autre quasi-contrat, ou encore dans un délit ou quasi-délit²², pour obtenir le remboursement de l'appauvrissement constaté²³. La théorie de l'enrichissement sans cause ne peut pas permettre « d'éluder l'application des règles précises applicables à telle ou telle situation ou institution, ou d'échapper à des délais de forclusion ou de prescription »²⁴. « L'action *de in rem verso* ne peut servir, par un détour, à faire obtenir ce que la loi ne permet pas d'accorder »²⁵.

²¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, pp. 33-34, n° 26, B (souligné par l'auteur) et les références à Planiol et Ripert, t. VII, n° 752 qu'il cite.

²² A. DE BERSAQUES, « Le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* », R.C.J.B., 1957, p. 120 ; A. VAN OEVELEN, « Het subsidiaire karakter van vermogensverschuiving zonder oorzaak », R.W., 1996-1997, p. 46.

²³ « Il faut que "le demandeur ne trouve ni dans un contrat, ni dans un quasi-contrat, ni dans un délit, ni dans un quasi-délit, ni dans la loi elle-même (disposition spéciale) une action propre lui permettant de faire valoir sa prétention" » (H. DE PAGE, op. cit., t. III, pp. 36-37, n° 31).

²⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1150, n° 790.

²⁵ Cass., 22 août 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 205.

4. D'aucuns²⁶ en ont alors conclu, suivant un raisonnement *a priori* correct, qu'il n'était pas possible de plaider devant les cours et tribunaux différents autres moyens d'obtenir restitution de l'appauvrissement, à titre principal et/ou subsidiaire, selon une articulation propre à la présentation des moyens suivant le droit judiciaire, pour finalement invoquer, à titre infiniment subsidiaire²⁷, la théorie de l'enrichissement sans cause. L'idée serait que, cette théorie étant subsidiaire, il ne serait même pas permis d'invoquer à titre principal d'autres moyens de droit puisés dans la loi ou un contrat ou quasi-contrat.

La Cour de cassation a cependant admis qu'une créance en remboursement puisse se fonder à titre subsidiaire sur la théorie de l'enrichissement sans cause, après que d'autres moyens de droit tirés dans la loi ou dans un contrat ou quasi-contrat eurent été invoqués à titre principal mais sans succès²⁸. Par son arrêt du 9 juin 2017²⁹, la Cour a jugé que : « Le principe du caractère subsidiaire de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause empêche que cette action soit admise lorsque le demandeur dispose d'une autre action qu'il a laissée déperir³⁰. L'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut, dès lors, pas être accueillie lorsqu'elle a pour but d'éviter un empêchement légal résultant d'une action dont le demandeur disposait. Le caractère subsidiaire n'empêche toutefois pas que le demandeur fonde en ordre principal, son action sur un ou plusieurs autres fondements et, en ordre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause au cas où le juge considérerait que les premiers fondements sont en réalité inexistantes. »

²⁶ B. DE CONINCK, « À titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause... », in P. WÉRY (dir.), *La théorie générale des obligations*, suite, Liège, CUP, vol. 57, 2002, p. 83 ; C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les sources des obligations extra-contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2007, p. 232, n° 24 ; Mons, 20 décembre 1998, *Pas.*, 1998, II, p. 149 ; Mons, 4 janvier 1982, *Rev. not. b.*, 1982, p. 297 ; Civ. Bruxelles, 10 février 1987, *Pas.*, 1987, III, p. 55 ; *Contra* : Bruxelles, 2 avril 1910, *Pas.*, 1910, II, p. 219.

²⁷ À la manière de la « voiture-balai » d'une course cycliste.

²⁸ En l'espèce, la demanderesse, sur pied de l'enrichissement sans cause, avait invoqué à titre principal le dépôt nécessaire, puis le dépôt volontaire, puis le mandat, ensuite la gestion d'affaires et enfin, à titre infiniment subsidiaire, l'enrichissement sans cause.

²⁹ Cass., 9 juin 2017, *Pas.*, 2017, p. 1308 ; *R.G.D.C.*, 2017, p. 502 et note F. DEGUEL, « Enrichissement sans cause ; précisions attendues dans les relations familiales » ; *R.T.D.F.*, 2018, p. 987 ; *R.W.*, 2017-2018, pp. 1104-1109. Dans un arrêt du 5 juin 2015, la Cour avait déjà évoqué le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* mais dans un sens plus strict qui laissait encore penser que cette action ne pouvait être invoquée que s'il n'y avait vraiment aucun autre recours possible, sans pouvoir cumuler les actions devant le juge du fond (voy. J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *J.T.*, 2018, p. 631, n° 4) ; la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence issue de l'arrêt du 9 juin 2017, par un récent arrêt : Cass., 24 février 2022, *R.W.*, 2022-2023, n° 17, pp. 1-2.

³⁰ Cet attendu n'est pas sans rappeler celui d'un arrêt de la Cour de cassation antérieur : « [...] que le caractère subsidiaire de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause s'oppose à ce qu'elle soit accueillie lorsque la partie a disposé d'un autre recours qu'elle a laissé déperir comme en l'espèce » (Cass., 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 305).

5. Le caractère subsidiaire de la théorie de l'enrichissement sans cause doit donc être considéré uniquement comme un obstacle à ce que le demandeur puisse invoquer cette théorie alors qu'il existe ou existait d'autres moyens de droit, dans la loi, dans un contrat ou un quasi-contrat, pour obtenir éventuellement satisfaction au regard de ces autres fondements possibles, voire parce que le demandeur a perdu ou laissé se déperir, pour cause de prescription par exemple, une autre action qui lui était ouverte par la loi ou un contrat ou quasi-contrat, et qu'il n'a pas saisi cette chance³¹.

Il est donc tout à fait permis d'invoquer plusieurs moyens de droit³², puisés les uns dans la loi, les autres dans un contrat ou un quasi-contrat, de les articuler entre eux suivant différentes argumentations à titre principal puis subsidiaire, pour enfin terminer par invoquer, à titre infiniment subsidiaire³³, la théorie de l'enrichissement sans cause, dans l'hypothèse où les autres moyens de droit précédents n'étaient pas retenus en l'espèce par le juge, s'il devait estimer que les premiers moyens ne sont pas fondés³⁴.

La précision de la Cour de cassation quant au caractère subsidiaire³⁵ de l'action *de in rem verso* fait ainsi en quelque sorte se rejoindre cette condition de subsidiarité et celle d'absence de cause : s'il existe (ou existait) un autre moyen dans la loi, dans un contrat ou un autre quasi-contrat, voire un délit ou quasi-délit, non seulement la condition de subsidiarité n'est pas rencontrée

³¹ Le fait d'avoir laissé un recours ou une autre action déperir serait alors la « cause véritablement complète, déterminante et justificative » de l'appauvrissement (J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *op. cit.*, p. 631, n° 4).

³² Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2017, J.-Fr. Romain voit même dans cette décision l'expression de ce qu'il considère comme un autre principe général de droit : celui de « la liberté et du concours des actions en responsabilité et en droit patrimonial plus généralement, et leur non-subsidiarité » : (J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *op. cit.*, pp. 633 et s., n° 7 et s.).

³³ Mais cela doit-il être nécessairement le cas ? Certes, de prime abord, l'on ne concevrait pas que l'enrichissement sans cause soit invoqué à titre principal, avant d'autres moyens de droit tirés de la loi ou d'un contrat ou d'un autre quasi-contrat, vu son caractère subsidiaire. Mais, si cette théorie est la seule à permettre une restitution (la plus) intégrale pour compenser l'appauvrissement, tandis que (dans le même temps) ce sont les autres moyens de droit (tirés de la loi, un contrat ou un quasi-contrat) qui sont plus incertains quant à leur application au cas d'espèce ? Rien n'empêcherait d'invoquer l'enrichissement sans cause à titre principal, puisque son caractère subsidiaire ne doit pas être confondu avec le sens qu'on lui donne pour une demande formulée devant les cours et tribunaux suivant le droit judiciaire. Voy. d'ailleurs à propos du choix laissé au demandeur quant à l'ordre du cumul de ses actions : *Ibid.*, p. 633, n° 8.

³⁴ F. DEGUEL, « Enrichissement sans cause ; précisions attendues dans les relations familiales », note sous Cass., 9 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 505, n° 7 : « En droit judiciaire, la demande subsidiaire est en effet celle formalisée comme dernier recours lorsqu'il existe des doutes quant aux chances de succès de la demande principale », et références notamment à G. DE LEVAL, « La demande », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 118, n° 2.21.

³⁵ Plutôt qu'une « condition de subsidiarité ». Les arrêts de la Cour de cassation du 5 juin 2015 et du 9 juin 2017 insistent d'ailleurs sur le terme « caractère » plutôt que « condition ».

mais en outre il y a probablement une cause juridique à l'appauvrissement et à l'enrichissement corrélatif, précisément dans la loi, dans un contrat ou un autre quasi-contrat, voire un délit ou quasi-délit³⁶.

Section 2

Conditions requises pour qu'il y ait enrichissement sans cause

6. Pour pouvoir appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause, il convient de réunir quatre conditions traditionnellement reprises par la doctrine et la jurisprudence, à savoir l'existence d'un enrichissement dans le chef d'un patrimoine (Sous-section 1), d'un appauvrissement de la part d'un autre patrimoine (Sous-section 2), une corrélation entre cet enrichissement et cet appauvrissement entre les deux patrimoines concernés (Sous-section 3) et une absence de cause à ce transfert patrimonial (Sous-section 4). On peut ajouter une cinquième condition : cette théorie doit être la seule action, la seule manière permettant de rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines enrichi et appauvri, ce qui explique son caractère subsidiaire parfois considéré comme une condition d'existence ou plutôt comme une condition première d'admissibilité³⁷.

Sous-section 1

Un enrichissement

7. Il faut tout d'abord qu'il y ait enrichissement d'un patrimoine. Cela est apprécié de manière large par la jurisprudence³⁸. L'enrichissement peut être

³⁶ Pour certains auteurs, la subsidiarité n'est pas une condition distincte, mais constitue une des modalités de l'application d'une des autres conditions, généralement l'absence de cause (A. DE BERSAQUES, « Le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso* », *R.C.J.B.*, 1957, spéc. n° 21, p. 130 ; P. VAN OMMELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1151, n° 790 ; J.-F. ROMAIN, op. cit., n°s 47 et 51, pp. 123 et 126, et « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », op. cit., pp. 629 et s., spéc. n°s 2 et s., pp. 630 et s. : ce dernier auteur considère que cette conception « processuelle », l'articulation des conditions de l'action *de in rem verso*, est la meilleure et rejette même la condition stricte de subsidiarité. Subsidiarité et absence de cause se rejoignent donc, ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2017 le rappelle implicitement mais certainement. La jurisprudence des juges du fond fait d'ailleurs fréquemment appel à la condition de subsidiarité en conjonction avec celle d'absence de cause (Anvers, 30 mai 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 549 ; Mons, 26 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 71 ; Mons, 9 octobre 1990, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12.169 ; Liège, 8 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 599).

³⁷ Nous renvoyons le lecteur à ce que nous avons déjà indiqué à propos du caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*, ayant pris le parti – sans doute comme d'autres auteurs mais surtout depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juin 2017 prérappelé – de ne pas le considérer comme une condition d'existence, du moins ayant voulu mettre en évidence ce caractère subsidiaire souvent considéré comme étant le propre d'un principe général de droit.

³⁸ P. VAN OMMELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1139, n° 783.

« tout avantage appréciable en argent »³⁹. Ce peut être toute acquisition de richesses, sous quelque forme que ce soit : acquérir un bien ou un droit réel sur un bien, voir un bien acquérir une plus-value, jouir temporairement d'un bien, être libéré d'une charge (extinction d'une dette), éviter une dépense⁴⁰ ou un préjudice, être libéré d'une responsabilité civile, bénéficier d'un accroissement de richesse intellectuelle ou morale (enseignement donné à un enfant⁴¹). Des éléments immatériels, comme bénéficier d'une prestation de services⁴², peuvent être pris en considération à la condition qu'ils soient susceptibles d'une évaluation patrimoniale⁴³. La Cour de cassation a récemment précisé que l'enrichissement doit consister en un bénéfice réel dans le chef de l'enrichi⁴⁴.

Sous-section 2

Un appauvrissement

8. L'appauvrissement se définit tout aussi largement⁴⁵, *mutatis mutandis* conformément aux mêmes principes que l'enrichissement : diminution de patrimoine (perte d'un bien, d'un droit réel, moins-value subie par un bien), prise en charge d'une dépense, acceptation d'une responsabilité, diminution de patrimoine intellectuel, prestation de services non rémunérée, efforts accrus, perte de temps, du moment ici aussi que cela soit évaluable en argent. Mais un dommage purement moral ne peut pas entrer en ligne de compte⁴⁶.

Sous-section 3

Un lien de corrélation

9. Il faut aussi un lien de causalité entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Nous préférons la locution « corrélation » pour ne point confondre

³⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, p. 47, n° 37 et les références à Planiol et Ripert, t. VII, n° 753, et Josserand, t. II, n° 569, pour lequel l'enrichissement peut être matériel, intellectuel ou moral. H. De Page ajoute : « [...] qu'il soit ou non de nature patrimoniale [...] », or il nous semble que tout avantage appréciable en argent est alors de nature patrimoniale.

⁴⁰ Voy. p. ex., Liège, 23 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1187 ; Bruxelles, 3 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1415 ; R.G.A.R., 1992, n° 11.934.

⁴¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, op. cit., p. 47, n° 37.

⁴² C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », op. cit., pp. 214 et s.

⁴³ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1139, n° 783.

⁴⁴ Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2022-2023, n° 16, pp. 619-623 et concl. Av. gén. R. Mortier ; voy. aussi pour un commentaire de cet arrêt et la notion d'« enrichissement négatif » (à savoir lorsque l'enrichissement consiste en une économie de dépense pour l'enrichi) devant consister en un bénéfice réel, effectif, dans le chef de l'enrichi, pour que la théorie trouve à s'appliquer : Th. VERHOFSTEDE, « Ongerechtvaardigde verrijking : negatieve verrijkingen en de waarderingswijze van vermogensverschuivingen », *R.W.*, 2022-2023, n° 16, pp. 602-617, spéc. pp. 603-608.

⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 216, n° 223.

⁴⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1139, n° 783.

lien de causalité et absence de cause, ce qui pourrait paraître contradictoire⁴⁷. J.-Fr. Romain utilise la formule « un véritable mouvement qui doit être de vases communicants »⁴⁸ entre les patrimoines appauvri et enrichi.

L'enrichissement doit être la conséquence nécessaire de l'appauvrissement⁴⁹. En cela, la corrélation s'établit de la même manière qu'en matière de responsabilité civile en appliquant la théorie de l'équivalence des conditions⁵⁰ : sans l'appauvrissement, l'enrichissement ne se serait pas produit tel qu'il s'est pourtant réalisé. L'appauvrissement « est la condition *sine qua non* de l'enrichissement »⁵¹. Ce lien doit s'apprécier *in concreto*.

On cite traditionnellement⁵² le cas d'un généalogiste qui révèle l'existence d'une succession à un héritier : si celui-ci avait pu avoir de toute façon connaissance de cette succession, par l'intervention d'un notaire, celle du généalogiste n'est pas la condition nécessaire à son enrichissement, de telle sorte qu'il n'y a pas de corrélation entre les efforts ou les services rendus par le généalogiste et l'accroissement du patrimoine de l'héritier.

Sous-section 4

Une absence de cause

10. Si la preuve de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatifs présente généralement moins de difficultés, la jurisprudence témoigne de ce que c'est principalement l'absence de cause qui pose le plus de problèmes, comme l'a relevé également la doctrine. C'est en effet cette condition qui a fait l'objet des plus vifs débats et qui a ainsi donné lieu à une pléthore de décisions de jurisprudence, notamment ces dernières années dans les relations au sein d'un couple⁵³. Les membres d'un couple sont souvent ceux

⁴⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, p. 46, n° 36. L'auteur souligne que la contradiction n'est qu'apparente dès lors qu'il « s'agit de deux ordres d'idées totalement différents ». Il ne faut pas confondre le lien nécessaire entre appauvrissement et enrichissement (corrélation) pour que l'appauvri puisse agir contre l'enrichi, et l'absence de cause, de justification, de raison d'être, à ce transfert, ce glissement de richesses, d'un patrimoine vers un autre.

⁴⁸ J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », op. cit., p. 108.

⁴⁹ P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1140, n° 784.

⁵⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 216, n° 224 et les références citées.

⁵¹ *Ibid.*, p. 216, n° 224.

⁵² En référence à un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 26 février 1969, *Pas.*, 1969, II, p. 117 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1140, n° 784 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 216, n° 224, p. 217.

⁵³ Marié en séparation de biens pure et simple, ou non marié (cohabitants légaux ou de fait). On pourrait imaginer un recours sur pied de l'enrichissement sans cause entre époux mariés en communauté, mais alors seulement en cas de transfert de richesses du patrimoine propre de l'un vers le patrimoine propre de l'autre, et non avec leur patrimoine commun (en ce cas, en effet, c'est le régime des récompenses qui s'applique).

qui trouvent dans cette théorie le seul moyen de corriger leurs déséquilibres patrimoniaux intervenus entre eux.

H. De Page écrivait que « le déplacement de richesses, envisagé dans son ensemble (enrichissement, appauvrissement, et corrélation entre l'un et l'autre) [doit être] sans raison d'être, sans contrepartie, sans justification, de quelque nature qu'elle soit »⁵⁴. Cette condition impose, selon lui, de rechercher si le transfert n'a pas de « justification, juridique, économique, voire morale, dans les circonstances particulières de l'espèce et indépendamment de toute définition abstraite ou théorique »⁵⁵. Il ne s'agit donc pas de la cause au sens du droit des contrats (cause-contreprestation ou cause-mobile déterminant)⁵⁶, c'est-à-dire le titre qui justifie un transfert de richesses en droit positif⁵⁷, mais de la cause-justification, ainsi que l'a mis en lumière J.-Fr. Romain⁵⁸.

Cet auteur a également démontré dans son étude, d'une manière magistrale et convaincante, que cette cause-justification ne devait cependant pas être conçue d'une manière trop extensive, à peine de ruiner la théorie de l'enrichissement sans cause. En effet, pour reprendre ses termes, « plus large sera la définition de la cause et, partant, de la condition négative de la théorie résidant dans l'absence de cause, plus difficile et rare sera rendue l'application de la théorie. *A contrario*, plus précise sera l'exigence de définition de la justification de l'appauvrissement, et plus large sera aussi le potentiel d'application du principe »⁵⁹.

En considérant qu'il existe une cause, pas uniquement juridique, mais aussi économique, voire morale, à un appauvrissement et un enrichissement corrélatif, la doctrine traditionnelle a abouti à ce que la théorie de l'enrichissement sans cause soit, dans la grande majorité des cas, rejetée⁶⁰. Il ne faut en réalité pas rechercher s'il existe une cause quelconque⁶¹ à l'appauvrissement et à l'enrichissement, mais plutôt l'existence d'une cause déterminante et justificative, dans chaque cas d'espèce où cette théorie est invoquée. La théorie gagne alors en sécurité juridique et le principe d'équité, qui est à sa base, est respecté. C'est « l'excès d'imprécision de la cause [qui] nuit à l'enrichissement sans cause »⁶².

⁵⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. III, p. 45, n° 40.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 1141, n° 785 ; voy. aussi J. DABIN, note sous Cass., 9 mars 1950, *R.C.J.B.*, 1952, pp. 8 et s., spéc. p. 17.

⁵⁶ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 217, n° 225.

⁵⁷ P. VAN OMMESELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1141, n° 785.

⁵⁸ J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », op. cit., pp. 71 à 149.

⁵⁹ *Ibid.*, n° 8, p. 78.

⁶⁰ À dessein sans doute, car cette même doctrine traditionnelle voyait cette théorie avec méfiance, l'estimant capable de ruiner toutes les règles du droit des obligations et de porter atteinte à la sécurité juridique.

⁶¹ Même économique ou morale.

⁶² J.-Fr. ROMAIN, op. cit., n° 64, p. 147.

La « cause » en matière d'enrichissement sans cause est en effet le « fait juridique légitimant l'accroissement »⁶³ du patrimoine enrichi. Elle n'est pas « le fait juridique au sens strict mais le fait au sens de la cause juridique à l'origine de l'accroissement et [...] de l'appauvrissement »⁶⁴, « toute cause justificative, de nature juridique, déterminante »⁶⁵ de l'appauvrissement et de l'enrichissement⁶⁶. Cela demeure un motif juridique, et non purement économique, voire moral, dès lors que la théorie de l'enrichissement sans cause relève du droit positif, non de la morale, même s'il est fondé sur l'équité⁶⁷.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas étonnant que, nonobstant un léger fléchissement ces dernières années, favorable à une application plus souple de la théorie de l'enrichissement sans cause⁶⁸ – car attachée à rechercher s'il existe en l'espèce une cause justificative et déterminante à l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif – notamment entre époux, cohabitants ou concubins, « la grande majorité des décisions rejettent l'action »⁶⁹ postulée sur la base de cette théorie par celui qui se prétend appauvri injustement. Sans doute est-ce parce que ces décisions procèdent encore d'une conception de la cause issue de la doctrine dite traditionnelle.

11. La Cour de cassation n'a pas donné de définition générale de la cause. Elle a certes indiqué que la cause est le « fait juridique légitimant l'accroissement »⁷⁰ ou plus récemment qu'un transfert de richesses est « sans cause lorsqu'il n'existe aucun motif juridique justifiant l'appauvrissement d'une partie et l'enrichissement de l'autre »⁷¹, ce qui confirme le caractère *juridique* de la cause ou du motif ; mais elle n'indique pas ce qui précisément serait ou non une cause justificative. H. De Page proposait une méthode que l'on qualifie d'empirique et qui vise dès lors à recenser en une liste les diverses

⁶³ Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491 ; R.C.J.B., 1952, p. 5 et note J. DABIN ; Cass., 7 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 878 et notes.

⁶⁴ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, n° 39, p. 112.

⁶⁵ *Ibid.*, n° 43, pp. 116-117. L'auteur précise en note de bas de page que la cause ne peut être simplement économique ou morale ; elle doit aussi être juridique. Sinon, il en résulte une définition extensive de la cause, qui nuit à l'application correcte, en équité, de la théorie de l'enrichissement sans cause.

⁶⁶ Bien que cela soit controversé, il semble nécessaire que tant l'enrichissement que l'appauvrissement soient dépourvus de cause justificative. En ce sens : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, p. 49, n° 40, B. « l'absence de cause peut porter indifféremment sur l'enrichissement OU l'appauvrissement. Il suffit que L'UN OU L'AUTRE aient une cause pour qu'il n'y ait pas lieu à restitution » (souligné par l'auteur) ; P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 217, n° 225 et les références en note (30).

⁶⁷ J. Dabin proposait de s'en remettre exclusivement à l'équité pour déterminer l'absence éventuelle de cause (*op. cit.*, p. 8) mais cette solution ne pouvait être retenue car elle laissait une trop grande place à la subjectivité.

⁶⁸ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 401-402, n° 367.

⁶⁹ M. VAN MOLLE, « La pratique des conventions d'établissement de comptes entre époux ou cohabitants », in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 460, n° 12.

⁷⁰ Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491 ; R.C.J.B., 1952, p. 5 et note J. DABIN ; Cass., 7 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 878 et notes.

⁷¹ Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 1059 ; R.W., 2012-2013, p. 985, et note de A. VAN OEVELEN.

hypothèses dans lesquelles le transfert de richesses a une cause de telle sorte que l'action *de in rem verso* est rejetée⁷².

J.-Fr. Romain estime, quant à lui, devoir « rechercher s'il existe à chaque fois, *in specie*, une cause justificative précise, à l'origine de l'appauvrissement ou de l'enrichissement, excluant l'application du principe général de droit de l'enrichissement sans cause »⁷³ et insiste sur la nécessité de définir cette liste précisément dans un souci de sécurité juridique. Il recense ainsi huit hypothèses dans lesquelles le transfert de richesses est justifié, c'est-à-dire a une cause justificative, en écartant les motifs non juridiques (économiques ou moraux)⁷⁴. Il y a, selon lui : « 1° la cause objective/contre-prestation dans les contrats ; 2° la cause subjective/mobile déterminant sous la forme d'une intention libérale dans le chef de l'appauvri ; 3° la cause subjective résultant d'un acte par déclaration de volonté unilatérale au profit d'autrui, dans le chef de l'appauvri, qui peut être une renonciation, à caractère certain ; 4° ou celle découlant d'une volonté spéculative de l'appauvri ; 5° ou bien encore celle fondée sur une volonté d'agir dans son intérêt égoïste exclusif ou à tout le moins très largement dominant ; 6° la cause légale ou réglementaire résultant d'une obligation à contenu déterminé pesant sur l'appauvri ; 7° la cause résultant d'une obligation naturelle de l'appauvri ; 8° et enfin, la cause résultant de la faute de l'appauvri »⁷⁵.

Nous allons brièvement passer ces causes justificatives en revue, pas nécessairement dans cet ordre⁷⁶, mais plutôt dans celui retenu classiquement par la doctrine, aux fins de les illustrer succinctement.

A. Une cause dans la loi

12. Si le transfert est justifié par une règle légale matérielle, ayant un contenu suffisamment déterminé⁷⁷, l'action *de in rem verso* doit être exclue. De même si cela s'explique par un (autre) principe général de droit applicable à cette situation. On peut assimiler à l'effet de la loi le cas où le transfert de richesses

⁷² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 45 et s., n°s 40 à 44 ; voy. aussi C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », op. cit., n°s 13 et s. ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », R.P.D.B., compl. T. XI, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 407.

⁷³ J.-Fr. ROMAIN, op. cit., n° 42, p. 116 (souligné par l'auteur).

⁷⁴ *Ibid.*, n°s 42 et s., pp. 116 et s.

⁷⁵ *Idem*, n° 65, p. 148. L'auteur les synthétise encore davantage en rapprochant ou classant certaines de ces causes.

⁷⁶ Nous réunissons ainsi sous « la volonté de l'appauvri » ce que J.-Fr. Romain distingue, entre « intention libérale », « renonciation », « spéculation » et « intérêt personnel exclusif ».

⁷⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 222, n° 228. Ainsi, dans l'exemple du généalogiste qui apprend à une personne qu'elle est héritière, certes, c'est par les règles en matière de succession que celui-ci est héritier, mais ce n'est pas la cause de justification, puisque le seul effet de la loi ne pourrait le faire hériter s'il n'y avait pas eu l'effort nécessaire du généalogiste pour retrouver cet héritier.

trouve sa cause dans l'exécution d'une décision de justice⁷⁸. Il y a transfert de richesses certes, mais la loi en quelque sorte le prévoit et l'autorise, sans qu'il y ait lieu à restitution ou indemnisation pour l'appauvri⁷⁹.

C'est ainsi qu'il a pu être opposé à des époux ou des cohabitants, qui invoquaient la théorie de l'enrichissement sans cause, que le transfert de richesses entre eux trouvait sa cause dans l'obligation imposée à chaque époux ou cohabitant légal – voire entre simples cohabitants de fait – de contribuer aux charges du mariage ou du ménage en proportion de ses facultés (art. 221 anc. C. civ. ; art. 1477 § 3, anc. C. civ.)⁸⁰.

Le lien matrimonial ou les sentiments d'affection entre époux ou concubins ont également été invoqués et parfois retenus par la jurisprudence⁸¹ pour s'opposer à une demande fondée sur l'enrichissement sans cause. Ceux-ci étaient considérés comme la cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif. Un tel raisonnement empêcherait *de facto* toute reconnaissance de l'existence d'une créance d'enrichissement sans cause, chaque fois qu'il y a mariage⁸², voire simple cohabitation légale ou de fait, puisque toutes ces différentes formes d'union impliquent généralement des liens d'affection entre partenaires. Or ce n'est pas pour autant qu'un enrichissement et un appauvrissement ne seraient pas injustifiés au regard de l'équité et de l'équilibre qui doit normalement exister entre deux patrimoines. En régime de communauté légale, aucune créance de récompense⁸³ n'est refusée au prétexte qu'il y aurait mariage ou sentiments d'affection entre conjoints. Elle est au contraire quasi automatique – pour autant que le transfert de richesses entre patrimoines soit démontré – sans qu'un écrit (autre que celui prouvant le transfert de richesses) constitutif de preuve et qualifiant l'opération réalisée soit nécessaire.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 224, n° 231.

⁷⁹ Art. 549 C. civ. (ancien), devenu art. 3.29 C. civ., permettant au possesseur de bonne foi de conserver les fruits de la chose qu'il doit quant à elle restituer ; art. 599 C. civ. (ancien) qui interdisait à l'usufruitier toute indemnité pour les améliorations apportées à la chose donnant lieu à une plus-value (cet article est devenu l'article 3.160 du Code civil, lequel se réfère à présent expressément à l'enrichissement injustifié).

⁸⁰ Il est presque systématiquement invoqué : I. DE STEFANI, « Les clauses de comptes et les conventions patrimoniales entre cohabitants », in *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Bruxelles, Anthemis, 2008, p. 65 ; M. VAN MOLLE, « La pratique des conventions d'établissement de comptes entre époux ou cohabitants », *op. cit.*, p. 460, n° 12. La jurisprudence accueille cet argument de manière contrastée : voy. à cet égard, pour un résumé, notre contribution : Th. VAN HALTEREN, « Du nouveau en matière d'enrichissement sans cause », in *Droit familial et droit civil. À la croisée des chemins*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 77 à 81.

⁸¹ Liège, 14 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1767 ; *Rev. not. b.*, 2004, p. 164 et note de L. STERCKX ; Liège, 2 février 2005, *R.T.D.F.*, 2007, p. 816 ; Bruxelles, 29 mars 2006, *R.T.D.F.*, 2007, p. 848 ; Liège, 19 décembre 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 263 ; Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 721 ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. b.*, 2012, p. 638 ; Civ. Namur, 26 mars 2014, *R.T.D.F.*, 2016, p. 328.

⁸² V. ROSENAU, « Chapitre 4. Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause : les tendances et la jurisprudence récente », in *La liquidation des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 152.

⁸³ Et l'on enseigne que la théorie des récompenses en régime de communauté est une application de celle de l'enrichissement sans cause.

Par un arrêt du 22 janvier 2016⁸⁴, la Cour de cassation a rejeté le moyen formulé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Mons qui avait jugé que la circonstance que deux personnes formant un couple et ayant un projet de vie commune ne pouvait à elle seule être considérée comme la cause de l'appauvrissement de l'un et de l'enrichissement de l'autre. La Cour de cassation a ainsi jugé que la cour d'appel pouvait légalement déduire de ces considérations qu'il y avait bien enrichissement sans cause en l'espèce⁸⁵.

B. Une cause dans un contrat ou quasi-contrat

13. Si l'enrichissement et/ou l'appauvrissement découle(nt) d'une convention entre enrichi et appauvri, celle-ci en constitue la cause et fait obstacle à l'application de la théorie. Ce pourrait être aussi un contrat conclu avec un tiers⁸⁶. Cela n'est pas contraire à la relativité des effets internes d'un contrat mais tient à l'opposabilité de ses effets externes⁸⁷. Encore faut-il que le contrat contienne une clause qui règle un tel enrichissement/appauvrissement, sinon, il pourrait y avoir absence de cause⁸⁸. L'enrichissement sans cause ne peut être invoqué pour pallier l'absence de preuve d'un contrat ayant pu régir les relations entre les parties⁸⁹.

C'est notamment l'existence d'un contrat de mariage entre époux mariés en séparation de biens pure et simple qui a permis à une certaine jurisprudence⁹⁰

⁸⁴ Cass., 22 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 306.

⁸⁵ Par un arrêt antérieur, la cour d'appel de Bruxelles a aussi décidé, dans un cas assez similaire à celui évoqué ci-avant, qu'il y avait appauvrissement et enrichissement, dépourvus de cause, c'est-à-dire sans justification objective ou raisonnable, considérant également que le fait que deux cohabitants formaient un couple et avaient un projet de vie commune ne peut davantage, à lui seul, être considéré comme une cause justificative. « Cela reviendrait, d'une part, à rejeter de manière systématique la théorie de l'enrichissement sans cause aux situations à composante affective et, d'autre part, à considérer que le concubinage présume l'intention libérale du solvens » (Bruxelles, 7^e ch., 3 mai 2013, *R.T.D.F.*, 2013, pp. 1019 à 1023 ; rapp. : Liège, 15 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 219 ; Civ. Charleroi, 22 octobre 2010, *R.T.D.F.*, 2013, p. 531 et note de M. VAN MOLLE).

⁸⁶ Entre l'enrichi et un tiers : tel était le cas ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1950 (Cass., 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491 ; *R.C.J.B.*, 1952, p. 5 et note J. DABIN) et celui du 7 avril 1978 (Cass., 7 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 878 et notes). Entre l'appauvri et un tiers : Cass., 20 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 97 ; Cass., 25 janvier 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 597 ; *R.W.*, 1980-1981, col. 314 et note ; Bruxelles, 3 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1415 ; Mons, 20 décembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 149 et note.

⁸⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 220, n° 226 ; C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », op. cit., pp. 224-225.

⁸⁸ On cite généralement le cas d'un contrat de bail qui prévoit que les améliorations faites par le preneur profiteront en fin de bail au bailleur, sans devoir d'indemnité au preneur. À l'inverse, si le bail ne prévoit rien, l'enrichissement sans cause pourrait être invoqué, sauf application de la théorie des impenses (art. 555 anc. C. civ.) auquel cas, la cause résiderait alors dans la loi (avec ici tout de même un droit à indemnisation selon cette théorie spécifique).

⁸⁹ P. VAN OMMELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1144, n° 787 ; Liège, 8 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 599 ; Anvers, 4 décembre 1995, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 3 et note R. PASCARIELLO ; Mons, 4 janvier 1982, *Rev. not. b.*, 1982, p. 297.

⁹⁰ Anvers, 22 décembre 1997, *T. not.*, 1999, p. 144 ; Anvers, 30 novembre 2005, *NjW*, 2006, p. 948 ; Mons, 8 juin 2010, *R.T.D.F.*, 2011, p. 747 ; Civ. Bruxelles, 27 janvier 2012, *Rev. not. b.*, 2012, p. 638 ; Mons, 30 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 99 ; dans le même sens, en doctrine : V. WYART, « Du contractualisme du contrat de mariage et de ses conséquences sur la preuve des créances entre (ex-)époux », *Rev. not. b.*, 2013, pp. 3 et s.

de refuser d'admettre l'enrichissement sans cause. La quasi-totalité des contrats de mariage de ce type contenaient en effet, à une époque, des clauses stipulant l'obligation de prouver par écrit une créance qu'un époux aurait à l'encontre de l'autre et que les comptes que les époux pouvaient se devoir sont présumés avoir été soldés pendant le mariage au jour le jour, à défaut de preuve contraire (à rapporter par la production d'un écrit)⁹¹. Refuser d'accepter l'existence d'une créance fondée sur l'enrichissement sans cause en raison d'un contrat de mariage contenant ce type de clause est critiqué en doctrine⁹² et n'est pas suivi par tous les cours et tribunaux⁹³, dans la mesure où cela aboutit à conférer un caractère irréfragable à la présomption de règlement de comptes entre époux au jour le jour, alors qu'elle est généralement libellée comme étant susceptible de preuve contraire⁹⁴. La doctrine et la jurisprudence sont à présent d'accord pour considérer qu'il faut, dans chaque cas d'espèce, vérifier précisément si le contrat de mariage peut constituer ou non une cause au transfert de richesses entre époux.

Si le rapport entre l'appauvri et l'enrichi trouve sa cause dans un (autre) quasi-contrat, tel que le paiement indu ou la gestion d'affaires, il y a lieu de faire application de leurs règles spécifiques prévues par le Code civil, et non de la théorie générale de l'action *de in rem verso*, qui est subsidiaire. C'est en cela que l'on confond parfois la condition d'absence de cause et celle de la subsidiarité. Il est vrai que, vu sous l'angle de l'absence de cause légale en particulier, les deux aspects se rejoignent.

C. Une cause dans la volonté de l'appauvri

14. L'on enseigne aussi traditionnellement que la cause du transfert de richesses peut être trouvée dans la volonté même de l'appauvri⁹⁵. Ainsi, tel

⁹¹ Il s'agit notamment de la clause dite « Grégoire » du nom du notaire Michel Grégoire qui l'avait suggérée dans l'un de ses modèles ou formulaires d'actes.

⁹² F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. b.*, 2011, p. 356 ; « L'enrichissement sans cause et les relations affectives devant les cours d'appel », *R.G.D.C.*, 2016, p. 102 ; Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – jurisprudence récente », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215 ; Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in *Le contrat de séparation de biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 89 et s. ; J.-L. RENCHON, « Et encore la clause-type de règlement de comptes insérée dans les contrats de mariage de séparation de biens pure et simple », *R.T.D.F.*, 2013, p. 1003.

⁹³ Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430 ; Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 729 ; Civ. Nivelles, 20 février 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 706 ; Liège, 11 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 94.

⁹⁴ Cela opérerait également une forme de prescription de l'action entre époux, alors que la prescription ne court pas entre ces derniers (art. 2253 C. civ.) et qu'il ne peut y être renoncé par avance dans le contrat de mariage (art. 2220 C. civ.) : V. ROSENAU, « Chapitre 4. Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause : les tendances et la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 151.

⁹⁵ Gand, 20 novembre 2008, *R.G.D.C.*, 2011, p. 39 (l'appauvri recherchait même un intérêt personnel au transfert de richesses) ; Liège, 4 juin 2008, *Rev. not. b.*, 2008, p. 721 (il recherchait son propre confort personnel en investissant dans un bien immobilier qui a servi de logement) ; Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430 (il y avait une volonté de s'appauvrir par le fait de rendre le bien indivis).

sera le cas de celui qui a agi dans une intention libérale, même si toutes les conditions pour qu'il y ait donation ne sont pas réunies ; ou celui qui, même sans agir avec une intention libérale, est venu en aide à l'enrichi par bienveillance et a renoncé à postuler une quelconque créance⁹⁶. Il y a aussi le cas de l'appauvri qui avait agi dans l'espoir plus ou moins spéculatif d'obtenir un avantage et qui, déçu, tente d'invoquer la théorie de l'enrichissement sans cause, là aussi sans succès : son appauvrissement trouvant sa cause dans cette spéculation⁹⁷. De même si l'appauvri a agi dans son intérêt personnel et exclusif (au moins essentiellement) alors qu'un tiers (l'enrichi) a pu en tirer, ne fût-ce qu'indirectement, un avantage⁹⁸.

Voir dans la volonté de l'appauvri, considérée de manière générale, une cause justificative de son appauvrissement paraît particulièrement inique, dès lors qu'il est rare que l'appauvri n'ait pas eu la volonté si pas de s'appauvrir au bénéfice de l'enrichi, du moins de réaliser le transfert de richesses ayant eu pour effet de l'appauvrir, car cela rendrait alors sa créance *ipso facto* non fondée. Il n'est en effet pas rare que l'appauvri sache qu'il opère un transfert de richesses de son patrimoine au bénéfice de celui de l'enrichi, mais il n'a pas pour autant renoncé dans le même temps à réclamer une restitution ou une indemnisation en retour.

Cet argument, basé sur la volonté même de celui qui s'appauvrit, provient d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2009⁹⁹ qui avait considéré qu'un enrichissement n'est pas sans cause lorsque le glissement de patrimoine trouve son origine dans la volonté même de la personne appauvrie. Mais il convient de rappeler qu'en l'espèce, la Cour avait validé le raisonnement des juges du fond qui avaient considéré que l'appauvri n'avait en réalité pas eu l'intention d'opérer un glissement de patrimoine définitif, mais avait seulement voulu venir en aide à l'enrichi, par obligeance, en mettant des fonds temporairement à sa disposition¹⁰⁰.

15. Depuis lors, la Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser cette jurisprudence puisque, dans un arrêt subséquent du 23 octobre 2014, elle décide qu'un « enrichissement n'est pas sans cause lorsqu'il trouve sa cause dans

⁹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge, op. cit.*, pp. 1145-1146.

⁹⁷ Voy. Civ. Namur, 17 octobre 1966, *Pas.*, 1967, III, p. 46 ; Bruxelles, 7 décembre 1977, *J.T.*, 1978, p. 330 ; Civ. Dinant, 12 octobre 1988, *Rev. not. b.*, 1989, p. 200.

⁹⁸ Voy. Liège, 23 mars 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1187 ; Liège, 11 mars 1971, *J.T.*, 1971, p. 291.

⁹⁹ Cass., 19 janvier 2009, *Arr. Cass.*, 2009, p. 176, concl. R. Mortier ; *Pas.*, 2009, I, p. 153 ; *R.C.J.B.*, 2012, p. 69 et note de J.-Fr. ROMAIN.

¹⁰⁰ « *Hulpvaardigheid* », selon le texte original en néerlandais de l'arrêt de la Cour, traduit par « obligeance » à la *R.C.J.B.*, que J.-Fr. Romain estime être un terme parfaitement choisi dès lors qu'il traduit le caractère incomplet de la cause, insuffisant à constituer une cause déterminante et justificative de l'appauvrissement, le *solvans* n'ayant pas renoncé définitivement à demander restitution à l'*accipiens* (voy. J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, n° 61, p. 143).

la volonté de l'appauvri, pour autant que celui-ci ait eu *la volonté d'opérer un glissement de patrimoine définitif en faveur de l'enrichi* »¹⁰¹. Et la Cour d'insister à cette occasion sur la nécessité pour le juge du fond de motiver concrètement sa décision sur ce point, sans s'abriter derrière des formules générales¹⁰². La Cour a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt du 9 juin 2017¹⁰³.

Toute la difficulté est alors de déterminer dans quelles circonstances la volonté de l'appauvri a été définitive ou non, puisque, bien souvent, mis à part le transfert de richesses effectué par hypothèse volontairement, c'est-à-dire en connaissance de cause, le caractère définitif ou non de l'appauvrissement et de l'enrichissement n'a pas été clairement exprimé entre parties¹⁰⁴. Tout est finalement une question de contexte et d'espèce. L'on pourrait effectuer une analyse de ce qui, selon la jurisprudence, a constitué ou non un transfert de richesses ensuite d'une volonté définitive de l'appauvri. Cela dépasse cependant le cadre de la présente contribution¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328 ; R.G.D.C., 2015, p. 559 et note de J. LAMBRECHTS ; J.L.M.B., 2016, p. 834 ; R.W., 2016-2017, p. 225 (nous soulignons) ; voy. également, Cass., 3 juin 2016, R.G.D.C., 2016, p. 871, cité aussi par F. DEGUEL, « L'enrichissement sans cause et les relations affectives devant les cours d'appel », *op. cit.*, p. 106 et V. ROSENAU, « Chapitre 4. Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause : les tendances et la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 156 ; voy. aussi J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 41, p. 115 : « L'existence d'une volonté générale d'un sujet de droit ne suffit pas. Il faut rechercher quel a été l'exact contenu de cette volonté et départager les situations entre, d'une part, celles où se manifeste une intention libérale ou une volonté certaine de renoncer à toute demande de remboursement à l'enrichi, qui exclut alors l'action *de in rem verso*, et, d'autre part, celles où prédomine une volonté simple d'agir à titre bienveillant, mais sans renonciation à demander un éventuel remboursement d'une aide ou d'un paiement. »

¹⁰² L'arrêt qui considère que « l'enrichissement sans cause ne peut davantage être invoqué lorsque l'appauvri a agi dans l'espoir, plus ou moins spéculatif, d'obtenir un avantage, et que cet espoir est déçu, sans indiquer les éléments sur lesquels il fonde cette appréciation, ne permet pas à la Cour d'exercer son contrôle de légalité et n'est pas régulièrement motivé » (Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328).

¹⁰³ Cass., 9 juin 2017, R.G.D.C., 2017, pp. 502 et s. et note F. DEGUEL, « Enrichissement sans cause : précisions attendues dans les relations familiales » (nous soulignons) ; voy. également Cass., 24 février 2022, R.W., 2022-2023, n° 17, pp. 1-2.

¹⁰⁴ Et c'est même un euphémisme de le dire ! Car les parties expriment rarement, voire n'expriment jamais, par définition ou par hypothèse, le caractère définitif ou non du transfert de richesses. Ainsi, les membres d'un couple ne se préoccupent malheureusement guère de qualifier juridiquement l'opération réalisée, ni *a fortiori* le caractère définitif ou non du transfert de richesses. C'est en réalité au moment du litige que l'appauvri dira que ce transfert ne résultait pas d'une volonté définitive, tandis que l'enrichi prétendra évidemment le contraire.

¹⁰⁵ Dans le cas particulier d'un couple, il semble qu'une jurisprudence se dégage en ce sens : le caractère définitif ou non de l'appauvrissement, au sein d'un couple, pourrait être lié aux fonds mobilisés pour réaliser l'investissement (revenus ou capitaux propres), au type de bien dans lequel les fonds ont été investis (logement familial ou immeuble de rapport), à la circonstance que l'appauvri exécutait ou non son obligation de contribuer aux charges du mariage de cette manière, etc. Avec F. DEGUEL (« Enrichissement sans cause : précisions attendues dans les relations familiales », *op. cit.*, p. 507, n° 13), il faut reconnaître aussi que la circonstance que les époux aient signé un contrat de mariage de séparation de biens, comprenant des clauses dites « de style », telles que celle de présomption de règlement des comptes au jour le jour à défaut d'écrit (clause dite « Grégoire »), ne peut être considérée comme un élément permettant de conclure à une volonté d'opérer un transfert définitif, pour la raison qu'au moment de signer un tel contrat de mariage, les époux n'ont pas encore réalisé le transfert de richesses litigieux. L'on ne pourrait donc déjà conclure à une volonté d'opérer un transfert définitif qui n'a pas eu lieu.

D. Une cause dans la faute de l'appauvri

16. L'enrichissement sans cause est également rejeté si l'appauvrissement trouve sa cause dans une faute de l'appauvri, susceptible d'entraîner sa responsabilité extracontractuelle. On raccroche à cette situation celle de l'appauvri qui a laissé se prescrire une action et qui tente de se rattraper en invoquant l'enrichissement sans cause. Un autre courant doctrinal érige l'absence de faute dans le chef de l'appauvri en condition autonome¹⁰⁶, et non comme un des éléments permettant de constater l'absence de cause justificative à l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatifs. Enfin, un troisième courant ne prend en considération l'existence d'une faute dans le chef de l'appauvri qu'au stade de l'évaluation de la créance de restitution¹⁰⁷.

E. Une cause dans une obligation naturelle

17. L'existence d'une obligation naturelle dans le chef de l'appauvri, c'est-à-dire une obligation morale au départ, généralement reconnue par le milieu social, qui se transforme en obligation civile, par sa reconnaissance ou son exécution volontaires¹⁰⁸ par l'appauvri, interdisant de pouvoir en demander la répétition, fait obstacle à la théorie de l'enrichissement sans cause, l'appauvrissement trouvant sa cause¹⁰⁹ dans cette obligation naturelle. En présence de simples cohabitants de fait, l'on invoque souvent cette obligation naturelle – à défaut de base légale à la différence des cohabitants légaux – de contribuer aux charges de leur ménage en proportion de leurs facultés respectives. « En proportion », en effet, car il ne faut pas que les actes accomplis excèdent les limites de cette obligation¹¹⁰, auquel cas il y aurait enrichissement sans cause ou injustifié.

F. Charge de la preuve de l'absence de cause

18. Relevons enfin que, par un arrêt du 5 janvier 2018¹¹¹, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Mons du 12 janvier 2016, lequel avait considéré que celui qui postulait une créance sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause devait prouver l'absence de cause à l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif. Le demandeur

¹⁰⁶ Sur ce courant en France : C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », *op. cit.*, pp. 253-254.

¹⁰⁷ Anvers, 14 décembre 1988, *Pas.*, 1989, II, p. 144 ; Liège, 1^{er} mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 961 et obs. C.-G. WINANDY.

¹⁰⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1039, n° 690 et pp. 1043-1044, n° 693.

¹⁰⁹ Cause que l'on pourrait qualifier ici de « morale » étant le fondement de l'obligation dite « naturelle » ; mais il s'agit néanmoins toujours d'un motif juridique puisque qui dit obligation naturelle dit que l'obligation morale s'est novée en obligation civile.

¹¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 223, n° 230.

¹¹¹ Cass., 5 janvier 2018, R.G. n° C.16.0183.F, inédit, disponible sur www.juridat.be.

en cassation prétendait que cela procédait d'un renversement de la charge de la preuve, considérant qu'il appartenait au défendeur à l'action *de in rem verso* d'apporter la preuve d'une cause au transfert de richesses, pour pouvoir valablement s'opposer à la théorie de l'enrichissement sans cause.

Après avoir rappelé les règles des articles 1315, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil et 870 du Code judiciaire, la Cour de cassation a indiqué « qu'il appartient à celui qui fonde sa demande de remboursement sur l'existence d'un enrichissement sans cause d'établir la condition d'absence de cause de l'appauvrissement et de l'enrichissement »¹¹².

Nonobstant l'obligation de chaque partie de collaborer loyalement à l'administration de la preuve, il nous paraît en effet qu'il appartient d'abord à celui qui se fonde sur cette théorie de l'enrichissement sans cause de prouver (voire d'apporter suffisamment d'éléments empreints de vraisemblance, s'agissant de prouver un fait négatif : art. 8.6 C. civ.) l'absence de cause, condition essentielle de ladite théorie ; à charge pour l'autre partie de le contester. Il ne s'opère pas un renversement de la charge de la preuve : au contraire, il appartient à celui qui se prétend créancier de le prouver (art. 8.4, al. 1^{er}, C. civ. ; art. 1315, al. 1^{er}, anc. C. civ.) et donc ici de rencontrer les conditions d'existence de l'action, en l'occurrence prouver l'absence de cause justificative au transfert de richesses.

Dans un arrêt du 11 juin 2021, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler notamment¹¹³ ce principe en ces termes : « Le principe général du droit suivant lequel les parties au procès sont tenues de collaborer loyalement à l'administration de la preuve¹¹⁴ a pour effet que, lorsque l'appauvri demandeur à l'action fournit des indices suffisants qui rendent vraisemblable l'absence de tout fondement juridique, il appartient à l'enrichi défendeur à l'action *de in rem verso* de démontrer l'existence d'un fondement juridique »¹¹⁵.

Sous-section 5

La subsidiarité

19. D'aucuns font de la subsidiarité de la théorie de l'enrichissement sans cause sa cinquième et dernière condition d'application. L'on peut en effet

¹¹² Dans ce sens également : P. VAN OMMESELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, op. cit., pp. 1145-1146, n° 788.

¹¹³ Elle a rappelé également que « l'enrichissement n'est pas injustifié lorsqu'il repose sur la volonté de l'appauvri, pour autant que celle-ci ait été d'opérer un transfert de patrimoine définitif en faveur de l'enrichi », reprenant son arrêt du 24 octobre 2014, précité.

¹¹⁴ Encore un autre principe général du droit ainsi consacré !

¹¹⁵ Cass., 11 juin 2021, *J.T.*, 2022, p. 207 et note Y.-H. LELEU, « La fin de la binarité en matière d'administration de la preuve de l'action *de in rem verso* au sein d'un couple ou d'une famille », *T. fam.*, 2021, p. 22 et note A. VAN THIENEN ; *R.A.B.G.*, 2021, p. 1396 et note S. BROUWERS ; *T. Not.*, 2021, p. 826.

y voir une telle condition d'existence. Avec H. De Page, l'on peut voir au contraire dans son caractère subsidiaire un élément distinct, voire prioritaire, dans le raisonnement qui permet d'admettre ou de rejeter ladite théorie dans une situation déterminée ; selon d'autres auteurs, comme J.-Fr. Romain, le caractère subsidiaire n'est que la conséquence du processus d'application des autres conditions, essentiellement l'absence de cause. Nous renvoyons pour notre part le lecteur sur ce que nous avons rappelé ci-avant à propos de ce caractère subsidiaire (voy. *supra*, n^{os} 3 à 5).

Section 3 La restitution

20. Si les cinq conditions sont considérées comme réunies, la théorie de l'enrichissement sans cause étant fondée sur le principe d'équité suivant lequel « nul n'est en droit de s'enrichir injustement (sans cause) aux dépens d'autrui », c'est effectivement un équilibre¹¹⁶ qui doit être rétabli entre les deux patrimoines, lequel se traduit selon la doctrine et la jurisprudence classiques comme conférant un droit de créance pour le patrimoine appauvri à l'encontre de l'enrichi, le droit de recevoir une compensation traditionnellement équivalente au plus petit des deux montants entre son appauvrissement et l'enrichissement de l'autre patrimoine. Ce dernier ne peut en effet être contraint de restituer une valeur supérieure à ce qu'il a lui-même recueilli¹¹⁷.

Certains y voient une obligation née d'un quasi-contrat¹¹⁸, pour d'autres, elle naît d'une responsabilité quasi contractuelle objective¹¹⁹, ou encore d'une obligation de restitution d'origine légale¹²⁰. Il importe en tout cas peu que l'enrichi soit de bonne ou de mauvaise foi¹²¹ pour qu'il doive restituer.

¹¹⁶ Dans « équilibre », l'on retrouve en effet l'idée d'« équité », ne serait-ce qu'étymologiquement.

¹¹⁷ Puisqu'en effet, le principe « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » vaut dans les deux sens : le patrimoine enrichi ne peut être contraint de restituer davantage que son propre enrichissement, ni plus que l'appauvrissement (réel, effectif) du patrimoine appauvri, sinon ce serait le patrimoine appauvri qui au final s'enrichirait aux dépens du patrimoine enrichi.

¹¹⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 79 et s. ; Les articles 5.135 et s. du nouveau Livre 5 du Code civil consacré aux obligations, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, range lui-même la théorie de l'enrichissement sans cause baptisé « enrichissement injustifié » sous les quasi-contrats avec le paiement indu et la gestion d'affaires.

¹¹⁹ J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », *op. cit.*, p. 106.

¹²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, t. III, pp. 58 et s. ; P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 406.

¹²¹ Sauf quant à l'ampleur de la restitution, les intérêts étant dus de plein droit (sans mise en demeure préalable) si l'enrichi est de mauvaise foi : P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 235, n^o 241 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1154, n^o 792.

Sous-section 1

Obligation de restituer : modalités

21. L'action *de in rem verso* donne lieu à une obligation de restitution qui ne déroge pas au principe de l'exécution en nature. Ce n'est que si elle est impossible, « soit pour des raisons de droit, soit pour des raisons de fait, soit parce que l'enrichissement est exclusivement constitué d'une plus-value »¹²² que la restitution en nature laisse alors la place à une restitution par équivalent sous la forme du paiement d'une somme d'argent¹²³.

Sous-section 2

Obligation de restituer : évaluation de la créance

22. Pour autant qu'une créance fondée sur l'enrichissement sans cause soit admise, une autre question qui se pose est celle de savoir quelle est l'indemnisation que le patrimoine appauvri doit recevoir du patrimoine enrichi. La loi peut réglementer la manière d'indemniser, comme en matière de récompenses ou dans la théorie des impenses, mais il s'agit de cas particuliers d'application de l'enrichissement sans cause.

Traditionnellement, la théorie de l'enrichissement sans cause retient que seul le plus petit des deux montants, entre l'appauvrissement et l'enrichissement, doit être retenu. Mais la Cour de cassation a également décidé que la créance d'enrichissement sans cause était une créance de valeur et non une créance de somme, de telle sorte que sa réévaluation serait alors admise. Nous tâcherons de concilier ces éléments apparemment antagonistes¹²⁴.

23. Par un arrêt du 27 septembre 2012¹²⁵, la Cour de cassation a consacré le principe suivant lequel la créance fondée sur l'enrichissement sans cause est une créance de valeur et non de somme, à laquelle seul s'applique le principe du nominalisme monétaire (art. 1895 anc. C. civ. en matière de prêt de consommation ; voy. en termes généraux art. 5.205 C. civ.), de telle sorte que le juge du fond pouvait valablement procéder à la (ré)évaluation de la créance fondée sur l'enrichissement sans cause au moment où il statuait, sans méconnaître le principe général du droit suivant lequel nul ne

¹²² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 60.

¹²³ Suivant J.-Fr. Romain, si l'enrichissement sans cause est un cas de responsabilité objective, l'enrichi a une obligation de « réparation en nature ou, à défaut, par équivalent » (J.-Fr. ROMAIN, « La notion de cause justificative dans l'enrichissement sans cause et le mobile altruiste de l'appauvri », op. cit., pp. 107-108).

¹²⁴ Voy. *infra*, n° 26 à 29.

¹²⁵ Cass., 27 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1746 ; *J.T.*, 2012, p. 763 et note Y.-H. LELEU ; *Act. dr. fam.*, 2013, p. 46 et note D. PIGNOLET ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 377 ; *R.T.D.F.*, 2012, p. 512 et note M. VAN MOLLE ; *T. Fam.*, 2013, p. 177 et note C. DECLERCK ; *T. Not.*, 2013, p. 508 ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 409 ; *R.W.*, 2014-2015, p. 701, *somm.*

peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. La doctrine¹²⁶ le reconnaît unanimement¹²⁷.

La Cour a ainsi confirmé la jurisprudence initiée par la cour d'appel de Liège sur cette question, par ses arrêts du 22 octobre 2008¹²⁸ et du 8 novembre 2010¹²⁹, qui avait accepté d'évaluer la créance fondée sur l'enrichissement sans cause à la date où elle a statué, prenant ainsi en compte l'évolution de la situation des patrimoines après le transfert de richesses originaire, sans se limiter au montant nominal de ce transfert.

La Cour de cassation a ainsi mis fin à la controverse qui existait quant à savoir à quel moment il fallait se placer pour apprécier l'appauvrissement et l'enrichissement¹³⁰, cette question ayant de l'importance si la situation de l'enrichi s'est modifiée après le transfert de richesses. Étant une créance de valeur et non une créance de somme, elle est évaluée au moment où le juge statue, comme en matière de responsabilité civile, en vue d'une réparation intégrale du patrimoine appauvri¹³¹.

¹²⁶ M. VAN MOLLE, « La (re)valorisation des créances entre ex-époux séparés de biens », *R.T.D.F.*, 2013, p. 522, n° 12 ; V. ROSENAU, « Chapitre 5. L'évaluation de la créance d'enrichissement sans cause », in *La liquidation des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 165 ; Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », in *Liber Amicorum Jean-François Taymans*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 240-241 ; « La réévaluation des créances d'enrichissement sans cause entre ex-époux séparés de biens », *J.T.*, 2012, p. 765 ; d'autre part : D. PIGNOLET, « L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 – Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause sont des créances de valeur », *A.D.F.*, 2013, p. 47.

¹²⁷ Il demeure cependant des controverses sur un autre plan : celui, antérieur, de savoir si en présence d'époux mariés en séparation de biens et pour une créance née pendant le mariage, l'enrichissement sans cause peut être invoqué et la revalorisation intervenir. L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 a en effet été prononcé dans une espèce où la créance était née non pendant mais après la dissolution du mariage, donc entre ex-époux, demeurés en indivision jusqu'au partage effectif de leur patrimoine. Voy. d'une part : Y.-H. LELEU, « L'article 1390 du Code civil : immanence et transcendance », *op. cit.*, pp. 240-241 ; « La réévaluation des créances d'enrichissement sans cause entre ex-époux séparés de biens », *op. cit.*, p. 765 ; d'autre part : D. PIGNOLET, « L'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 – Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause sont des créances de valeur », *op. cit.*, p. 47.

¹²⁸ Liège, 22 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 414, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL ; *Act. Dr. Fam.*, 2010, p. 89, note C. DECLERCK et D. PIGNOLET ; *R.T.D.F.*, 2010, p. 366 et note de N. BAUGNIET, « Les créances entre ex-époux mariés sous le régime de la séparation des biens », pp. 372-388 ; *N.F.M.*, 2010, p. 231, note C. DECLERCK ; *T. Not.*, 2011, p. 234.

¹²⁹ Celui objet du pourvoi ayant donné lieu au prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012.

¹³⁰ Selon une première thèse, il fallait se placer au moment du transfert de richesses, sans tenir compte de l'évolution des patrimoines après ce transfert (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, n° 49) ; selon la seconde opinion, l'appréciation a lieu au moment où l'action en justice est introduite, voire celui où le juge du fond statue, comme pour l'évaluation du dommage en matière de responsabilité civile, permettant de tenir compte de l'évolution des patrimoines, notamment le constat d'une plus-value pour le patrimoine enrichi (S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : les sources – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », p. 689, n° 32 ; C. MARR, « L'enrichissement sans cause, un fondement d'équité sous une apparente rigueur... », *op. cit.*, n° 45 ; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1155). C'est cette seconde opinion qui était suivie généralement par la doctrine et la jurisprudence jusqu'à sa consécration par la Cour de cassation.

¹³¹ Voy. en matière de responsabilité civile, Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1499 ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 344 et note Ch. BIQUET-MATHIEU.

24. Ce que l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 ne tranche en revanche point – et que la doctrine reconnaît également de manière unanime¹³² – est la manière de procéder à la (ré)évaluation de la créance d'enrichissement sans cause. Elle s'est contentée de valider le principe décidé par le juge du fond, dès lors qu'elle reconnaissait qu'il s'agissait d'une créance de valeur. Sur la méthode de valorisation ou revalorisation, en revanche, les divergences demeurent en doctrine.

Parmi les méthodes proposées, d'aucuns¹³³ ont distingué deux conceptions : la « financière » et la « monétaire ». La première se rapproche du calcul de la revalorisation des créances de récompenses en régime de communauté : elle a le mérite de rapprocher l'appauvrissement de l'enrichissement (voire de confondre), mais pêche par sa relative simplicité dans la mesure où elle ne s'intéresse en fin de compte qu'à l'enrichissement et à la plus-value éventuellement acquise par le patrimoine enrichi, aux fins de revaloriser la créance fondée sur l'enrichissement sans cause du patrimoine appauvri. Elle omet aussi le principe suivant lequel, traditionnellement, la créance fondée sur l'enrichissement sans cause retenue est celle qui est égale au plus petit des deux montants entre appauvrissement et enrichissement¹³⁴.

La seconde paraît plus complexe dans la mesure où elle considère qu'il faut partir du montant nominal de l'appauvrissement et lui appliquer deux corrections, l'une pour compenser l'inflation monétaire – et donc indexer le montant nominal sur la base de l'indice des prix à la consommation par exemple – et l'autre en ajoutant au capital initial les revenus que ce dernier aurait pu produire s'il était demeuré dans le patrimoine de l'appauvri – en calculant par exemple un taux de rendement moyen pendant la période écoulée. C'est l'« allocation complémentaire »¹³⁵ au montant nominal qui doit permettre la réparation intégrale.

Le choix entre l'une ou l'autre méthode dépendra de chaque cas d'espèce et donc du type d'opération de transfert de richesses réalisé, mais aussi de l'intention réelle de l'appauvri : investissement de fonds dans l'acquisition ou l'amélioration d'un immeuble, investissement de fonds dans la constitution d'une société ou dans la participation à un portefeuille de titres, aide apportée

¹³² Voy. les références ci-avant, note 119.

¹³³ M. VAN MOLLE, « La (re)valorisation des créances entre ex-époux séparés de biens », *op. cit.*, pp. 526-529.

¹³⁴ Mais que nous préférons définir comme étant la nécessité de faire respecter le principe suivant lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, ce qui n'est pas forcément la même chose, nous le verrons (voy. *infra*, n° 30).

¹³⁵ V. MAKOW, « La fin de la valorisation des créances d'enrichissement sans cause calquée sur la réévaluation des récompenses », note sous Cass., 4 février 2022, *J.T.*, 2022, p. 204 ; voy. aussi, du même auteur, « La créance d'enrichissement sans cause : une créance de valeur au régime trouble », *For. fam.*, 2022, pp. 73 et s.

par un époux à l'entreprise de son conjoint, travaux réalisés dans un bien appartenant à autrui, etc.¹³⁶.

25. Cependant, il faut surtout aussi mettre en perspective ce principe suivant lequel la créance d'enrichissement sans cause est une créance de valeur avec celui rappelé par un récent arrêt de la Cour de cassation daté du 4 février 2022¹³⁷ suivant lequel l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause ne peut aboutir qu'à la restitution du plus petit des deux montants entre l'appauvrissement et l'enrichissement.

L'on enseigne traditionnellement que la détermination de la créance d'enrichissement sans cause doit respecter la « règle du double plafond » : « Le demandeur à l'action *de in rem verso* est fondé à demander une indemnisation qui soit à la mesure de son appauvrissement, mais au maximum à concurrence de l'enrichissement du défendeur : il a ainsi droit au plus faible des deux montants. L'indemnisation de la totalité de l'appauvrissement peut être exigée si celui-ci ne dépasse pas l'enrichissement. Si l'enrichissement excède cet appauvrissement, l'action *de in rem verso* ne peut avoir pour objet que la restitution de ce dernier montant, le reste demeurant acquis à l'enrichi »¹³⁸.

Il faut donc préalablement calculer, c'est-à-dire analyser et chiffrer séparément enrichissement et appauvrissement. Il est possible qu'en fait, les deux montants s'équivalent, comme il se pourrait que l'appauvrissement soit inférieur à l'enrichissement, de telle sorte que la créance sera limitée à cet appauvrissement, ou que ce soit l'enrichissement qui ne soit pas à la mesure de l'appauvrissement, auquel cas la créance sera limitée à cet enrichissement.

¹³⁶ L'appauvri avait-il l'intention réelle d'investir et de participer par exemple à l'acquisition immobilière, mais il en a été empêché ou il n'a pas pu faire correspondre son titre à la manière dont il l'a financé ? Dans ce cas, la revalorisation pourrait lui conférer le droit de participer à la plus-value à la manière du régime des récompenses. Si, en revanche, il n'avait pas réellement l'intention de participer à cette acquisition mais seulement de réaliser un investissement comme un autre, alors la méthode monétaire devrait être préférée dès lors qu'en optant pour un autre type d'investissement, seule l'inflation aurait été éventuellement corrigée et des revenus auraient été produits par ce capital. Voy. depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012 : Liège, 11 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 4 ; Bruxelles, 3 mai 2013, *R.T.D.F.*, 2013, p. 1019 ; Gand, 5 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 96 ; Liège, 18 février 2015, *Act. Dr. Fam.*, 2015, p. 128 ; Liège, 11 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 94 ; Mons, 8 avril 2020, *Rev. not. b.*, 2021, p. 270 et note D. STERCKX ; *R.T.D.F.*, 2020, p. 413. Voy. aussi l'analyse de cet arrêt par F. DEGUEL et V. MAKOW, « L'enrichissement sans cause et les comptes entre époux séparés de biens : en marche vers un raisonnement jurisprudentiel abouti », *R.T.D.F.*, 2020, pp. 364 et s. ; L. ROUSSEAU et V. ROSENAU, « Transferts de patrimoines entre cohabitants : enrichissement sans cause, libéralité, créance ? », *Rec. Gén. Enr., not.*, 2018, p. 501.

¹³⁷ Cass., 4 février 2022, *J.T.*, 2022, p. 203 et note V. MAKOW ; *T. not.*, 2022, pp. 621-630 ; *Act. Dr. Fam.*, 2022, pp. 149-153 ; *For. fam.*, 2022, p. 72 et note V. MAKOW, pp. 73 et s. ; *R.W.*, 2022-2023, n° 16, p. 619 (somm.) et le commentaire de cet arrêt par Th. VERHOFSTEDE, « Ongerechtvaardigde verrijking : negatieve verrijkingen en de waarderingswijze van vermogensverschuivingen », *R.W.*, 2022-2023, n° 16, pp. 602-617, spéc. pp. 608-617.

¹³⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 238, n° 246.

26. Comment alors concilier cette règle du double plafond avec celle de l'évaluation, voire de la revalorisation de la créance d'enrichissement sans cause au moment où le juge statue ?

Il semble que la méthode financière décrite ci-avant soit à présent à bannir¹³⁹. C'est en effet celle qui avait été retenue par le juge du fond¹⁴⁰ dans l'arrêt cassé par la Cour de cassation. Pourtant, l'arrêt de la Cour du 27 septembre 2012 a été rendu ensuite d'un arrêt ayant appliqué la même méthode et la Cour n'y avait rien trouvé à redire¹⁴¹. Par ailleurs, le principe de la réparation intégrale, en présence, comme en l'espèce, d'un investissement immobilier ayant permis une plus-value, se devait de tenir compte de celle-ci pour réévaluer la créance d'enrichissement sans cause de l'appauvri¹⁴².

Dans son arrêt du 4 février 2022, la Cour de cassation casse la décision du juge du fond précisément pour ce motif. Après avoir rappelé qu'« en vertu du principe général de droit suivant lequel nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, celui qui bénéficie de l'enrichissement doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement », la Cour précise qu'« en incluant dans l'appauvrissement du défendeur une part de l'enrichissement dont a bénéficié la demanderesse, l'arrêt méconnaît le principe général de droit précité ».

Pour bien comprendre cet arrêt qui paraît opérer un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 27 septembre 2012, il convient de prendre connaissance des conclusions de l'avocat général Ph. de Koster. Celui-ci explique qu'il ne faut pas lire l'arrêt du 27 septembre 2012 comme impliquant que la créance d'enrichissement sans cause soit traitée comme une dette de responsabilité, que « la règle selon laquelle la créance *de in rem verso* est égale à la plus petite des valeurs respectives de l'appauvrissement et

¹³⁹ En ce sens : Th. VERHOFSTEDE, « Ongerechtaardigde verrijking : negatieve verrijkingen en de waarderingswijze van vermogensverschuivingen », *op. cit.*, pp. 602-617, spéc. pp. 612-617.

¹⁴⁰ Mons, 8 avril 2020, *Rev. not. b.*, 2021, p. 270 et note D. STERCKX : *R.T.D.F.*, 2020, p. 413. Voy. aussi l'analyse de cet arrêt par F. DEGUEL et V. MAKOW, « L'enrichissement sans cause et les comptes entre époux séparés de biens : en marche vers un raisonnement jurisprudentiel abouti », *op. cit.*, pp. 364 et s. La cour d'appel de Mons avait retenu cette méthode, tout en ayant rappelé la règle du double plafond, et ce, au motif que les éléments de l'espèce permettaient de considérer que l'appauvri avait eu une réelle volonté d'investir dans l'immeuble de l'enrichi, suivant en cela la doctrine qui préconisait de rechercher la volonté réelle de l'appauvri pour choisir entre la méthode financière ou monétaire de réévaluation (L. ROUSSEAU et V. ROSENAU, « Transferts de patrimoines entre cohabitants : enrichissement sans cause, libéralité, créance ? », *op. cit.*, p. 501).

¹⁴¹ Il est vrai cependant que la Cour n'avait pas été saisie de la question de la méthode utilisée mais sur le principe seulement de la réévaluation de la créance de récompense. Comme nous l'avons écrit ci-avant, la question de la méthode restait controversée.

¹⁴² En matière de responsabilité civile, l'on tient compte en effet « d'événements survenus entre le moment du dommage et la décision du juge, ce qu'est en fin de compte une plus-value immobilière » (V. MAKOW, « La fin de la valorisation des créances d'enrichissement sans cause calquée sur la réévaluation des récompenses », *op. cit.*, p. 205 ; voy. aussi, du même auteur, « La créance d'enrichissement sans cause : une créance de valeur au régime trouble », *op. cit.*, pp. 73 et s.).

de l'enrichissement¹⁴³ [...] exclut que l'on puisse apprécier le *quantum* de l'obligation *de in rem verso* à l'aune du principe de la réparation intégrale du dommage, qui est inconciliable avec le principe d'une indemnité réduite au strict minimum ».

La Cour de cassation en 2012 n'aurait donc tranché que la controverse quant au principe de l'évaluation de la créance d'enrichissement sans cause au moment où le juge statue, puisqu'en indiquant que cette créance est une créance de valeur et non de somme, la Cour a rappelé que cette créance n'est pas déterminée numériquement par la loi ou un contrat mais qu'elle nécessite une évaluation par le juge. Ce seraient la doctrine et la jurisprudence des juges du fond qui y ont vu une similitude avec le principe de la réparation intégrale en matière de responsabilité civile. Or, ce principe ne s'appliquerait pas à la créance d'enrichissement sans cause, selon les conclusions de l'avocat général. L'arrêt de la Cour de 2022 ne reproduit cependant pas une telle précision.

27. La seule méthode de valorisation¹⁴⁴ de la créance d'enrichissement sans cause valable serait alors la méthode monétaire, dès lors que les conclusions de l'avocat général indiquent clairement : « Tous les mécanismes d'évaluation de l'appauvrissement qui se fonderaient sur le principe de la réparation intégrale pour justifier une égalité automatique entre appauvrissement et enrichissement ne me paraissent pas pouvoir être admis. Ainsi, la "conception financière" de l'appauvrissement défendue par M. Van Molle, qui revient finalement à considérer que l'on s'est appauvri parce qu'on ne s'est pas enrichi, alors qu'on eût pu s'enrichir, me semble[-t-il], doit ainsi être condamnée »¹⁴⁵ ?

Rien n'est moins sûr. La méthode monétaire n'a certes pas pour effet d'inclure dans l'appauvrissement une part de l'enrichissement, puisque l'on part du montant nominal et qu'on le majore d'une allocation complémentaire tenant compte de l'inflation et des intérêts qui auraient pu être perçus, sans tenir compte alors d'une éventuelle plus-value dans le chef du patrimoine enrichi, pourtant en corrélation avec l'appauvrissement. Mais le montant nominal de l'appauvrissement majoré d'une allocation complémentaire pourrait être plus élevé que l'enrichissement ou que le profit subsistant dans

¹⁴³ À noter que l'avocat général évoque dans ses mêmes conclusions le fait que le nouvel article 5.137 du nouveau Livre 5 du Code civil consacré à l'enrichissement injustifié (non applicable en l'espèce pour une raison évidente de droit transitoire) rappelle lui aussi la règle du double plafond.

¹⁴⁴ Puisque valorisation il peut, voire doit y avoir, étant une créance de valeur, et non de somme.

¹⁴⁵ L'on peut aussi voir, dans ces considérations et, à leur suite, dans l'arrêt de la Cour de cassation qui les a en quelque sorte faites siennes, une volonté seulement d'annihiler une tentative de mettre sur pied d'égalité l'enrichissement sans cause entre époux en séparation de biens et le régime des récompenses entre époux mariés en communauté. L'on peut en effet se demander si la Cour de cassation et, avant elle, l'avocat général auraient eu le même raisonnement si, en l'espèce, il n'avait pas été question d'un enrichissement sans cause entre époux séparés de biens, mais dans le cadre d'une tout autre relation juridique entre deux particuliers.

le chef de l'enrichi¹⁴⁶ ; et la Cour ne s'est à nouveau pas prononcée sur cette méthode en particulier. Elle a seulement rappelé le principe de la règle du double plafond¹⁴⁷.

À noter cependant qu'il faut calculer, c'est-à-dire analyser et chiffrer, séparément donc, enrichissement et appauvrissement. Ne serait donc pas, à notre sens, contraire à la règle du double plafond le fait de valoriser l'appauvrissement sur la base de l'une ou l'autre des méthodes dégagées par la doctrine et la jurisprudence, du moment que cela soit fait séparément de la valorisation de l'enrichissement par ailleurs. Ensuite, la valorisation de l'appauvrissement et celle de l'enrichissement doivent être comparées au regard de la règle du double plafond. Si les deux valeurs correspondent, il n'y aura par hypothèse pas de valeur plus petite que l'autre et cela ne constitue pas pour autant un manquement à la règle.

Il ressort de la procédure devant la Cour de cassation qu'il est reproché à la cour d'appel de Mons d'avoir en quelque sorte inféré de l'enrichissement (de la plus-value qu'il a réalisée) la valorisation ou revalorisation de l'appauvrissement, puisqu'il a octroyé à l'appauvri une part de la plus-value de l'enrichi qui avait pour origine justement cet appauvrissement. Ce faisant, certes, la cour d'appel octroyait une « réparation intégrale » à l'appauvri¹⁴⁸, mais ce n'était en définitive que la conséquence logique de la corrélation entre appauvrissement et enrichissement et du principe d'équivalence des conditions qui ne sont quant à eux point remis en cause. La cour d'appel n'a pas octroyé à l'appauvri davantage que ce qui a profité à l'enrichi et même seulement ce qui a profité à ce dernier grâce aux efforts de l'appauvri. Cela paraît dès lors juste et équitable que l'enrichi restitue à l'appauvri ce qui lui a profité grâce à ce dernier¹⁴⁹. Cela ne méconnaît nullement le principe d'équité, bien au contraire, mais seulement une conception sans doute étroite de la règle du double plafond.

28. Il faut en effet reconnaître que cette règle suivant laquelle la créance d'enrichissement sans cause doit être égale au plus petit des deux montants entre appauvrissement et enrichissement n'a pas de réel fondement, si ce n'est celui de la doctrine faisant autorité qui l'a relayée depuis des décennies.

¹⁴⁶ La règle du double plafond ferait alors ici aussi échec à la méthode monétaire, pour limiter la créance au profit subsistant dans le chef de l'enrichi.

¹⁴⁷ Pour une analyse de cet arrêt, voy. encore V. MAKOW, « La fin de la valorisation des créances d'enrichissement sans cause calquée sur la réévaluation des récompenses », *op. cit.*, pp. 203 et s ; voy. aussi, du même auteur, « La créance d'enrichissement sans cause : une créance de valeur au régime trouble », *op. cit.*, pp. 73 et s.

¹⁴⁸ Puisque, jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2022, rien ne laissait présager que la réparation intégrale ne pouvait s'appliquer en ce cas.

¹⁴⁹ Dans son arrêt du 8 avril 2020, la cour d'appel de Mons avait d'ailleurs pris soin de justifier, au regard des éléments de l'espèce, le choix pour la méthode financière attribuant une part de la plus-value acquise par l'enrichi, au motif que l'appauvri avait eu la volonté de participer effectivement à l'investissement, en l'occurrence, immobilier de l'enrichi.

H. De Page, s'interrogeant sur le fondement de cette règle, explique qu'« en réalité, la solution est purement empirique, et presque de désespoir. On s'est rendu compte de tout le danger que représentait ce recours d'équité [...] et on l'a appliqué "avec modération". On a accordé à l'appauvri *que le strict minimum*, le moins possible, ce que décemment on ne pouvait pas lui refuser. La jurisprudence s'est montrée circonspecte parce qu'elle se sentait sur un terrain périlleux à l'extrême »¹⁵⁰.

À noter également qu'H. De Page était lui-même partisan d'une évaluation de la créance d'enrichissement sans cause « *ab initio*, quelles que soient ses destinées dans la suite. C'est la solution à la fois *logique* et *équitable* »¹⁵¹. Dès lors, pas d'évaluation ou de réévaluation en tant que créance de valeur. Il n'est donc pas étonnant – et l'on pourrait même dire que cela allait en quelque sorte de pair – que seule la plus petite des deux valeurs soit accordée à l'appauvri, puisque cela ressortait de cette même « logique » qui était d'éviter « tout le danger que représentait ce recours d'équité ».

Sans prétendre avoir réalisé une analyse historico-juridique approfondie de la théorie de l'enrichissement sans cause, mais en notant seulement que l'action *de in rem verso* trouve une origine, ne serait-ce que dans sa dénomination, dans une action qui existait en droit romain, l'on peut peut-être tenter d'y voir plus clair quant à cette règle du double plafond. Nous avons rappelé¹⁵² qu'en droit romain, il existait l'action *de peculio et de in rem verso*, à savoir un droit de recours des créanciers qui avaient traité non pas avec le *pater familias* mais avec un membre de sa famille, lequel était considéré comme incapable (épouse, enfants même majeurs, esclaves). Les créanciers pouvaient poursuivre le *pater familias* à concurrence du profit que le contrat lui avait procuré, mais aussi dans les limites du *peculium* confié par le *pater familias* à l'incapable. N'est-ce pas là que résiderait l'origine de cette règle du double plafond ? Ce constat posé, peut-on de nos jours considérer cette règle comme encore justifiée ? Tout au plus peut-on admettre le principe suivant lequel l'enrichi ne peut pas restituer davantage que le profit procuré ou subsistant¹⁵³.

29. Cette règle du double plafond est en réalité simpliste et ne rend pas correctement compte de ce qu'implique le principe d'équité qui est à la base de la théorie et suivant lequel nul ne peut s'enrichir injustement (sans cause) aux dépens d'autrui. Dès lors que la jurisprudence des juges du fond, comme

¹⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 47, p. 61. Mais ce même auteur reconnaissait aussi précédemment que l'enrichissement pouvait être « exclusivement constitué par une plus-value » (*Ibid.*, n° 46).

¹⁵¹ *Ibid.*, n° 49, p. 62.

¹⁵² Voy. *supra*, n° 2.

¹⁵³ Principe que l'on retrouve en cas d'annulation d'un acte posé par une personne incapable et que l'on retrouve aussi dans l'hypothèse où l'enrichi ne peut devoir une créance d'enrichissement sans cause à l'appauvri que dans les limites du profit subsistant.

celle de la Cour de cassation, se montre certes plus favorable que par le passé à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause, mais, suivant une analyse plus précise quant à la cause-justification, que la jurisprudence a évolué sur le caractère subsidiaire et a admis qu'une telle créance soit de valeur et non de somme, qu'en définitive la sécurité juridique n'en est pas pour autant déforcée face à ce principe général de droit qui faisait craindre le pire à l'époque, l'on peut raisonnablement se demander si l'application de cette règle (« le plus petit des deux montants ») issue d'une époque où l'enrichissement sans cause était un « terrain périlleux à l'extrême » est encore justifiée. Au contraire, le terrain a été considérablement balisé depuis quelques années et permet de mieux déterminer la créance d'enrichissement sans cause, dans son principe comme dans son montant.

J.-Fr. Romain relève par ailleurs ce qui suit : « Quelle est la solution en équité de la situation d'enrichissement injustifié aux dépens d'autrui ? Elle doit être mesurée, équilibrée et raisonnable, dans cette balance des intérêts en présence. Il ne faudrait pas que la compensation dépasse la mesure ni de l'appauvrissement ni de l'enrichissement : équitablement le montant le plus faible devait donc être octroyé à l'appauvri. *Le montant de la compensation est le plus souvent limité à l'enrichissement provoqué par l'appauvrissement, soit le plus généralement la plus-value*, telle qu'évaluée au moment de l'action de l'appauvri. Si le juge ne peut la fixer, il statuera en équité précisément »¹⁵⁴.

La théorie de l'enrichissement sans cause repose en effet sur l'équité et a un fondement essentiellement moral : « Nul ne peut s'enrichir injustement (sans cause) aux dépens d'autrui »¹⁵⁵. Elle ne doit pas nécessairement aboutir à un calcul précis, par exemple de revalorisation, mais vise à rétablir un équilibre entre deux patrimoines, en lien avec une opération qui s'est réalisée, voire plusieurs opérations. C'est donc davantage le principe d'équité qui est à la base de cette théorie (« nul ne peut s'enrichir injustement (sans cause) au détriment d'autrui ») qui doit guider le juge dans la détermination de la créance d'enrichissement sans cause, s'il reconnaît le principe de celui-ci dans le cas d'espèce qui lui est soumis, et non celui suivant lequel se serait au plus petit des deux montants entre appauvrissement et enrichissement à devoir faire l'objet d'une indemnisation.

¹⁵⁴ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, n° 15, p. 90 (nous soulignons) ; plus loin, le même auteur indique que la réparation par équivalent se fera « à concurrence du montant le moins élevé entre l'appauvrissement et l'enrichissement, à savoir le plus souvent *la plus-value, qui correspondra à l'enrichissement apporté en finale au patrimoine de l'enrichi*, le dommage de ce dernier étant limité à un tel quantum de ce dernier pour des raisons d'équité » (*op. cit.*, n° 31, pp. 107-108, nous soulignons) ; voy. encore, *ibid.*, n° 38, p. 111, où il précise que la plus-value peut être moindre que l'appauvrissement initial.

¹⁵⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1134, n° 776 ; Voy. également R. O. DALCQ, « Solutions judiciaires et législatives aux conséquences de l'inflation sur le droit de la responsabilité, des contrats et de l'enrichissement sans cause », *Rapports belges au Xle congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Caracas, 1982, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 241-251.

L'application pure de cette maxime aboutit en effet à des résultats qui peuvent être en définitive inéquitable, ce qui serait tout de même un comble pour une théorie qui repose sur le principe d'équité. D'ailleurs, la jurisprudence qui attribue une telle créance le fait en évaluant celle-ci *ex aequo et bono*¹⁵⁶. Rien n'oblige en effet le juge à opérer un calcul aussi précis qu'en matière de revalorisation d'une récompense en régime de communauté. Il pourrait s'inspirer de la méthode monétaire et/ou de la méthode financière de revalorisation, en les comparant ou les combinant. Le but de la théorie de l'enrichissement sans cause est de corriger une iniquité, de rétablir un équilibre.

Si l'on voulait encore s'en convaincre, à supposer qu'il faille concilier la règle « le plus petit des deux montants » avec le fait que la créance d'enrichissement sans cause est une créance de valeur potentiellement revalorisable, selon l'enseignement de la Cour de cassation, alors cette règle ne se vérifierait qu'après revalorisation (monétaire, financière ou autre) de la créance, en ce compris la possibilité d'une dévalorisation si l'appauvrissement n'a pas donné lieu à une plus-value équivalente au bénéfice du patrimoine enrichi¹⁵⁷, et ce, parce qu'enrichissement et appauvrissement doivent être estimés séparément¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Voy. notamment Liège, 16 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1744 ; *R.G.D.C.*, 2004, p. 324.

¹⁵⁷ L'on ne pourrait en effet aboutir à (ré)évaluer le montant de l'appauvrissement sans avoir égard à l'enrichissement effectif, tenant par exemple compte de la plus-value ou moins-value, sans quoi le patrimoine enrichi se verrait contraint de restituer une valeur supérieure à celle qui constitue son réel enrichissement. Une évaluation sur la base de l'indexation du montant nominal ne pourrait aboutir à ce que le montant de l'appauvrissement, après indexation, soit plus élevé que la plus-value réelle apportée au patrimoine enrichi, par exemple à l'immeuble qui n'aurait pas vu sa valeur augmenter dans une même proportion que celle obtenue par l'indexation annuelle. À défaut, la règle du double plafond serait méconnue. Si l'investissement réalisé l'a été pour effectuer des travaux dans un immeuble, mais que ces travaux d'un montant sans doute fort important n'ont jamais donné lieu à une réelle plus-value quelconque à cet immeuble, pire, que la valeur de cet immeuble a diminué, en ce cas, le patrimoine appauvri ne pourrait pas demander une réévaluation – à la hausse – de son investissement dès lors que le patrimoine prétendument enrichi ne l'a pas été. Il ne pourrait même prétendre à aucune créance, si l'autre patrimoine ne s'est point enrichi (principe de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif). Il est donc possible que le montant nominal de l'appauvrissement ne fasse pas l'objet d'un remboursement de la part du patrimoine enrichi, si ce dernier n'a pas vu son enrichissement intervenir à due concurrence. Si la plus-value acquise par le patrimoine enrichi est inférieure au montant nominal de l'appauvrissement, le patrimoine appauvri ne pourra prétendre au remboursement de ce dernier, mais seulement « au plus petit des deux montants », à savoir la plus-value acquise par l'enrichi, par hypothèse d'une importance moindre que l'appauvrissement. À défaut, il en résulterait un enrichissement injuste au bénéfice de l'appauvri qui recevrait une telle créance, vu que le patrimoine enrichi devrait restituer tout ou partie d'un enrichissement dont il n'a pas bénéficié.

Si, à l'inverse, l'appauvrissement de l'un a procuré un enrichissement de l'autre patrimoine, plus important que son seul appauvrissement nominal, compte tenu du fait que la créance d'enrichissement sans cause est une créance de valeur et non de somme, ce ne sera pas « le plus petit des deux montants », à savoir en ce cas l'appauvrissement nominal qui sera alloué à l'appauvri, sinon l'autre patrimoine s'enrichirait injustement au détriment de l'appauvri : sans l'intervention de l'appauvri, l'enrichi ne se serait pas autant enrichi (principe de l'équivalence des conditions : J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, n° 35, p. 109 ; P. VAN OMME-SLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1140, p. 784).

¹⁵⁸ Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2022, Th. Verhofstede relaye le raisonnement de E. Dirix (APR : Ongerechtvaardigde verkrijging, Mechelen, Wolters Kluwer, 2022, pp. 112-113), en considérant que la règle du double plafond ne s'appliquerait pas en présence d'une restitution en nature

Surabondamment, à suivre le raisonnement de la Cour de cassation dans son arrêt du 4 février 2022, voire plus fondamentalement – car plus explicite – les conclusions de l’avocat général qui ont manifestement inspiré la Cour, l’on peut s’interroger sur la différence de traitement qui existerait entre une créance fondée sur l’enrichissement sans cause, pourtant qualifiée de créance de valeur, et celle en matière de responsabilité civile, dès lors que la première ne se verrait pas appliquer le principe de « réparation intégrale » pourtant inhérent à ce type de créance, et ce, pour le motif qu’une « règle du double plafond » s’y applique¹⁵⁹ et dont on a vu que le fondement est faible. D’aucuns traitent en effet l’enrichissement sans cause comme un cas de responsabilité civile objective¹⁶⁰. P. Van Ommeslaghe enseignait à tout le moins : « Tout comme la responsabilité civile, l’enrichissement sans cause a pour objectif d’accorder à l’appauvri une indemnisation non point certes pour réparer le préjudice résultant d’une faute, mais pour compenser les conséquences dommageables d’un transfert de richesse injustifié »¹⁶¹.

Section 4

Consécration de la théorie générale dans le nouveau Code civil

30. La théorie de l’enrichissement sans cause est à présent consacrée dans le Code civil sous l’appellation d’« enrichissement injustifié »¹⁶² et classée parmi les quasi-contrats aux côtés du paiement indu et de la gestion d’affaires, ainsi qu’il suit :

« Il y a enrichissement injustifié lorsque ni l’enrichissement, ni l’appauvrissement corrélatif ne sont justifiés par un motif juridique. Constitue notamment une telle justification la volonté de l’appauvri, pour autant que celui-ci ait voulu opérer un transfert définitif de patrimoine en faveur de l’enrichi » (art. 5.135 C. civ.).

On retrouve dans cette définition tout l’apport de la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation, et de la doctrine, ayant balisé cette

(si elle est possible), mais seulement pour celle par équivalent et pour autant qu’enrichissement et appauvrissement ne soient pas équivalents (E. DIRIX, « Ongerechtvaardigde verrijking : negatieve verrijkingen en de waarderingswijze van vermogensverschuivingen », *R.W.*, 2022-2023, n° 16, pp. 602-617, spéc. pp. 615 et 617).

¹⁵⁹ Nous indiquerons ci-après notre regret de voir cette règle consacrée dans le nouveau droit des obligations du Code civil, même si l’on ne peut en vouloir aux auteurs de cette réforme, vu l’enseignement traditionnel de cette règle depuis des décennies.

¹⁶⁰ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*

P. VAN OMMEFLAGHE, *De Page – Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1155, n° 792.

¹⁶² Considérée comme plus moderne, ainsi reprise de l’article 1303 du Code civil français : voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 165.

théorie générale, notamment l'absence de cause ici définie comme « motif juridique » uniquement¹⁶³, sans énoncer un catalogue de causes justificatives ou non¹⁶⁴, mais aussi la nuance qu'il convient d'apporter à l'existence d'une cause trouvée dans la volonté de l'appauvri, caractérisée par l'intention d'opérer un « glissement de patrimoine définitif » en faveur de l'enrichi¹⁶⁵, et non une volonté quelconque.

La condition ou plutôt le caractère subsidiaire de l'action fondée sur l'enrichissement injustifié est aussi rappelé en ces termes dans le Code civil : « L'appauvri ne peut invoquer l'enrichissement injustifié lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription » (art. 5.136 C. civ.). L'on peut regretter avec J.-Fr. Romain que cette énonciation laisse penser qu'il s'agit d'une conception stricte de la subsidiarité¹⁶⁶. Il faut en effet se reporter aux travaux préparatoires¹⁶⁷ de la loi pour comprendre qu'il faut y inclure tout l'apport récent de la Cour de cassation quant à ce caractère subsidiaire, et que nous avons rappelé ci-avant. Il est dommage que cela ne soit pas clairement exprimé dans la loi¹⁶⁸.

L'on peut également regretter, au regard de ce que nous avons indiqué ci-avant quant à la règle du double plafond, que le Code civil énonce également ce qui suit : « La personne qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au moment de l'indemnisation » (art. 5.137 C. civ.). Si les auteurs du nouveau Livre 5 consacré aux obligations dans le Code civil ont certes repris l'enseignement traditionnel en la matière¹⁶⁹,

¹⁶³ Et non toute cause ou motif quelconque, même moral.

¹⁶⁴ Les travaux parlementaires indiquent, en réponse aux observations du Conseil d'État, qu'il vaut mieux se limiter à l'énonciation d'un « motif juridique », et renvoient à la jurisprudence de la Cour de cassation : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 166.

¹⁶⁵ Les travaux parlementaires indiquent avoir voulu codifier cet apport des arrêts de la Cour de cassation du 23 octobre 2014 (Cass., 23 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2328) : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 165. La Cour l'a rappelé aussi dans son arrêt du 11 juin 2021 (Cass., 11 juin 2021, *J.T.*, 2022, p. 207).

¹⁶⁶ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *op. cit.*, p. 637.

¹⁶⁷ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 166-167 et références à Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL ; *R.W.*, 2017-2018, p. 1104, note M. AERTS.

¹⁶⁸ Y.-H. LELEU (Y.-H. LELEU, « Les récompenses par le prisme de l'enrichissement sans cause : conditions d'octroi et évaluation », in *États généraux du droit de la famille IV*, Limal-Bruxelles, Anthémis-Larcier, 2022, p. 52) estime aussi que les dispositions du nouveau Livre 5 en matière d'enrichissement injustifié sont déjà dépassées par la poursuite de l'évolution et l'affinement de la matière par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment l'arrêt du 11 juin 2021, précité, quant à son volet collaboration à la charge de la preuve, laquelle ne figure pas aux articles 5.135 à 5.137 du Code civil, ni dans les travaux parlementaires d'ailleurs (certes, mais ce principe est repris dans le Livre 8 du Code civil consacré à la preuve en matière civile et s'applique donc aussi à l'enrichissement injustifié).

¹⁶⁹ Voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 167 et références à H. De Page, P. Wéry, S. Stijns.

voire le très récent arrêt de la Cour de cassation¹⁷⁰, il est dommage qu'il n'y ait pas eu davantage de réflexion à cette occasion quant au fondement réel (justifié ou non) de cette règle du « plus petit des deux montants », avant de la consacrer¹⁷¹.

Heureusement, il est précisé que les deux valeurs de l'enrichissement comme de l'appauvrissement doivent être estimées au moment de l'indemnisation, c'est-à-dire au moment où le juge statue (et non au moment où le transfert de richesses a eu lieu). Il faut y voir le principe suivant lequel la créance d'enrichissement sans cause ou « injustifié » est une créance de valeur et non de somme, de telle sorte qu'une revalorisation est possible. Les travaux préparatoires rappellent en effet à cet égard l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2012¹⁷².

Ceci devrait permettre, sinon d'écarter la règle du double plafond, du moins de la combiner – avec toutes les difficultés que cela implique – avec celle de l'évaluation en tant que créance de valeur et non de somme. À noter que ce nouvel article énonce bien que le transfert tant dans le patrimoine enrichi qu'au départ du patrimoine appauvri, et donc les deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement doivent être préalablement évaluées, avant d'appliquer la règle du double plafond.

Enfin, alors que l'« Avant-projet de loi portant insertion du Livre V « Les obligations » dans le nouveau Code civil », rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, daté du 7 décembre 2017 et soumis à consultation publique durant 2 mois, pendant l'année 2018, prévoyait d'insérer un alinéa en ces termes : « La restitution s'effectue en nature ou, si cela s'avère impossible ou abusif, en valeur »¹⁷³, il est dommage qu'il faille à nouveau se reporter aux travaux préparatoires pour comprendre que l'article 5.137 implique cette

¹⁷⁰ Quoique les travaux préparatoires de ce nouveau livre soient antérieurs à cet arrêt et qu'il semble au contraire que ce soit la future consécration de cette règle du double plafond dans le futur nouvel article 5.137 du Code civil qui a inspiré ou conforté la Cour de cassation, ou du moins l'Avocat général, dans leur analyse : voy. ci-avant quant à ses références audit article alors en gestation. L'on se demande finalement si cette référence de l'Avocat général à ce futur article du Code civil n'est pas venue à point nommé pour conforter son analyse, sans devoir s'intéresser au fondement réel de cette « règle du double plafond », ni à la pertinence de celle-ci de nos jours, compte tenu de l'évolution de la théorie de l'enrichissement sans cause.

¹⁷¹ Avec J.-Fr. Romain (lui, à propos du caractère subsidiaire : J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *op. cit.*, pp. 633 et 637 ; l'auteur évoque le risque que le texte législatif ne rigidifie ou ne sclérose un principe clair et adaptable qui a traversé les siècles), l'on pourrait en effet craindre qu'une telle consécration législative ne permette plus d'opérer les nuances qui s'imposent pourtant, voire de faire évoluer ce qui est reconnu comme un principe général de droit.

¹⁷² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 167.

¹⁷³ www.justice.belgium.be/sites/default/files/avant-projet_loi_-_les_obligations.pdf.

énonciation¹⁷⁴ même s'il s'agit également de l'enseignement traditionnel de la doctrine et de la jurisprudence en la matière.

31. Plus fondamentalement, l'on peut se poser la question de savoir si cette consécration de l'« enrichissement injustifié » dans le nouveau Livre 5 consacré aux obligations de notre Code civil réformé et renuméroté, singulièrement au titre des quasi-contrats¹⁷⁵, peut lui faire perdre le statut de principe général de droit consacré par la Cour de cassation. Nous ne le pensons pas, et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, ce n'est pas parce qu'un principe général de droit, à la base sans doute non écrit ou tiré/dégagé par la doctrine et la jurisprudence au départ de quelques dispositions écrites qui en font une application particulière, est coulé dans un texte législatif qu'il perdrait pour autant ce statut de principe général. Certains principes généraux de notre droit ont déjà été – voire ont toujours été – repris dans un texte, parfois d'une valeur supérieure, telle la Constitution ou une convention internationale ; ils n'en ont pas perdu leur caractère de principe général du droit pour autant¹⁷⁶, bien au contraire sans doute. C'est à proprement parler dans ce cas une consécration en vue d'une application générale.

Ensuite, la théorie générale de l'enrichissement sans cause et le principe qui est à sa base suivant lequel nul ne peut s'enrichir injustement ou sans cause au détriment d'autrui, dont nous avons rappelé les origines et l'historique, a traversé les époques jusqu'à nos jours, au prix d'une évolution et d'un affinement constant grâce à l'apport de la doctrine et de la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation qui l'a consacrée en tant que principe général de droit. Ce n'est pas parce que cette théorie, ce principe général de droit, est à présent consacré dans un texte légal que tout cet acquis serait perdu. Bien au contraire, surtout lorsque l'on voit comment les trois dispositions légales plutôt concises, à présent dans le Code civil, doivent, pour être bien comprises, être lues à la lumière des travaux parlementaires¹⁷⁷, lesquels rappellent cet apport important de précisions par la doctrine et la jurisprudence.

Enfin, nous avons déjà indiqué ci-avant les craintes d'aucuns de voir le texte ainsi consacré, se rigidifier, voire scléroser un principe qui a traversé les

¹⁷⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 167.

¹⁷⁵ En le classant dans les quasi-contrats, même si la doctrine traditionnelle le reprenait déjà dans cette catégorie, le législateur peut donner l'impression de « rétrograder » un principe général de droit à un simple fait juridique.

¹⁷⁶ Voy. dans cet ouvrage : R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », *op. cit.*, n° 22.

¹⁷⁷ Bien plus éclairant en effet que le texte lui-même pour les néophytes ou les inattentifs.

siècles, tout en s'adaptant, grâce à l'apport de la doctrine et de la jurisprudence. À cet égard, nous avons certes, comme indiqué ci-avant, des craintes quant à la « règle du double plafond » qui, coulée dans la loi, semble incontournable à présent, alors que son origine est douteuse, outre sa contrariété avec le mécanisme de l'évaluation de la créance d'enrichissement sans cause au moment où le juge statue. Ce faisant, le législateur et la Cour de cassation ne simplifient pas la tâche du juge ni des plaideurs. Mais sans en appeler à une modification de ce qui vient d'être réformé, gageons que l'imagination de ces derniers permettra de concilier, voire d'interpréter la loi pour que le principe d'équité, qui est la base, soit respecté. C'est ici aussi que l'on reconnaît l'existence et même toute la force d'un principe général de droit : même traduit dans un texte législatif, il continuera de s'appliquer tout en évoluant. Il sera transcendant et non immanent.

Conclusion

Il ne fait aucun doute que l'enrichissement sans cause ou injustifié avait sa place dans le cadre du présent ouvrage collectif consacré aux principes généraux du droit. Il en est un, assurément. Même s'il est consacré au titre des quasi-contrats dans notre nouveau Code civil, il n'en demeure pas moins un principe général de droit fondé sur l'équité traduisant l'idée maîtresse que nul n'est en droit de s'enrichir injustement ou sans cause aux dépens d'autrui. D'un fondement *a priori* moral, il est devenu un principe général de droit, non écrit d'abord, à présent écrit, qui peut être invoqué à l'appui d'un moyen devant la Cour de cassation.

La jurisprudence de celle-ci et la doctrine ont affiné la théorie générale pour en faire un principe clair et adaptable, qui ne doit plus inspirer de crainte pour la sécurité juridique, ayant été balisé notamment quant à l'absence de cause, son caractère subsidiaire et l'évaluation de la créance à laquelle il donne lieu. On ne pourrait pas craindre non plus, à notre sens, que sa consécration législative l'enferme dans un carcan, tant le texte d'aujourd'hui est le reflet de l'apport évolutif de la doctrine et de la jurisprudence précédentes. Il ne faut d'ailleurs pas que cette consécration législative empêche le principe de continuer à évoluer, et ce, aux fins de faire respecter le principe d'équité qui est à sa base.

L'épopée de *Fraus omnia corrumpit* : d'un adage à la loi, en passant par un principe général de droit Vue d'ensemble avec une attention particulière en droit des assurances¹

Aline CHARLIER²

*Avocate aux barreaux de Liège-Huy et de Verviers
Assistante à l'UCLouvain – Saint-Louis – Bruxelles
Maître assistante à l'HELMo à Liège
Juge suppléante au tribunal de police de Liège*

Céline JANSSEN³

*Avocate au barreau de Liège-Huy
Assistante à l'UCLouvain – Saint-Louis – Bruxelles*

« La fraude est de tous les temps. Elle était au commencement.
Elle est, peut-être, née au paradis terrestre avec la manœuvre
du serpent, le plus rusé des animaux des champs que Jéhova
a créés et qui, insidieusement, amène la femme à goûter
au fruit de l'arbre au milieu du jardin »⁴.

Introduction

La maxime latine *Fraus omnia corrumpit*⁵ signifie littéralement « la tromperie corrompt tout » et implique que personne ne peut invoquer sa propre fraude pour solliciter, à son profit, l'application d'une règle de droit.

¹ La présente contribution a été arrêtée au 24 janvier 2023.

² L'auteure peut être contactée aux adresses mail suivantes : a.charlier@dvclex.be, aline.charlier@usaintlouis.be et al.charlier@helmo.be.

³ L'auteure peut être contactée aux adresses mail suivantes : c.janssen@dvclex.be, celine.janssen@usaintlouis.be.

⁴ L. BOYER, « Sur quelques adages : notes d'histoire et de jurisprudence », in *Bibliothèque de l'École des chartes*, t. 156, p. 23 ; Gen., III, 1-3.

⁵ Le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* se distingue du principe de la fraude à la loi : pour l'application de la fraude à la loi, il suffit que le fraudeur utilise une règle de droit avec l'intention d'échapper à une autre règle de droit. Contrairement à l'adage *Fraus*, il n'est pas requis que le fraudeur ait une intention spécifique de nuire à une partie contractante ou à un tiers.

Cet adage, qui a été consacré par la Cour de cassation comme un principe général du droit, a fait couler beaucoup d'encre en doctrine et en jurisprudence quant à ses contours et sa portée.

Dans le cadre de la réforme du Code civil, le législateur a consacré légalement cet adage dans l'article 1.11 du Code civil.

La présente contribution a pour ambition de résumer la portée, les conditions, les effets et les champs d'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* en tant que principe général du droit⁶, et d'examiner l'impact et la portée de sa consécration légale⁷.

Enfin, une attention particulière sera portée à l'application du principe *Fraus omnia corrumpit* dans le domaine des assurances, domaine où la fraude trouve une place particulière.

Section 1

La genèse du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* et sa consécration légale

Sous-section 1

La consécration de l'adage *Fraus omnia corrumpit* en tant que principe général du droit

1. Les prémices de la maxime *Fraus omnia corrumpit*⁸. La Cour de cassation a, pour la première fois, fait référence à l'adage *Fraus omnia corrumpit*

Sur cette question, voy. not. A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », in P. WÉRY (dir.) *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 168, p. 54 ; N. VAN DAMME, « La volumétrie en droit belge : une histoire de fraude à la loi », in *Actualités récentes en droit civil immobilier*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2019 ; Y. NINANE et M. VLIJS, « La durée du bail commercial : droit impératif et législations récentes », in *Liber Amicorum Paul-Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 576-580.

⁶ Dans le cadre de la présente contribution, il sera majoritairement fait référence aux travaux de A. Lenaerts qui a, à plusieurs reprises, brillamment fixé les contours du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*.

⁷ Le propos se voulant pratique et synthétique, les auteurs renvoient vers des contributions plus détaillées et plus approfondies pour celles et ceux qui veulent aller plus loin.

⁸ Pour en savoir plus sur le sujet, voy. not. X. DIEUX, « Développements de la maxime *Fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in P. A. FORIERS (dir.) *Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.* ; P. A. FORIERS, « *Fraus omnia corrumpit* et intérêt légitime », in *Libertés, (l)égalité, humanité, Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 145-158 ; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 22-25.

dans son arrêt du 23 janvier 1968⁹⁻¹⁰ sans pour autant mentionner ce principe dans sa motivation¹¹.

En illustrant son propos sur la base de cet arrêt, le procureur général Ganshof van der Meersch mentionnait, dans sa mercuriale prononcée en 1970, l'adage *Fraus omnia corrumpit* comme un principe général du droit.

La Cour de cassation a ensuite, dans un arrêt de 23 septembre 1977¹², implicitement reconnu le rôle de l'adage *Fraus omnia corrumpit* dans le cadre de la sanction du dol en tant que vice du consentement lorsque la victime avait elle-même commis une faute par négligence¹³. Elle ne faisait toutefois toujours pas expressément référence à *Fraus omnia corrumpit* dans sa motivation : « Lorsque, d'après les constatations souveraines du juge du fond, le dol a déterminé le consentement, le cocontractant ne peut invoquer l'imprudence ni même la négligence grave et inexcusable de la victime du dol ; ladite imprudence ou négligence ne saurait avoir pour conséquence de rendre le dol excusable à son tour, ni d'empêcher l'annulation de la convention ou l'octroi de dommages-intérêts ».

2. La consécration en tant que principe général du droit, au niveau extracontractuel puis contractuel. C'est finalement dans un arrêt important du 6 novembre 2002¹⁴ que la Cour de cassation a expressément, et pour la première fois, fait application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle.

La Cour avait à « se prononcer sur les conséquences, quant au partage de responsabilité, de l'existence de fautes concurrentes dans le chef de l'auteur d'une infraction pénale et dans celui de la victime de celle-ci, plus particulièrement lorsque l'infraction est intentionnelle et que la faute de la victime résulte d'une imprudence ou d'une négligence »¹⁵.

Dans son arrêt, la Cour suprême a repris « presque mot pour mot » la motivation de l'avocat général J. Spreutels dans ses conclusions formulées en ces termes¹⁶ :

« Attendu qu'en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et du

⁹ Cass., 23 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 649.

¹⁰ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 14 et 15 ; P. A. FORIERS, « *Fraus omnia corrumpit* et intérêt légitime », *op. cit.*, p. 689.

¹¹ Voy. X. DIEUX, « Développements de la maxime *Fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *op. cit.*, p. 619 : « En vérité, ni l'arrêt, ni le moyen, ne faisaient mention de la maxime *Fraus omnia corrumpit*, ni d'un principe général qui se serait exprimé de la sorte. L'arrêt énonce qu'en refusant de donner effet à de faux certificats de résidence, établis à des fins fiscales, les juges du fond, loin d'ajouter à la loi fiscale, s'étaient appuyés sur un principe général de droit qui en régit l'application ».

¹² Cass., 23 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 100.

¹³ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 17.

¹⁴ Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, pp. 2103 et s.

¹⁵ Concl. Av. gén. J. SPREUTELS, préc. Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2383, n° 584.

¹⁶ *Ibid.*, p. 2392, n° 584.

prévenu, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage ;

Attendu que, toutefois, le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises ».

Par cet arrêt, la Cour a conféré au principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* une fonction correctrice, c'est-à-dire « toute la force d'une règle dérogatoire qui dépassait de loin les domaines classiques du dol et de l'action paulienne : la fraude fait donc exception à toutes les règles »¹⁷.

Notre Cour suprême a, par la suite, corroboré sa volonté d'ériger cette maxime en principe général du droit dans des arrêts des 19 mars 2004¹⁸, 9 octobre¹⁹ et 6 novembre 2007²⁰ dans lesquels la Cour a considéré que l'infraction intentionnelle paralysait les effets de la faute due à la négligence de la victime.

Par un arrêt du 18 mars 2010²¹, la Cour de cassation a ensuite explicitement confirmé²² que la maxime *Fraus omnia corrumpit* trouvait également à s'appliquer dans le domaine contractuel, notamment en tant que sanction du vice du consentement : « Le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* fait obstacle à ce que le dol procure un avantage à son auteur. Lorsque le dol donne lieu à l'annulation de la convention, l'auteur du dol ne peut invoquer l'imprudence ou la négligence même grave et inexcusable du cocontractant et reste tenu d'indemniser totalement le dommage, même si la victime du dol a commis semblable faute ».

Par sa jurisprudence constante et non équivoque, la Cour de cassation a donc affirmé sa volonté de conférer le statut de principe général du droit à l'adage *Fraus omnia corrumpit*²³.

¹⁷ P. A. FORIERS, « *Fraus omnia corrumpit* et intérêt légitime », *op. cit.*, p. 694.

¹⁸ Cass., 19 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 476.

¹⁹ Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1739.

²⁰ Cass., 6 novembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, pp. 1716 et s.

²¹ Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 875.

²² Pour rappel, la Cour de cassation avait déjà fait implicitement référence à ce principe, dans son arrêt du 23 septembre 1977, pour justifier l'application de la sanction du dol en tant que vice du consentement.

²³ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 15.

Sous-section 2

La consécration légale du principe lors de la recodification du Code civil

3. La réforme du Code civil et l'adoption du Livre I^{er} « Dispositions générales ». Dans le cadre de la recodification du Code civil, les auteurs de celui-ci ont eu à cœur d'insérer un nouveau Livre I^{er} relatif aux « Dispositions générales du Code civil » qui rassemble les principes généraux applicables à l'entièreté du Code civil.

« Lors de l'élaboration de la structure du nouveau Code civil et de la répartition de cette matière entre différents livres, il a été décidé de prévoir également un livre 1^{er} introductif énonçant des dispositions générales. Ce livre joue un rôle structurant et contribue à une plus grande accessibilité du Code. [...] Le livre 1^{er} porte sur les thèmes suivants : 1) les sources du droit civil et, de manière générale, le droit privé, 2) le droit transitoire, 3) plusieurs concepts généraux : l'acte juridique, la manifestation de volonté, la notification, la bonne foi et la représentation, 4) les règles pour le calcul des délais et 5) la confirmation et les effets d'une série de principes généraux du droit (notamment l'interdiction de l'abus de droit) »²⁴.

Ainsi, dans la cinquième partie du Livre I^{er}, le législateur a érigé en textes légaux certains principes généraux du droit qui, jusqu'à alors, trouvaient l'origine de leur application au sein de la doctrine et de la jurisprudence.

4. La consécration légale de *Fraus omnia corrumpit*. L'article 1.11 du Livre I^{er} du Code civil intitulé « Intention de nuire » est formulé en ces termes : « La faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur ».

Selon les travaux préparatoires de la loi, cette disposition est donc destinée à consacrer et affiner le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* en énonçant directement ses conditions d'application dans le libellé de la disposition.

Il s'agit donc bien de consacrer légalement un principe du droit dont les contours, les conditions et les effets ont été largement tracés par la jurisprudence et la doctrine.

²⁴ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Marijke Dillen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 6.

Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi, les auteurs du Code renvoient d'ailleurs aux thèses de doctorat de A. Lenaerts²⁵ et de J.-Fr. Romain²⁶.

5. Quelle survivance pour l'adage *Fraus omnia corrumpit* en tant que principe général du droit en marge de cette consécration légale ?

L'adage *Fraus omnia corrumpit* étant à présent consacré par une disposition légale (art. 1.11 C. civ.), sera-t-il encore pertinent de l'envisager en tant que principe général du droit ?

À cet égard, la lecture des travaux préparatoires de la loi permet de constater que le législateur a consacré l'adage *Fraus omnia corrumpit* tel qu'il avait été développé par la doctrine et la jurisprudence, principalement au travers des différents arrêts de la Cour de cassation évoqués *supra*.

Dès lors, on peut considérer que le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* conservera, à tout le moins, un intérêt sur le plan interprétatif de la nouvelle disposition légale²⁷.

Section 2 Définition

Sous-section 1

La portée du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*

6. **Détermination du concept.** « Le principe général *Fraus omnia corrumpit* signifie que personne ne peut invoquer sa propre fraude, ni dans les relations contractuelles ni dans les relations extracontractuelles, en vue de justifier l'application à son profit d'une règle de droit »²⁸.

L'analyse des conditions d'application de ce principe général du droit (voy. Section 3) permettra de mieux cerner les contours et la portée de cet adage.

²⁵ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 83 et s.

²⁶ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 750 et s.

²⁷ À cet égard, il est renvoyé à la contribution des professeurs R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK dans le présent ouvrage.

²⁸ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 10.

Sous-section 2

La portée de la disposition légale relative à « l'intention de nuire »

L'article 1.11 du Code civil consacre le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* en ces termes : « La faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur ».

Section 3

Conditions d'application

Sous-section 1

Les conditions d'application du principe général du droit

7. Plan de la présente section. Les conditions d'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* ont été déterminées au travers des différents arrêts de la Cour de cassation et des analyses qui en ont été établies par les auteurs de doctrine.

Ainsi, A. Lenaerts dégageait dans sa thèse deux conditions d'application de l'adage. Tout d'abord, un comportement fautif en vue de porter atteinte aux droits et aux intérêts d'une partie contractante ou d'un tiers (A). Ensuite, une intention de nuire ou d'obtenir un avantage de la conclusion d'un acte juridique ou de l'application d'une règle de droit (B)²⁹.

A. L'élément « matériel » : un comportement fautif en vue de porter atteinte aux droits et aux intérêts d'une partie cocontractante ou d'un tiers. Faute intentionnelle ou fraude ?

8. L'existence d'un comportement fautif. Il faut que l'auteur se rende responsable d'une action ou d'une omission par laquelle il veut porter atteinte à son cocontractant ou à un tiers.

9. La nature du comportement fautif. La question de savoir quel type de comportement pouvait entraîner l'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* a fait couler beaucoup d'encre.

²⁹ *Ibid.*, pp. 46 et 47.

En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation a pu donner l'impression de se contredire quant à cette première condition « matérielle » relative au comportement que devait adopter l'auteur de la faute.

Dans son arrêt du 3 octobre 1997³⁰, elle avait donné une première définition de la notion de fraude au sens du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, en ces termes : « L'application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* suppose l'existence d'une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain »³¹.

Dans son arrêt du 6 novembre 2002, la Cour de cassation semblait cependant revenir sur cette définition de la fraude puisqu'elle précisait : « Attendu que, toutefois, le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut que l'auteur d'une *infraction intentionnelle*³² engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises ».

Cet arrêt a été majoritairement motivé sur la base des conclusions de l'avocat général J. Spreutels :

« La maxime *Fraus omnia corrumpit* a tous les caractères du principe général du droit et implique que la fraude fait exception à toute règle. Il interdit d'occasionner de manière frauduleuse ou dolosive un dommage à autrui. Comme l'a précisé M. le procureur général Jacques Velu, se référant à votre arrêt du 23 janvier 1968 et à l'enseignement de Henri De Page, "la règle qu'exprime la maxime *Fraus omnia corrumpit* constitue un principe général du droit en vertu duquel l'acte entaché de fraude ne saurait jamais être opposé aux tiers ni aux parties. [...] La fraude comme le dol impliquent la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain". [...]

"Le principe suivant lequel la fraude fait exception aux règles de droit positif signifie précisément qu'un comportement de *fraude, et de faute intentionnelle*³³, exclut que l'auteur de la fraude puisse se prévaloir de certaines règles de droit positif normalement applicables, dont il pourrait tirer un bénéfice". Ainsi, "la fraude fait exception à la causalité et à la théorie de l'équivalence des conditions dans le cas précis d'un

³⁰ Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962.

³¹ Cet arrêt déclarait le moyen soulevé irrecevable.

³² Nous soulignons.

³³ *Ibid.*

concours entre une faute intentionnelle et une faute inexcusable, non intentionnelle de la victime. [...] Ce principe possède une portée normalement générale et est susceptible de s'appliquer dans toutes les situations où se manifeste un concours de responsabilités impliquant, d'une part, une faute intentionnelle de l'auteur du dommage et, d'autre part, une faute non intentionnelle, même lourde, de la victime. L'existence de ce principe démontre encore la relation enrichissante qui existe entre le droit de la responsabilité civile délictuelle et le principe *Fraus omnia corrumpit*, ce principe imprégnant le régime de la responsabilité”.

[...] À la limite, on pourrait considérer que la notion de fraude, au sens de ce principe général, recouvre celle de la faute intentionnelle en matière de responsabilité extracontractuelle, définie par votre Cour comme étant la faute commise sciemment et volontairement, avec l'intention de causer le dommage, l'intention malveillante n'étant pas différente de cette faute intentionnelle »³⁴.

L'avocat général J. Spreutels proposait donc à la Cour de cassation de justifier l'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* au motif que la faute intentionnelle, ou à tout le moins l'infraction intentionnelle, commise avec l'intention de causer un dommage, devait également être considérée comme un cas de fraude³⁵.

La Cour de cassation n'a cependant pas repris toute cette motivation dans son arrêt, ce qui a laissé la porte ouverte à de nombreuses discussions quant à la question de savoir si la notion de fraude, dans sa composante matérielle, devait être étendue à la faute intentionnelle.

Selon X. Dieux, « la portée qui nous paraît ainsi devoir être attribuée à l'arrêt implique que l'on s'écarte assurément de la définition de la fraude, telle qu'elle résultait de la jurisprudence antérieure de la Cour. [...] Sans souscrire à une nouvelle théorie de la fraude qui en élargirait inconsidérément les contours, nous croyons en effet que l'arrêt peut se comprendre et se justifier si l'on admet qu'il procède seulement par assimilation de la faute intentionnelle à la fraude, pour les besoins de l'exception, dont nul ne conteste qu'elle est de bon sens, à la règle du partage des responsabilités déduite d'une application mécanique de la théorie de l'équivalence des conditions »³⁶.

P. Marchal considérait également que « l'arrêt du 6 novembre 2002 a élargi considérablement la portée du principe *Fraus omnia corrumpit*, limitée

³⁴ Av. gén. J. SPREUTELS, concl. préc. Cass., 6 novembre 2002, *op. cit.*, pp. 2390 et 2391, n^{os} 10 et s.

³⁵ X. DIEUX, « Développements de la maxime *Fraus omnia corrumpit* dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *op. cit.*, p. 641.

³⁶ *Ibid.*, p. 641.

traditionnellement à l'inopposabilité de l'acte entaché de fraude, en assimilant à la fraude l'infraction intentionnelle et en considérant que cette assimilation autorisait la victime imprudente ou négligente d'un délit intentionnel à s'en prévaloir contre l'auteur en cas de concours entre ces deux fautes »³⁷.

F. Glansdorff a, quant à lui, critiqué cette conception très extensive de la fraude puisqu'il estimait que celle-ci « tend à assimiler n'importe quelle faute intentionnelle à la fraude, puisque aussi bien cette dernière, sous le couvert de l'adage, serait propre à priver tout auteur d'une faute intentionnelle du bénéfice du partage de responsabilités. Or, nombre de fautes intentionnelles n'impliquent aucune tromperie ni déloyauté, cela va de soi : ainsi un meurtre n'est-il pas une fraude, observe J. Kirkpatrick, pas plus que des coups et blessures volontaires. Il s'agit pourtant bien de "fautes intentionnelles". Dans le même sens, n'est-il pas quelque peu excessif, écrit P. Van Omme-slaghe, de voir une fraude dans le simple fait de refuser volontairement de payer son loyer, ce qui constitue une faute intentionnelle ? »³⁸.

La Cour de cassation semblait cependant maintenir sa jurisprudence dans ses arrêts du 9 octobre 2007³⁹ et du 30 septembre 2015⁴⁰ dans lesquels elle faisait référence au comportement de « l'auteur d'un délit intentionnel » et « l'auteur d'une infraction intentionnelle ».

L'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2015⁴¹ a cependant rouvert le débat au sein de la doctrine, puisqu'il précisait que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain. Il en résulte que, pour être constitutif de fraude, l'acte déloyal doit être accompli dans l'intention de causer un dommage ou d'obtenir un gain [...] »⁴².

Certains auteurs ont considéré que cet arrêt permettait de revenir sur l'assimilation de la faute intentionnelle à la fraude.

F. Glansdorff précise notamment dans son commentaire de cet arrêt que « la fraude, en réalité, est une notion nettement plus précise, plus ciblée que la "simple" faute (ou même infraction) intentionnelle telle que visée par l'arrêt du 6 novembre 2002. L'intérêt de l'arrêt annoté est d'avoir apporté ou confirmé cette précision en soulignant que la fraude, avant même de préciser l'intention de son auteur, doit consister en un "acte déloyal", une

³⁷ P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *R.P.D.B.*, 2014, p. 253.

³⁸ F. GLANSDORFF, « L'intention frauduleuse requise par l'adage *Fraus omnia corrumpit* », *R.C.J.B.*, 2018, n° 1, note sous Cass., 16 novembre 2015, p. 57.

³⁹ Cass., 9 octobre 2007, préc., p. 1739.

⁴⁰ Cass., 30 septembre 2015, *Pas.*, 2015, n° 568.

⁴¹ Cass., 16 novembre 2015, *Pas.*, 2015, n° 679.

⁴² La portée de cet arrêt quant à la condition relative à « l'intention de nuire ou de réaliser un gain » sera analysée au point B de la présente contribution.

“tromperie ou déloyauté”, bref un comportement éloigné du meurtre, des coups et blessures, ou du non-paiement évoqués plus haut. La fraude, écrivait déjà J.F. Romain dans sa thèse consacrée à la bonne foi, “postule une idée de tromperie et de déloyauté, c’est-à-dire de machination, d’artifice et de ruse dommageable à autrui”⁴³.

L’arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 2016 semble conforter la thèse développée par F. Glansdorff car la Cour suprême y précise qu’« il ne suffit pas qu’une partie tire un avantage de la méconnaissance d’une norme juridique pour appliquer le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*. L’application de ce principe suppose l’existence d’une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle et la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain »⁴⁴.

Eu égard à ces nombreux arrêts de la Cour de cassation, la doctrine était donc clairement divisée quant à la question de savoir si une faute intentionnelle suffisait à elle seule à justifier l’application du principe *Fraus omnia corrumpit* ou si un dol, une fraude, une déloyauté ou une intention de tromper était nécessaire⁴⁵.

De manière tout à fait limpide, A. Lenaerts a simplifié la question et a résumé la première condition pour l’application de l’adage *Fraus omnia corrumpit* en précisant que « l’adage *Fraus omnia corrumpit* ne pourra être opposé à une personne que si elle a adopté un comportement fautif, ce qui implique que cette personne ait, soit violé une disposition légale spécifique, soit méconnu la norme générale de bon comportement déterminée par référence au bon père de famille.

D’ordinaire, ce comportement fautif consistera dans une manœuvre, c’est-à-dire une déloyauté ou une tromperie intentionnelle par laquelle la réalité est représentée d’une manière fausse (par exemple dans le cadre du dol ou de l’acquisition frauduleuse de la prescription par le débiteur). Cependant, il n’existera pas toujours une manœuvre. Ainsi, dans le cadre de l’action paulienne, le comportement fautif est un acte juridique anormal qui s’écarte de la réalité économique, puisqu’il ne peut être justifié selon une gestion normale du patrimoine. En outre, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, tout comportement fautif par lequel l’auteur d’un dommage veut nuire intentionnellement à autrui, entraîne l’application de l’adage *Fraus* »⁴⁶.

⁴³ F. GLANSDORFF, « L’intention frauduleuse requise par l’adage *Fraus omnia corrumpit* », *op. cit.*, p. 57.

⁴⁴ Cass., 21 avril 2016, *Pas.*, 2016, n° 272.

⁴⁵ Voy. not. J.-Fr. ROMAIN, « La fraude et le dol en vertu du principe *Fraus omnia corrumpit* », in *Liber Amicorum F. Glansdorff et P. Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 99-101.

⁴⁶ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 46.

B. L'élément « moral » : l'intention de nuire ou d'obtenir un avantage de la conclusion d'un acte juridique ou de l'application d'une règle de droit

10. L'intention de causer un dommage à une partie contractante ou à un tiers. Dans un arrêt du 3 octobre 1997⁴⁷, la Cour de cassation soulignait déjà l'importance de l'élément moral car on lisait que « l'application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* suppose l'existence d'une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté *dans le but de nuire ou de réaliser un gain* »⁴⁸.

A. Lenaerts définit cette intention de nuire comme étant « la conscience dans le chef de la personne concernée, des conséquences dommageables de sa décision et la volonté de les causer néanmoins »⁴⁹.

11. L'exclusion de la seule violation consciente et volontaire des normes applicables. Dans un arrêt du 16 novembre 2015⁵⁰, la Cour de cassation a clarifié cette exigence relative à l'intention de l'auteur en précisant que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain.

Il en résulte que, pour être constitutif de fraude, l'acte déloyal doit être accompli dans l'intention de causer un dommage ou d'obtenir un gain.

Le moyen, qui repose sur le soutènement qu'il suffit que l'acte déloyal soit volontaire et cause de la sorte un dommage, manque en droit ».

En d'autres termes, il ne suffit donc pas que l'auteur ait eu une simple connaissance du dommage ou qu'il commette une faute consciente et volontaire, il faut également qu'il ait eu la volonté d'obtenir un avantage illégitime de la conclusion d'un acte juridique ou l'application d'une règle de droit⁵¹.

Il n'est, en revanche, pas exigé que l'auteur ait eu conscience que le préjudice se produirait tel qu'il s'est effectivement produit ou qu'il ait eu l'intention de causer un dommage déterminé. L'intention de causer un dommage ou de réaliser un gain, quel qu'il soit, suffit⁵².

⁴⁷ Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962.

⁴⁸ Nous soulignons.

⁴⁹ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ Cass., 16 novembre 2015, *préc.*, n° 679.

⁵¹ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 47.

⁵² F. GLANSDOFF, « L'intention frauduleuse requise par l'adage *Fraus omnia corrumpit* », *op. cit.*, p. 60.

Sous-section 2

Les conditions d'application de la disposition légale

L'article 1.11 du Code civil prévoit que « la faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur ».

Les conditions d'application de la disposition sont donc directement énoncées par celle-ci.

A. La commission d'une faute intentionnelle

12. L'apport du législateur par la simplification et la clarification : la commission matérielle d'une faute intentionnelle suffit. Lors du processus de codification, le législateur a voulu clarifier la jurisprudence de la Cour de cassation et, ainsi, apaiser les discordances doctrinales relatives à la composante « matérielle » de l'adage *Fraus omnia corrumpit* :

« La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, tout en insistant souvent sur l'existence d'un dol, d'une fraude, d'une déloyauté ou d'une intention de tromper⁵³, applique néanmoins également le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* dans des hypothèses de faute intentionnelle exemptes de toute fraude, tromperie ou déloyauté, par exemple en cas d'infraction intentionnelle⁵⁴. La nouvelle disposition ambitionne à cet égard de *simplifier et de clarifier la jurisprudence de la Cour de cassation en exigeant uniquement l'existence d'une faute intentionnelle*⁵⁵. À cet égard, l'existence d'un dol, d'une fraude, d'une tromperie ou d'une déloyauté peuvent constituer des indices de l'existence d'une intention de nuire ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui, mais ne sont pas requis pour déclencher l'application de la disposition »⁵⁶.

La première condition d'application peut donc être résumée à la commission matérielle d'une faute intentionnelle, étant entendu que « la simple intention de nuire à un tiers qui ne s'extériorise pas n'est pas sanctionnée par la loi mais relève du domaine de la morale »⁵⁷.

⁵³ Cass., 21 avril 2016, préc., pt 1415 ; Cass., 21 décembre 2018, R.G. n° C.18.0154.N ; Cass., 3 octobre 2019, R.G. n° C.18.0438.N.

⁵⁴ Voy. Cass., 6 novembre 2002, préc., n° 584, concl. av. gén. J. SPREUTELS ; Cass., 9 octobre 2007, préc., n° 465 ; Cass., 30 septembre 2015, *Pas.*, 2015 ; n° 568, *J.T.*, 2015, p. 844, rem. A. LENAERTS ; R.G.D.C., 2016, p. 550, note T. DERVAL ; Cass., 2 mars 2016, *Pas.*, 2016, n° 151, concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

⁵⁵ Nous soulignons.

⁵⁶ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, préc., p. 25.

⁵⁷ *Ibid.*

Le législateur a ainsi approuvé la formule retenue par A. Lenaerts, c'est-à-dire « l'existence d'un comportement fautif (une action ou omission) par lequel l'auteur de la fraude veut porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'une partie contractante ou d'un tiers »⁵⁸.

B. L'intention de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui

13. Condition *sine qua non* : l'intention de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui. Le texte de loi maintient évidemment l'exigence dégagée par la jurisprudence et la doctrine selon laquelle la faute doit être commise dans l'intention particulière de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui.

À cet égard, les travaux préparatoires de la loi font expressément référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2015 dès lors que « la faute doit être commise dans l'intention particulière de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui ; il ne peut s'agir d'une simple négligence (faute légère) ou d'une imprévoyance même grossière (faute lourde). Par ailleurs, la seule circonstance qu'une personne retire un avantage de la méconnaissance d'une norme juridique ou même qu'une faute soit commise de manière volontaire, mais sans intention particulière de nuire à autrui ou d'en retirer un gain aux dépens d'autrui, ne suffit pas à déclencher l'application de la disposition »⁵⁹.

Section 4 Effets et cas d'application

Sous-section 1

Les effets de l'application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*

A. Le principe

14. La fonction correctrice⁶⁰ de l'adage *Fraus omnia corrumpit*. Le principe *Fraus omnia corrumpit* permet d'empêcher que l'auteur invoque sa

⁵⁸ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 47.

⁵⁹ Proposition de loi, préc., p. 25.

⁶⁰ Au sujet de la fonction correctrice du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, voy. not. la contribution des professeurs R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK relative à « La théorie fabuleuse des principes généraux du droit » dans le présent ouvrage ; A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 50 et 51.

faute intentionnelle ou sa fraude pour solliciter, à son profit, l'application d'une règle de droit⁶¹.

15. Dans le domaine extracontractuel. Dans son arrêt du 6 novembre 2002⁶², la Cour de cassation avait, pour la première fois, fait application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* pour tenir en échec le partage des responsabilités entre l'auteur et la victime lorsque celle-ci a commis une imprudence⁶³.

À cet égard, l'avocat général J. Spreutels précisait, dans ses conclusions préalables à cet arrêt, que « lorsqu'un dommage a été commis par les fautes concurrentes de la victime et du prévenu, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage. Toutefois, le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie intentionnelle ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain et, de manière générale, tout comportement intentionnellement dommageable à autrui, exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile extracontractuelle puisse prétendre à un partage de responsabilité avec la victime de cet acte en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises »⁶⁴.

16. Dans le domaine contractuel. La sanction du dol, en tant que vice de consentement, constitue également une application du principe *Fraus omnia corrumpit*.

Après avoir reconnu implicitement l'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* comme justification de la sanction du dol en tant que vice de consentement dans un arrêt du 23 septembre 1977⁶⁵, la Cour de cassation l'a confirmé explicitement dans son arrêt du 18 mars 2010⁶⁶ en précisant que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* fait obstacle à ce que le dol procure un avantage à son auteur. Lorsque le dol donne lieu à l'annulation de la convention, l'auteur du dol ne peut invoquer l'imprudence ou la négligence même grave et inexcusable du cocontractant et reste tenu d'indemniser totalement le dommage, même si la victime du dol a commis semblable faute ».

⁶¹ A. LENAERTS, « L'influence de la faute intentionnelle du préposé sur le partage des responsabilités entre le commettant et la victime négligente : application par répercussion du principe *Fraus omnia corrumpit* », note sous Cass. 30 septembre 2015, *J.T.*, 2015, p. 845.

⁶² Cass., 6 novembre 2002, préc., p. 2103 : « Le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* [...] exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises ».

⁶³ Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, op. cit., p. 687.

⁶⁴ Av. gén. J. SPREUTELS, op. cit., n° 12.

⁶⁵ Cass., 23 septembre 1977, préc., p. 100.

⁶⁶ Cass., 18 mars 2010, préc., p. 875.

17. La portée générale de l'adage *Fraus omnia corrumpit*. Le principe a, en fait, un champ d'application très large et trouve également à s'appliquer dans de nombreuses autres matières.

Bien que ces domaines ne soient pas étudiés dans le cadre de la présente contribution, nous pouvons notamment citer, à titre d'illustrations, la sanction de l'action paulienne⁶⁷, la prescription⁶⁸, comme obstacle à l'application d'une clause pénale ou d'une clause exonératoire de responsabilité, etc.⁶⁹.

Ainsi, quelle que soit la matière dans laquelle *Fraus omnia corrumpit* est invoqué, le principe fondamental qui sous-tend celui-ci est le fait qu'aucun droit ne peut résulter d'un comportement frauduleux qui devient, par conséquent, inefficace vis-à-vis de la victime de la fraude⁷⁰.

Pour le dire autrement, la fraude constitue donc une exception à toutes les règles de droit.

18. L'extension des effets de la fraude du préposé au commettant. L'adage *Fraus omnia corrumpit* et ses effets pourront également être invoqués, de la même manière, à l'encontre du commettant qui est tenu de répondre des fautes de son préposé sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil⁷¹.

En effet, dans son arrêt du 30 septembre 2015⁷², la Cour de cassation a estimé que « le demandeur soutient que le principe général du droit invoqué n'exclut pas que la partie civilement responsable de l'auteur d'une infraction intentionnelle, qui n'est pas elle-même auteur d'une infraction intentionnelle, puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime en raison des imprudences ou négligences qu'elle aurait commises. Lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et du prévenu, celui-ci

⁶⁷ Pour en savoir plus sur l'application du principe *Fraus omnia corrumpit* dans le cadre de l'action paulienne, voy. not. P. WÉRY, « L'action paulienne : sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle », note sous Cass., 26 avril 2012, R.C.J.B., 2015, pp. 66-102 ; A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 21-27 ; P. A. FORIERS, « *Fraus omnia corrumpit* et intérêt légitime », *op. cit.*, p. 690.

⁶⁸ Pour en savoir plus sur l'applicabilité de l'adage *Fraus omnia corrumpit* dans le cadre la prescription, voy. not. A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 37 et 38.

⁶⁹ Pour en savoir plus sur les domaines d'application spécifiques du principe *Fraus omnia corrumpit*, voy. not. Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, *op. cit.*, p. 687. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 29.1.-30, pp. 180 et 181.

⁷⁰ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 48.

⁷¹ Pour en savoir plus sur l'application de ce régime de responsabilité pour autrui, voy. not. A. CHARLIER, « La responsabilité du commettant du fait de son préposé. Au passé composé, au conditionnel présent et au futur imparfait », in C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN (dir.), *Le fait d'autrui. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 465-506.

⁷² Cass., 30 septembre 2015, préc.

ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage. [...]

L'article 1384, alinéa 3, du Code civil prévoit une présomption irréfutable de responsabilité à charge du commettant pour le dommage causé par la faute du préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé.

Le commettant de l'auteur d'une infraction intentionnelle ne peut dès lors pas davantage prétendre à une réduction desdites réparations »⁷³.

En d'autres termes, cela signifie que le commettant de l'auteur d'une faute intentionnelle devra supporter intégralement la réparation de la faute intentionnelle commise par son préposé en faveur de la victime qui a, quant à elle, commis une faute par imprudence ou négligence⁷⁴.

B. Les nuances à la portée du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*

19. Dans les limites de l'objectif visé par la fraude. La Cour de cassation a précisé que la fonction de l'adage *Fraus omnia corrumpit* ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter que l'objectif visé par la fraude soit atteint⁷⁵.

Ainsi, « l'application du principe précité demeure soumise aux règles du droit commun lorsque les conditions de celui-ci sont réunies, ce qui peut se traduire, en cas de faute en lien causal avec un dommage, par l'allocation d'une indemnité conformément à l'article 1382 du Code civil.

Il s'ensuit que le juge qui statue sur les conséquences dommageables d'une faute infractionnelle d'un tiers doit, en application de cette disposition, vérifier si, et dans quelle mesure, le dommage se serait produit de la même manière sans la faute »⁷⁶.

20. Les limitations à l'invocation du principe. La Cour de cassation a apporté, au fil de ses arrêts, des nuances/limitations à la portée de l'adage *Fraus omnia corrumpit* dans certaines situations données.

⁷³ Pour en savoir plus, voy. A. LENAERTS, « L'influence de la faute intentionnelle du préposé sur le partage de responsabilités entre le commettant et la victime négligente : application par répercussion du principe *Fraus omnia corrumpit* ? », *op. cit.*, pp. 844-847.

⁷⁴ La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé sa jurisprudence dans un récent arrêt du 9 décembre 2022 : Cass., 9 décembre 2022, R.G. n° C.22.0153.N/1.

⁷⁵ Cass., 18 mars 2020, R.G.A.R., liv. 6, n° 15.691 ; Cass., 15 juin 2022, R.G. n° P.22.0332.F/3.

⁷⁶ Cass., 18 mars 2020, préc.

1. Quant au recours contributoire : coexistence de fautes intentionnelles et non intentionnelles

21. Le maintien du recours contributoire. Dans un arrêt du 2 octobre 2009⁷⁷ qui sera analysé plus en détail dans la suite de la présente contribution⁷⁸, la Cour de cassation avait refusé d'admettre, dans l'hypothèse d'une condamnation *in solidum*, une exception dans le cadre de la contribution à la dette. Ainsi, la Cour n'a pas admis que le caractère intentionnel de la faute de l'un des coauteurs l'empêche d'exercer son recours contributoire en cas de concours entre une faute intentionnelle et une faute par négligence.

Bien que cet arrêt ait été vivement critiqué par la doctrine⁷⁹, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 16 mai 2011⁸⁰ en affirmant, sans équivoque, que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui fait obstacle à ce que la fraude profite à l'auteur de la fraude, ne s'oppose pas à ce que la personne, qui est tenue à l'égard du préjudicié de répondre de l'infraction volontaire commise par la personne dont elle répond, réclame au coauteur sa part dans le préjudice ».

En d'autres termes, la Cour de cassation estime que l'auteur de la faute intentionnelle peut, au stade de la contribution à la dette, exercer un recours à l'encontre de son coauteur qui n'a commis qu'une faute par négligence⁸¹.

22. Extension aux fautes concurrentes du préposé et d'un tiers. Dans un arrêt du 27 mai 2022⁸², la Cour de cassation a estimé que ce principe s'applique également au commettant victime d'une faute concurrente intentionnelle de son préposé et d'une imprudence ou une négligence d'un tiers : « Cette disposition [l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil], dont l'application suppose qu'un dommage soit causé à un tiers, ne prive pas le commettant victime d'un dommage causé par les fautes concurrentes de son préposé et d'un tiers du droit, qu'il puise dans les articles 1382 et 1383 du même Code, de réclamer à ce tiers la réparation de son dommage, jusqu'à concurrence de la part qui incombe à celui-ci.

Lorsque, en pareil cas, la faute du préposé est intentionnelle tandis que celle du tiers consiste en une imprudence ou une négligence, le principe du

⁷⁷ Cass., 2 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2110.

⁷⁸ Voy. *infra* p...

⁷⁹ Voy. not. A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 33-35 ; Cass., 30 septembre 2021, *For. ass.*, n° 219, décembre 2021, p. 206, note. N. VAN DAMME ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 83.

⁸⁰ Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1337.

⁸¹ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 33.

⁸² Cass., 27 mai 2022, *J.T.*, 2022, liv. 6905, p. 431.

droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, n'affecte pas ce droit du commettant ».

2. *Quant à la coexistence de fautes intentionnelles de l'auteur et de la victime*

La victime qui a commis une faute intentionnelle peut se voir opposer la règle du partage des responsabilités.

Dans un arrêt du 2 mars 2016⁸³, la Cour de cassation a reconnu que « le principe *Fraus omnia corrumpit* empêche que le dol procure un avantage à l'auteur. Ce principe s'oppose à ce que la victime d'une infraction obtienne la réparation du dommage résultant d'une faute intentionnelle commise par elle et qui est commune à celle de l'auteur de l'infraction génératrice du dommage ».

3. *L'exigence de lien causal entre l'acte de fraude et les conséquences de ce dernier ou la protection des tiers de bonne foi*

Dans son arrêt du 3 mars 2011⁸⁴, la Cour de cassation a répondu à la question de savoir jusqu'où l'application de l'adage *Fraus omnia corrumpit* peut faire exception à l'application d'une règle de droit ou des dispositions contractuelles en faveur d'un tiers de bonne foi.

Ce point sera développé dans la partie relative aux assurances dès lors que cet arrêt concerne cette matière (voy. *infra*, p...).

Sous-section 2

Les effets de l'application de la disposition légale

23. Le maintien des effets résultant du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*. Le législateur, en adoptant l'article 1.11 du Code civil, a consacré le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, ainsi que sa portée et ses effets très larges dans toutes les matières du droit.

« Le principe a été volontairement formulé en termes généraux vu l'impossibilité de prévoir toutes les hypothèses possibles. La loi et la jurisprudence offrent cependant déjà un certain nombre d'applications qui permettent de préciser le principe »⁸⁵. Il conviendra donc de s'y référer, en pratique, en tenant compte du cas de figure auquel nous sommes confrontés.

⁸³ Cass., 2 mars 2016, *J.T.*, 2017, p. 400.

⁸⁴ Cass., 3 mars 2011, *Pas.*, 2011, p. 688.

⁸⁵ Proposition de loi, préc., p. 26.

Section 4

***Fraus omnia corrumpit* en droit des assurances**

Sous-section 1

L'impact de la réforme du Code civil

A. La situation avant la réforme du Code civil pour le preneur, l'assuré et le bénéficiaire fraudeur ?

24. L'importance de la conception subjective de la fraude. Comme cela a été rappelé dans la partie générale de la présente contribution, « le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* [...] signifie que personne ne peut invoquer sa propre fraude, ni dans les relations contractuelles ni dans les relations extracontractuelles, en vue de justifier l'application à son profit d'une règle de droit. La fraude constitue donc une exception à toutes les règles de droit »⁸⁶.

En matière d'assurance, ce principe devait s'entendre dans une conception subjective, à savoir celle qui requiert l'intention de nuire – c'est-à-dire la conscience de créer des conséquences dommageables par un comportement déterminé et la volonté, malgré cette connaissance, de les causer – ou de tirer un avantage illégitime de sa fraude. L'avantage du fraudeur a pour conséquence logique le désavantage d'autrui, partie contractante ou un tiers⁸⁷.

L'application de *Fraus omnia corrumpit* trouve à s'appliquer à côté de règles particulières applicables à la matière dont celles, par exemple, relatives à la déclaration du risque, à la déclaration du sinistre et à la commission d'un sinistre intentionnel⁸⁸, outre les infractions pénales qui peuvent servir de base au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile en mains du juge d'instruction⁸⁹.

Dès lors que le propos est malheureusement limité ici, l'attention se portera principalement sur la situation nouvelle.

⁸⁶ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 10.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁸ Voy. not. les articles 58 et 59 pour la déclaration du risque, 62 pour le sinistre intentionnel et les déchéances de garantie, 74 et 76 pour la déclaration du sinistre, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014. Pour le sinistre intentionnel, voy. not. A. CHARLIER, note sous Liège, 27 juin 2019, « Le sinistre intentionnel en droit des assurances : de ses premiers jours à l'âge de raison ? », *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.677.

⁸⁹ Notamment le faux, l'usage de faux et l'escroquerie.

B. La situation après la réforme du Code civil pour le preneur, l'assuré et le bénéficiaire fraudeur ?

25. L'intention frauduleuse : la recherche d'un avantage plutôt que l'intention de nuire. Comme cela a été exposé *supra*, pour que l'article 1.11 du Code civil s'applique, et donc pour considérer qu'une « faute » a été commise, il faut que l'auteur ait été animé d'une intention particulière de nuire à autrui⁹⁰ ou ait été animé de l'intention de réaliser un gain aux dépens d'autrui. Le second cas de figure est celui qui se rencontre généralement en matière d'assurance, l'assureur étant celui au préjudice duquel le profit sera escompté ou réalisé.

« Il n'y a pas de cas pratiques où l'auteur du dol a uniquement connaissance du dommage, sans avoir l'intention de causer ce dommage. En effet, l'auteur du dol cherche à obtenir un avantage illégitime suite à la conclusion d'un contrat. Par définition, il veut donc causer un dommage à la partie adverse en lui imposant un contrat préjudiciable contre son gré. Il en résulte que le dol requiert toujours une intention de nuire, c'est-à-dire la conscience du dommage pour l'autre partie et la volonté de le causer néanmoins. Cette conception équivaut à la seule définition de la fraude que nous retenons et dont l'élément subjectif constitue une part intégrante. Ainsi, l'adage *Fraus*, qui exige lui aussi une intention de nuire, constitue le fondement juridique du dol »⁹¹.

Ainsi, si la faute est au centre de l'appréciation de la fraude, on notera que la simple négligence (faute légère) ou l'imprévoyance grossière (faute lourde⁹²) ne permettent pas, en tant que telles, l'application de la disposition légale. Il en va de même si l'intention de nuire ou de tirer un avantage fait défaut⁹³.

26. La sanction de la fraude touche à l'ordre public. Tout comme A. Leenaerts, nous estimons que *Fraus omnia corrumpit*, alors encore envisagé comme principe général de droit, touche à l'ordre public. L'article 1.11 du Code civil devrait connaître la même portée dès lors que l'objectif essentiel de la règle est la préservation de l'ordre social, outre la protection des intérêts privés. Cet article doit pouvoir être soulevé par toute partie lésée ayant un intérêt (cocontractante ou partie tierce), à tout stade du litige, même pour la première fois devant la Cour de cassation. Le juge doit pouvoir également

⁹⁰ Ce qui se rencontre rarement dans les cas de fraude à l'assurance.

⁹¹ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 17, n° 9.

⁹² La faute lourde, si elle est expressément prévue dans le contrat, engendrera une déchéance de la garantie d'assurance, au sens de l'article 65 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, M.B., 30 avril 2014.

⁹³ Proposition de loi, préc., p. 25.

l'appliquer d'office et il doit être interdit de renoncer au bénéfice de ce principe, même après la naissance du litige⁹⁴.

Ce caractère d'ordre public vaut *a fortiori* en droit des assurances où l'impact de la fraude dépasse la simple relation contractuelle « assureur-preneur » ou la simple intervention « assureur-assuré et/ou bénéficiaire ». En effet, l'impact de la fraude rejaillit sur tous les preneurs d'assurance ou candidats preneurs dès lors que les fraudes ont un impact négatif sur les calculs actuariels et sur la prévisibilité des sinistres. La conséquence indirecte d'interventions est une augmentation des primes d'assurance avec le risque que beaucoup de personnes, dans ces situations plus précarisées, ne seront plus en mesure de s'assurer, tout simplement car elles ne pourront plus honorer le paiement des primes devenues trop onéreuses. Elles s'exposent alors à des poursuites pénales, si elles ne souscrivent pas à une assurance obligatoire, comme l'assurance R.C. automobile⁹⁵, au recours du Fonds Commun de Garantie Belge sans plafond de recours, ou risquent de ne pas être protégées des aléas de la vie (par exemple, en ne sachant pas souscrire à une assurance R.C. vie privée ou à une assurance contre le risque d'incendie).

La fraude de quelques-uns préjudicie donc les intérêts de tous les autres, raison pour laquelle l'article 1.11 du Code civil doit revêtir une portée d'ordre public.

Sous-section 2

Quelle responsabilité pour l'intermédiaire « de mère » ?

A. Les fautes concurrentes du preneur et de l'intermédiaire : illustration pratique

27. L'incidence du concours des fautes. Dans le cas de la commission d'une fraude à l'assurance, il peut arriver que le preneur malintentionné soit « épaulé » dans sa manœuvre, notamment par son courtier en assurance⁹⁶. La pratique de la matière permet parfois de constater tristement que certains intermédiaires sont d'ailleurs à l'initiative de la fraude⁹⁷.

⁹⁴ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 15 et 16, n° 7. Voy. également Bruxelles, 24 janvier 2020, R.W., 2022-2023, n° 20, pp. 789-793.

⁹⁵ Voy. la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, M.B., 8 décembre 1989.

⁹⁶ Pour en savoir plus sur la responsabilité des courtiers, voy. not. I. OLEKSY et L. CHHOR, « La responsabilité civile des intermédiaires d'assurances », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre II, Livre 27.3, 74 p.

⁹⁷ On n'insistera jamais assez sur les risques civils qu'encourt un intermédiaire qui se rendrait coupable d'une telle faute, mais également sur les risques pénaux puisque celui-ci pourrait être considéré comme coauteur

La question, même si elle ne sait pas être envisagée ici sous toutes ses facettes, mérite un temps d'arrêt : la faute de l'intermédiaire peut-elle amener à dédouaner le preneur d'assurance fautif ou à limiter la responsabilité qu'il devrait supporter par le biais d'un partage des responsabilités ?

Cette question a été abordée dans le cadre d'une affaire qui a mené à un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 30 septembre 2021⁹⁸.

Un candidat preneur, invalide et malvoyant, souscrit un contrat d'assurance R.C. automobile par le biais d'un courtier. Le fils est renseigné comme conducteur occasionnel. Un accident survient et l'assureur R.C. automobile indemnise les tiers lésés. La compagnie découvre par la suite que le preneur s'est rendu coupable d'une omission intentionnelle au sens de l'article 59 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances⁹⁹ en déclarant le fils comme conducteur occasionnel alors qu'il était dans les faits le conducteur régulier. La compagnie a dès lors notifié au preneur tant la nullité du contrat que son intention de recours en récupération de ses débours, en application de l'article 152 de la loi précitée¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

La cour d'appel de Gand, par un arrêt du 9 avril 2020, a estimé que le preneur s'était rendu coupable d'une omission intentionnelle pour contravention à l'article 58 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances¹⁰², lequel impose au candidat preneur une obligation de dénoncer à l'assureur tous les éléments qu'il peut raisonnablement estimer comme étant, pour ce dernier, des éléments d'appréciation du risque (sous réserve des éléments déjà connus de lui, ce qui n'était manifestement pas le cas ici). Cette obligation était, dans le cas d'espèce, renforcée par la présence d'un questionnaire préalable à la souscription qui interrogeait le candidat à l'assurance sur le passé du conducteur principal, questionnaire qui démontrait l'importance des informations sollicitées¹⁰³.

Les faits révèlent que le seul motif pour lequel le candidat preneur a sciemment menti était de diminuer le paiement des primes d'assurance¹⁰⁴.

d'infractions de faux, d'usage de faux et d'escroquerie. Dans le meilleur des cas, il ne serait considéré « que » comme complice.

⁹⁸ Cass., 30 septembre 2021, préc., note N. VAN DAMME.

⁹⁹ M.B., 30 avril 2014.

¹⁰⁰ Pour en savoir plus sur l'action récursoire de l'assureur, voy. not. B. CEULEMANS et A. CHARLIER, « L'action récursoire : quoi de neuf ? », in *La prescription en assurances et en responsabilité*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 123-150.

¹⁰¹ N. VAN DAMME, obs. sous Cass., 30 septembre 2021, « Le preneur d'assurance qui commet une omission intentionnelle peut-il invoquer la faute de l'intermédiaire d'assurance pour rejeter ou limiter sa propre responsabilité ? », *For. ass.*, n° 219, décembre 2021, p. 204.

¹⁰² M.B., 30 avril 2014.

¹⁰³ N. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 204.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Dans le cadre du débat juridique, suite au recours de l'assureur, le preneur invoqua la faute concurrente du courtier en utilisant notamment comme argument le fait qu'il était invalide et malvoyant, de sorte que le courtier, par ses actions, était responsable de la situation. Le preneur invoqua alors le partage des responsabilités entre lui et le courtier¹⁰⁵.

La cour d'appel de Gand estima que, même si le courtier n'ignorait pas les malversations du candidat preneur, la demande de partage des responsabilités ne pouvait être suivie car le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* faisait obstacle au recours à l'encontre du courtier¹⁰⁶.

La Cour de cassation, saisie par pourvoi du preneur, a cassé l'arrêt estimant que le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* ne s'opposait pas au partage des responsabilités entre des auteurs de fautes intentionnelles qui s'avèrent concurrentes¹⁰⁷.

B. Comment concilier en pratique les fautes concurrentes de l'intermédiaire en assurance et du (candidat) preneur ?

1. Le preneur fautif pourrait-il se décharger de toute sa faute sur le courtier ?

28. La quasi impossibilité de se dédouaner totalement de sa fraude. La réponse à la question posée est assurément négative. Dans un arrêt du 6 octobre 2011, la Cour de cassation a eu l'occasion de se pencher sur cette problématique et a rappelé que « le preneur d'assurance est personnellement tenu de déclarer lesdites circonstances¹⁰⁸ à l'assureur. L'intervention d'un courtier agissant pour l'assuré ne fait, en règle, pas obstacle à la nullité du contrat d'assurance en raison d'une omission intentionnelle ou d'une fausse déclaration »¹⁰⁹.

En d'autres termes, même si le courtier a participé à la fausse déclaration, et même s'il en était à l'initiative, il n'en demeure pas moins que le preneur reste responsable du mensonge ou de l'omission frauduleuse. Cela est encore renforcé si le preneur d'assurance a signé¹¹⁰ ses déclarations ou le formulaire d'assurance¹¹¹.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 204 et 205.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 205.

¹⁰⁸ Soit celles connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque, conformément à l'article 58 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014.

¹⁰⁹ Cass., 6 octobre 2011, R.G. n° C.10.0600.N.

¹¹⁰ Si tel n'était pas le cas, voy. not. A. CHARLIER et C. JANSSEN, « Contrat d'assurance : des conditions particulières non signées sont-elles opposables au preneur d'assurance ? », *For. ass.*, 2021, n° 211, pp. 42-44.

¹¹¹ N. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 205.

Si le preneur a correctement déclaré le risque, mais que c'est le courtier qui est à l'origine de la fausse déclaration et que lui seul en a pris l'initiative, alors le preneur pourrait effectivement se décharger de toute responsabilité envers le courtier. En effet, en ce cas, le preneur ne serait animé d'aucune intention frauduleuse¹¹². Cela étant dit, il faut encore qu'il puisse le prouver et qu'il puisse, pour étayer sa thèse, justifier d'un intérêt à agir en ce sens dans le chef du courtier, ce qui pose assurément question.

2. *Le courtier pourrait-il s'exonérer en invoquant sa faute non intentionnelle ?*

29. Comment régler le concours des fautes intentionnelle et non intentionnelle ? Si le courtier n'a commis aucune faute intentionnelle, étant entendu qu'en tant que professionnel, ses actes et l'attention qu'il a portée à la situation seront appréciés avec sévérité, il pourrait se départir de tout partage de responsabilité et éviter le recours du preneur ayant agi frauduleusement¹¹³.

En effet, dès lors que personne ne peut tirer profit d'un comportement frauduleux, il doit en être autrement pour celui qui, bien que fautif, n'a pas commis de faute intentionnelle. Ainsi, « s'il y a concurrence entre une faute intentionnelle (= fraude) et une faute non intentionnelle (= négligence), *Fraus omnia corrumpit* empêche l'auteur de la fraude d'invoquer une règle de partage de responsabilité en sa faveur »¹¹⁴.

Cela est d'ailleurs confirmé dans les travaux préparatoires de l'article 1.11 du Code civil puisque « la faute doit être comprise dans l'intention particulière de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui ; il ne peut s'agir d'une simple négligence (faute légère) ou d'une imprévoyance, même grossière (faute lourde) »¹¹⁵.

C. Comment se règle la question de l'indemnisation ?

1. *Le preneur et le courtier peuvent-ils être condamnés in solidum ?*

30. Une exception à la condamnation *in solidum*. L'objectif principal de *Fraus omnia corrumpit* consiste à punir l'intention frauduleuse de l'auteur,

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, p. 207.

¹¹⁴ H. DE RODE, « Les assurances de la responsabilité. Réglementation et éléments essentiels du contrat », in J.-L. FAGNART (dir.) *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Livre 70, p. 26, n° 25 et les références citées en note 4, à savoir : Cass., 6 mars 2002, R.G.A.R., 2003, n° 13.719 et concl. av. gén. J. SPREUTELS, Pol. Liège, 22 mars 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 120 ; N. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 207.

¹¹⁵ Proposition de loi, préc., p. 25.

et ce dernier aurait dû être empêché d'invoquer la faute par négligence d'un coauteur, afin d'obtenir un recours contributoire contre ce dernier. Pour le dire autrement, la commission de l'acte frauduleux doit faire perdre tout droit à un recours contributoire¹¹⁶.

La charge totale de la dette doit ainsi incomber à l'auteur de la fraude de sorte que toute responsabilité *in solidum*, telle que ressortant de l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, doit être écartée. « En principe, au niveau de la contribution à la dette, cette théorie a pour conséquence que chacun des responsables, tenu pour le tout vis-à-vis de la victime, doit nécessairement supporter une part, même infime, du dommage. Or, [...] *Fraus* justifie une exception à cette théorie. Dans le cas contraire, l'application pure et simple de la règle permettrait à l'auteur d'actes frauduleux d'obtenir un gain de sa fraude. En droit français, la solution que nous préconisons est retenue »¹¹⁷.

Fraus omnia corrumpit vient donc s'interposer comme une exception aux règles habituelles en ce sens qu'il exclut le principe de la réparation *in solidum* lorsque l'on se trouve en présence d'une faute intentionnelle et d'une faute non intentionnelle, même grave, afin que l'auteur de la faute intentionnelle et donc, par définition, malveillant ne puisse tirer aucun profit d'un recours contributoire éventuel¹¹⁸.

Cependant, la Cour de cassation, au travers d'un arrêt du 2 octobre 2009¹¹⁹, a estimé qu'« il résulte des articles 1146, 1147, 1149, 1150, 1151, 1382 et 1383 du Code civil que celui qui a commis une faute, contractuelle ou extracontractuelle, qui cause un dommage à autrui, est tenu d'indemniser les parties préjudiciées de ce dommage. En vertu de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

En cas de concours de fautes commises par plusieurs personnes, le juge apprécie dans quelle mesure la faute de chacune a contribué à causer le dommage ; il détermine sur cette base, dans leurs rapports respectifs, la part du dommage qui leur est imputable.

Le jugement attaqué décide que, dans le cadre du recours contributoire du défendeur à l'égard du demandeur, le premier ne peut réclamer au second

¹¹⁶ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 34, n° 24.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 37, n° 26.

¹¹⁹ Cass., 2 octobre 2009, préc., obs. A. LENAERTS ; *NjW*, 2010, p. 318, obs. I. BOONE ; *P&B*, 2010, p. 99 ; *R.A.B.G.*, 2010, p. 1287 ; *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.671 ; *R.W.*, 2010-2011, p. 487, obs. S. GUILLIAMS ; *T. Verz.*, 2010, 440, obs. B. WEYTS. Cette position a encore été confirmée dans un arrêt du 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1337.

plus que la moitié puisqu'il convient de considérer que les fautes commises respectivement par chacun d'eux furent de même gravité.

Le jugement attaqué détermine ainsi, dans les rapports entre le demandeur et le défendeur, la part du dommage subi par Axa Belgium qui leur est imputable, sur la base de la gravité des fautes qu'ils ont commises et non sur la base de la mesure dans laquelle la faute de chacun d'eux a contribué à causer le dommage subi par Axa Belgium.

En condamnant sur la base des considérations reprises au moyen le demandeur à garantir le défendeur à concurrence de la moitié des montants dus à Axa Belgium en vertu de la présente cause, le jugement attaqué viole partant les articles 1146, 1147, 1149, 1150, 1151, 1382, 1383 et 1384 du Code civil ».

Les faits à l'origine de l'arrêt peuvent être résumés comme suit : un assureur R.C. auto avait effectué d'importants décaissements pour indemniser un assuré, victime d'un grave accident de circulation. Ce dernier, lors de sa déclaration du risque, avait cependant intentionnellement omis de mentionner qu'il avait déjà été condamné par le passé et qu'il avait déjà été impliqué dans des accidents de circulation. Dès lors, l'assureur a intenté une action récursoire à son encontre afin de récupérer ses décaissements. Le courtier avait également commis une négligence car il n'avait pas signalé l'omission en raison d'une mauvaise organisation de son bureau. L'assuré avait tenté d'échapper à une partie de sa faute en dirigeant un recours contributoire envers l'intermédiaire.

En appel, le tribunal de première instance de Verviers a estimé que les fautes concurrentes de l'assuré et du courtier étaient toutes deux à l'origine des décaissements de l'assureur et les a condamnés *in solidum* à indemniser celui-ci. Un pourvoi en cassation a été intenté et le courtier a fait valoir que l'assuré, auteur d'une faute intentionnelle, à sa différence, n'avait pas le droit, compte tenu de l'adage *Fraus omnia corrumpit*, d'intenter un recours contributoire à son encontre. La Cour de cassation n'a pas suivi sa thèse et a décidé qu'il est indifférent que certaines fautes soient intentionnelles alors que d'autres ne le sont pas. La Cour a accepté que l'auteur d'une faute intentionnelle qui a indemnisé la victime ait un droit de recours contre les coauteurs qui n'ont commis qu'une simple négligence ou imprudence.

Cette jurisprudence est critiquable, comme l'a également précisé A. Leenaerts que nous rejoignons totalement. Le nouveau texte légal, compte tenu de l'exposé des motifs, devrait modifier la conclusion qui a été faite par la Cour de cassation dans l'arrêt précité. En effet, si la commission d'une seule faute intentionnelle ne s'oppose pas au recours contributoire, les choses sont différentes lorsqu'elle est commise dans l'intention de réaliser un gain (comme c'est le cas du preneur qui veut payer des primes moins onéreuses

qu'il ne le devrait). Ainsi, l'omission intentionnelle dans la déclaration du risque faite par le preneur constitue manifestement un évènement frauduleux impliquant nécessairement une intention de réaliser un gain, à savoir obtenir une assurance ou payer des primes moindres, de sorte que l'élément moral est pleinement rencontré¹²⁰.

2. *Le preneur peut-il envisager un recours contributoire ou agir en garantie envers le courtier ?*

31. Le recours contributoire autorisé en cas de concours de fautes intentionnelles. Si le preneur et l'intermédiaire en assurance se sont rendus coupables de fautes concurrentes et intentionnelles, ils sont chacun redevables, envers la personne lésée, des conséquences de leurs fautes. Le juge peut être amené à se prononcer sur le recours contributoire entre chacun des coresponsables¹²¹.

Dès lors, celui qui serait amené à honorer la totalité de la dette envers la personne lésée par les manœuvres dolosives pourrait intenter un recours subrogatoire vers le coresponsable pour récupérer la partie de la dette qui doit lui être délaissée, tenant compte de l'éventuel partage opéré par le juge saisi du litige. Ne pas envisager qu'un recours subrogatoire pourrait être intenté contre un autre auteur fautif intentionnellement reviendrait à en favoriser un au détriment de l'autre¹²².

Certes, l'auteur d'une faute intentionnelle ne peut en tirer avantage. Or, le fait de partager la responsabilité et l'obligation à la dette ne permet pas aux auteurs d'en tirer un avantage par le partage opéré. Cela permet justement que chacun supporte sa part de responsabilité en devant en assumer, pour la part de responsabilité qui lui incombe, les conséquences pécuniaires chiffrées à due concurrence.

Sous-section 3

Le profit indirect généré par la fraude : critique et déjà un appel à la réforme

32. Le profit indirect généré par la fraude : la morale heurtée par le profit indirect en faveur du fraudeur. Les auteurs du projet de loi précisent que « le principe *Fraus omnia corrumpit* que la disposition¹²³ vise à

¹²⁰ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, p. 33, n° 24.

¹²¹ N. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 206.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Entendre : art. 1.11, C. civ.

consacrer n'est pas sans limite. Ainsi, le principe n'exclut pas de façon générale que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse tirer indirectement profit de cette faute en application de la loi ou de dispositions contractuelles [...]. En effet, ce principe vise à défaire les conséquences juridiques qui découlent de la faute intentionnelle ; il ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter que l'objectif poursuivi par la faute intentionnelle soit atteint »¹²⁴.

Cela est bien évidemment conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation qui a effectivement posé comme principe qu'une personne tierce innocente peut se prévaloir d'un acte ou de l'application d'une règle de droit, même si l'auteur de la fraude se voit privilégié d'une manière indirecte. Ainsi, l'auteur d'une faute intentionnelle peut voir sa dette éteinte par le fait qu'un assureur doive intervenir en faveur d'un bénéficiaire innocent.

Dans un arrêt du 3 mars 2011¹²⁵, notre Cour suprême a précisé que le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* n'excluait pas de façon générale que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse tirer indirectement profit de cette faute en application de la loi ou de dispositions contractuelles...

Les faits peuvent être résumés comme suit : deux conjoints avaient acquis un immeuble en contractant un emprunt moyennant une garantie hypothécaire auprès d'une compagnie d'assurance. Un peu plus tôt, le mari avait souscrit un contrat d'assurance sur sa vie auprès du même assureur pour un capital global assuré du même montant. Le bénéficiaire désigné de cette police en cas de décès du mari était la conjointe. Or, à la conclusion du prêt hypothécaire, le mari a cédé le bénéfice du contrat d'assurance au profit de la compagnie jusqu'à concurrence des sommes empruntées. En cas de décès du mari, une compensation aurait lieu : la compagnie d'assurance était devenue le bénéficiaire et l'assureur. Quelques années plus tard, l'épouse commet un homicide volontaire sur son mari et est condamnée au pénal. Le contrat d'assurance prévoyait néanmoins que le décès de l'assuré, survenu par le fait intentionnel, n'était pas couvert. La cour d'appel de Liège a envisagé l'article qui contenait la non couverture du fait intentionnel comme une clause de déchéance, de sorte que seul le bénéficiaire fautif, soit la conjointe, était exclue du bénéfice de la police. Cette déchéance ne valait donc pas pour l'assureur, étranger à l'acte criminel. Le contrat pouvait valablement sortir ses effets en faveur de l'assureur. Or, ce faisant, la dette d'emprunt de l'épouse meurtrière se trouvait éteinte. L'assureur a fait valoir, en cassation, que *Fraus omnia corrumpit* était ainsi méconnu : l'épouse, qui a tué son mari intentionnellement,

¹²⁴ Projet de loi, préc., p. 26.

¹²⁵ Cass., 3 mars 2011, préc., note J. KIRKPATRICK ; R.D.C., 2012, p. 290, obs. J.-M. BINON. Pour une analyse plus détaillée, A. LENAERTS, « Lessen uit het verzekeringsrecht voor de rechtsgevolgen van *Fraus omnia corrumpit*: kan de dader een onrechtstreeks voordeel halen uit zijn bedrieglijke fout? », obs. sous Cass., 3 mars 2011, R.W., 2013, pp. 1098-1104.

se trouve libérée de son obligation de remboursement. Par conséquent, elle tirait indirectement profit de son acte. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel en précisant que le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* n'exclut pas de façon générale que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse tirer indirectement profit de cette faute en application de la loi ou de dispositions contractuelles¹²⁶...

A. Lenaerts considère que, par cet arrêt, la Cour de cassation « pose comme principe qu'un tiers innocent peut tirer un avantage d'un acte juridique ou de l'application d'une règle de droit même si, ce faisant, l'auteur de la fraude est privilégié d'une façon indirecte »¹²⁷.

J.-Fr. Romain rappelle, dans une analyse de cet arrêt, que, si la conclusion de la Cour de cassation a été celle-là, qui « peut paraître surprenante et choquer *a priori* », c'est aux fins d'exprimer une condition d'application précise de l'adage. Cette condition résidait dans l'exigence du lien causal nécessaire à relever entre l'acte de fraude et ses conséquences, qui n'était pas remplie dans le cas d'espèce »¹²⁸.

La situation légale actuelle ne permet malheureusement pas une autre conclusion en l'état puisqu'« il se confirme que le principe *Fraus omnia corrumpit* ne déroge au droit commun que dans les éléments du régime de responsabilité dont l'application impliquerait d'octroyer une prime indue à la fraude ou au dol, et dans la mesure strictement nécessaire à la répression de la fraude ou du dol entre parties, ou à l'égard des tiers »¹²⁹. Comme l'a précisé J.-M. Binon, l'assureur se trouve bien démuné dans un tel cas de figure¹³⁰.

Conclusion

33. Une exception à toutes les règles de droit. *Fraus omnia corrumpit* a traversé tous les âges, multifformes, en naissant comme un adage, grandissant érigé en principe général de droit, pour se trouver enfin consacré dans le Code civil.

Quelle qu'ait été sa forme et quelle que soit la matière dans laquelle *Fraus omnia corrumpit* est invoqué, le principe fondamental qui sous-tend celui-ci

¹²⁶ A. LENAERTS, « Le principe général de droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », *op. cit.*, pp. 48 et 49, n° 41.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 49, n° 41.

¹²⁸ J.-Fr. ROMAIN, « La fraude et le dol, en vertu du principe *Fraus omnia corrumpit* », *op. cit.*, pp. 85 et 86.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 87.

¹³⁰ J.-M. BINON, « Meurtre de l'assuré : la fin définitive de la controverse ? », note sous Cass., 3 mars 2011, *R.D.C.-T.B.H.*, 2012/3, pp. 295 et 296.

est le fait qu'aucun droit ne peut résulter d'un comportement frauduleux et, donc, que la fraude constitue une exception à toutes les règles de droit.

Dans le cadre plus spécifique du droit des assurances, outre l'application de l'article 1.11 du Code civil et des dispositions de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances¹³¹, principalement les articles 58 et 59, mais aussi 74 et 76, on rappellera que l'article 5.35 relatif au dol peut également être invoqué dans le cadre des débats juridiques, puisque l'erreur de l'assureur, amené à conclure un contrat ou à fournir sa garantie d'assurance, aura été provoquée par les manœuvres fallacieuses du preneur, de l'assuré, voire du bénéficiaire (selon les cas de figure).

Une chose est sûre, à l'instar de P. A. Foriers, nous dirons que, même si le texte légal est à envisager à l'aune des nombreux arrêts de la Cour de cassation et des excellents textes doctrinaux qui ont été rédigés à son sujet, *Fraus omnia corrumpit* n'a pas fini de faire parler de lui¹³².

¹³¹ M.B., 30 avril 2014.

¹³² P. A. FORIERS, « *Fraus omnia corrumpit* et intérêt légitime », *op. cit.*, p. 702.

La théorie des troubles de voisinage

Sébastien VANVREKOM

Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Nicolas BERNARD

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

Introduction

1. La théorie des troubles de voisinage a ceci de particulier qu'elle connaît depuis longtemps une activité intense dans les cours et tribunaux mais qu'elle ne disposait jusqu'il y a peu d'aucune assise légale, étant le fruit essentiellement de la jurisprudence (celle de la Cour de cassation en particulier). Et le paradoxe s'exacerbe lorsque l'on s'avise que cette création prétorienne n'a jamais été reconnue par les magistrats comme un authentique principe général de droit pour autant, label que n'a pas hésité en revanche à lui conférer la doctrine. Ces éléments-là, déjà, donnent la mesure de la complexité du sujet et suffisent à faire de la théorie des troubles de voisinage un matériau de choix pour l'étude du concept de principe général de droit. Mais un intérêt supplémentaire est à trouver (s'il en fallait un) dans l'adoption des nouveaux articles 3.101 et 3.102 du Code civil. Portés par la loi du 4 février 2020 ayant inséré dans ledit Code un Livre 3 dédié au droit des biens, ces articles réglementent en effet cette matière, ce qui pose la question de la survivance (ou non) de la théorie des troubles de voisinage en tant que principe général de droit ; ce, à plus forte raison que la seconde de ces dispositions ne se contente pas de ramasser la jurisprudence existante mais ouvre un nouveau front (la *prévention* des troubles de voisinage). Il a semblé judicieux dès lors de consacrer une contribution à ce thème, laquelle s'emploiera tout à la fois à décrire le régime juridique existant des troubles de voisinage, à en retracer les évolutions historiques, à brosser les innovations apportées par la loi de 2020 et, surtout, à tenter de répondre à la question sur le point de savoir si cette théorie peut (toujours) être vue comme un principe général de droit.

Section 1

Historique et évolution

2. La thématique des troubles de voisinage est vieille comme le droit. À preuve ou à témoin, nous trouvons trace, dès l'an 1845, d'un arrêt de notre jeune Cour de cassation, saisie d'un litige portant sur des relations de voisinage¹. En l'espèce, un propriétaire reçut de l'administration des ponts et chaussées l'autorisation d'ériger un bâtiment contre une grande route reliant Mons à Tournay, moyennant notamment l'obligation pour ce propriétaire de surélever le bâtiment par rapport à l'axe de la route, ce qui fut fait. Deux années plus tard, l'État belge s'est retrouvé contraint de relever le niveau de la route en vue de raccorder celle-ci au chemin de fer. La maison du propriétaire, surplombant précédemment de 42 centimètres l'axe de la route, se retrouva de ce fait *enfouée* de 57 centimètres, ce qui provoqua, outre une inaccessibilité du bâtiment en voiture, un écoulement des eaux pluviales de la route vers les caves de l'immeuble. L'État belge fut condamné à dédommager le propriétaire par le tribunal de première instance de Mons². La Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit par l'État belge contre cette décision. C'est que « non seulement l'État doit, comme les particuliers eux-mêmes et d'après les principes du droit commun, user des propriétés publiques de manière à ne point endommager les héritages voisins, mais que l'établissement des routes lui impose en outre des obligations particulières envers les propriétaires riverains »³. La Cour poursuivait en énonçant qu'aucune disposition légale n'était méconnue lorsqu'un jugement impose à l'État l'obligation de dédommager un riverain en raison du dommage à lui occasionné par des travaux apportés à la voie publique.

Bien que la violation de nombreuses dispositions fût invoquée par le demandeur en cassation, dont les articles 544 et 1382 de l'ancien Code civil, la Cour demeura relativement vague à propos du fondement légal du droit à l'indemnisation du riverain sinistré. Tout au plus ressort-il de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général Dewandre que le régime appliqué s'appuierait sur un régime de faute, non sans présenter quelque lien avec l'article 1370 de l'ancien Code civil relatif aux quasi-contrats.

3. Quelques années plus tard, l'État belge essuya une nouvelle condamnation en raison de l'imprudence des entrepreneurs que ce dernier avait engagés pour opérer la reconstruction des murs de quais de la ville d'Anvers. La Cour de cassation précisa son propos en jugeant que « si l'État exerce la souveraineté

¹ Cass. (1^{re} ch.), 9 janvier 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 197.

² Dans ses conclusions sous cassation, l'avocat général Dewandre renseigne que ce jugement a été prononcé le 30 décembre 1843 et qu'il revêt un caractère définitif, mais n'indique toutefois pas si le tribunal de première instance de Mons a statué en degré d'appel. On peut néanmoins supposer que tel est le cas.

³ Cass. (1^{re} ch.), 9 janvier 1845, *Pas.*, 1845, I, p. 204.

et est indépendant du pouvoir judiciaire, lorsqu'il ordonne un travail d'utilité publique, il cesse de jouir de cette immunité, quand, exécutant un pareil travail, il use du domaine public à titre de propriétaire, traite d'égal à égal avec les simples citoyens, obtient d'eux des engagements et en contracte lui-même ; que, dans cette sphère d'action, appartenant à la vie civile, il est soumis aux règles de responsabilité communes à tous, et devient, en cas de faute, justiciable des tribunaux ; attendu que, régisseur du patrimoine de la nation, il a les devoirs du propriétaire ; qu'il est en faute lorsque, dans quelque acte de sa gestion, quand, notamment, dans la transformation de biens affectés, à l'usage de tous, un défaut de précaution qui lui est imputable, porte atteinte aux droits des particuliers »⁴. Ici, le fondement légal de la condamnation se dégage nettement, à savoir une responsabilité adossée sur le droit commun de la responsabilité, à base de faute.

4. En 1914, l'État belge se pourvut une nouvelle fois en cassation à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui le condamnait à dédommager un riverain dont la sérénité a été troublée par des travaux de dragage de l'Escaut. L'entreprise en charge du chantier utilisa le sable et l'eau issus du dragage pour remblayer des terrains appartenant à l'État, ce qui eut pour effet que le riverain en question s'est retrouvé entouré de tous côtés ou presque par des terres surélevées de plusieurs mètres. La Cour de cassation releva à cet égard que « l'idée dominante qui ressort de l'arrêt [de la cour d'appel de Bruxelles], c'est que l'exhaussement des terrains de l'État constitue dans les conditions où il a eu lieu un abus de droit de propriété et, dès lors, une faute imputable aux entrepreneurs ainsi qu'à l'État [...] attendu que le riverain lésé par un fait constituant un abus du droit de propriété en lui-même, doit donc pouvoir diriger son action en responsabilité contre l'auteur de ce fait sans qu'il soit nécessaire que ce dernier ait agi en qualité de propriétaire ou, en d'autres termes, comme titulaire du droit de propriété »⁵. Notre haute juridiction développa ici une attitude innovante, dès lors qu'elle appuya le raisonnement de la cour d'appel de Bruxelles consistant à considérer que le trouble causé par l'État au voisin était constitutif d'un « abus de droit de propriété » et que cet abus serait constitutif d'une faute dans le chef de l'État propriétaire. La Cour de cassation confirma donc la responsabilité pour faute comme fondement de la théorie des troubles du voisinage, tout en précisant que l'élément constitutif de la faute pouvait résulter d'un abus du droit de propriété.

5. Un nouvel arrêt marquant de la Cour suprême intervint en 1949⁶, dans le cadre des travaux de la jonction ferroviaire Nord-Midi. Le pourvoi était dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1946, qui avait fait

⁴ Cass. (2^e ch.), 5 janvier 1888, *Pas.*, 1888, I, p. 69.

⁵ Cass. (1^{re} ch.), 5 février 1914, *Pas.*, 1914, p. 91.

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273.

endosser une double responsabilité à celui qui, par ses travaux, avait causé un préjudice à un immeuble voisin : par application de l'article 1382 de l'ancien Code civil, il était tenu de réparer les fautes commises dans l'exécution des travaux et, en vertu de l'article 544 du même Code, il devait compensation pour les charges dépassant les inconvénients normaux du voisinage. La cour spécifia que la première de ces responsabilités était « commune » au maître d'ouvrage et à l'entrepreneur, alors que la seconde, fondée sur le voisinage, incombait uniquement au propriétaire du fonds sur lequel les travaux étaient exécutés. La cour d'appel de Bruxelles avait ainsi adopté une position novatrice pour l'époque en distinguant la responsabilité pour faute sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil de celle qui repose sur l'article 544 du même Code. On retrouve dans ce raisonnement les prémices d'une théorie de la responsabilité sans faute adossée sur l'article 544 de l'ancien Code civil. Toutefois, l'avocat général Roger Janssens s'était montré particulièrement virulent à l'encontre de la position tenue par la cour d'appel de Bruxelles, en énonçant notamment que « [c]ertes il existe des cas où une indemnité peut être due indépendamment de toute faute ; à titre d'exemples je citerai l'expropriation pour cause d'utilité publique, les réquisitions militaires, les dégâts miniers. Mais en ces matières l'obligation d'indemniser est inscrite dans la loi »⁷. Se rangeant à cet avis, la Cour de cassation anéantit l'arrêt prononcé par la cour d'appel. La Cour suprême considéra certes qu'il découlait de l'article 544 de l'ancien Code civil un droit pour tout propriétaire de jouir paisiblement de sa chose et qu'à l'exercice de ce droit correspondait une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas nuire aux voisins. La Cour observa néanmoins que cette obligation trouve sa sanction dans l'article 1382 de l'ancien Code civil et que l'article 544 de l'ancien Code civil ne pouvait par conséquent être isolé de l'article 1382. La Cour de cassation mit donc expressément en échec la position de la cour d'appel, laquelle annonçait pourtant la future théorie des troubles de voisinage⁸.

6. Cette décision de la cour d'appel s'inspirait elle-même (largement) des travaux d'Henri De Page. Le professeur se demande déjà en 1941 « si les troubles de voisinage *sensu stricto* sont vraiment à base de faute ; en d'autres termes, si l'usage préjudiciable de la propriété n'engage réellement la responsabilité du propriétaire qu'en cas de faute de sa part, ou si cette responsabilité peut être engagée même sans faute »⁹. Selon H. De Page, pour qu'un dommage causé par un propriétaire dans l'usage de sa propriété « quoique sans faute caractérisée » ouvre un recours au voisin qui le subit, il convient de réunir

⁷ Concl. av. gén. R. JANSSENS, *Pas.*, 1949, I, p. 276.

⁸ Pour un historique complet et comparé avec la jurisprudence française, voy. R. PIRET, « Les troubles de voisinage et l'arrêt de cassation du 7 avril 1949 », *R.G.A.R.*, 1949, n° 4432.

⁹ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1941, p. 798.

trois conditions cumulatives : une lésion du droit de propriété du voisin, une impossibilité d'éviter cette lésion et un préjudice en résultant qui doit avoir dépassé les limites de la tolérance admise entre voisins¹⁰. H. De Page avait donc posé les jalons de l'actuelle théorie des troubles de voisinage, laquelle semblait avoir convaincu la cour d'appel de Bruxelles, mais aucunement la Cour de cassation. Du reste, la Cour de cassation confirma sa jurisprudence dans un arrêt du 25 juin 1953, en disant pour droit que « l'obligation de réparer les troubles de voisinage, étant fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil, suppose nécessairement une faute »¹¹.

Pourtant, à cette époque, d'éminents auteurs constataient déjà la problématique que représentent les relations de voisinage et l'utilité d'y apporter un régime juridique particulier. Pour R. Dekkers, « [l]es progrès techniques et l'afflux des populations vers les villes ont donné à la société moderne une densité telle, que les désagréments entre voisins sont devenus presque inévitables. La radiophonie, les animaux domestiques, les réceptions mondaines, l'artisanat à domicile, créent des froissements réciproques. Si l'on permettait aux voisins d'établir un compte exact de ces froissements, la vie dans les agglomérations deviendrait intenable. Aussi peut-on dire que, de tout temps, une certaine tolérance a été observée. On ferme les yeux (et les oreilles) sur une foule de circonstances irritantes provenant des goûts, des habitudes, des manies d'autrui »¹². Et le même H. De Page de constater « [qu']en d'autres termes, chacun peut infliger à son voisin une certaine dose de dommages qu'il n'aurait pas le droit d'infliger à un tiers. Situation juridiquement exceptionnelle, sans doute, mais inhérente à la vie en société ; situation, au surplus, non privilégiée, car l'avantage qui en résulte est compensé par la réciprocité »¹³.

7. Un revirement considérable eut lieu en 1960, au travers de deux affaires traitées conjointement par la Cour de cassation¹⁴. Le premier litige portait sur la construction d'un immeuble à appartements (dans la commune de Forest) à une hauteur sensiblement plus élevée que celle de l'immeuble voisin, engendrant l'étouffement du tirage de cheminée de ce dernier. Les propriétaires voisins sollicitaient la condamnation des propriétaires du nouvel immeuble, et de l'entrepreneur, à exhausser la cheminée litigieuse pour en rétablir le tirage normal. Les mis en cause se défendaient en invoquant le fait qu'ils n'avaient fait qu'user de leur droit de propriété, sans commettre la moindre faute. Le tribunal de première instance de Bruxelles (statuant en degré d'appel) en jugea cependant autrement, condamnant les propriétaires du nouvel immeuble au

¹⁰ *Ibid.*, p. 801.

¹¹ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 857.

¹² R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 531.

¹³ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 800.

¹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 915.

motif que « l'article 544 du Code civil protège de manière égale le droit de tous les propriétaires et qu'il est dès lors de l'essence du droit de propriété si étendu qu'il soit, d'être limité par le droit aussi étendu d'autrui, d'autre part, que si les inconvénients normaux du voisinage grèvent la propriété sans donner lieu à indemnisation, il n'en est pas de même lorsque les inconvénients excèdent cette mesure, ce qui a lieu en cas d'érection d'une construction si élevée qu'elle provoque l'étouffement des cheminées du voisin » ; le tribunal fut d'avis qu'en ordonnant la rehausse de la cheminée litigieuse, on aboutissait « au juste rétablissement de l'équilibre des droits des parties ». Dans le second litige, la position juridique de la juridiction de dernier ressort (la vour d'appel de Bruxelles en l'espèce) était différente, dès lors que celle-ci considérait que le fondement de la condamnation intervenue demeurait bien l'article 1382, mais que « de l'existence du dommage le juge pourra déduire normalement qu'une négligence a été commise et y trouver la faute génératrice du dommage »¹⁵.

8. La Cour de cassation se laisse convaincre par ces arguments et, rejetant les deux pourvois, effectue à cette occasion un revirement de jurisprudence de la plus haute importance. Largement inspirées de la doctrine de De Page et Dekkers, ces décisions (rendues le 6 avril 1960) sont élevées par la doctrine au rang d'arrêts de principe et elles consacrent la théorie dite des troubles de voisinage telle qu'appliquée par les cours et tribunaux depuis lors.

La Cour de cassation y dit pour droit :

« Attendu que l'article 544 du Code civil reconnaît à tout propriétaire le droit de jouir normalement de sa chose ;

Que, les propriétaires voisins ayant ainsi un droit égal à la jouissance de leur propriété, il en résulte qu'une fois fixés les rapports entre leurs propriétés compte tenu des charges normales résultant du voisinage, l'équilibre ainsi établi doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires ;

Attendu que le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait non fautif, rompt cet équilibre, en imposant à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, lui doit une juste et adéquate compensation, rétablissant l'égalité rompue ;

Qu'en effet, portant par-là atteinte au droit de propriété du voisin, il doit l'indemniser, conformément à la tradition et au principe général consacré notamment par l'article 11 de la Constitution »¹⁶.

9. On le voit, la théorie des troubles de voisinage s'appuie désormais sur un régime de responsabilité sans faute fondée sur l'article 544 de l'ancien Code

¹⁵ Sur les faits et antécédents, voy. concl. av. gén. P. MAHAUX, *Pas.*, 1960, I, p. 916.

¹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 932.

civil notamment. Cette jurisprudence, qui mit fin à des décennies de débats, fut depuis lors invariablement suivie par les cours et tribunaux du Royaume. C'est pourquoi le procureur général E. Krings a loué, dans sa mercuriale du 3 septembre 1990, en mobilisant même la figure du droit subjectif, une jurisprudence « remarquable d'une part parce que vous avez ainsi élaboré un véritable droit du voisinage, au départ d'une disposition relative au droit de propriété, et d'autre, parce que vous avez ainsi écarté l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui s'était, en maints cas, révélée insuffisante pour régler d'une manière adéquate les litiges dont les juges avaient à connaître »¹⁷.

L'observateur attentif n'aura cependant pas manqué de relever que, dans ses deux arrêts du 6 avril 1960, la Cour de cassation appuie son raisonnement non seulement sur l'article 544 de l'ancien Code civil établissant le droit de propriété, mais également sur la tradition ainsi que sur l'article 11 de la Constitution relatif à l'expropriation (aujourd'hui l'article 16¹⁸) et suivant lequel tout sujet de droit qui se voit privé de sa propriété ou dont la propriété subit des atteintes à la suite de troubles non fautifs peut réclamer une juste et adéquate compensation à l'auteur de ces troubles. Pour certains, les décisions en question consacraient même davantage l'enseignement contenu dans l'article 11 de la Constitution que l'article 544 de l'ancien Code civil¹⁹. L'étude de la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation, laquelle prend appui tant sur l'article 544 de l'ancien Code civil que sur l'article 11 de la Constitution, confirme cette intuition²⁰. On remarque cependant que, depuis un arrêt du 24 avril 2003 notamment, toute référence à l'article de la Constitution est occultée par la Cour de cassation, même lorsqu'il est question d'un trouble causé par une personne publique à une personne privée²¹ ; seul figure désormais le renvoi à l'article 544 de l'ancien Code civil.

Section 2

Une théorie prétorienne mais élevée au rang de principe général de droit par la seule doctrine

10. Une question, dans le cadre du présent ouvrage, sourd inévitablement : telle que consacrée par la Cour de cassation, la théorie des troubles de voisinage peut-elle être considérée comme un principe général de droit ? D'emblée,

¹⁷ E. KRINGS, « Mercuriale prononcée le 3 septembre 1990 », *J.T.*, 1990, p. 548.

¹⁸ D'après la coordination intervenue en 1994.

¹⁹ J.-Fr. ROMAIN, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », note sous Cass., 24 avril 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p. 752.

²⁰ Cass. (3^e ch.), 28 janvier 1991, *R.C.J.B.*, 1992, p. 177.

²¹ Cass. (1^{re} ch.), 24 avril 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p. 735.

le procureur général Ganshof van der Meersch prit position, évoquant *expressis verbis* cette notion de principe général du droit dans sa mercuriale de 1970 et louant en ces termes notre Cour suprême : « Vous avez fait une remarquable application de la théorie des principes généraux en droit civil en déterminant dans deux arrêts rendus le 6 avril 1960 en audience plénière, la base juridique des indemnités dues pour troubles de voisinage »²².

Le paradoxe est que la Cour de cassation pour sa part, bien qu'appliquant rigoureusement l'enseignement de ses arrêts de 1960, n'a jamais élevé elle-même au rang de principe général du droit la théorie des troubles de voisinage. Il n'y a là cependant, de la part de notre Cour suprême, rien de personnel (contre les troubles de voisinage), oserions-nous dire, cette attitude reflétant une réticence plus générale de la Haute Juridiction quant à la reconnaissance de nouveaux principes généraux²³.

11. Cette prudence n'a cependant pas empêché la doctrine de continuer à soutenir « [qu']il n'en demeure pas moins que cette théorie est certainement constitutive d'un important principe général de droit »²⁴. Elle conclut à l'existence du principe général de droit par déduction, considérant qu'elle ne pourrait être rien d'autre dès lors qu'elle n'est énoncée par aucune disposition légale « ni dans sa généralité, ni dans ses conditions précises »²⁵.

Plus récemment encore, un auteur a confirmé l'existence d'un principe général du droit « en tant qu'il s'applique aux troubles de voisinage entre particuliers »²⁶. Selon l'intéressé toutefois, ce n'est pas tant la théorie des troubles de voisinage en soi qui aurait été élevée au rang de principe général de droit, mais l'existence d'un « principe général de l'égalité devant les charges de la propriété »²⁷ qui serait déduit de l'article 544 de l'ancien Code civil (tel qu'appliqué par la Cour de cassation dans ses arrêts du 6 avril 1960)²⁸. L'auteur considère que les fondements de ce principe général du droit reposent sur « l'article 544 du Code civil, la tradition et le principe général consacré notamment par l'article 11 (16) de la Constitution » tels que désignés par la Cour de cassation dans ses arrêts de 1960. Cette position prête cependant le

²² W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Mercuriale prononcée le 1^{er} septembre 1970 », *J.T.*, 1970, p. 587.

²³ N'ont pas non plus été consacrées des notions aussi cardinales que la bonne foi ou la théorie du mandat apparent par exemple (Cass., 22 février 2018, *R.G.D.C.*, 2019, p. 38, note B. WEYTS et N. PORTUGAELS), pas davantage que la sécurité juridique (Cass., 17 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2272 : « L'interdiction de l'effet rétroactif, fondée sur le principe de la sécurité juridique, ne constitue pas un principe général du droit ayant une valeur constitutionnelle »).

²⁴ J.-Fr. ROMAIN, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 753.

²⁵ *Ibid.*, p. 753. Voy. aussi M.-A. GARNY, « Les troubles de voisinage », *J.T.*, 2011, p. 234.

²⁶ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 260.

²⁷ *Ibid.*, p. 260.

²⁸ Voy. *supra*, et également en ce sens P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1430.

flanc à la critique en ce que, selon les propres écrits de l'auteur (et comme on l'a vu plus haut), les arrêts subséquents de la Cour de cassation ne font plus référence à la tradition, ni à l'article 16 de la Constitution (à quelques exceptions près)²⁹ Si ceux-ci constituaient les fondements d'un principe général de droit, il nous paraît curieux qu'ils disparaissent alors des arrêts ultérieurs de la Cour de cassation. Selon nous, le fondement du principe est unique et réside dans l'article 544 de l'ancien Code civil, socle légal des arrêts de la Cour de 1960. Certes, la tradition et l'article 11 (16) de la Constitution ont pu orienter la position de la Cour de cassation dans l'application et l'interprétation de l'article 544, mais ceux-ci ne constituent pas, selon nous, les fondements du principe nouveau qui en a résulté.

12. Dans la ligne de nos éminents prédécesseurs, nous sommes à notre tour enclins à voir dans la théorie des troubles de voisinage (telle qu'issue des deux arrêts de 1960) un authentique principe général de droit. Cette théorie nous semble réunir en effet tous les caractères que principe général de droit, tels que précisément examinés dans le présent ouvrage par les professeurs Jafferali et Van Meerbeeck³⁰ :

- La théorie des troubles de voisinage se présente comme une règle de droit non écrite. Bien que fondée sur l'interprétation de l'article 544 de l'ancien Code civil, son existence n'est pas subordonnée à celle de cet écrit comme le relèvent les professeurs R. Jafferali et J. Van Meerbeeck³¹. Cette absence d'écrit peut être mise en parallèle avec le critère « d'autonomie » du principe général promu par le professeur J.-Fr. Romain, pour qui la théorie des troubles de voisinage se distingue du texte légal de l'article 544 de l'ancien Code civil (même si l'auteur n'entend pas occulter pour autant le rapport que la théorie entretient avec cet article)³².
- La théorie des troubles de voisinage revêt un caractère de généralité. Si les professeurs R. Jafferali et J. Van Meerbeeck mettent en exergue la difficulté de s'entendre sur la notion de généralité, celle-ci signifie, selon nous, que la théorie s'applique à un nombre indéfini de cas d'application³³. *A contrario* de ce que les professeurs R. Jafferali et J. Van Meerbeeck soulignent dans leur contribution, le degré de

²⁹ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 261.

³⁰ Voy. leur contribution « Le fabuleux destin des principes généraux du droit ».

³¹ Voy. leur contribution « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », dans laquelle ils citent WJ. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1971, p. 567.

³² Voy. J.-Fr. ROMAIN, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », op. cit., p. 749. Voy. également P. VAN OMMESELAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber amicorum J. Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1103 et s.

³³ Ce qui correspond au passage à la définition du terme « généralité », que donnent les dictionnaires de langue française.

précision atteint par la théorie des troubles de voisinage, résultant de décennies d'application par la jurisprudence, ne nous paraît aucunement s'opposer à cette notion de généralité. Bien au contraire, selon P. Van Ommeslaghe³⁴, la précision de la théorie des troubles de voisinage permet à la jurisprudence de l'appliquer et de la sanctionner massivement, ce qui renforce ainsi, pour nous, son caractère de généralité.

- Comme l'a développée la Cour de cassation, la théorie des troubles de voisinage présente un indéniable caractère de subsidiarité par rapport à la volonté du législateur, ne trouvant à s'appliquer qu'en l'absence de disposition spécifique. Or, comme le soulignent R. Jafferali et J. Van Meerbeeck, c'est précisément « dans la mesure où la loi n'y a pas dérogé dans une matière particulière [que] le principe général de droit conserve toute sa force ».
- La théorie des troubles de voisinage doit s'entendre comme ayant valeur de « loi » au sens de l'article 608 du Code judiciaire (ou de « disposition légale » au sens de l'article 1080 du même Code) et permettre un recours devant la Cour de cassation en cas de violation. Du reste, en ce qui concerne sa place dans la hiérarchie des normes, la théorie ainsi élevée au rang de principe général de droit jouit alors d'une force équivalente à celle de la loi.

Dès lors que la théorie des troubles de voisinage semble s'accorder en tous points avec les caractères définissant les principes généraux du droit, il y a lieu, selon nous, et sans hésitation, d'élever ladite théorie au rang de principe général de droit. Ce, en dépit du mutisme de notre Cour de cassation.

Section 3

La consécration dans le nouveau Livre 3 du Code civil

13. L'adoption en 2020 du nouveau Livre 3 « Les biens » du Code civil³⁵ constitue formellement un tournant important pour la théorie des troubles de voisinage dès lors que, près de quatre-vingts années après son adoption par

³⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », *op. cit.*, p. 1109.

³⁵ Loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, M.B., 17 mars 2020. Sur le nouveau régime, voy. notamment L. COENJAERTS, « Les troubles de voisinage : réforme et perspectives nouvelles », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (dir.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 171 et s., ainsi que B. MICHAUX, « Troubles de voisinage », in P. LECOCQ et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 209 et s. ; N. BERNARD (avec la collaboration de V. DEFRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2022, p. xx et s. ; B. MICHAUX, « Le titre 5 du Code civil consacré aux relations de voisinage », in N. BERNARD et B. HAVET (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 127 et s., ainsi qu'O. EVRARD, R. POPA et J. VAN ZUYLEN, « Relations de voisinage », in P.-Y. ERNEUX et I. GERLO (dir.), *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 151 et s.

la Cour de cassation, la théorie des troubles de voisinage se voit désormais contenue dans notre instrument civiliste principal, au sein d'un Titre 5 (dudit Livre 3) spécifiquement consacré aux relations de voisinage³⁶.

Selon les auteurs de la réforme, cette consécration coule dans la loi les bases « de la fabuleuse et tentaculaire théorie jurisprudentielle des troubles de voisinage », mais « sans le détail de toutes les précisions et nuances jurisprudentielles et doctrinales qui demeurent »³⁷. Ces auteurs ont en outre précisé qu'il ne pouvait être question « de consacrer légalement toutes les précisions, nuances, évolutions dégagées en jurisprudence et en doctrine depuis plus de 50 ans » et qu'en conséquence, « l'accent a donc été mis sur les éléments de principe »³⁸.

14. On le voit, le législateur n'a pas eu la volonté d'innover radicalement, ni même de perturber les nuances et précisions existantes, fruit de décennies d'application jurisprudentielle. Les auteurs se sont contentés (à l'exception de la prévention du trouble – *cf. infra*) d'intégrer dans un texte de loi les bases de ce que les tribunaux appliquent depuis près de quatre-vingts ans, en admettant, sans détour, n'avoir aucune prétention quant à la complétude du texte adopté (au regard des nombreuses applications jurisprudentielles).

Il s'en infère, pour le point qui nous occupe (et qui forme la thématique transversale de cet ouvrage), une conséquence loin d'être anodine : le nouveau texte de loi n'a manifestement pas vocation à éradiquer le principe général de droit relatif aux troubles de voisinage. Bien au contraire, la théorie des troubles de voisinage en tant que principe général de droit conserve sa pleine utilité dès lors qu'elle se doit de nuancer et préciser le texte qui la consacre. On retrouve ici la fonction complétive du principe général de droit, telle qu'évoquée par les professeurs R. Jafferali et J. Van Meerbeeck : si un principe général de droit ne peut aller à l'encontre des règles édictées, « ils peuvent en revanche parfaitement compléter la loi lorsque celle-ci n'avait pas vocation à traiter la matière de manière exhaustive ». Et, de fait, le Livre 3 s'est abstenu à la fois de perturber la jurisprudence existante et de vouloir régler la question dans ses moindres détails (laissant dans l'ombre nombre d'aspects particuliers abordés par les cours et tribunaux), ce qui constitue une double et excellente raison pour maintenir au principe général sa pleine existence.

15. Par ailleurs, l'article 1.1 du Livre 1^{er} du Code civil établit que le Code régit le droit civil « sans préjudice [...] des principes généraux du droit ».

³⁶ Les autres sous-titres de ce Titre 5 étant consacrés aux clôtures mitoyennes et aux servitudes.

³⁷ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 55-0173/001, p. 183.

³⁸ Proposition de loi préc., p. 186.

Apparaît ici dès lors une autre fonction du principe général de droit, d'avantage correctrice ou encadrante, puisque le texte nouveau ne pourrait plus intervenir au préjudice desdits principes. On pourrait y voir une sorte de subsidiarité « renversée » : ce ne serait plus le principe général de droit qui devrait laisser place au texte de loi écrit³⁹, mais le texte de loi qui ne pourrait plus blesser le principe général de droit. À ce train, le principe général de droit occuperait une place *supérieure à la loi* dans la hiérarchie des normes⁴⁰ ; n'est-ce pas là une dérive potentielle ? Si la question demeure théorique en ce qui concerne la théorie des troubles de voisinage, dès lors que le Livre 3 ne déroge point au principe général de droit concerné (et que, par conséquent, texte de loi et principe général ont vocation à cohabiter), l'interrogation peut exister dans d'autres domaines.

16. Il est permis cependant d'éprouver cette idée au regard de la réelle innovation du Titre 5 du Livre 3 que constitue la prévention du trouble de voisinage (que nous examinerons en détail plus loin). Il était enseigné précédemment que le trouble de voisinage devait être « né et actuel », et ne pouvait pas consister en un simple « danger » ou « menace potentielle »⁴¹. Or, le nouvel article 3.102 du Code civil permet aujourd'hui *d'empêcher* qu'un trouble non encore advenu se réalise, sur la seule constatation de « risques » (certes « graves et manifestes ») en matière de sécurité, de santé ou de pollution. Le Code civil semble donc ici régir une situation au préjudice (pour reprendre la formulation de l'article 1.1) du principe général du droit tel qu'enseigné jusqu'ores.

La Cour de cassation n'y trouvera sans doute rien à redire dès lors qu'elle n'a jamais en tant que tel élevé la théorie des troubles de voisinage au rang de principe général de droit (écartant au passage cette difficulté) mais, de notre côté, que peut-on en penser ? C'est simple : il ne faut pas y voir, selon nous, la disparition du principe général de droit relatif aux troubles de voisinage, tant s'en faut. *Primo*, parce que cette question de la prévention du trouble est éminemment particulière et ne représente qu'un des nombreux volets de la problématique des troubles de voisinage (dont les instigateurs de la loi de 2020 disent au demeurant qu'elle est « tentaculaire »⁴²). *Secundo*, parce que, loin d'être monolithique, la théorie des troubles de voisinage a toujours été animée par ce débat relatif à la notion de prévention⁴³, certains

³⁹ Voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK en tête d'ouvrage, n°s 30 et s.

⁴⁰ Ce qui contreviendrait à l'enseignement solidement établi : voy. notamment Cass. (2^e ch.), 28 mars 2012, *Pas.*, 2012, p. 715.

⁴¹ J.P. Uccle, 12 décembre 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 333, note C. MOSTIN (à propos d'un arbre dont on craignait la chute).

⁴² Proposition de loi préc., p. 183.

⁴³ Voy. L. COENJAERTS, « Les troubles de voisinage : réforme et perspectives nouvelles », *op. cit.*, pp. 202 et s.

juges n'hésitant d'ailleurs pas à lui donner corps⁴⁴. *Tertio*, parce que le Livre 3 ne doit pas occulter l'existence préalable de l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, qui dispose déjà que « l'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé », de sorte qu'on a moins affaire à une révolution (avec cet article 3.102) qu'à un approfondissement sectoriel ou thématique en quelque sorte. *Quarto*, et de manière plus globale, parce que le commentaire des articles de la loi qui a porté cet article 1.1 du Code civil⁴⁵ explique très officiellement qu'une éventuelle consécration par une législation d'un principe général a pour effet uniquement de conférer une « place dans le Code » ainsi qu'une « base légale » audit principe, sans signer donc l'extinction de celui-ci. Au final, et à cette aune, le Livre 3 ne porterait donc en rien préjudice au principe général de droit ; les deux cohabitent, tout simplement, en se complétant et en se renforçant mutuellement.

Section 4

Régime de la théorie des troubles de voisinage

Sous-section 1

Notion

17. Promue par la Cour de cassation depuis ses arrêts du 6 avril 1960⁴⁶, la théorie des troubles de voisinage repose sur la conception selon laquelle l'équilibre existant entre deux propriétés voisines, compte tenu des charges normales résultant du voisinage, doit être maintenu entre les droits respectifs des propriétaires. Lorsqu'une personne, par un fait non fautif, rompt cet équilibre, en imposant à son voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, il doit être tenu à une juste et adéquate compensation rétablissant l'égalité rompue.

Autrefois fondée par la jurisprudence sur l'article 544 de l'ancien Code civil, la théorie des troubles de voisinage trouve à présent son assise légale dans les articles 3.101 et 3.102 du nouveau Code civil. Mais la définition jurisprudentielle a manifestement emporté l'adhésion du législateur,

⁴⁴ Jugé ainsi, à propos d'un rottweiler menaçant, que « vu le danger potentiel d'agression, il ne faut pas attendre un accident dramatique pour contraindre le propriétaire [...] à prendre les mesures de précaution nécessaires pour éviter autant que possible un tel accident [...]. Ce n'est pas parce qu'aucun accident n'a encore eu lieu qu'aucun trouble n'est prouvé. Le trouble excessif de voisinage consiste en la crainte actuelle légitime que la clôture ne soit pas assez résistante ou que le chien puisse passer par-dessous ou par-dessus celle-ci » (Civ. Bruxelles, 15 juin 2006, *Res jur. imm.*, 2007, p. 195, somm. Jura). Voy. aussi Civ. Bruges (réf.), 25 février 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 376 et Civ. Bruges, 4 février 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 508, note F. BAUDONCQ.

⁴⁵ Loi du 28 avril 2022 portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

⁴⁶ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915. Voy. *supra*.

qui l'a reprise dans le premier paragraphe de l'article 3.101 du Code civil : « Les propriétaires voisins ont chacun droit à l'usage et à la jouissance de leur bien immobilier. Dans l'exercice de l'usage et de la jouissance, chacun d'eux respecte l'équilibre établi en ne causant pas à son voisin un trouble qui excède la mesure des inconvénients normaux du voisinage et qui lui est imputable. »

Sous-section 2

Une responsabilité objective

18. Si nous avons pu voir que la théorie des troubles de voisinage a été consacrée au fil du temps comme un régime de responsabilité sans faute, certaines juridictions y ont vu, à juste titre, une application de la responsabilité dite objective. La Cour de cassation, par exemple, s'est prononcée en ce sens dès 1992, en disant pour droit que, pour qu'une personne soit obligée de compenser le trouble de voisinage anormal dont elle se plaint, « il suffit qu'elle ait, personnellement ou par personne interposée, par un fait, une omission ou un comportement quelconque, provoqué ce trouble de voisinage »⁴⁷. La cour d'appel de Mons a enchaîné en 2000, énonçant que la théorie des troubles de voisinage « s'apparente à un système de responsabilité objective »⁴⁸, avant que la Cour de cassation confirme cette jurisprudence en 2011⁴⁹.

Le désormais indubitable caractère objectif de la responsabilité relative aux troubles de voisinage n'est cependant pas sans incidence sur le plan probatoire. En effet, la victime du trouble peut se contenter d'apporter ces deux éléments de preuve (cumulatifs)⁵⁰ :

- la preuve de l'existence de troubles excessifs ou anormaux de voisinage ;
- la preuve de l'imputabilité de ces troubles à un acte, une omission ou un comportement de celui qui détient un attribut du droit de propriété sur un bien voisin⁵¹.

19. Dans la mesure où les auteurs du nouveau Code civil précisent « [qu']il n'est donc pas dérogé à l'idée qu'il s'agit ici d'une responsabilité sans faute »⁵² et que ceux-ci ont uniquement tenu à consacrer dans un texte de loi les principes de la théorie des troubles de voisinage, sans qu'il soit question de consacrer « toutes les précisions, nuances, évolutions dégagées en jurisprudence

⁴⁷ Cass. (3^e ch.), 7 décembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 473.

⁴⁸ Mons, 8 novembre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 502. Voy. également Mons (14^e ch.), 3 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2009, p. 454.

⁴⁹ Cass. (1^{re} ch.), 20 janvier 2011, *R.G.* n° C.09.0306.F, disponible sur www.juportal.be.

⁵⁰ Anvers, 3 mars 2020, *N.j.W.*, 2021, p. 27.

⁵¹ Cass. (1^{re} ch.), 18 février 2022, *R.G.* n° C.21.0366.F, disponible sur www.juportal.be ; Cass. (1^{re} ch.), 9 septembre 2021, *R.G.* n° C.21.0078.N, disponible sur www.juportal.be.

⁵² Proposition de loi préc., p. 186.

et en doctrine depuis plus de 50 ans »⁵³, les nouveaux articles 3.101 et 3.102 n'ont aucune vocation à modifier ce caractère objectif de la responsabilité.

20. En tout état de cause, l'impératif d'imputabilité a pour effet d'écarter – à raison⁵⁴ – la théorie concurrente de la responsabilité du gardien de la chose viciée (adossée à l'alinéa premier de l'article 1384 de l'ancien Code civil⁵⁵, toujours d'application). Une certaine doctrine soutient l'existence d'une possible incohérence dans la motivation des arrêts de la Cour de cassation de 1960, lesquels suggèrent une responsabilité sans faute tout en s'appuyant sur l'article 544 de l'ancien Code civil. Selon celle-ci, « si l'article 544 du Code civil est source d'obligations de voisinage, comment comprendre que son non-respect ne puisse constituer une faute aquilienne ? La violation d'une norme légale imposant un comportement, commise librement et sciemment, ne constitue-t-elle pas, en effet, une faute ? »⁵⁶ Partant, l'idée de l'existence d'une responsabilité sans faute fondée sur la violation de l'obligation d'équilibre contenue dans l'article 544 de l'ancien Code civil manquerait de consistance.

Selon nous, toutefois, cette discussion n'a pas lieu d'être. Une faute se présente en effet sous deux aspects : « Ou bien c'est un acte ou une abstention qui méconnaît une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique national ou une norme de droit interne imposant à des sujets de droit de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée. Ou bien c'est un acte ou une abstention qui, sans constituer un manquement à de telles normes, s'analyse en une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions »⁵⁷. Aussi, considérer que tout trouble de voisinage serait une violation de la norme de comportement édictée par l'article 544 du Code civil et dès lors constitutif d'une faute ne résiste pas à la particularité de la théorie des troubles de voisinage. En effet, l'article 544 du Code civil n'édicte pas une norme de conduite, mais sa lecture et son interprétation instaurent l'exigence d'un équilibre à trouver entre deux fonds. Cet équilibre ne peut résulter d'un comportement précisé par l'article de loi mais d'une mise en balance opérée par le magistrat⁵⁸. C'est ici toute la difficulté et la spécificité de la théorie des troubles de voisinage, laquelle

⁵³ Proposition de loi préc., p. 186.

⁵⁴ Voy. P. LECOCQ et S. BOUFFLETTE, « L'imputabilité du trouble de voisinage : une confirmation bienvenue », note sous Cass., 25 juin 2009, R.G.D.C., 2009, p. 478.

⁵⁵ « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

⁵⁶ I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 518.

⁵⁷ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 22.

⁵⁸ Voy. *infra*.

suppose que « le trouble de voisinage trouve son origine dans un fait, une omission ou tout comportement quelconque de la personne tenue à compensation, sans qu'il ne soit par-là aucunement question de lui "reprocher" quoi que ce soit »⁵⁹. Au surplus, la sanction s'appliquant au trouble anormal ainsi constaté ne consiste pas en une réparation intégrale du dommage (comme dans le régime de droit commun de la responsabilité civile), mais en une compensation dudit trouble⁶⁰.

21. Pour autant, la présence d'une faute n'empêche aucunement l'application de la théorie des troubles du voisinage. La victime aura alors un choix, comme le confirme la Cour de cassation⁶¹. Il lui est loisible tout d'abord d'agir en responsabilité civile extracontractuelle (basée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil⁶²) contre l'auteur de la perturbation, en établissant cette faute – ainsi que le lien causal. L'avantage de cette procédure : obtenir (le cas échéant) la réparation intégrale du dommage.

Mais la victime demeure également libre d'actionner la théorie des troubles du voisinage. Il ne lui faudra pas prouver de faute en ce cas, mais l'indemnisation de son préjudice sera souvent moindre : le juge ne cherchera en effet pas à le réparer⁶³, mais à le « compenser »⁶⁴ – c'est-à-dire à effacer la seule partie du dommage qui excède le seuil des inconvénients normaux de voisinage (histoire de mettre fin au déséquilibre ainsi causé)⁶⁵. Dans les faits, toutefois, la différence est parfois minime, voire absente. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a pu (dans un récent arrêt) préciser que « si le simple fait d'entamer des travaux sur un fonds voisin n'emporte pas d'office une rupture de l'équilibre au sens précité, certains désagréments liés à un chantier étant inévitables, il en va différemment lorsque de tels travaux occasionnent des dommages au bâtiment voisin. Dans ce cas, non seulement il y a, en principe, rupture de l'équilibre entre les fonds voisins, mais il peut être considéré que l'ensemble des dégâts excèdent la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage de sorte que la juste et adéquate compensation censée rétablir l'égalité rompue correspond au montant des remèdes requis pour réparer ces dommages »⁶⁶.

⁵⁹ P. LECOCQ et S. BOUFFLETTE, « L'imputabilité du trouble de voisinage : une confirmation bienvenue », *op. cit.*, p. 478.

⁶⁰ Voy. *infra*.

⁶¹ Cass., 11 février 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 183, obs. S. DE REY.

⁶² Toujours d'application.

⁶³ Et encore moins intégralement.

⁶⁴ Art. 3.101, § 2, 1^o, C. civ.

⁶⁵ Voy., pour une illustration, Liège, 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1687 (à propos des dégradations-fissures causées à l'immeuble voisin par des racines d'arbres). Voy. aussi Cass., 23 novembre 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 380, note.

⁶⁶ Bruxelles (2^e ch. fr.), 20 janvier 2022, *R.G.* n° 2017/AR/1357-2017/AR/1761-2017/AR/1914, disponibles sur www.juportal.be.

Sous-section 3

Le voisinage (au sens large)

22. Le premier critère d'application de la théorie des troubles de voisinage réside logiquement dans le concept de « voisinage ». Faut-il pour autant que les fonds se touchent ? Nullement. Notion excessivement large et non définie (pas plus par la jurisprudence que par la doctrine), ce concept de voisinage doit être pris dans un sens extensif et ne pourrait en aucun cas être confondu avec la contiguïté⁶⁷. Comme le souligne en effet la cour d'appel de Bruxelles, « un trouble anormal de voisinage au sens de l'article 544 C. civ peut se manifester "à distance" »⁶⁸. Tel serait le cas de nuisances sonores, susceptibles par définition d'engendrer un trouble (bien) au-delà de fonds contigus. Il en est de même des troubles causés par un chantier à des biens ne se trouvant pas immédiatement aux abords dudit chantier mais dans les rues avoisinantes. Si la distance entre deux voisins peut rendre plus complexe la production de la preuve de l'imputabilité du trouble, elle n'est pas en soi incompatible avec la notion de voisinage. La doctrine ne dit pas autre chose ; « s'il est certain que deux fonds contigus sont voisins, la contiguïté ne constitue pas une condition d'application de la responsabilité pour troubles de voisinage », souligne le professeur P. Van Omme-slaghe⁶⁹.

23. La jurisprudence utilise parfois la notion de « proximité » pour justifier ce concept de voisinage, en réclamant à tout le moins qu'elle soit « suffisante » ; ainsi, « la notion de voisinage ne s'identifie pas avec celle de contiguïté, mais doit s'entendre d'une proximité suffisante pour qu'un événement qui se produit sur un fonds puisse avoir sur l'autre une répercussion directe »⁷⁰. Cette balise, pourtant, peut être discutée et le concept même de voisinage est à interroger dès lors que l'application de la responsabilité objective découle moins, selon nous, de l'analyse d'une quelconque distance entre deux parcelles voisines que de la preuve de l'imputabilité du trouble anormal à son auteur. La distance, en soi, n'est pas décisive, car il est essentiellement question d'imputabilité. Ainsi, une relation de voisinage a pu être établie entre des propriétaires distants de plusieurs kilomètres dans le cadre de la pollution d'un cours d'eau, la cour d'appel de Bruxelles considérant que « [l]es relations entre propriétaires riverains d'un cours d'eau donnent effectivement lieu à des rapports de voisinage même si le dommage prend naissance à une grande distance »⁷¹. Et la même juridiction de déclarer dans une autre espèce, à propos d'une maison endommagée et éloignée de « plus de 400 mètres » du chantier d'aménagement

⁶⁷ Bruxelles, 24 janvier 1997, *T.R.O.S.*, 1997, p. 373.

⁶⁸ Bruxelles, 12 septembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 140.

⁶⁹ P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1433.

⁷⁰ Civ. Liège, 25 février 1969, *Entr. et dr.*, 1971, p. 225.

⁷¹ Bruxelles, 13 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 695.

d'une ligne TGV : « Cette seule circonstance n'exclut sans doute pas en soi la possibilité d'un trouble anormal du voisinage, au sens de l'article 544 du Code civil, puisque pareil trouble dépassant les inconvénients normaux du voisinage peut se manifester à "distance" »⁷².

Certes, une ample distance réduira l'apparence d'imputabilité dans certains cas, mais elle ne constitue pas en soi un critère déterminant. On comprend, dans ces conditions, que la théorie des troubles de voisinage puisse être qualifiée de « presque tentaculaire » par certains⁷³.

Sous-section 4

Un bien (im)meuble

24. Le législateur, on l'a vu, appuie la responsabilité des troubles anormaux de voisinage sur le droit de chacun à disposer et jouir de son bien immeuble⁷⁴. Toutefois, la théorie peut également trouver à s'appliquer « lorsque c'est un meuble qui cause ou subit le dommage »⁷⁵, c'est-à-dire quand le trouble est causé non pas par (ou non pas à) un immeuble, mais par (ou à) un meuble, installé sur ce dernier. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation en 1972, en considérant que « le trouble de voisinage n'implique pas que le trouble soit dû à l'aménagement d'un bien immobilier ou qu'il consiste en la dégradation matérielle d'un bien immobilier voisin. Il suffit que l'usage même non fautif du fait d'un bien impose à un voisin un trouble excédant les inconvénients ordinaires du voisinage »⁷⁶. Tel était le cas d'un groupe électrogène fonctionnant sur le fonds immeuble et générant un trouble excessif à l'immeuble voisin ; il en va de même des nuisances sonores provoquées par les avions⁷⁷.

Sous-section 5

Un propriétaire (ou, plus largement, le titulaire d'un attribut du droit de propriété)

25. Au fil des années, la jurisprudence a apporté à la théorie des troubles de voisinage une série de précisions, notamment en ce qui concerne son application *ratione personae*. Se pose en effet la question de savoir si seul un

⁷² Bruxelles (16^e ch.), 12 septembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 141 ; *in casu*, toutefois, le trouble excessif de voisinage n'a pas été retenu (mais pour une raison autre que le simple argument de la distance).

⁷³ P. LECOCQ, « Droit des biens et société : de certaines influences », *Rev. dr. ULg*, 2006, p. 197.

⁷⁴ Art. 3.101, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ.

⁷⁵ S. ELLOUZE, « Les troubles de voisinage », *in Manuel pratique des relations de voisinage*, Kluwer, 2018, p. 97.

⁷⁶ Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 1972, *J.T.*, 1974, p. 114.

⁷⁷ Cass., 4 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2753 ; Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 268 et J.P. Izegem, 26 avril 2017, *T.M.R.*, 2017, p. 763 (même si, après examen, le trouble n'a pas nécessairement été jugé déraisonnable).

propriétaire plein et entier peut répondre à la notion de « propriétaire » telle qu'énoncée par la Cour de cassation dans ses arrêts du 6 avril 1960 et par l'article 3.101, paragraphe 1^{er}, du Code civil.

Cette interrogation a particulièrement prospéré à propos des entrepreneurs, exécutant un chantier sur le fonds du maître d'œuvre et qui, de ce fait, engendrent des troubles excessifs à l'immeuble voisin. L'entrepreneur peut-il dans ce cas revêtir la qualité de propriétaire au sens de la théorie ? La réponse fut controversée. La Cour de cassation y répondit par la négative dès l'année 1965, en décidant que « l'entrepreneur qui a effectué, sans faute, les travaux »⁷⁸ devait être exclu du champ d'application de la théorie fondée en ce temps sur l'article 544 de l'ancien Code civil.

26. Dans un arrêt du 31 octobre 1975, la même Cour de cassation (et statuant toujours, sur le cas particulier d'un entrepreneur) a établi que la théorie des troubles de voisinage s'applique non seulement au propriétaire du fonds ayant entraîné le trouble, mais également à « celui qui, disposant à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété, a fait exécuter les travaux »⁷⁹. Par cet arrêt, la Cour de cassation a rompu fermement avec l'idée que la théorie de troubles de voisinage soit uniquement rattachée au droit de propriété au sens de l'article 544 de l'ancien Code civil. Encore faut-il toutefois que l'auteur (ou la victime) du trouble « dispos[e] à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété » ; si cette formule englobe un locataire par exemple (qui a l'usage du bien, comme le propriétaire l'aurait), elle écarte l'entrepreneur sans coup férir, lequel n'a sur ce bien aucun des attributs du droit de propriété⁸⁰. Le commettant est donc normalement tenu d'indemniser le trouble causé par son commissionnaire, pourvu (comme on va le voir) que le comportement perturbateur soit inhérent aux travaux commandés – à défaut de quoi, c'est la responsabilité de ce dernier qui sera engagée.

Dans un arrêt du 9 juin 1983, la Cour de cassation a confirmé et peaufiné sa décision de 1975 en disant pour droit que le champ d'application *ratione personae* devait s'étendre soit au propriétaire du fonds ayant entraîné ou subi le trouble, soit à celui qui, en raison d'un droit réel ou personnel, disposait à l'égard de ce fonds d'un des attributs du droit de propriété (que ce droit réel ou personnel trouve son origine dans une convention ou dans une disposition légale)⁸¹. Il n'y a manifestement pas d'autre possibilité.

⁷⁸ Cass., 28 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 521 ; *Adde* Cass., 29 mai 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 934 ; voy. la critique de S. STIJNS et H. VUYE, « Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtssleer? Bedenkingen in het licht van de verantwoordingsverplichting van het Hof van Cassatie », in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, die Keure, 2007, p. 295 où les auteurs énoncent « l'arrêt peut-il être encore plus imprécis ? ».

⁷⁹ Cass., 31 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 276.

⁸⁰ *Usus, fructus et abusus* schématiquement.

⁸¹ Cass., 9 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1145.

27. Ce champ d'application, tel que nouvellement délimité par la Cour de cassation, fit l'objet de discussions au sein de la doctrine, encore une fois autour de la figure de l'entrepreneur. Deux thèses s'opposaient.

Selon certains qui ont pris le contre-pied de la Cour de cassation, l'entrepreneur ne pouvait être exclu du champ d'application de la théorie. Ils soutenaient qu'un entrepreneur tire un droit personnel de son contrat d'entreprise, lequel confère « par ricochet » un attribut du droit de propriété dans l'exercice de sa mission⁸² ; cet entrepreneur se trouve être « pendant la durée des travaux, comme un occupant du bien qui possède la jouissance de celui-ci, au même titre qu'un locataire du bien puisqu'on lui reconnaît la qualité de gardien – qui implique un pouvoir de direction et de contrôle avec la jouissance de la chose – au sens de l'article 1384, al. 1, du Code civil »⁸³. Cette position, défendue par R. O. Dalcq, reçut ultérieurement l'appui de J.-L. Fagnart : « Le régime de faveur accordé aux professionnels de la construction devient contestable, dans la mesure où la jurisprudence actuelle impose à d'autres personnes que le propriétaire, l'obligation de réparer le préjudice subi par le voisin lésé »⁸⁴. Dans le même sens, C. Mostin écrivait « avoir été séduite par l'argumentation » de R. O. Dalcq, car « en bâtissant l'immeuble, [l'entrepreneur] exerce, en vertu du contrat d'entreprise, un des attributs du droit de propriété »⁸⁵. Par la suite, cette auteure infléchit quelque peu sa position, estimant que « dans le cadre du contrat d'entreprise, le propriétaire, maître de l'ouvrage, conserve une large maîtrise de la chose et dispose d'un pouvoir de surveillance sur les agissements de l'entrepreneur »⁸⁶.

Pour d'autres, la thèse inverse s'imposait, à savoir que l'entrepreneur doit bien être écarté de l'application de la théorie des troubles de voisinage. « Il ne nous semble pas que l'évolution au niveau de la détermination du champ d'application *ratione personae* de la théorie des troubles de voisinage autoriserait à remettre en cause l'exclusion des professionnels de la construction de celui-ci », avance O. Jauniaux. « Il échet en effet de ne pas perdre de vue que, quelle que soit l'étendue de leur emprise sur le fonds, lesdits professionnels n'exercent jamais leur pouvoir qu'en fonction d'une habilitation et d'instructions qui leur sont conférées par le maître de l'ouvrage. Ils n'occupent jamais le fonds pour leur propre compte. Lorsqu'en apparence, ils exercent certains attributs du droit de propriété (p. ex., en modifiant fondamentalement le fonds et/ou

⁸² Voy. R.-O. DALCQ, obs. sous Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, I, p. 915 ; voy. également E. JADOUL, « Troubles de voisinage : quand l'entrepreneur joue les troubles fêtes », *R.G.D.C.*, 2017, p. 99.

⁸³ R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence [1987-1993]. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 579.

⁸⁴ J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile [1968-1975], Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1976, p. 612.

⁸⁵ C. MOSTIN, *Les troubles de voisinage*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 76.

⁸⁶ C. MOSTIN, N. VERHEYDEN-JEANMART et Ph. COPPENS, « Examen de jurisprudence-1989 à 1998-Les biens (suite) », *R.C.J.B.*, 2000, p. 338.

les constructions y érigées), ils ne le font jamais pour eux-mêmes mais pour compte de et aux frais de »⁸⁷.

Une thèse intermédiaire et plus nuancée émergea, promue par les professeurs S. Stijns et H. Vuye⁸⁸, qui n'admettent pas l'automatisme de l'exclusion de l'entrepreneur du champ d'application de la théorie des troubles de voisinage. Ces auteurs invitent à un examen au cas par cas, enjoignant au juge du fond de vérifier si, au moment où le trouble a été causé, l'entrepreneur était ou non titulaire d'un attribut du droit de propriété. Les intéressés prônent dès lors une évaluation *in concreto* de la notion de déséquilibre et de son imputabilité à l'auteur du déséquilibre.

28. En dépit de ces (vifs) débats doctrinaux, force est de constater que la jurisprudence, quant à elle, se montrait unanime quant au sort de l'entrepreneur. Les cours et tribunaux firent systématiquement application de la doctrine tendant à écarter l'entrepreneur du champ d'application *ratione personae* de la théorie des troubles de voisinage, et ce, même si le trouble trouvait sa source dans la faute dudit entrepreneur (ou d'un tiers)⁸⁹ ; du reste, il n'est techniquement pas un voisin. Ainsi, la cour d'appel d'Anvers jugea que « les troubles de voisinage supposent en effet l'existence de biens voisins entre lesquels se crée un équilibre. L'entrepreneur demeure cependant étranger aux liens juridiques qui naissent de ce voisinage, ce qui entraîne qu'il ne peut rompre l'équilibre créé. La victime ne peut dès lors s'adresser qu'au maître de l'ouvrage »⁹⁰. Précisons toutefois que le voisin victime demeure toujours libre d'agir contre l'entrepreneur sur la base de l'article 1382 du Code civil, à la condition évidemment d'en démontrer la réunion des conditions.

La cour d'appel de Bruxelles a, elle aussi, réaffirmé l'exclusion de l'entrepreneur du champ d'application de la théorie des troubles de voisinage⁹¹. Cette juridiction avait à statuer sur la situation d'un maître d'ouvrage qui tentait d'éluder sa responsabilité dans le trouble de voisinage au motif que l'entrepreneur avait, de sa propre initiative, exécuté des travaux de manière non conforme aux plans d'architecte et que, partant, seul l'entrepreneur aurait eu « la garde de fait » du fonds. La cour d'appel n'admit pas ce raisonnement,

⁸⁷ O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », in *Les Troubles de voisinage – Quatre points de vue*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2007, p. 95. L'auteur y fait écho de la position défendue par J. HANSENNE, « Le point sur la théorie des troubles de voisinage », *Ann. dr. Liège*, 1985, p. 174 et S. BOUFFLETTE, « La théorie des troubles de voisinage : de l'équilibre entre protection et limitation », *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, CUP, vol. 78, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 230.

⁸⁸ S. STIJNS et H. VUYE, « Burenhinder: een toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan wel van de evenwichtsleer? Bedenkingen in het licht van de verantwoordingsverplichting van het Hof van Cassatie », *op. cit.*, p. 289.

⁸⁹ Liège (20^e ch.), 21 octobre 2015, *J.T.*, 2017, p. 177.

⁹⁰ Anvers (7^e ch.), 15 février 2010, *T.B.O.*, 2010, p. 217, *somm.* ; *adde* Anvers (7^e ch.), 14 avril 2008, *T.B.O.*, 2010, p. 18.

⁹¹ Bruxelles (20^e ch.), 14 juin 2016, *Res. jur. imm.*, 2017, p. 135.

au motif que, selon elle, « ce n'est pas la garde de fait qui forme la base de la responsabilité mais bien l'article 544 du Code civil. Le fait que l'entrepreneur ait, au mépris des règles de l'art, exécuté les travaux de support d'une manière différente de celle qu'avait prescrit l'architecte ne porte pas préjudice à l'imputabilité de la nuisance anormale au maître de l'ouvrage ». La Cour poursuit en considérant que la décision prise par le maître de l'ouvrage, en vertu de son droit de propriété, de faire exécuter des travaux, constitue « la cause de la perturbation de l'équilibre ».

29. On le voit, la jurisprudence semble avoir entériné la position adoptée par la Cour de cassation depuis l'année 1975, à savoir « qu'un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage doit, pour emporter condamnation, pouvoir être imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un fait, d'une omission ou d'un comportement quelconque du propriétaire voisin (ou d'un sujet exerçant un droit de jouissance sur le fonds voisin, en tant qu'attribut du droit de propriété) »⁹², ce qui écarte *a priori* l'entrepreneur, qui n'a en effet aucun droit de jouissance sur le terrain sur lequel il effectue les travaux. Certes, « afin d'apprécier l'imputabilité du trouble anormal au maître de l'ouvrage, il y a lieu de rechercher quel fait, omission, ou comportement quelconque est exactement à l'origine du trouble anormal », mais « [d]ans le cas d'un contrat d'entreprise, c'est précisément la conclusion d'un tel contrat et l'autorisation accordée à l'entrepreneur d'intervenir sur le fonds du maître de l'ouvrage qui tissent l'imputabilité du trouble anormal à ce dernier », a expliqué récemment la cour d'appel de Bruxelles (« en l'absence d'une telle décision du maître de l'ouvrage, le trouble ne se serait pas produit »)⁹³.

30. Dans un autre arrêt récent, relatif à un droit de superficie accordé à une personne chargée de construire un bâtiment pour le compte du tréfoncier-constituant, la même juridiction a introduit une nuance cardinale. À la question de savoir si le propriétaire du terrain est bien tenu à l'indemnisation, puisqu'il bénéficie de la présente situation (par la plus-value financière qu'il tirera, à la fin du droit, du terrain ainsi bâti), la juridiction a répondu que « la simple circonstance qu'une situation profite au titulaire d'un attribut de la propriété ne suffit pas à remplir l'exigence d'imputabilité telle que définie ci-avant. Dans un arrêt ancien, la cour de céans avait déjà considéré que, à défaut de preuve que le tréfoncier ayant renoncé à l'accession "*se soit associé, en qualité de propriétaire du terrain, à l'érection*" d'un immeuble, sa responsabilité ne pouvait être retenue sur la base de la théorie des troubles de voisinage (Bruxelles, 16 janvier 1976, *R.J.I.*, 1976, p. 59). À juste titre, J. Hansenne écrivait quelques années plus tard,

⁹² Bruxelles (2^e ch.), 9 novembre 2018, R.G. n° 2014/AR/2385, disponible sur www.juportal.be.

⁹³ Bruxelles (2^e ch.), 8 septembre 2022, R.G. n° 2019/AR/1455 et R.G. n° 2019/AR/1612, disponible sur www.juportal.be.

en commentant cette décision, qu'il "*devrait en aller autrement s'il était établi qu'il a joué un rôle actif dans la création de la situation juridique et administrative qui a entraîné la rupture de l'équilibre entre fonds voisins*" (J. HANSENNE, « Les biens – Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1984, p. 112). En réalité, dès lors qu'une omission ou un comportement quelconque suffit, un rôle passif pourrait également être retenu mais il faut néanmoins établir un rôle dans la création de la situation juridique et administrative qui a entraîné la rupture de l'équilibre entre les fonds voisins. Dans le même sens, un auteur [...] a dénoncé plus récemment une dérive de la tendance jurisprudentielle précitée, confirmant que le seul intéressement économique ne peut suffire à établir l'imputabilité requise, d'autant qu'il résultait des articles 1^{er} et 5 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie (avant son abrogation) que le tréfoncier n'a en principe aucun pouvoir de décision sur la construction d'un immeuble »⁹⁴.

31. La réforme de 2020 n'a aucunement perturbé la jurisprudence établie. Le nouvel article 3.101, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, dispose désormais que « [s]i l'un ou les deux biens immeubles voisins sont grevés d'un droit en faveur d'un tiers, qui dispose d'un attribut du droit de propriété, les paragraphes 1 et 2 s'appliquent à ce tiers pour autant que le trouble soit causé par l'exercice de l'attribut et pouvant lui être imputé »⁹⁵. La locution de « tiers qui dispose d'un attribut du droit de propriété » désigne le titulaire d'un droit réel (usufruit, par exemple) aussi bien que personnel (bail, entre autres⁹⁶) ; et, à nouveau, la disposition s'applique, que ledit tiers soit le nuisible ou sa victime. Cette locution de « tiers »⁹⁷ a pour effet de prolonger la mise hors-jeu de la théorie des troubles de voisinage (et de l'action en indemnité, par exemple, qui l'accompagne) lorsque le protagoniste concerné⁹⁸ se trouve être un architecte ou un entrepreneur – dépourvu, lui, de tout attribut du droit de propriété⁹⁹.

32. Pour autant, le législateur de 2020 ne s'est pas tenu à cette disposition générale et a affronté la question spécifique des travaux. Ainsi, lorsque le trouble « résulte de travaux autorisés expressément ou tacitement par le propriétaire concerné »¹⁰⁰, il est « réputé lui être imputable »¹⁰¹. Par là, on réaffirme

⁹⁴ Bruxelles (2^e ch. fr.), 20 janvier 2022, R.G. n^{os} 2017/AR/1357-2017/AR/1761-2017/AR/1914, disponible sur www.juportal.be.

⁹⁵ Art. 3.101, § 3, al. 1^{er}, C. civ.

⁹⁶ Un locataire a en effet l'usage du bien, prérogative nommément incluse par ailleurs dans les pouvoirs du propriétaire (cf. le « droit d'user » inscrit à l'art. 3.50 du Code civil). Sur le thème, voy. notamment Cass., 9 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1145.

⁹⁷ Ce « tiers qui dispose d'un attribut du droit de propriété ».

⁹⁸ Auteur ou victime.

⁹⁹ Sur la question, voy. V. DEFRAITEUR, « Troubles de voisinage, pouvoir public et entrepreneur : une partie à trois... courante mais subtile », note sous Liège, 21 octobre 2015, *Entr. et dr.*, 2017, pp. 153 et s., ainsi qu'O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », *op. cit.*, pp. 91 et s.

¹⁰⁰ Ou par le titulaire de l'attribut du droit de propriété.

¹⁰¹ Art. 3.101, § 3, al. 2, C. civ.

la responsabilité du propriétaire maître d'œuvre (plutôt que celle de l'entrepreneur). Il n'aura pas échappé toutefois, et la nuance est d'importance, que ces travaux doivent impérativement, pour ce faire, avoir été « autorisés » (par ce propriétaire), fût-ce de façon implicite ; dit autrement, les perturbations causées par des travaux qui *excéderaient* le mandat donné par le maître d'œuvre ne sauraient alors être imputées à ce dernier. Ce faisant, le législateur codifie à droit constant en quelque sorte car, précédemment, la Cour de cassation exigeait déjà que le comportement perturbateur soit « inhérent aux travaux autorisés » par le maître d'œuvre, faute de quoi pouvait être engagée la responsabilité de l'entrepreneur (maladroit ou qui prend des libertés par rapport à sa mission)¹⁰² ; « Il y a lieu également d'exiger une forme d'inhérence du trouble aux travaux commandés par le maître de l'ouvrage. Ainsi, le fait d'un entrepreneur, totalement étranger à ce pour quoi il a été engagé, empêchera la condamnation du maître de l'ouvrage sur base de la théorie des troubles de voisinage », a confirmé il y a peu la cour d'appel de Bruxelles¹⁰³.

En un mot, la présomption d'imputabilité des travaux au propriétaire est *réfragable*¹⁰⁴. Ceci étant, si cet examen empreint de casuistique doit toujours être mené, il peut parfaitement aboutir à confirmer la responsabilité du maître d'œuvre (lorsque les travaux perturbateurs sont bel et bien jugés inhérents à l'ordre par lui donné), ce dont attestent la Cour de cassation¹⁰⁵ comme les juridictions de fond¹⁰⁶.

¹⁰² Voy. par exemple Cass., 25 juin 2009, R.G.D.C., 2009, p. 476, note P. LECOCQ et S. BOUFFLETTE. En l'espèce, on avait affaire à un peintre en bâtiment qui a laissé tomber sa cigarette dans du white-spirit, provoquant par là un embrasement se communiquant aux sapins du voisin. Si toutefois les travaux ont bel et bien été commandés par le propriétaire de l'immeuble, l'attitude (dangereuse, voire inconsciente) de l'ouvrier ne s'inscrit pas, elle, dans les limites de l'autorisation donnée, raison pour laquelle la Cour de cassation a décidé *in fine* d'exclure toute indemnisation dans le chef du propriétaire. Ce, sans compter que c'était *après* avoir accompli le travail demandé que, pour se laver les mains, le peintre a manipulé cette substance liquide hautement inflammable (ce dernier argument manquant cependant quelque peu de pertinence puisque, à notre sens, le nettoyage fait bien partie des opérations de peinture en général). Voy. également Cass., 24 avril 2003, R.C.J.B., 2006, p. 735, note J.-Fr. ROMAIN ; cette note offre de très riches développements sur l'application (ou non) de la théorie des troubles de voisinage à la sphère de la construction. Voy. également sur ce thème O. JAUNIAUX, « Théorie des troubles de voisinage et professionnels de la construction », *op. cit.*, pp. 89 et s. Bruxelles (2^e ch.), 8 septembre 2022, R.G. n° 2019/AR/1455 et R.G. n° 2019/AR/1612, disponible sur www.juportal.be.

¹⁰⁴ *Contra* : l'audition à la Chambre des représentants de la représentante d'Avocats.be (Proposition de loi portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0173/004, p. 75).

¹⁰⁵ La Cour de cassation avait ainsi admis l'imputation au propriétaire de l'incendie causé par des travaux du revêtement d'une plateforme, bien que l'intéressé eût délégué à un tiers le soin de les réaliser (Cass., 7 mai 2018, J.L.M.B., 2019, p. 1784) ; a dès lors justifié légalement sa décision la juridiction de dernier ressort qui a considéré que « l'incendie trouve sa cause physique dans l'utilisation, par [l'entrepreneur], d'un chalumeau, précisément pour procéder à la réparation du revêtement qui lui était demandée, et que cette utilisation constitue une activité inhérente à l'ouvrage dont il avait la charge, pendant son exécution », de sorte que « [l]a victime peut intenter contre le voisin qui a rompu cet équilibre une action fondée sur l'article 544 du Code civil lors même que le dommage a pour origine la faute d'un tiers ».

¹⁰⁶ Liège, 12 novembre 2013, J.L.M.B., 2014, p. 1244 par exemple : « S'il est établi que ce trouble a été causé par l'entrepreneur, il n'en demeure pas moins que ce trouble trouve également son origine dans le fait du

33. Une ultime question, relative au propriétaire (au sens large), reste à instruire : l'État est-il concerné également par la théorie des troubles de voisinage (qu'il causerait ou subirait) ? Absolument. Les autorités ne sont point soustraites à cette responsabilité sans faute¹⁰⁷, lorsqu'elles réalisent des travaux par exemple ; ce, même si ces opérations répondent à un objectif d'intérêt général. Naturellement, un pouvoir public peut aussi être la *victime* d'une nuisance (fût-elle causée par un autre pouvoir public)¹⁰⁸. Et, dans la ligne de ce qui vient d'être dit à propos des personnes physiques, la circonstance que les autorités n'ont pas effectué elles-mêmes les travaux (confiés à un entrepreneur par voie d'adjudication publique par exemple) ne les exonère pas *in se* de leurs responsabilités¹⁰⁹ ; toutefois, une action en intervention de leur part contre l'entrepreneur adjudicataire (sur pied de la garantie contractuelle de celui-ci) reste toujours envisageable¹¹⁰ – tout comme quand le voisin est un particulier, au demeurant.

Enfin, et à propos de puissance publique toujours (mais dans un registre différent), le fait que les travaux¹¹¹ ont fait l'objet d'une autorisation expresse de la part des instances compétentes (permis d'urbanisme par exemple) ne délie aucunement celui qui les entreprend de ses responsabilités vis-à-vis du voisinage¹¹².

Sous-section 6

Un trouble anormal

34. Toute la théorie relative aux troubles de voisinage repose sur une notion d'équilibre devant exister entre deux fonds voisins. Les occupants de ces fonds ont un droit égal à la jouissance et à l'usage de leur bien immobilier. Un équilibre est à trouver entre eux. L'article 3.101, paragraphe 1^{er}, du Code civil établit légalement la présence de cet équilibre, existant jusqu'ores au travers de la jurisprudence. Le Code civil d'aujourd'hui enjoint à chaque voisin de respecter cet équilibre en ne causant pas à son voisin un trouble qui excède la mesure des inconvénients normaux du voisinage.

propriétaire de l'immeuble A. A. qui en a la jouissance ; en effet, c'est lui qui a commandé les travaux de réfection de la toiture de son immeuble et c'est dans le cadre de l'exécution de cette commande que l'entrepreneur a réalisé un travail qui était inhérent au travail commandé quoique non réalisé conformément aux règles de son art. »

¹⁰⁷ Voy. la « destination publique » du bien immobilier d'où le trouble causé provient (art. 3.101, § 1^{er}, al. 2, C. civ.). Voy. *infra*.

¹⁰⁸ Liège, 27 septembre 2016, *J.L.M.B.*, 2020, p. 423, à propos de l'éboulement d'un rocher à Marche-les-Dames (placé sous la responsabilité de la Région wallonne) sur un train (propriété de la S.N.C.B.).

¹⁰⁹ Liège, 27 septembre 2016, *J.L.M.B.*, 2020, p. 423 et Liège, 21 octobre 2015, *Entr. et dr.*, 2017, p. 148, note V. DEFRAITEUR.

¹¹⁰ C'est ce qu'a postulé (et obtenu) la Ville de Liège dans Liège, 21 octobre 2015, *Entr. et dr.*, 2017, p. 148, note V. DEFRAITEUR.

¹¹¹ Qu'ils soient menés par un particulier ou par l'État.

¹¹² Cass., 27 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 341. Voy. sur le thème I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., p. 523.

35. Cet équilibre n'est pas abstrait – ou théorique –, mais déterminé *in concreto* par les tribunaux, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce et des charges normales du voisinage, c'est-à-dire des désagréments ordinaires que celui-ci peut engendrer. Le magistrat, saisi d'un litige portant sur un trouble de voisinage, aura donc une double réflexion à mener :

1. Dans un premier temps, il devra établir l'équilibre « normal » qui existe dans l'usage et la jouissance de chacun des deux biens immeubles. Il lui faudra pour ce faire examiner les données concrètes qui lui sont soumises, dès lors que chaque bien immeuble, chaque situation, bénéficie d'un équilibre qui lui est propre. Et, pour forger le caractère normal de l'utilisation d'un fonds, le magistrat aura égard non pas à celle qu'en fait l'occupant originaire (ce qui en effet créerait un droit – acquis – au trouble¹¹³), mais bien à la somme des usages à travers le temps ainsi qu'à la définition qu'en donne la généralité¹¹⁴. En d'autres termes, il s'agit d'éviter que « le premier occupant d'une région, d'un quartier » puisse « imposer aux futurs arrivants un certain mode de vie, soit en les obligeant à supporter certains désagréments sans mot dire, soit en leur interdisant toute activité perturbatrice »¹¹⁵. Le juge tiendra également compte de l'évolution de la société. Comme le rappelle le tribunal de première instance de Bruxelles, « [l]a qualification de troubles de voisinage est immanquablement liée à l'appréciation des exigences normales de la vie en société, ainsi qu'à l'inévitable évolution de ces exigences. C'est ainsi que la nature et l'importance des inconvénients résultant d'une exploitation voisine peuvent évoluer, tout en demeurant dans la norme des troubles inhérents au voisinage, en raison de la nécessaire adaptation des aménagements de cette exploitation aux attentes nouvelles de la population »¹¹⁶.
2. Une fois cet équilibre fictivement reconstruit, le magistrat devra déterminer si le trouble dont se prévaut le plaignant excède les inconvénients

¹¹³ Ce qui est généralement pros crit ; attendu à cet égard que « le propriétaire d'un fonds exploitant, comme en l'espèce, un salon-lavoir, n'a pas de droit acquis à maintenir des nuisances sonores qui dépassent le niveau normalement acceptable. Que la sensibilité aux nuisances, sonores – ou autres –, peut être perçue différemment, et la circonstance qu'aucun voisin n'ait, antérieurement aux époux [...], formulé de plainte ou engage une procédure judiciaire, ne signifie nullement que les nuisances étaient inexistantes » (Bruxelles, 21 février 2001, R.G.A.R., 2003, n° 13.688 ; voy. également J.P. Huy, 23 avril 1994, J.J.P., 1995, p. 202, note). Pour autant, l'on ne saurait dire de manière générale que la circonstance que la situation génératrice du trouble préexistait à l'arrivée du voisin plaignant soit totalement indifférente ; comme on le verra plus loin en effet, le voisin troublé a parfois emménagé *en toute connaissance de cause* à côté du fonds d'où émanent les perturbations (un aéroport par exemple), ce qui est susceptible de pondérer autrement la balance des inconvénients. Voy. entre autres Bruxelles, 15 janvier 2008, J.L.M.B., 2008, p. 268.

¹¹⁴ Voy. P.-P. RENSON, « Les conflits entre voisins analysés sous l'angle des infractions urbanistiques », R.G.D.C., 2009, p. 284.

¹¹⁵ S. BOUFFLETTE, « Troubles du voisinage et environnement : une histoire d'antagonismes et de complémentarités », *Amén.*, 2004, numéro spécial, p. 16.

¹¹⁶ Civ. Bruxelles (73^e ch.), 17 avril 2012, J.L.M.B., 2013, p. 501.

normaux du voisinage¹¹⁷. Pour cette seconde étape, le Code civil fournit une batterie de critères très concrets d'évaluation : « le moment, la fréquence et l'intensité du trouble, la préoccupation ou la destination publique du bien immobilier d'où le trouble causé provient »¹¹⁸. Cette liste est non limitative, comme le renseigne l'adjectif « tels » qui l'ouvre¹¹⁹. Le travail du juge sera donc éminemment casuistique. Ainsi, à la campagne, par exemple, des nuisances – sonores ou olfactives – provoquées par des bêtes pourront être vues comme normales alors que, en milieu urbain, elles ne seront plus tolérées¹²⁰ ; à cet égard, le chien constitue un exemple parlant (c'est le cas de le dire)¹²¹, tout comme le coq¹²². Et, sur le même plan, on tiendra compte (dans une certaine proportion¹²³) du fait que la victime s'est installée dans cet environnement-là en connaissance de cause¹²⁴. Pour le surplus, signalons que la « préoccupation ou la destination publique »¹²⁵ en question fait référence notamment aux perturbations qui auraient la puissance publique pour auteure¹²⁶ ; du reste, on a vu plus haut que l'État pouvait parfaitement être attiré en justice (ou être demandeur) dans le cadre des troubles de voisinage.

36. Même non fautif, tout acte qui alourdit cette balance fragile (et qui impose un trouble excédant les désagréments classiques du voisinage) oblige donc son auteur à un dédommagement¹²⁷. Rappelons à cet égard que « le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait, une omission ou un comportement quelconque, rompt l'équilibre entre les propriétés en imposant à un

¹¹⁷ Outre la question de l'imputabilité – voy. *supra*.

¹¹⁸ Art. 3.101, § 1^{er}, al. 2, C. civ.

¹¹⁹ « Pour apprécier le caractère excessif du trouble, il est tenu compte de toutes les circonstances de l'espèce, tels le moment [...] » (art. 3.101, § 1^{er}, al. 2, C. civ., souligné par nous).

¹²⁰ P.-P. RENSON, « Les troubles de voisinage – Des lacunes du Code Napoléon à la jurisprudence actuelle analysée sous l'angle des nuisances animales », *J.J.P.*, 2004, pp. 322 et s.

¹²¹ J.P. WAREMME, 30 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1240.

¹²² J.P. ARENDONK, 13 juillet 2010, *J.J.P.*, 2013, p. 102, note A. SALVÉ.

¹²³ « L'acceptation du risque par la victime ne peut justifier un partage de responsabilité que lorsqu'elle est fautive » (Cass., 1^{er} février 2008, *Pas.*, 2008, p. 315, bruit causé par un zoning industriel).

¹²⁴ Bruxelles, 15 janvier 2004, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14257 (à propos de bruits de chemin de fer). Voy. également Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 268.

¹²⁵ Par l'entremise de Sophie Boufflette, Avocats.be suggérerait d'associer expressément l'adjectif « collective » à cette préoccupation, histoire d'écarter la préoccupation individuelle (attendu que le caractère non exhaustif de la liste autorise de toute façon le magistrat à retenir s'il le désire une telle préoccupation individuelle). Voy. Proposition de loi portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0173/004, p. 74.

¹²⁶ Proposition de loi préc., p. 186.

¹²⁷ Voy. notamment P. LECOCQ, *op. cit.*, pp. 7 et s., J.-Fr. ROMAIN, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 742 et s., ainsi que S. BOUFFLETTE, « La théorie des troubles de voisinage : de l'équilibre entre protection et limitation », in P. LECOCQ et P. LEWALLE (dir.), *Contrainte, limitation et atteinte à la propriété*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 211 et s.

propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage lui doit une juste et adéquate compensation, rétablissant l'égalité rompue (article 544 du Code civil) », synthétise la Cour de cassation¹²⁸. C'est en ces mêmes termes que l'article 3.101, paragraphe 2, du Code civil prévoit que celui qui « rompt l'équilibre précité est tenu de le rétablir ». Relevons, à cet égard, que le trouble peut être immatériel (les odeurs, par exemple¹²⁹), voire relever du simple (dés)agrément visuel¹³⁰. Par ailleurs, et même si le nouveau texte n'en dit mot, le trouble ne doit pas résulter uniquement d'un fait positif ; celui-ci peut résulter d'une *abstention*¹³¹. Songeons par exemple à un bailleur qui « reste des années sans réagir aux graves manquements contractuels » du locataire, « fait preuve d'un désintérêt manifeste » pour l'immeuble donné à bail et, consécutivement, demeure aveugle face aux écoulements d'eau « pendant de nombreux mois » (provoquant de la mэрule dans le bâtiment du voisin), autant de comportements constitutifs d'une « omission imputable » qui a justifié, selon la Cour de cassation, la condamnation de l'intéressé¹³².

37. On le voit, tant la jurisprudence que le nouveau Code civil accordent le primat à cette notion souple et plastique d'équilibre, en lieu et place d'une égalité parfaite¹³³. Ne sera donc pas sanctionné n'importe quel trouble mineur, mais uniquement celui qui occasionne un désagrément excessif. On ne vit pas dans une société purement aseptisée où tout débordement, même bénin, est puni ; une certaine dose – jugée acceptable – d'inconvénients doit bien être acceptée¹³⁴. En tout cas, le trouble ne doit pas être permanent¹³⁵ (même si sa pérennité constitue un élément même du dommage¹³⁶). Et la nuisance

¹²⁸ Cass., 25 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2009, p. 476, note P. LECOCQ et S. BOUFFLETTE. Voy. également J.-Fr. ROMAIN, « Réflexions au sujet de la condition d'imputabilité dans la théorie des troubles de voisinage (et extension du raisonnement à la théorie de l'apparence) », in P. LECOCQ et al. (dir.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 139 et s.

¹²⁹ J.P. Westerlo, 6 août 2008, *J.J.P.*, 2008, p. 418 (à propos de... boucs précisément).

¹³⁰ Voy., à propos d'une « haie de moignons d'arbres ébranchés totalement inesthétique dans ce quartier bien aménagé », J.P. Bastogne-Neufchâteau, 1^{er} juillet 2008, *J.J.P.*, 2011, p. 240, note A. SALVÉ.

¹³¹ Voy. Cass., 7 décembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 473, obs. D. VAN GERVEN. Voy. aussi Liège, 24 avril 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13738 (à propos du manque d'entretien d'un raccord à un robinet, ce qui a provoqué d'importantes fuites d'eau).

¹³² Cass., 16 février 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 460, note M. HIGNY.

¹³³ Voy. notamment P. LECOCQ, « Troubles de voisinage-Synthèse et actualités », in P. LECOCQ (dir.), *Chronique de jurisprudence en droit des biens*, Liège, Anthemis, 2008, pp. 90 et s.

¹³⁴ Voy. en ce sens Cass., 8 février 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 403, note J. KOKELBERG ; en l'espèce toutefois, l'abatage d'un arbre ne prive pas les intéressés « du droit d'avoir sur leur fonds des plantations qui ne causent pas aux défendeurs un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage ». Sur cette importante décision (en lien avec l'arrêt rendu par la même juridiction le 14 décembre 1995), voy. A. SALVÉ, « Regards croisés sur la notion de "juste et adéquate compensation" – Analyse comparative de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 février 2010 », *Rev. dr. ULg*, 2011, p. 97.

¹³⁵ Anvers, 30 juin 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 110, note I. BOONE (à propos de dégagements de suie issus de l'installation de chauffage du propriétaire du terrain voisin).

¹³⁶ Civ. Bruges, réf., 25 février 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 376.

peut être d'ordre psychologique (sentiment d'insécurité sanitaire qu'inspire la proximité d'une antenne GSM)¹³⁷, et le préjudice purement moral¹³⁸.

Certes, n'occasionnera réparation que le trouble excédant cette moyenne considérée comme admissible d'inconvénients. En retour, toutefois, un risque se dessine, qui réside précisément dans le caractère mouvant ou évolutif de ce seuil. À une époque, la nôtre, qui tend justement à éradiquer tout risque et à refouler autant que faire se peut la notion même d'incertitude, le danger existe de voir le niveau de cette acceptation régresser. Le curseur de la tolérance sociale n'a rien d'un cliquet, bloqué vers l'avant ; il est toujours susceptible de reculer, au gré de quelque événement traumatique survenu dans l'actualité récente, par exemple. Pour le dire autrement, il se pourrait que des besoins nouveaux de la vie en société commandent aux habitants de souffrir des perturbations elles-mêmes nouvelles ; aucun droit n'est acquis en ce domaine. Dans la mesure, par exemple, où la pratique du sport a été érigée par les autorités en vecteur déterminant de santé publique, l'installation d'un terrain de football n'a pas été vue comme constitutive, pour les riverains, d'un trouble excessif de voisinage (le nombre de matches et d'entraînements restant il est vrai limité – comme le nombre de spectateurs)¹³⁹. Même chose avec l'agrandissement d'une installation de tennis et de hockey, en dépit du fait que les nuisances alléguées étaient aussi bien sonores (le bruit du restaurant) que visuelles (les « bulles » dans le paysage) ou encore liées au stationnement ; « la qualification de troubles de voisinage est immanquablement liée à l'appréciation des exigences normales de la vie en société, ainsi qu'à l'inévitable évolution de ces exigences », explique le magistrat, pour qui « la nature et l'importance des inconvénients résultant d'une exploitation voisine peuvent évoluer, tout en demeurant des “troubles normaux de voisinage”, en raison de la nécessaire adaptation des aménagements de cette exploitation aux attentes nouvelles de la population »¹⁴⁰.

Sous-section 7

Le rétablissement de l'équilibre (sanctions)

38. Une fois identifié le trouble excessif, encore convient-il, dans le chef de son auteur, sinon de le gommer, d'en atténuer à tout le moins les effets qui

¹³⁷ Civ. Bruges, 4 février 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 509, note Fr. BAUDONCQ.

¹³⁸ Bruxelles, 10 juin 2003, *R.W.*, 2006-2007, p. 450 (en l'espèce, une construction des plus massives avait été érigée en remplacement de la volière existante).

¹³⁹ Civ. Namur, 26 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 764.

¹⁴⁰ Civ. Bruxelles, 17 avril 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 502 (« En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties demanderesse se sont volontairement installées en bordure d'une zone de sports ou de loisirs en plein air et qu'elles doivent, par conséquent, supporter les inconvénients normaux liés à la pratique d'activités sportives sur ce site »).

dépassent la limite normale des inconvénients ; en d'autres termes, celui qui « rompt l'équilibre » est tenu de le « rétablir »¹⁴¹. À cet effet, le Code civil fait un sort formellement à la « juste et adéquate compensation », notion inventée (et prise) par les juges¹⁴² mais peu explicite pour le grand public. Le législateur s'est voulu plus technique (et cadrant), en mettant à disposition du magistrat – le juge de paix en l'espèce¹⁴³ – un répertoire de mesures possibles au sein duquel il lui enjoint de puiser celles qui lui semblent « adéquates pour rétablir l'équilibre »¹⁴⁴ ; on imagine qu'en dépit de l'usage du pluriel, le magistrat peut aussi se contenter de prendre *l'une ou l'autre* de ces mesures seulement.

39. Dans ce répertoire d'actions envisageables, on trouve l'indemnité pécuniaire destinée à compenser spécifiquement le trouble excessif¹⁴⁵. On compense par là les troubles du passé, pour ainsi dire.

Y figure aussi l'indemnité afférente cette fois aux « coûts liés aux mesures compensatoires » prises (à propos de l'immeuble troublé) en vue de ramener la perturbation à un « niveau normal »¹⁴⁶. On compense plutôt ici les troubles du présent, pour prolonger l'illustration. Songeons à cet égard aux travaux d'isolation acoustique, par exemple.

Clôt la liste, enfin, l'interdiction (plus radicale) du trouble lui-même¹⁴⁷ ; ce, pour autant que cette décision ne crée pas un « nouveau déséquilibre » et que l'usage et la jouissance « normaux » de l'immeuble ne soient pas ainsi exclus¹⁴⁸. La Cour de cassation avait déjà ouvert la voie (en refusant de censurer un jugement ayant validé l'abattage d'arbres¹⁴⁹), suivie par d'autres juridictions¹⁵⁰. Tout étant cependant fonction du cas d'espèce en matière de troubles de voisinage, on trouve aussi des décisions contraires où, précisément, la perspective de « créer un déséquilibre » nouveau (cette fois en défaveur du perturbateur) jumelée à la « disproportion » entre un tel abattage et la nature réelle du trouble subi a convaincu le juge de refuser la mise à mort de l'arbre¹⁵¹.

¹⁴¹ Art. 3.101, § 2, première phrase, C. civ.

¹⁴² Voy. entre autres Cass., 7 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1784 et Cass., 25 juin 2009, *R.G.D.C.*, 2009, p. 476, note P. LECOCQ et S. BOUFFLETTE. Voy. aussi Civ. Mons, 1^{er} mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1250.

¹⁴³ Voy. les « obligations que la loi impose aux propriétaires de fonds contigus » mentionnées par l'article 591, 3°, du Code judiciaire. Sur cette question de la compétence, voy. Civ. Nivelles, 15 novembre 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 196 (*contra* : Trib. arr. Liège, 24 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 133).

¹⁴⁴ Art. 3.101, § 2, première phrase, C. civ.

¹⁴⁵ Art. 3.101, § 2, 1°, C. civ.

¹⁴⁶ Art. 3.101, § 2, 2°, C. civ.

¹⁴⁷ Ou alors l'adoption d'actions liées à l'immeuble perturbateur vouées à ramener la perturbation à un niveau normal.

¹⁴⁸ Art. 3.101, § 2, 3°, C. civ.

¹⁴⁹ Cass., 8 février 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 403, note J. KOKELBERG.

¹⁵⁰ Notamment J.P. Fontaine-l'Évêque, 9 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1556, note R. POPA (toujours à propos d'abattage d'arbres).

¹⁵¹ Civ. Mons, 1^{er} mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1252 (« Enfin, la demande des appelants visant à l'abattage et au dessouchage d'un des deux chênes et à l'élagage du second, à la réparation de leur clôture et du revêtement

40. La question du rétablissement de l'équilibre oblige également à s'interroger sur l'impact de l'état préexistant de l'immeuble subissant le trouble, ou sa « réceptivité ». Analysée comme la « prédisposition à la survenance d'un inconvénient excessif »¹⁵², la réceptivité de l'immeuble (déjà fort vieux, par exemple, ou construit en dehors des règles de l'art de l'époque) est susceptible de jouer un rôle, à la baisse, dans la détermination de la compensation¹⁵³, tout comme d'ailleurs la réceptivité *personnelle* (qui s'attache à la victime personne physique). Même si la question demeure controversée¹⁵⁴, la Cour de cassation a admis en son principe que la « réceptivité anormale de l'immeuble du propriétaire voisin n'exclut pas l'existence de troubles de voisinage, mais peut avoir une incidence sur l'étendue de la juste et adéquate compensation, que le juge doit apprécier de manière raisonnable à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause »¹⁵⁵. Ce, non sans poser une condition (dans une autre espèce) : la « réceptivité anormale de l'immeuble du propriétaire voisin n'a d'effet sur l'étendue de la juste et adéquate compensation que si le juge du fond constate que, sans le fait, l'omission ou le comportement de l'auteur du trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, ce trouble se serait produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto* »¹⁵⁶. Comme le soulignait F. Glansdorff, cette position jurisprudentielle obligeait donc « pour qu'on puisse tenir compte de la réceptivité de l'immeuble, [de] démontrer que celui-ci était dans un état tel qu'il allait de toute manière subir un dommage identique, indépendamment d'un quelconque trouble de voisinage »¹⁵⁷.

41. À titre surabondant, notons encore que « la victime peut intenter contre le voisin qui a rompu cet équilibre une action fondée sur l'article 544 du Code civil *lors même que le trouble a pris fin* », observe la Cour de cassation¹⁵⁸.

de l'allée de leur habitation, ne constitue manifestement pas une réparation juste et adéquate tendant à compenser l'égalité prétendument rompue entre les fonds par les intimés mais serait de nature, si elle devait être suivie et exécutée, à créer un déséquilibre dommageable dans le chef des intimés eu égard à la disproportion entre les troubles dont les appelants se plaignent, notamment la chute des feuilles et des fruits dans un environnement très boisé, et la réparation demandée pour y mettre fin »).

¹⁵² P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 337 et s.

¹⁵³ « Si la fragilité d'un immeuble endommagé par des travaux entrepris dans le voisinage ne fait pas obstacle comme tel [sic] à l'application de la théorie des troubles de voisinage, la réceptivité de l'immeuble endommagé – en l'espèce, l'extrême précarité des fondations – peut avoir une influence sur l'étendue de l'indemnité compensatoire » (Bruxelles, 6 avril 2001, R.G.A.R., 2002, n° 13608). Voy. aussi Mons, 5 décembre 2017, J.L.M.B., 2018, p. 1567, note R. POPA.

¹⁵⁴ Bruxelles, 6 septembre 2011, *Res jur. imm.*, 2012, p. 190 : « La sensibilité (ou "réceptivité") du logement endommagé n'empêche pas l'application de l'article 544 du Code civil [...]. Il apparaît des constatations techniques de l'expert judiciaire qu'il n'y avait clairement pas de prédestination. Le dommage préexistant n'est pas une preuve de prédestination. Il n'y a donc pas de raison de retirer 25 % du dommage dû au préjudice » (somm. Jura).

¹⁵⁵ Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 2018, J.T., 2019, p. 143.

¹⁵⁶ Cass., 15 novembre 2013, R.C.J.B., 2016, p. 5.

¹⁵⁷ F. GLANSDORFF, « Troubles de voisinage : la prise en considération de la réceptivité de l'immeuble endommagé », note sous Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 2018, J.T., 2019, p. 143.

¹⁵⁸ Cass., 1^{er} février 2008, *Pas.*, 2008, p. 315, souligné par nous (à propos de nuisances sonores causées par la proximité d'un zoning industriel).

Section 5

La prévention des troubles de voisinage

42. Une autre interrogation est à instruire : quelle attitude adopter si la perturbation est non pas effective mais *potentielle* ? Elle existe déjà... mais à l'état de *risque* seulement. Pendant longtemps, il a été enseigné que, pour être recevable en quelque sorte, le trouble de voisinage devait être « né et actuel », et ne pas consister en un simple « danger » ou « menace potentielle »¹⁵⁹ (même si la question restait discutée¹⁶⁰). La situation a radicalement changé avec le nouveau Livre 3, qui a décidé de donner une traduction en droit de l'adage *Mieux vaut prévenir que guérir*. « Si un bien immeuble occasionne des risques graves et manifestes en matière de sécurité, de santé ou de pollution à l'égard d'un bien immeuble voisin, rompant ainsi l'équilibre entre les biens immeubles, le propriétaire ou l'occupant de ce bien immeuble voisin peut demander en justice que des mesures préventives soient prises afin d'empêcher que le risque se réalise », énonce en effet l'article 3.102 du Code civil. On peut songer à cet égard au mur en mauvais état guetté par l'effondrement, par exemple, ou à l'arbre non entretenu qui menace de tomber¹⁶¹.

43. Si l'article 3.101, paragraphe 1^{er}, du Code civil sur les troubles anormaux de voisinage¹⁶² constitue peu ou prou le condensé de la jurisprudence majoritaire, le présent article 3.102 représente une prise de position plus novatrice¹⁶³ et non dénuée de courage de la part du législateur, dans une thématique quelque peu minée par surcroît¹⁶⁴. Il est vrai qu'il fallait impérativement agir en cette matière, eu égard non seulement aux « inconvénients psychologiques » subis par les voisins, mais aussi aux « difficultés de preuve » et autres « risques d'arbitraire » que les magistrats affrontent souvent dans les dossiers de ce type¹⁶⁵. Avec la loi du 4 février 2020, ces derniers ont reçu d'importantes balises.

¹⁵⁹ J.P. Uccle, 12 décembre 2002, *J.J.P.*, 2004, p. 333, note C. MOSTIN (à propos d'un arbre dont on craignait la chute).

¹⁶⁰ Voy. Civ. Bruges, réf., 25 février 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 376 (concernant une grue installée depuis longtemps et dont on peine à percevoir encore l'utilité).

¹⁶¹ Il sera intéressant à cet égard de voir si la mention dans le texte de la « pollution » et des exigences liées à la « santé » ouvre, en justice, cette action préventive au refoulement électromagnétique causé par les antennes de téléphonie mobile (toujours plus puissantes).

¹⁶² Art. 3.101, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ.

¹⁶³ Voy. cependant *supra*.

¹⁶⁴ Voy. sur cette controverse S. BOUFFLETTE, « Troubles de voisinage et environnement : une histoire d'antagonismes et de complémentarités », in X. THUNIS et Fr. TULKENS (dir.), *Entreprises, responsabilités et environnement*, Malines, Kluwer, 2004, pp. 7 et s. Le conflit est particulièrement vif à propos des antennes de téléphonie mobile (voy. F. BAUDONCQ, « Van GSM-manie naar mobilofobie? », note sous Civ. Bruges, 4 février 2002, *R.G.D.C.*, 2003, pp. 508 et s.).

¹⁶⁵ Proposition de loi préc., p. 189.

Les auteurs de la réforme ont opté pour un compromis : les risques sont bien pris en considération, mais uniquement s'ils atteignent un certain seuil d'intensité (les seuls risques « graves et manifestes ») et s'ils touchent à des domaines jugés essentiels (« en matière de sécurité, de santé ou de pollution »). Et les travaux préparatoires d'ajouter, comme pour mieux souligner le caractère restrictif de cette faculté, que « le risque doit être particulièrement qualifié et de nature à devoir être objectivé », attendu que « pour son appréciation, il ne pourra donc pas être simplement tenu compte de la sensibilité personnelle de la partie lésée »¹⁶⁶. Un bon rapport d'expertise (établissant qu'en effet, le bâtiment menace ruine par exemple) sera du meilleur effet, à cet égard.

Lorsque ces conditions sont rencontrées, le propriétaire concerné est fondé à intenter une action en justice avant même que le danger ne se transforme en trouble avéré (le toit en mauvais état guetté par l'effondrement, par exemple). Précisément, cette démarche judiciaire préventive sert à imposer des mesures qui auront pour effet d'empêcher cette transformation, aux fins d'éviter que la perturbation redoutée advienne.

44. Un tel dispositif, qui participe officiellement du « principe de précaution »¹⁶⁷, est la déclinaison civiliste en quelque sorte d'une règle de droit judiciaire bien établie (« L'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé »¹⁶⁸) ; du reste, l'idée était présente également dans la première mouture du projet de réforme du droit des obligations¹⁶⁹. En tout état de cause, s'il est aigu, le risque d'affaissement d'une partie de la maison (pour prolonger l'illustration) peut être constitutif d'une urgence qui, à son tour, est susceptible d'ouvrir les portes du référé au voisin¹⁷⁰.

Pour audacieuse soit-elle, la présente action préventive risque néanmoins de démultiplier les litiges et, corrélativement, de faire peser une charge nouvelle (et conséquente) sur le monde judiciaire – largement « axé sur une intervention curative » jusqu'ici¹⁷¹. Il serait bon, à cet égard, que les moyens correspondants (budgétaires comme humains) accompagnent le mouvement.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Art. 18, al. 2, C. jud.

¹⁶⁹ Voy. notamment l'article 5.188 en projet du Code civil : « Sans préjudice du droit à la réparation du dommage, le juge peut adresser un ordre ou une interdiction à toute personne qui risque par sa faute de causer un dommage à autrui afin de prévenir l'acte fautif ou empêcher sa répétition ou sa continuation. » Voy. aussi, dans un registre moins préventif cependant, les articles 5.190 et 5.192 en projet (à propos du « danger grave et spécifique » dans les « activités particulièrement dangereuses »). Ces dispositions n'apparaissent cependant plus dans la version finale du Livre 5 du Code civil.

¹⁷⁰ Sur pied de l'art. 584, al. 1^{er}, C. jud.

¹⁷¹ Voy. l'audition à la Chambre des représentants du président de l'Union royale des juges de paix et de police (proposition de loi préc., p. 87).

Section 6

Action et prescription

45. L'action pour trouble anormal de voisinage se prescrit « conformément à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, de l'ancien Code civil », énonce le législateur de 2020¹⁷². Il est renvoyé ici à l'action en responsabilité extracontractuelle¹⁷³, qui se prescrit par cinq ans¹⁷⁴ (en règle¹⁷⁵) ; ce faisant, le législateur a épousé la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁷⁶ (notamment¹⁷⁷).

46. Une question émerge dans la foulée : s'agissant d'un comportement (le trouble de voisinage) dit « continu »¹⁷⁸, à partir de quand exactement le délai de prescription commence-t-il à courir ? À compter du « jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable », répond de manière générale le Code civil¹⁷⁹. La Cour de cassation ne dit pas autre chose : « Lorsque le fait générateur des inconvénients se répète chaque jour, le trouble anormal qui en résulte journalièrement donne naissance à une action de la victime qui se prescrit à partir du jour qui suit celui où elle prend connaissance de ce trouble »¹⁸⁰. Jugé dans la ligne que le point de départ du délai est non pas le moment où les premières perturbations apparaissent, mais seulement le jour où elles deviennent « plus inquiétantes »¹⁸¹. Et que « la seule circonstance que le dommage se serait manifesté, pour la première fois, en 2006, ne suffit pas pour considérer que le délai de prescription prévu par l'article 2262*bis* du Code civil aurait commencé à courir. En effet, il convient également d'établir à quelle date l'identité du responsable ou de la personne à qui un trouble de voisinage peut être imputé était connue » de la victime du trouble de voisinage¹⁸². En tout état de cause, « la connaissance de l'existence d'un dommage ou de son aggravation n'implique pas la connaissance de son étendue », précise la Cour de cassation¹⁸³.

¹⁷² Art. 3.101, § 4, C. civ.

¹⁷³ Action au caractère personnel.

¹⁷⁴ À partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance aussi bien du dommage (ou de son aggravation) que de l'identité de l'individu responsable.

¹⁷⁵ Car l'action peut être prescrite avant, lorsque vingt ans se sont écoulés depuis le jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage. Tel est l'objet du troisième alinéa en question.

¹⁷⁶ Cass., 20 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1141.

¹⁷⁷ Voy aussi Civ. Liège, div. Liège, 18 juin 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1816, note N. G. ; Mons, 5 décembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1567, note R. POPA ainsi que Civ. Namur, div. Dinant, 7 octobre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 84.

¹⁷⁸ Comme un écoulement d'eau sur le fonds voisin (Civ. Liège, div. Liège, 18 juin 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1816, note N. G.).

¹⁷⁹ Art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 2, anc. C. civ. (toujours d'application).

¹⁸⁰ Cass. (1^{re} ch.), 29 mai 2020, R.G. n° C.19.0545.F, disponible sur www.juportal.be.

¹⁸¹ Liège, 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1687 (à propos des dégradations – fissures causées à l'immeuble voisin par des racines d'arbres).

¹⁸² Bruxelles (2^e ch.), 15 mai 2020, *Res jur. imm.*, 2021, p. 256.

¹⁸³ Cass., 9 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3174.

Quid si l'action est prescrite mais que, par la suite, le dommage *s'aggrave* ? Un nouveau délai est ouvert alors à la victime de la nuisance¹⁸⁴.

Section 7

Compétence du juge de paix

47. Le contenu de la loi du 4 février 2020 n'est pas uniquement à trouver dans le nouveau Livre 3 du Code civil (qui en constitue certes le cœur) ; cette législation angulaire modifie également d'autres instruments, comme le Code judiciaire. Contrairement à de fausses idées préconçues à l'issue desquelles certains estimaient que tout litige de voisinage relevait de la compétence spéciale du magistrat cantonal, ce dernier ne bénéficiait d'aucune compétence particulière pour juger des litiges de voisinage lorsque le montant réclamé excédait sa compétence générale visée à l'article 592 du Code judiciaire¹⁸⁵. Au travers de la loi du 4 février 2020, on a retouché la disposition afférente à la compétence spéciale du juge de paix¹⁸⁶, pour confier à celui-ci le soin de trancher tous les troubles de voisinage, quels que soient les enjeux du litige¹⁸⁷.

48. Fruit d'un amendement¹⁸⁸, cette décision peut néanmoins interpeller. « Si nous pouvons comprendre que les litiges relatifs aux arbres, aux chiens qui aboient (ou aux coqs qui chantent) peuvent être traités par les magistrats cantonaux, il ne faut pas perdre de vue que la théorie des troubles de voisinage est aussi de mise lorsqu'il s'agit de dommages subis à la suite d'un chantier de voirie ou des survols d'avion, litiges qui peuvent impliquer la mise à la cause de nombreux intervenants, et l'accomplissement de mission d'expertise d'envergure avec des responsabilités éclatées pour lesquels il nous paraît que le juge de paix n'est pas le juge naturel »¹⁸⁹. En sens inverse, il faut reconnaître que ce magistrat connaît déjà aujourd'hui des litiges qui

¹⁸⁴ « Une nouvelle prescription quinquennale commence à courir à partir de la connaissance de l'aggravation du dommage », explique en ce sens la cour d'appel de Liège. « L'action en réparation de l'aggravation du dommage est une action autonome qui sera introduite par la victime dans le respect du propre délai de prescription de cette action. L'aggravation du dommage vise une augmentation imprévue du dommage ne s'inscrivant pas dans l'évolution raisonnablement prévisible du dommage initial » (Liège, 4 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1566, note R. POPA). Voy. sur la question R. POPA, « Prescription de l'action pour trouble de voisinage : tout vient à point... à qui sait agir à temps ! », obs. sous notamment Mons, 5 décembre 2017, *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1571 et s., ainsi que B. HUMBLET et R. DAVIN, « La prescription extinctive en droit civil », in *Les prescriptions et les délais*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 2007, pp. 23 et s.

¹⁸⁵ Trib. Arr. Liège, 23 janvier 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1190 ; Trib. Arr., Liège, 24 novembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 279 ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 17 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 372.

¹⁸⁶ L'art. 591 C. jud.

¹⁸⁷ Voy le 2^{ter} de cet art. 591, inséré par l'art. 3 de la loi du 4 février 2020.

¹⁸⁸ Amendement n° 27 du 10 décembre 2019, M. D'HAESE et consorts, art. 2/1 nouveau, Proposition de loi préc., p. 33.

¹⁸⁹ N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, « Le Code civil 2020. La modernisation dans la continuité », *J.T.*, 2020, p. 430.

touchent aux voisins, comme les servitudes et la copropriété (et qui ne dépendent pas du montant postulé)¹⁹⁰.

Conclusions

49. C'est peu dire que la présente étude de la théorie des troubles de voisinage comme principe général de droit nous aura fait emprunter un cours sinueux, reflet d'une thématique elle-même mouvante. Enfant de la jurisprudence mais reconnue comme principe général par la seule doctrine, cette théorie sort renforcée à nos yeux dans son statut de principe général, dont elle réunit en effet l'essentiel des éléments constitutifs – si l'on s'en tient à la (pertinente) grille de lecture adoptée par les auteurs dont la contribution ouvre cet ouvrage collectif¹⁹¹. Surtout, ce rang ne paraît pas devoir être mis en péril par l'adoption du nouveau Livre 3, même si celui-ci contient, au-delà d'un condensé de la jurisprudence existante, un dispositif nouveau relatif à la prévention des troubles. Loi et principe général cohabitent désormais en matière de troubles de voisinage, dans un stimulant rapport de soutènement réciproque. Et si c'était ça en définitive (cette capacité protéiforme à évoluer et à se couler dans de nouveaux habits juridiques sans renier ses fondamentaux ni disparaître), la marque ultime des principes généraux du droit ?

¹⁹⁰ Voy. l'audition à la Chambre des représentants du président de l'Union royale des juges de paix et de police (proposition de loi portant le Livre 3 préc, p. 86).

¹⁹¹ Voy. la contribution des professeurs R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK (« Le fabuleux destin des principes généraux du droit ») ouvrant ce livre.

L'exception d'inexécution

Félix STANDAERT

*Assistant
Avocat au barreau de Bruxelles*

Laurent DEBROUX

*Assistant
Chargé d'enseignement suppléant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Section 1 Principe et historique

Sous-section 1

Définition et principe

1. Définition. L'exception d'inexécution, ou *exceptio non adimpleti contractus*, est définie par la Cour de cassation comme le droit octroyé « à chacune des parties de suspendre l'exécution de son obligation et de retenir ainsi ses propres prestations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'effectuer les siennes »¹.

« De droit dans les contrats synallagmatiques »², le mécanisme de l'exception d'inexécution permet donc à un cocontractant, qui n'enregistre pas, de son débiteur, l'exécution de l'obligation qui lui incombe, de différer l'exécution de ses propres obligations jusqu'au moment où l'autre partie exécutera ou offrira d'exécuter les siennes³.

Le fondement de ce mécanisme est à trouver dans l'interdépendance des obligations réciproques des parties au lien contractuel. Il serait difficilement supportable qu'une partie soit contrainte d'exécuter ses obligations, ce alors même que les obligations, pourtant réciproques, de l'autre partie au lien contractuel ne sont pas remplies. Comme le rappelle M. Grégoire,

¹ Cass., 24 avril 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 174.

² *Ibid.*

³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, p. 710, n° 859 ; P. VAN OMMELAGHE, « La sanction de l'inexécution du contrat », in *Les obligations contractuelles*, J.B., Bruxelles, 1984, p. 217, n°s 17-18 ; M. GREGOIRE, « L'exception d'inexécution et le droit de rétention », in *Les obligations contractuelles*, Ed. J. Barr., 2000, 546.

« [l]a réciprocité des prestations est, en effet, de l'essence des rapports synallagmatiques »⁴.

De la même manière, le professeur P. Wéry écrit à ce sujet que « [c]omme l'a jugé la Cour de cassation, cette exception, qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques, est inhérente à la nature du contrat synallagmatique » ce qui justifie d'ailleurs qu'elle « préexiste, par hypothèse, à toute cession de créance : le débiteur cédé pourra ainsi s'en prévaloir contre le cessionnaire, même si le manquement imputable au cédant est postérieur au moment où le transport de la créance a été rendu opposable au débiteur »⁵. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

2. Fondement ? Faut-il tenter de justifier le mécanisme de l'exception d'inexécution au moyen de la théorie de la cause ?

Le lien est en effet tentant si l'on s'en tient à la conception objective de la cause, soit celle selon laquelle « la cause d'une obligation est la valeur économique, créance ou prestation, qui accroît l'actif du débiteur en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation »⁶.

Nous rejoignons toutefois ceux qui rejettent ce fondement. En effet, et premièrement, la conception objective de la cause n'a pas été retenue par nos cours et tribunaux, au profit de la conception subjective de la cause, plus large. C'est d'ailleurs cette seconde conception qui a été consacrée par le législateur qui, aux termes de l'article 5.53 du Code civil, précise à présent que « [l]a cause s'entend des mobiles qui ont déterminé chaque partie à conclure le contrat, dès lors qu'ils sont connus ou auraient dû l'être de l'autre partie ». La théorie de la cause, en ce qu'elle se limiterait à la seule contre-prestation de l'obligation, ne nous semble dès lors pas pouvoir servir de fondement.

Rappelons par ailleurs que l'existence d'une cause et sa validité s'apprécient au moment de la conclusion du contrat, et non de son exécution. L'éventuelle « disparition » de la cause devrait alors entraîner la caducité de l'acte juridique⁷, sanction entraînant la dissolution de l'acte. Or, comme nous le verrons ci-après, l'exception d'inexécution constitue une sanction temporaire, à l'inverse de la caducité ou d'autres modes de dissolution des contrats desquels elle ne fait pas partie.

⁴ M. GRÉGOIRE, *ibid.*

⁵ P. WÉRY, « Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance », in *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers. Commentaires de la loi du 6 juillet 1994*, Actes du colloque du 9 février 1995 organisé par l'Association des juristes namurois, Bruxelles, la Charte, 1995, p. 66, n° 95.

⁶ H. DESBOIS et E. GAUDEMONT, *Théorie générale des obligations*, éd. 1937, p. 117.

⁷ Cass., 16 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 331 ; Cass., 21 janvier 2000, *R.C.J.B.*, 2004, p. 77.

C'est d'ailleurs pour ce même motif que la doctrine estime que l'article 1184 de l'ancien Code civil ne peut pas, non plus, servir de fondement à l'exception d'inexécution dès lors qu'il concerne la résolution du contrat et non sa suspension⁸.

C'est, *in fine*, et selon la Cour de cassation, l'interdépendance des obligations réciproques qui caractérise les contrats synallagmatiques⁹, inhérente à la nature même de ces contrats, qui fonde l'institution¹⁰.

Sous-section 2

Historique

3. Historique jurisprudentiel. Si, jusqu'il y a peu¹¹, le législateur n'avait pas jugé opportun de consacrer le principe de l'exception d'inexécution dans une disposition générale, il consacrait néanmoins certaines applications particulières de celui-ci.

Ainsi, et à titre d'exemples, relevons l'article 1612 de l'ancien Code civil qui dispose que, en matière de vente, « le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix et que le vendeur ne lui a pas accordé un délai pour le paiement ». De la même manière, l'article 1749 de l'ancien Code civil, en matière de bail, précise que « [l]es fermiers ou les locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués ».

C'est, en conséquence, la jurisprudence qui a dégagé, d'une part, une portée générale au principe de l'exception d'inexécution et, d'autre part, les contours du principe, notamment au travers de divers arrêts de notre Cour suprême.

4. Premières apparitions. Ainsi, dès 1843, la Cour de cassation a indiqué que « c'est un principe non moins contestable sous la législation actuelle que sous l'ancien droit, et dont en effet le Code civil a consacré l'application dans l'article 1612, qu'une partie en retard d'exécuter un contrat synallagmatique ne peut exiger que l'autre partie remplisse de son côté les obligations

⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, 2010, p. 856.

⁹ Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 977. La Cour indique, expressément : « Attendu qu'en raison de l'interdépendance des obligations réciproques des parties à des contrats synallagmatiques, la partie contre laquelle une demande tendant à l'exécution de ses obligations a été introduite peut se prévaloir de l'exception d'inexécution et demander que l'exécution de ses propres obligations soit différée, pour autant qu'elle apporte la preuve que son cocontractant est resté lui-même en défaut d'exécuter les siennes. »

¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 855 et les jurisprudences citées : Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1864 ; R.G.D.C., 2006, p. 39 ; Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 243 ; Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 30 ; R.C.J.B., 1974, p. 352.

¹¹ Voy. *infra*, section 7.

que ce contrat lui impose »¹². Si les termes utilisés aujourd'hui n'étaient pas encore expressément cités, la Cour s'en chargea quelques années plus tard en précisant, aux termes de son arrêt du 16 mars 1946, que « ce droit ne doit pas être confondu avec la résolution du contrat, [...] ce droit est l'exception *non adimpleti contractus*, par laquelle une partie peut se refuser d'exécuter un contrat lorsque celui avec lequel elle a contracté ne l'exécute pas de son côté, et sans qu'il ne soit besoin pour cela de demande en justice ni de mise en demeure »¹³.

Étonnamment, ces décisions de la première moitié du XIX^e siècle n'ont guère convaincu H. De Page qui indiquait qu'« à défaut de texte précis, la jurisprudence s'est montrée circonspecte. Elle a, sans doute, admis le principe, mais sous des formes spéciales : droit de rétention, compensation, là où un texte explicite (article 1612 notamment) n'existait pas »¹⁴.

5. Consécration et principe général de droit. Il est en tous cas certain que le principe de l'exception d'inexécution, en tant qu'institution propre de notre arsenal juridique, a été consacré aux termes de l'arrêt du 24 avril 1947 de notre Cour suprême dès lors qu'il décide qu'« attendu que l'*exceptio non adimpleti contractus* est de droit dans les contrats synallagmatiques ; qu'elle permet à chacune des parties de suspendre l'exécution de son obligation et de retenir ainsi ses propres prestations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'effectuer les siennes »¹⁵.

Depuis lors, la Cour de cassation n'a cessé de rappeler ce principe, tout en définissant et peaufinant ses contours¹⁶.

Il faudra néanmoins attendre l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1981¹⁷ pour que, à tout le moins implicitement à cette occasion, l'exception d'inexécution soit consacrée à titre de principe général du droit. La Cour ne fait en effet pas explicitement référence audit principe, bien que celui-ci ait été invoqué dans le moyen.

Depuis lors, de nombreux arrêts¹⁸ désignent explicitement l'exception d'inexécution comme principe général de droit dégagé par induction ampli-

¹² Cass., 14 février 1843, *Pas.*, 1843, I, p. 61.

¹³ Cass., 16 mars 1846, *Pas.*, 1846, I, p. 368.

¹⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. II, 1940, p.

¹⁵ Cass., 24 avril 1947, *Pas.*, I, 174.

¹⁶ Cass., 26 avril 1945, *Pas.*, 1945, I, 184 ; Cass., 23 février 1956, *Pas.*, 1956, I, 652 ; Cass., 18 mars 1971, *Pas.*, 1971, I, 669 ; Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 30 ; R.C.J.B., 1974, 352 ; Cass., 7 février 1979, *Pas.*, 1979, I, 654 ; Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, I, 977 ; Cass., 26 mai 1989, *Pas.*, I, 1020 ; Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 41 ; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, I, 652 ; Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1864 ; R.G.D.C., 2006, 39.

¹⁷ Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, I, 1179.

¹⁸ Cass., 6 mars 1986, Cass., 2 novembre 1995, Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, 1094 ; Cass., 21 novembre 2003,

fiance, soit la consécration d'un principe émanant de principes sous-entendus et inspirant diverses règles de droit éparses.

Section 2

Caractéristiques de l'exception d'inexécution

Sous-section 1

Double fonction

6. Un moyen de pression sur le débiteur. Compte tenu des contours du mécanisme, sur lesquels nous reviendrons ci-après, la doctrine reconnaît à l'exception d'inexécution une double fonction.

Premièrement, l'exception d'inexécution permet d'exercer une pression sur le débiteur. Ce dernier, privé du bénéfice de l'exécution de ses obligations par le créancier impayé, pourrait être amené à reprendre l'exécution des obligations lui incombant.

Comme l'indique J. H. Herbots, « [l]'exception d'inexécution est un moyen de contrainte ou de pression exercée pour inciter le cocontractant à remplir ses obligations, et par conséquent un moyen d'aboutir à l'exécution du contrat »¹⁹. L'auteur va même plus loin en considérant que l'objectif visant à contraindre le débiteur d'une obligation à s'exécuter constituerait une condition de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. À le suivre, « [o]n ne saurait donc parler d'exception d'inexécution lorsqu'une partie ne se borne pas à retarder sa propre prestation, mais la refuse de façon définitive ni même, semble-t-il, lorsqu'elle suspend son obligation ou le contrat pour une autre raison que celle de forcer son cocontractant à s'exécuter »²⁰.

Qu'il s'agisse d'une condition d'application spécifique ou, simplement, de l'exigence consistant à mettre en œuvre l'exception d'inexécution de bonne foi – comme nous le verrons ci-après –, l'objectif visant à contraindre le débiteur à s'exécuter fonde le mécanisme de l'exception d'inexécution.

Ce faisant, et dès lors qu'elle échappe au contrôle, préalable à tout le moins, du magistrat, l'exception d'inexécution constitue une forme de justice privée que nos cours et tribunaux ont pourtant pour habitude de rejeter. L'on s'y attardera ultérieurement, mais ce sont à l'évidence les garde-fous que constituent la bonne foi et l'exigence de proportionnalité, dont

¹⁹ J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *R.C.J.B.*, 1990, p. 589, n° 25.

²⁰ *Ibid.*

le non-respect peut donc être sanctionné, qui ont permis à l'exception d'inexécution d'être consacrée.

7. Protection et garantie. Ensuite, et à côté de cette première fonction, l'exception d'inexécution constitue également une protection et une garantie liée à la nature du contrat.

Cette forme de garantie s'applique, forcément, entre parties au contrat dès lors que le créancier d'une obligation impayée s'est engagé à l'exécution de ses obligations « en considération de l'exécution, par son débiteur, de ses propres obligations »²¹.

Il ne pourrait dès lors raisonnablement être contraint de subir les conséquences dommageables liées à l'inexécution, par son débiteur, de ses obligations tout en demeurant tenu à la charge du respect des obligations à l'exécution desquelles il s'est engagé.

Cependant, et comme le rappelle la Cour de cassation en son arrêt du 13 septembre 1973²², la garantie que constitue l'exception d'inexécution dans le chef du créancier d'une obligation inexécutée ne pourrait disparaître dès l'instant où la personne du débiteur est remplacée ou que celle-ci connaît un revers de fortune.

Le professeur P. Van Ommeslaghe, précédant d'ailleurs ledit arrêt, soulignait déjà que « le droit de rétention serait illusoire s'il suffisait au débiteur de vendre la chose retenue pour la libérer par la même, à son profit, puisqu'il encaisse normalement le prix de la vente »²³.

L'opposabilité de l'exception d'inexécution aux tiers a donc, très tôt, été consacrée par la doctrine et la jurisprudence. Plus précisément, l'on enseigne que le droit de rétention, dont l'exception d'inexécution n'est qu'une application particulière aux rapports synallagmatiques, est opposable aux ayants cause à titre particulier du débiteur²⁴. Cette opposabilité se justifie dès lors que la connexité juridique crée un lien entre les obligations réciproques des parties au contrat²⁵ de sorte que l'exception d'inexécution pourra être opposée à toute personne qui, pour fonder ses prétentions à l'égard de l'*excipiens*, n'aurait d'autre possibilité que de se fonder sur le lien dont découle l'obligation alléguée par ce dernier.

²¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 857.

²² Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 30.

²³ P. VAN OMMEFLAGHE, « Observations sur les effets et l'étendue du droit de rétention et de l'exception *non adimpleti contractus*, spécialement en cas de faillite du débiteur », sous Gand, 4 mai 1961, *R.C.J.B.*, 1963, p. 83.

²⁴ F. GLANSORFF, note sous Cass., 17 février 1972, *J.T.*, 1973, p. 585 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *ibid.*

²⁵ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2001, p. 106.

Sous-section 2

Caractère temporaire

8. Le temporaire comme règle. Comme indiqué ci-avant, l'exception d'inexécution autorise le créancier d'une obligation, pour autant que les conditions de mise en œuvre soient remplies, à suspendre l'exécution de celle-ci tant que son débiteur ne respecte pas l'exécution de ses obligations.

La Cour de cassation l'a d'ailleurs encore rappelé, dans un arrêt récent, aux termes d'une motivation succincte précisant que « l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est rien de plus qu'une exception temporaire qui permet à une partie de suspendre l'exécution de ses propres obligations jusqu'au moment où son cocontractant exécute ses obligations ou propose de les exécuter »²⁶.

En principe, dès lors, l'*excipiens* doit reprendre l'exécution normale de ses obligations dès que le débiteur a exécuté l'obligation ayant fondé l'usage de l'exception d'inexécution²⁷.

Deux nuances semblent néanmoins devoir être formulées.

9. Une exception en cas de manquement définitif? Premièrement, comment concilier la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2019²⁸ et celle de l'arrêt du 13 septembre 1973²⁹ aux termes duquel cette même Cour a estimé que l'exception d'inexécution s'applique même si l'inexécution dans le chef du débiteur a un caractère définitif³⁰.

Le professeur P. Van Ommeslaghe écrivait, dans la foulée de l'arrêt du 13 septembre 1973, qu'il fallait en déduire que l'exception d'inexécution pouvait « selon les circonstances, devenir un moyen de défense permanent jouant ainsi davantage un rôle de garantie qu'un rôle de contrainte »³¹.

Pour notre part, il nous apparaît que l'affirmation peut, voire doit être tempérée compte tenu de l'arrêt récent de la Cour de cassation³².

En effet, il convient au préalable de rappeler que l'arrêt du 13 septembre 1973 a été prononcé en matière de faillite et se contente d'affirmer que « la circonstance que la défaillance du cocontractant est devenue définitive en raison de sa faillite ne prive pas l'autre partie du bénéfice de l'exception d'inexécution »³³. Ce faisant, la Cour se concentre sur le caractère définitif

²⁶ Cass., 24 octobre 2019, *J.T.*, 2020, p. 894.

²⁷ Cass., 7 novembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 38 ; Cass., 24 avril 1947, *R.C.J.B.*, 1949, p. 125 ; Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352.

²⁸ Cass., 24 octobre 2019, *J.T.*, 2020, p. 894.

²⁹ Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352.

³⁰ *Ibid.*

³¹ P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 616.

³² Cass., 24 octobre 2019, *J.T.*, 2020, p. 894.

³³ Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352.

de l'inexécution du débiteur défaillant et non sur les effets de l'exception invoquée³⁴.

Par ailleurs, l'on constatera également que le professeur P. Van Ommeslaghe estimait, déjà, qu'il était « souhaitable que notre droit soit complété pour permettre de dénouer la situation d'attente qui résulte nécessairement de l'exception d'inexécution et du droit de rétention »³⁵.

Tout en estimant que l'exception d'inexécution pouvait devenir un moyen de défense « permanent », l'éminent auteur considérait donc toujours qu'il s'agissait d'une « situation d'attente » qu'il convenait de sanctionner, alors de manière définitive.

Ne faudrait-il pas alors, comme l'estiment d'autres auteurs³⁶, déduire de l'arrêt du 13 septembre 1973 que l'exception d'inexécution pourra être invoquée « aussi longtemps » qu'aucune autre sanction définitive ne sera venue sanctionner la relation contractuelle, et ce, quand bien même l'inexécution du débiteur défaillant est, pratiquement, devenue définitive sans pour autant avoir été juridiquement sanctionnée ?

C'est, au demeurant, ce que démontre A. Duriau dans le cadre de son commentaire de l'arrêt du 24 octobre 2019³⁷ aux termes duquel la Cour rappelle que l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est qu'une exception temporaire qui permet à une partie à une convention synallagmatique de suspendre l'exécution de ses propres obligations jusqu'à ce que son cocontractant exécute ou offre d'exécuter ses obligations.

Le raisonnement de la Cour fut le suivant³⁸ : « Le juge d'appel considère qu'il peut être reproché à la demande reste une exécution fautive de ses travaux, que la défenderesse pouvait dès lors se prévaloir de l'exception

³⁴ A. DURIAU, « Le caractère temporaire de l'exception d'inexécution », note sous Cass., 24 octobre 2019, *J.T.*, 2020, p. 894.

³⁵ P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations », *op. cit.*, p. 616.

³⁶ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 224 ; A. DURIAU, « Le caractère temporaire de l'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 894.

³⁷ A. DURIAU, *ibid.*, pp. 894-897.

³⁸ Les faits pertinents sont les suivants : le litige concerne un entrepreneur et un maître de l'ouvrage. En l'espèce, l'entrepreneur, dans le cadre des travaux qui lui étaient confiés, devait procéder au coulage de béton. Constatant qu'il allait pleuvoir le jour de l'exécution, il informa le maître de l'ouvrage de son souhait de reporter les travaux. Le maître d'ouvrage refusa et insista pour que le contrat soit exécuté à la date convenue. L'entrepreneur finit par s'exécuter et le béton fut endommagé. À la suite de cet incident, le maître de l'ouvrage introduisit une procédure devant le tribunal compétent visant à obtenir la condamnation de l'entrepreneur au paiement d'un euro provisionnel et à la désignation d'une expertise. L'entrepreneur, de son côté, sollicitait le paiement de la facture de ses travaux. La cour d'appel considéra que l'entrepreneur avait engagé sa responsabilité en n'informant pas de manière suffisamment complète l'autre partie, profane, du risque de l'exécution du contrat. La juridiction d'appel constata que le maître de l'ouvrage était fondé à se prévaloir de l'exception d'inexécution pour ne pas payer la facture de l'entrepreneur. Elle déclara la demande de l'entrepreneur recevable mais non fondée.

d'inexécution et que, par conséquent, celle-ci n'était pas redevable de la facture impayée. Il rejette ensuite la demande de la demanderesse en la déclarant recevable mais non fondée. Le juge d'appel qui confère ainsi un caractère d'exception définitive à l'exception d'inexécution ne justifie pas légalement sa décision ».

L'arrêt confirme donc que l'exception n'a pas pour effet d'apporter un remède définitif. *In specie*, la Cour a erronément estimé que l'obligation avait pris fin du fait de l'exception d'inexécution.

Partant, cet arrêt apparaît, en réalité, tout à fait conciliable avec l'arrêt du 13 septembre 1973 et les conséquences que la doctrine lui attache.

Si, en effet, l'*excipiens* confronté à une inexécution définitive de la part de son débiteur est en droit de maintenir les effets de l'exception d'inexécution, cette solution est, en réalité, appelée à demeurer temporaire jusqu'à ce qu'un remède définitif lui soit apporté³⁹.

Rejoignant l'opinion de A. Duriau, nous sommes d'avis que, même dans le cas d'une inexécution définitive du débiteur, l'exception d'inexécution n'a pour vocation oxymorique à ne rester que « temporairement définitive ». Certes, l'*excipiens* ne sera jamais amené à devoir s'exécuter mais le contrat est appelé à se voir sanctionner d'un remède définitif dont, pourquoi pas, l'exception d'inexécution pourrait être la prémisse.

Cette interprétation, qui nous semble devoir être privilégiée, est par ailleurs conciliable avec l'arrêt du 24 octobre 2019.

10. Une exception liée à l'impossible « retour en arrière » ? Comment, ensuite, traiter la question, principalement en cas de contrats synallagmatiques à prestations successives, de la reprise par le créancier de ses obligations, laquelle ne vaut que pour l'avenir, lorsque les manquements de l'autre partie pendant la période de suspension sont définitivement acquis ? En ce cas, le créancier ne sera pas, en pratique, amené à exécuter intégralement ses obligations et sera dispensé, « définitivement », de ces prestations.

Faut-il y voir une exception ou un tempérament au caractère temporaire de l'exception d'inexécution ?

Comme S. Jansen⁴⁰, il nous semble également falloir répondre par la négative, au risque de méconnaître l'enseignement de notre Cour suprême en ce qu'elle ne cesse de confirmer le caractère temporaire de l'exception d'inexécution.

³⁹ A. DURIAU, « Le caractère temporaire de l'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 897 : Les remèdes envisageables sont divers et variés : résolution, réduction, compensation, caducité... et peuvent dépendre du cas d'espèce (clauses contractuelles, règles propres aux matières concernées).

⁴⁰ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, pp. 226 et s.

Cette possible hésitation provient vraisemblablement d'une confusion pratique entre, d'une part, le mécanisme de l'exception d'inexécution, destiné à inciter le débiteur à exécuter ses obligations et, d'autre part, des mécanismes tels que la réduction du prix⁴¹ ou la responsabilité contractuelle.

Selon nous, et bien que la nuance soit strictement théorique, l'exception d'inexécution ne pourrait servir de fondement à la dispense qui serait *in fine* octroyée à l'*exicipiens* d'exécuter les prestations suspendues temporairement. Une décision qui dispenserait définitivement une partie d'exécuter les obligations retenues, en justifiant ladite retenue sur pied de l'exception d'inexécution, ne pourrait, à notre estime, passer outre le contrôle de la Cour de cassation.

Pour autant, l'issue pratique pourrait, sans nul doute, être trouvée dans d'autres mécanismes. À titre d'exemple, le manquement ayant justifié l'exception d'inexécution pourrait également servir de base à une action en responsabilité du créancier impayé de sorte que, par l'effet de la compensation, ce dernier pourrait être dispensé d'exécuter les prestations retenues. S'agissant néanmoins de mécanismes distincts, rien n'empêche que les prestations compensées soient d'importances différentes de sorte que la retenue opérée sur pied de l'exception d'inexécution, bien que proportionnelle, sera supérieure ou inférieure au dommage octroyé.

Sous-section 3

Caractère supplétif

11. Pas un principe d'ordre public. Le principe d'opposabilité des exceptions n'intéresse pas l'ordre public.

Force est en effet de constater que le mécanisme de l'exception d'inexécution ne fait pas partie des principes qui « touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »⁴². Si l'on se réfère d'ailleurs à la réflexion de H. De Page qui rappelle qu'il conviendra de « rechercher si la prohibition a été édictée dans un but d'intérêt public ou de simple protection d'intérêts privés »⁴³ pour déterminer la sanction à retenir, l'on conviendra aisément que le mécanisme de l'exception d'inexécution a vocation à protéger les intérêts privés d'un créancier impayé.

12. Pas plus un principe impératif. De la même manière, rien ne permet d'imaginer que l'exception d'inexécution fasse partie des dispositions impératives, soit celles « auxquelles il est interdit de déroger mais qui ne sont pas

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699 ; voy. également Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 596.

⁴³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 740.

d'ordre public parce qu'elles protègent principalement des intérêts privés, et qui, dès lors, n'entraînent que la nullité relative des clauses ou des actes qui y dérogent sans exclure une renonciation ou une confirmation dans les conditions fixées par le droit commun et, en outre, par chaque loi particulière »⁴⁴.

13. Les parties peuvent y déroger. Ce faisant, il est permis au créancier de renoncer, de manière expresse ou implicite, à se prévaloir des exceptions qui obèrent la créance⁴⁵ ou à en organiser l'exercice en limitant, ou en étendant, par exemple, la possibilité de l'invoquer.

Les parties pourraient ainsi déroger à certaines exigences de fond ou de forme. Elles pourraient également faciliter l'exercice de l'exception d'inexécution en créant, de toutes pièces, un rapport synallagmatique, dans les faits inexistant⁴⁶.

À titre d'exemple, certains baux conclus dans le cadre de grands complexes immobiliers interdisent au preneur de suspendre le paiement du loyer en cas de manquement du bailleur à son obligation de fournir l'un ou l'autre service complémentaire à la location.

Gardons cependant à l'esprit que, si la liberté est grande, le législateur entend parfois s'immiscer dans l'organisation du mécanisme de l'exception d'inexécution. Ainsi, en cas de contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, l'article VI.83, 9°, du Code de droit économique prohibe, au titre de clause abusive, la clause qui a pour objet d'« obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes ».

De la même manière, l'article VI.91/5 du Code de droit économique, applicable dans les contrats conclus entre entreprises, présume comme abusives, jusqu'à preuve contraire, les clauses qui visent à « 4° exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles »⁴⁷.

⁴⁴ A. MEEUS, *La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge*, note sous Cass., 17 mars 1986, R.C.J.B., 1988, p. 527.

⁴⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 892, n° 998 ; C.A. Liège, 11 octobre 2018, R.G.D.C., 2019/2, p. 96.

⁴⁶ Selon B. Khol, « [I]l n'en rencontre ainsi fréquemment, dans les contrats d'entreprise de construction immobilière, une clause retirant à l'entrepreneur le droit d'invoquer l'exception d'inexécution en cas de non-paiement des acomptes sur le prix de l'entreprise aux échéances contractuelles » (B. KOHL, « Sanctions de l'inexécution des obligations de l'entrepreneur avant réception », in X., *Guide de droit immobilier*, IV.3.4.-1 – IV.3.4.-20 (20 p.) – 1991).

⁴⁷ R. Thungen et C.-E. Lambert précisent en effet que « les principaux droits reconnus à la partie victime d'une inexécution (fautive ou non) sont en substance les suivants : l'exécution forcée, le remplacement, la réfaction, la résolution, l'exception d'inexécution, le droit de rétention, l'action en responsabilité et la théorie des risques. Ces droits font partie des "droits légaux" que protège l'article VI. 91/5, 4°, du CDE » (R. THUNGEN et C.-E. LAMBERT, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution », in *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020, p. 283).

Section 3

Champ d'application

Sous-section 1

Contrats synallagmatiques

14. Dans tous les contrats synallagmatiques. Dès lors que l'interdépendance des obligations fonde, selon la thèse majoritaire, la théorie de l'exception d'inexécution, il faut en conclure qu'elle est « inhérente à la nature du contrat synallagmatique »⁴⁸ de sorte qu'elle peut s'appliquer à l'ensemble des contrats intégrant cette catégorie.

Au rang des contrats auxquels l'exception d'inexécution s'applique, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rappeler que rien ne justifiait d'exclure les contrats de travail. Notre Cour suprême a en effet considéré, par exemple, que la grève peut entraîner la suspension du contrat de travail⁴⁹ pour autant que la participation du travailleur à la grève puisse être considérée, compte tenu des circonstances, comme un manquement suffisamment grave pour justifier la mise en œuvre d'une telle mesure⁵⁰.

Comme ne le cesse de le marteler la Cour de cassation, l'exception d'inexécution est donc de droit dans les contrats synallagmatiques de sorte qu'aucune stipulation contractuelle expresse ne doit précéder son application par le créancier impayé⁵¹.

Plus que le cadre contractuel, c'est en réalité la connexité juridique entre les obligations des parties qui justifie qu'il puisse être fait appel au mécanisme de l'exception d'inexécution, raison pour laquelle son champ d'application est plus large que les seuls contrats synallagmatiques.

Sous-section 2

Quid des groupes de contrats ?

15. Un ensemble indissociable. S'il est évidemment acquis qu'un cocontractant ne peut en aucune manière refuser d'exécuter une obligation née d'un contrat, au motif que le créancier n'a pas exécuté une obligation née d'un contrat différent et étranger au premier contrat⁵², telle exclusion ne

⁴⁸ Cass., 13 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 355.

⁴⁹ Cass., 23 novembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 39 ; *R.C.J.B.*, 1968, p. 401.

⁵⁰ Cass., 15 juin 1981, *Arr. Cass.* 1980-1981, p. 1190 ; *Bull.*, 1981, p. 1179 ; *J.T.T.*, 1981, p. 355 ; *Pas.*, 1981, I, p. 1179 ; *R.D.S.* 1984, p. 38, note J. MALLIE.

⁵¹ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 68.

⁵² J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 585.

pourrait se justifier lorsque les contrats forment un ensemble d'obligations connexes, interdépendantes, indépendamment du nombre de contrats conclus.

C'est donc, à notre estime, à juste titre que le juge de paix de Westerlo⁵³ a estimé que l'*exceptio non adimpleti contractus* pouvait être invoquée dans le cadre d'une relation entre un franchisé et le franchiseur, ce dernier remplissant également la fonction de bailleur du premier. Certes, en l'espèce, il s'agissait de deux contrats distincts, à savoir, d'une part, un contrat de sous-location et, d'autre part, le contrat de franchise, mais le non-respect éventuel d'obligations résultant de l'un des deux contrats peut justifier la suspension des obligations issues de l'autre. Recherchant l'intention des parties, le magistrat cantonal a estimé que les deux contrats formaient un tout indissociable.

Cette solution, reprise par la Cour de cassation aux termes de sa décision du 8 septembre 1995⁵⁴ tout en précisant que les conventions devaient former, dans l'intention des parties, un ensemble indissociable et qu'elles devaient se trouver dans un rapport synallagmatique, est à l'évidence soumise à l'appréciation du magistrat qui pourra se baser, d'une part, sur les règles s'appliquant à la recherche de la commune intention des parties, mais également, et pour vérifier que les parties ont envisagé les différents contrats comme un « ensemble indissociable », sur l'impact éventuel de la disparition d'un contrat sur l'autre⁵⁵.

Sous-section 3

Quid des rapports synallagmatiques ?

16. Sur une base non contractuelle ? L'exception d'inexécution trouvera également à s'appliquer en cas de rapports synallagmatiques marqués par une communauté d'origine et dont il importe de préserver globalement l'équilibre⁵⁶.

C'est ainsi que la Cour de cassation admet que l'exception d'inexécution puisse être invoquée dans le cadre de restitutions réciproques entraînées par la résolution⁵⁷ ou l'annulation d'un contrat synallagmatique⁵⁸.

En conséquence, l'une des parties au contrat synallagmatique dissous est en droit de retenir les restitutions dont elle est débitrice tant que l'autre partie

⁵³ J.P. Westerlo, 29 novembre 1992, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, p. 56.

⁵⁴ Cass., 8 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 785 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1602.

⁵⁵ Bruxelles, 7 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004/16, p. 705.

⁵⁶ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 68.

⁵⁷ Cass., 12 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 41 ; Cass., 21 novembre 2003, *R.G.D.C.*, 2006, p. 39 ; P. WÉRY, *Droit des obligations* – Volume 1, Larcier, 2016, p. 675, n° 778.

⁵⁸ Cass., 23 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 305 ; Liège, 18 juin 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 264.

ne restitue pas les siennes. La dissolution crée en effet un rapport synallagmatique inversé⁵⁹, ou une image inversée des obligations originaires⁶⁰, justifiant que l'exception d'inexécution puisse également être invoquée.

Sous-section 4

Quid en cas de quasi-contrats ?

17. Gestion d'affaires et contrats de dépôt. Enfin, il est également admis en doctrine majoritaire que l'exception d'inexécution peut être utilisée par le créancier d'une obligation découlant d'un quasi-contrat ou d'un contrat synallagmatique imparfait.

À titre d'exemple, l'on épinglera la gestion d'affaires qui pourrait donner lieu à exception d'inexécution⁶¹.

Parmi les contrats synallagmatiques imparfaits, la doctrine évoque le dépôt ou le mandat à titre gratuit. Ainsi, le dépositaire qui a déboursé des frais pour conserver la chose peut être amené à invoquer l'exception d'inexécution dans le cas où il n'est pas remboursé et, de ce fait, refuser de restituer la chose mise en dépôt.

Section 4

Conditions d'application et de mise en œuvre de l'exception – Rappel de l'état avant l'adoption du Livre 5 du Code civil

18. Un rappel préliminaire : une consécration légale à droit constant. L'article 5.239 du Code civil offre désormais une base légale à l'exception d'une exécution. Les travaux préparatoires sont clairs à ce sujet : « L'alinéa 1^{er} du premier paragraphe consacre une solution admise de longue date en doctrine et en jurisprudence »⁶². Il est donc pertinent de se référer aux conditions d'application de l'exception dégagées en doctrine et en jurisprudence préalablement à la réforme du Code.

⁵⁹ P. A. FORIERS, « Les effets de la résolution des contrats pour inexécution fautive », in *La mise en vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 242.

⁶⁰ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 69.

⁶¹ P. WÉRY, « L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », note sous Cass., 21 novembre 2003, R.G.D.C., 2006, p. 42 ; V. SAGAERT, « Zaakwaarneming », in *Bijzonder overeenkomsten Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtslee*, Kluwer, 2004, p. 35 ; B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, *ibid.*, p. 70.

⁶² Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 273.

19. Rappel préalable : absence de contrôle *a priori*. Il relève de la seule responsabilité de l'*excipiens* (ou de son conseil) de déterminer si les conditions pour mettre en œuvre l'exception sont adéquatement rencontrées. À défaut, le créancier imprudent s'expose à engager sa responsabilité contractuelle, plus ou moins sévèrement en fonction des conséquences qui découleront de la suspension, fautive par hypothèse, de ses obligations. Le contrôle *a posteriori* du juge sera évoqué *infra* (n°...).

20. Des obligations qui doivent s'exécuter « trait pour trait »⁶³. Comme il l'a déjà été rappelé *supra*, il ne fait aucun doute que l'exception implique l'existence d'obligations, ou de rapports, synallagmatiques. L'exception suppose également de s'assurer que la créance/le rapport soit exigible immédiatement.

Il ne peut donc être question de faire application de l'exception contre le paiement d'une dette prescrite, affectée d'un terme ou d'une condition.

Les parties ne doivent pas davantage avoir aménagé un ordre d'exigibilité différé⁶⁴.

21. Une créance certaine et exigible mais non liquide. Il est communément admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la créance dont l'*excipiens* entend faire valoir la suspension doit être certaine⁶⁵ et exigible.

Il est également reconnu en jurisprudence que, si l'*excipiens* doit prouver l'existence de sa créance, et donc sa certitude, celle-ci peut être prouvée en cours d'instance⁶⁶.

La créance dont l'*excipiens* entend suspendre l'exécution ne doit pas être liquide au moment où l'exception est soulevée. La détermination de son montant exact pourra avoir lieu ultérieurement⁶⁷.

Ces principes sont parfaitement illustrés par l'exemple suivant, donné par P. Van Ommeslaghe, qui, par hypothèse, met en scène un locataire qui, estimant que son bailleur s'abstiendrait d'effectuer les réparations nécessaires au bien loué pour lui permettre une jouissance normale du bien occupé, décide de suspendre le paiement de son loyer.

⁶³ P. VAN OMMEFLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », in *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 878, n° 574.

⁶⁴ *Ibid.* L'auteur y donne l'exemple d'une convention de vente dans laquelle il est convenu que le paiement doit être effectué avant la livraison, un autre ordre d'exigibilité ayant été convenu contractuellement. L'auteur de confirmer que, dans ce cas, l'acheteur ne pourrait opposer l'exception au vendeur. Il est important de noter que cette analyse pourrait être contredite par l'article 5.239, § 2, du Code civil. Voy. également : Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 804.

⁶⁵ J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 575, n° 15 et p. 577, n° 17. Voy. également B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 79.

⁶⁶ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, *ibid.*, p. 81, n° 29.

⁶⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 879, n° 574 ; J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 559, n° 19.

Le professeur P. Van Ommeslaghe de poursuivre : « Ce locataire ne doit pas établir préalablement à l'invocation de l'exception son droit à obtenir des réparations ; ce droit de créance pourra, le cas échéant, être établi dans le cours du litige par lequel le bailleur réclame le paiement du loyer, fût-ce par une expertise, pour autant que celle-ci établisse un droit à des réparations au moment où l'exception a été invoquée (certitude de la créance). Il n'est pas nécessaire non plus que le montant des réparations soit déterminé de manière précise, même dans le cours de cette procédure (liquidité de la créance) pour autant que le principe et l'importance relative de cette créance soient établis. » L'auteur précise dans la foulée que « [l]e juge pourrait, d'autre part, estimer qu'une expertise est inutile et que, dès l'abord, les circonstances de la cause démontrent immédiatement le manque de fondement des prétentions du locataire, auquel cas il décidera que ce dernier s'est prévalu à tort de l'exception et est donc en faute pour ne pas avoir payé les loyers. [...] »⁶⁸.

22. La défaillance du cocontractant. Le recours à l'exception d'inexécution ne peut avoir lieu qu'en cas d'inexécution consommée du débiteur⁶⁹.

Cette condition s'oppose, en principe, à tout recours à l'exception en cas de seule « crainte » de l'inexécution future. Jusqu'à la réforme du Code civil et l'adoption de l'article 5.239, paragraphe 2, l'*exceptio timoris* n'était, sauf exceptions légales, généralement pas reconnue en droit belge (voy. *infra*)⁷⁰.

23. L'excipiens ne doit pas avoir renoncé au bénéfice de l'exception. Comme rappelé *supra*, l'excipiens ne doit pas avoir renoncé au bénéfice de l'exception d'inexécution. Celle-ci ne relevant ni de l'ordre public, ni de règles impératives, les parties sont libres d'en exclure l'application⁷¹ sauf intervention du législateur.

Tel est notamment le cas de l'article VI.83, 9°, du Code de droit économique qui dispose que « [d]ans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : [...] 9° obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors que l'entreprise n'aurait pas exécuté les siennes ou serait en défaut d'exécuter les siennes ».

⁶⁸ P. VAN OMMEFLAGHE, *ibid.*, p. 880, n° 574.

⁶⁹ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 230 ; A. DURIAU, « Le caractère temporaire de l'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 895.

⁷⁰ Fl. GEORGE, « Section 2 – Exception d'inexécution », in *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 779, n° 821.

⁷¹ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 234. L'auteure renvoie à une abondante doctrine et jurisprudence sur le sujet en soulevant, notamment, une tendance minoritaire en droit français selon lequel l'exception relèverait de l'ordre public.

24. L'exception doit être soulevée et appliquée de bonne foi. Il ne fait aucun doute que le critère de bonne foi joue un rôle essentiel dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution. En cas de litige, la vérification du respect de la bonne foi de l'*excipiens* fait l'objet d'un contrôle systématique par le tribunal éventuellement saisi : le juge veillera à s'assurer que l'équilibre contractuel n'a pas été mis en péril par une application inappropriée, voire abusive, de l'exception d'inexécution⁷².

L'appréciation du critère de bonne foi⁷³ dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est traditionnellement analysée sous le prisme de la bonne foi subjective et de la bonne foi objective.

25. La bonne foi subjective (i). L'inexécution du débiteur contre laquelle l'exception est soulevée ne peut pas avoir été causée par l'*excipiens*.

En toute logique, la Cour de cassation a rappelé, à diverses reprises, que, si l'inexécution du débiteur était imputable à l'*excipiens*, l'exception devait être considérée comme soulevée de mauvaise foi, et, dès lors, que le bénéfice de l'exception devait lui être refusé⁷⁴.

Tel est notamment le cas du locataire qui entendrait suspendre le paiement de son loyer en raison du manquement de son bailleur à faire procéder à des réparations nécessaires pour permettre la jouissance normale du bien loué alors que ledit locataire n'a jamais averti le bailleur de sa situation⁷⁵.

26. La bonne foi subjective (ii). L'*excipiens* ne peut causer un dommage définitif par la suspension de ses propres obligations⁷⁶. Il doit veiller à pouvoir exécuter intégralement ses obligations à la levée de l'exception.

Comme le rappelle J. H. Herbots, l'exception d'inexécution est un moyen de pression visant à « inciter le cocontractant à remplir ses engagements, et par conséquent à un moyen d'aboutir à l'exécution du contrat »⁷⁷. Compte tenu de cet objectif, le comportement de l'*excipiens* ne peut aboutir à rendre la poursuite du contrat impossible.

Tel serait le cas d'un concédant *excipiens* qui, dans le cadre d'une concession exclusive de vente, confierait pendant la période de suspension la concession à un tiers, rendant *de facto* impossible la reprise du contrat⁷⁸.

⁷² P. VAN OMMESLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 880, n° 575.

⁷³ La bonne foi « consiste à prendre en considération toutes les circonstances qui, selon les règles écrites et non écrites de droit, déterminent les relations des parties », comme le rappelle J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 576, n° 16.

⁷⁴ J. H. HERBOTS, *ibid.*, p. 576, n° 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 880, n° 575.

⁷⁵ Cass., 30 septembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 147.

⁷⁶ Cass., 24 avril 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 174.

⁷⁷ J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 589, n° 25.

⁷⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 887, n° 576.

L'*excipiens* d'une obligation de faire, et surtout de ne pas faire, devra demeurer particulièrement vigilant à respecter cette règle.

L'arrêt précité du 24 avril 1947 offre une parfaite illustration de l'incompatibilité de certaines obligations avec le principe étudié.

Commentant cette décision, le professeur P. Van Ommeslaghe rappelle ce qui suit : « En l'espèce, un employé avait violé une clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail en entrant au service d'un concurrent de son employeur ; il rendait ainsi définitivement impossible l'application de cette clause et le juge du fond avait pu valablement lui refuser le bénéfice d'une exception d'inexécution, déduite par cet employé du non-paiement d'une indemnité conventionnellement prévue en contrepartie de l'engagement de non-concurrence »⁷⁹.

Lorsque l'obligation prétendument suspendue n'est plus susceptible d'exécution, l'*excipiens* contrevient nécessairement à la bonne foi et l'exception doit être déclarée inopérante.

L'essentiel est de s'assurer de pouvoir exécuter (ou reprendre) complètement le contrat à un certain moment⁸⁰.

Nous sommes d'avis que l'*excipiens* doit essayer d'éviter de causer tout dommage irréversible, fût-il partiel.

Certaines situations impliqueront des conséquences définitives comme dans le cas de contrat à exécution successive. Dans cette hypothèse, la reprise du cours normal du contrat devra sans doute être compensée par équivalent. Un locataire qui aurait perdu la jouissance normale de son bien durant plusieurs mois ne pourra jamais la « récupérer ». Si l'exception a permis de faire reprendre le cours du contrat, l'*excipiens* qui estime avoir subi un dommage définitif devra avoir recours à des remèdes définitifs (compensation, résolution, réduction, etc.).

27. La bonne foi subjective (iii). L'exigence de bonne foi implique-t-elle l'envoi d'une notification en bonne et due forme, voire même d'une mise en demeure formelle, préalablement au recours à l'exception d'inexécution⁸¹ ?

Dans sa conception traditionnelle, l'exception d'inexécution est définie comme un moyen de défense et non une sanction pour inexécution du cocontractant. De ce fait, une mise en demeure préalable n'est généralement pas considérée comme condition nécessaire et préalable à la mise en œuvre

⁷⁹ *Ibid.*, p. 883, n° 575.

⁸⁰ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 246.

⁸¹ Voy., sur ce point, la doctrine et la jurisprudence citées par S. JANSEN, *ibid.*, pp. 236-240. Nous résumons brièvement les développements de l'auteur.

de l'exception d'inexécution. Un arrêt rendu le 16 mars 1846⁸² sert de fondement à cette réflexion⁸³.

Cet enseignement traditionnel est contredit par une frange non négligeable de la doctrine qui estime que l'exception d'inexécution relèverait d'une sanction civile soumise, dès lors, à la règle générale d'une mise en demeure préalable⁸⁴.

Sur ce point, nous rejoignons la position traditionnelle⁸⁵ aux termes de laquelle si, *in fine*, l'exception d'inexécution peut éventuellement impliquer l'envoi d'une notification préalable, voire d'une mise en demeure formelle, cela n'est que si la bonne foi l'impose et non parce qu'elle serait passée de « moyen de défense » à une « sanction civile » tombant sous le régime général de la mise en demeure.

Comme le souligne S. Jansen, « il faut revaloriser la différence entre l'application d'une action ou un remède comme sanction définitive (exigeant une mise en demeure préalable) et l'application de l'exception comme moyen de défense temporaire (n'exigeant pas une mise en demeure préalable) »⁸⁶⁻⁸⁷.

Indépendamment de la question de la mise en demeure, doit-on considérer que la bonne foi imposerait, au minimum, à l'*excipiens* de procéder à une notification préalable ?

Dans sa conception traditionnelle, dès lors qu'elle ne nécessite pas l'intervention préalable du juge, d'une part, et qu'elle demeure un moyen de défense temporaire et réversible, d'autre part, l'*excipiens* n'est pas, en théorie, requis de notifier son intention de faire usage de l'exception d'inexécution⁸⁸.

Cela étant rappelé, dans la pratique, de nombreuses circonstances peuvent impliquer une notification (préalable, concomitante ou à très brefs délais

⁸² Cass., 16 mars 1846, *Pas.*, 1846, I, p. 368.

⁸³ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : capita selecta », *op. cit.*, p. 237.

⁸⁴ Voy. notamment : B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, pp. 83-85, n° 33 et s. Les auteurs y relèvent que les juridictions de fond sanctionnent volontiers l'*excipiens* qui aurait omis d'adresser une mise en demeure à son cocontractant. Les auteurs y précisent ce qui suit : « Il n'est guère satisfaisant d'écarter dans un premier temps l'obligation de mettre en demeure, pour la réintroduire ensuite, dépouillée de ses formalités, sous le couvert de la bonne foi. » Voy. également S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : capita selecta », *op. cit.*, p. 237.

⁸⁵ En ce sens également, P. VAN OMMESSLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 885, n° 575 ; S. JANSEN, *ibid.*, pp. 236-240.

⁸⁶ S. JANSEN, *idem*, p. 240.

⁸⁷ Voy. également *infra*, n° 32, les réflexions relatives au fait que, si l'exception d'inexécution peut, selon les circonstances du cas d'espèce, aboutir effectivement à devenir un moyen de défense « définitif », cette situation « définitive » demeure imparfaite et est en théorie appelée à n'être maintenue que jusqu'à l'occurrence de l'un des modes d'extinction du contrat.

⁸⁸ En ce sens, parmi d'autres : S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : capita selecta », *op. cit.*, p. 240 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 885, n° 575 ; J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 591, n° 26-27.

selon le cas d'espèce) au cocontractant « suspendu » afin de respecter le critère de bonne foi qui doit guider l'action de l'*excipiens*⁸⁹. Sans prétention d'exhaustivité, tel sera notamment le cas si l'ordre de l'exécution des prestations n'est pas clairement établi entre parties, si l'inexécution n'est pas connue du cocontractant⁹⁰, si la suspension peut avoir un effet définitif sur l'exécution du contrat⁹¹, si l'exécution générale du contrat est affectée de délais qui pourraient être mis en péril par la suspension opérée ou encore si le recours à l'exécution marque une rupture dans le comportement de l'*excipiens*⁹² ou que celle-ci pourrait surprendre le débiteur de manière totalement inattendue⁹³.

Un arrêt du 13 janvier 2017 permet d'illustrer la thématique et de définir les contours de l'obligation éventuelle qui pèserait sur l'*excipiens*⁹⁴.

Les faits pertinents étaient les suivants : « Une travailleuse, confrontée à la faillite de son employeur, a fait appel à un avocat pour déclarer sa créance à cette faillite. L'avocat a rédigé un procès-verbal de comparution volontaire en vue de faire admettre la créance au passif et a demandé à sa cliente, sans succès, de lui verser une provision. Après que le curateur lui eut fait savoir qu'il acceptait d'admettre la créance au passif de la faillite, l'avocat n'a pas poursuivi les démarches. Le curateur ayant fait savoir qu'aucune créance n'avait été déclarée en temps utile au nom de la travailleuse, celle-ci a cité son avocat sur la base de sa responsabilité professionnelle pour absence de déclaration en temps utile »⁹⁵.

Les juges d'appel écartèrent la responsabilité de l'avocat estimant que ce dernier n'était pas tenu de notifier sa décision de mettre en œuvre l'exception d'inexécution.

La Cour estima ce qui suit : « Sur le pourvoi de la travailleuse, la Cour considère que la mise en œuvre de l'exception d'inexécution en cas d'obligations connexes ne doit, en principe, pas être précédée d'une notification au créancier.

Dans certaines circonstances, il peut cependant être exigé du débiteur, sur la base de la bonne foi, qu'il porte au préalable à la connaissance du créancier son intention de suspendre son obligation et, le cas échéant, qu'il en indique les conséquences.

⁸⁹ S. JANSEN, *ibid.*, p. 239.

⁹⁰ L'exemple le plus fréquemment cité est celui du locataire qui estimerait être en droit de retenir une partie de son loyer dès lors que des réparations devraient être réalisées par le propriétaire sur le bien loué alors que ledit locataire n'aurait pas averti le propriétaire de cette demande. Voy., sur le cas du locataire : J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, pp. 589-591.

⁹¹ Notamment si la contre-prestation risque de devenir impossible en raison même de l'obligation suspendue.

⁹² Par exemple parce que l'on aurait pu croire que l'*excipiens* avait toléré l'inexécution jusqu'à présent.

⁹³ P. VAN OMMESLAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 885, n° 575.

⁹⁴ En ce sens et cité par : FL. GEORGE, « Section 2 – Exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 781, n° 822.

⁹⁵ Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 2017, n° C.15.0417.N, *Pas.*, 2017/13, p. 37.

C'est le cas lorsque l'exécution doit avoir lieu dans un certain délai après lequel elle devient sans objet et que le débiteur sait ou doit savoir que cela expose le créancier à un dommage irréversible »⁹⁶.

De manière générale, il nous semble que l'*excipiens* est tenu d'informer son cocontractant dès que la suspension envisagée peut avoir des effets importants sur le contrat ou les parties.

Il convient, au demeurant, de rappeler que l'article 5.239 prévoit expressément dans son troisième paragraphe que « lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose, la suspension fait l'objet d'une notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant. »

En conclusion, et sans préjudice de l'analyse du nouvel article 5.239 réalisée *infra*, le praticien averti veillera à demeurer prudent compte tenu des décisions de fond sanctionnant l'absence de mise en demeure, d'une part, et du risque de remise en cause en cas d'absence de notification préalable au regard du critère de bonne foi, d'autre part.

Enfin, il nous semble que, dans la mesure où l'objectif poursuivi par la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est précisément l'exécution du contrat, il est sans doute opportun d'en aviser au plus tôt le cocontractant. Il existe dès lors sans doute peu d'intérêt à s'abstenir de notifier son cocontractant.

28. La bonne foi objective (i) : L'inexécution du débiteur doit-elle impliquer un manquement « grave », ou à une « obligation essentielle », pour justifier le recours à l'exception ?

Dans un premier temps, la Cour a estimé que l'exception ne pouvait être invoquée que si l'autre partie manquait « gravement aux engagements essentiels »⁹⁷.

De facto, le champ d'application de l'exception d'inexécution s'en trouvait relativement restreint : seul un manquement grave à une obligation essentielle ouvrait la porte à l'usage de l'exception.

La position de la Cour de cassation a subtilement évolué au fil du temps. Comme le souligne B. Dubuisson et J.-M. Trigaux, « la gravité du manquement a tout d'abord été appréciée en fonction de l'importance de l'obligation violée. Elle a ensuite été rapportée à l'ampleur du préjudice subi par l'*excipiens* »⁹⁸. Désormais l'appréciation de la gravité du manquement suppose,

⁹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 2017, n° C.15.0417.N, *Pas.*, 2017/13, p. 37.

⁹⁷ Cass., 8 décembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 382 ; J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 581, n° 21.

⁹⁸ Cass., 6 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 559 et s.

semble-t-il, une mise en balance des intérêts en présence et spécialement des préjudices respectivement subis par le créancier et le débiteur »⁹⁹.

Sans remettre en cause le fait que l'exception d'inexécution ne peut pas être soulevée à l'encontre d'un manquement minime ou futile¹⁰⁰, auquel cas le recours à l'exception sera nécessairement jugé comme abusif¹⁰¹, au terme de cette évolution, ce serait donc davantage le caractère disproportionné des effets de la suspension sur son débiteur qui pourrait être sanctionné de mauvaise foi et amener l'écartement de l'exception.

Cette position était déjà défendue en doctrine par certains auteurs, notamment J. H. Herbots qui estimait que, certes, « la bonne foi s'oppose à ce que l'exception d'inexécution soit admise pour un manquement anodin du débiteur à ses obligations. Mais faut-il pour autant exiger un manquement grave ? Nous ne le pensons pas. L'exception d'inexécution peut être opposée même en cas de manquement léger, ou en cas de manquement à une obligation non essentielle. Mais – et ceci est tout autre chose – une proportion entre les inexécutions est nécessaire comme condition d'application »¹⁰² et trouve des échos en doctrine moderne¹⁰³.

Il nous semble que S. Jansen résume adéquatement la thématique. Rappelant d'abord, à titre d'avertissement, que la Cour de cassation avait pu, dans le passé¹⁰⁴, explicitement estimer que seul le manquement grave à une obligation essentielle pouvait justifier le recours à l'exception d'inexécution, elle précise que « c'est à juste titre que certains auteurs pensent qu'il y a lieu de concrétiser la bonne foi objective par le principe de la prohibition de l'abus de droit et, plus particulièrement, quand le juge exerce son contrôle, par le critère de proportionnalité. Ce dernier est, comme nous le savons, l'un des critères spéciaux permettant de déceler un abus de droit. La suspension des obligations est donc contraire à la bonne foi – et donc disproportionnée en comparaison avec l'inexécution – si l'avantage recueilli par l'*incipiens* est manifestement disproportionné par rapport au désavantage subi par l'autre partie. L'utilisation du critère de la proportionnalité doit être approuvée »¹⁰⁵.

⁹⁹ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 86. Les auteurs s'attellent à un commentaire de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation auquel nous renvoyons : pp. 85 et s.

¹⁰⁰ Ce point est unanimement reconnu. P. WÉRY, « L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 42.

¹⁰¹ En ce sens, notamment : B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 89.

¹⁰² J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 582, n° 21.

¹⁰³ J.-F. GERMAIN, « Responsabilité contractuelle et remèdes à l'inexécution du contrat », in X., *Droit des obligations. Notions et mécanismes de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 134 ; S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 231.

¹⁰⁴ Cass., 10 décembre 1954, *Pas.*, 1955, I, p. 359.

¹⁰⁵ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 231.

Suivant cette thèse, l'*excipiens* pourrait donc soulever l'exception à l'encontre d'un manquement « suffisamment important »¹⁰⁶ (mais non grave ou lié à une obligation essentielle) en veillant à respecter la condition de proportionnalité de son action.

Le champ d'application de l'exception d'inexécution s'en trouverait dès lors considérablement élargi.

La principale opposition à cette position s'inscrit dans le principe de l'indivisibilité de l'exception d'inexécution. En conséquence, et en toute logique, l'*excipiens* ne pourrait soulever l'exception que si les manquements présentent une gravité suffisante, « en effet, l'exception est en principe indivisible de sorte qu'elle se traduit par la suspension par l'*excipiens* de toutes ses obligations – ce qui implique une proportionnalité entre cette sanction et le manquement en raison desquels elle s'applique »¹⁰⁷. Il faudrait donc une inexécution à ce point grave qu'elle justifierait que l'*excipiens* suspende intégralement ses obligations.

Dans la pratique, et indépendamment des développements subséquents (voy. n° 29), il convient de relever que de nombreuses décisions n'imposent pas nécessairement qu'un manquement suffisamment grave ait été commis pour admettre un recours à l'exception par l'*excipiens*¹⁰⁸.

29. Bonne foi objective (ii) – Exception d'inexécution partielle. Comme nous venons de le voir, si l'indivisibilité de principe de l'exception d'inexécution, appuyée par la doctrine majoritaire, demeure conciliable avec

¹⁰⁶ La bonne foi implique de ne pas soulever l'exception au moindre manquement. Un degré d'importance est donc requis, voy. *supra*.

¹⁰⁷ P. VAN OMMESELAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 883, n° 575.

¹⁰⁸ Notamment en matière de « baux » dans le cadre de l'examen des troubles de jouissance subis par le preneur. Pour un exemple récent, voy. J.P. Saint-Gilles, 15 janvier 2019, *T.Vred./J.J.P.*, 7-8/2019, p. 427 : « Dans le cas d'espèce, l'exception d'inexécution remplit ces conditions et il y a lieu de faire droit à la demande des locataires en diminution de 100 €/mois du loyer [sur un loyer fixé à 650,00 € mensuels] en raison des troubles de jouissance rencontrés du 01.12.16 jusqu'à leur départ en juin 2018, les troubles de jouissance ayant été fort pénibles après le sinistre du mois de décembre 2016. » Voy. également, J.P. Torhout, 4 décembre 2012, *T.Vred./J.J.P.*, 5-6/2015, pp. 178 et s. : « 7. Een besluit tot ongeschiktheid is niet hetzelfde als een onbewoonbaarverklaring van de woning. Het gaat om afzon derlijk te beoordelen categorieën (26). Bij ongeschiktheid kan de woning nog bewoonbaar zijn, wat hier duidelijk het geval was. In die omstandigheden komt de vordering tot terugbetaling van de totale som van de betaalde huurgelden niet gegrond voor. Wel dient een huurmingenot te worden toegekend. 8. Verweester vordert hiervoor een bedrag van € 200,00 per maand. Dit komt de rechtbank als overdreven voor. Het huurmingenot kan worden geraamd in billijkheid op ongeveer 20 %. In billijkheid kan dan ook een bedrag € 110,00 per maand worden in rekening gebracht als huurmingenot over een periode van 10 maanden of € 1.100,00. Door verweester werd reeds het bedrag van € 1.641,36 ingehouden op de totaal te betalen huurprijs van € 5.542,70. 9. Vermits het huurmingenot in billijkheid mag worden vastgesteld op een bedrag van € 1.100,00 blijft aan eiseres een bedrag van € 541,36 verschuldigd aan achterstallige huur. Verweester heeft terecht de niet-uitvoeringsexceptie ingeroepen en de staat van het goed heeft thans een definitief karakter gekregen waarbij het huurmingenot definitief vaststaat wat aanleiding gaf tot voormeld mingenot. »

la condition de proportionnalité¹⁰⁹, elle n'en demeure pas moins un frein considérable à l'usage de l'exception d'inexécution.

Un arrêt du 15 mai 2009 semble pourtant envisager la divisibilité de l'exception d'inexécution¹¹⁰.

Dans sa décision, la Cour précise ce qui suit : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

Il s'ensuit que l'acheteur, qui invoque la délivrance non conforme de la chose vendue et qui, *ayant la possibilité de suspendre en tout ou en partie le paiement du prix en vertu de l'exception d'inexécution* contenue dans cet article, ne demande pas la résolution de la convention, ne peut pas à la fois ne pas payer le prix et réclamer des dommages-intérêts en de la mise en conformité de la chose livrée »¹¹¹.

La doctrine minoritaire y voit la consécration, par la Cour de cassation, de la divisibilité de l'exception d'inexécution¹¹².

30. Bonne foi objective (iii) – Conclusion. L'exception d'inexécution doit, à notre estime, rester un instrument simple et souple. Le praticien prudent veillera à garder à l'esprit l'application de la bonne foi lorsqu'il envisagera son usage.

Particulièrement, les développements relatifs à la notification préalable et à la proportionnalité doivent être gardés à l'esprit.

Concernant le premier point, en lien avec la proportionnalité, il conviendra assurément d'avertir son cocontractant si l'usage de l'exception d'inexécution peut entraîner des conséquences importantes à l'encontre du débiteur. Nous rappelons en outre que l'exception d'inexécution étant avant tout un moyen de pression visant à obtenir l'exécution du contrat, il n'y a, *prima facie*, pas de réel intérêt à ne pas informer son cocontractant de son usage.

Concernant le second point, l'on peut déjà retenir assurément que l'exception d'inexécution ne peut pas être soulevée en cas de manquement trop léger ou futile, d'une part, et qu'elle est certainement autorisée lorsque l'inexécution du débiteur entraîne des conséquences graves pour l'*excipiens*.

¹⁰⁹ L'*excipiens* devra néanmoins démontrer l'existence d'une inexécution suffisamment grave pour justifier la suspension de toutes ses obligations.

¹¹⁰ Cass., 15 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1207.

¹¹¹ Nous soulignons.

¹¹² Cette solution est suivie en droit néerlandais et également appuyée en droit français. Voy. S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 257 pour un premier aperçu plus exhaustif de la doctrine favorable à la divisibilité de l'exception d'inexécution.

En cas de recours à l'exception d'inexécution, l'*excipiens* veillera à assurer une proportionnalité suffisante entre l'inconvénient causé au débiteur par la suspension de ses obligations et l'avantage qu'il en obtient. Cela dit, il faut également que la pression exercée sur le débiteur soit suffisamment importante pour que ladite exception demeure efficace. L'équilibre sera parfois difficile à trouver et demeure aléatoire en ce qu'il sera soumis à la censure du tribunal éventuellement saisi du litige, *a posteriori*.

Il reste à savoir si, dans cet exercice, l'*excipiens* est autorisé à pratiquer une suspension partielle de ses obligations. L'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 2009 semble le permettre ce qui, à notre estime, et d'un point de vue purement pragmatique, permet un usage nettement plus efficace de l'exception d'inexécution.

Section 5

Effets

31. Un moyen de défense suspensif et temporaire. Nous renvoyons à l'examen réalisé *supra* (n^{os} 6 et suivants).

32. Faillite, action directe et cession de créance. Il a déjà été précisé que la Cour de cassation autorise l'*excipiens* à soulever l'exception en matière de faillite¹¹³. Dès 1935, la Cour de cassation confirmait que l'*excipiens* pouvait invoquer l'exception tant qu'il n'était pas entièrement payé¹¹⁴. De ce fait, il jouit d'une position préférentielle en cas de concours dans la mesure où il peut refuser totalement d'exécuter une obligation, sauf si le curateur décide *in fine* d'exécuter le contrat¹¹⁵.

Compte tenu de la nature même de l'exception d'inexécution, la Cour de cassation considère qu'elle naît dès le moment de la conclusion du contrat synallagmatique¹¹⁶. De ce fait, elle est opposable au cessionnaire de la créance née du contrat, même si l'inexécution résulte de faits postérieurs à la signification de la cession de créance.

Une solution similaire a été appliquée par la Cour de cassation en matière d'action directe. Le maître d'ouvrage peut valablement opposer aux sous-traitants une exception d'inexécution fondée sur une malfaçon postérieure

¹¹³ Pour une analyse détaillée de l'exception d'inexécution en matière de faillite : FL. GEORGE, « Section 2 – Exception d'inexécution », *op. cit.*, pp. 773-800.

¹¹⁴ Cass., 7 novembre 1935, *Pas.*, 1936, I, p. 38.

¹¹⁵ P. VAN OMMELAGHE, « 3. L'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 891, n^o 579.

¹¹⁶ Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 31 ; Cass., 27 septembre 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 133 ; Cass., 22 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, n^o 243. En ce sens : Bruxelles, 27 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 420.

à l'exercice de l'action directe dès lors que l'exception préexiste à cette action, étant inhérente à la formation du contrat synallagmatique¹¹⁷.

33. Conclusion quant aux effets de l'exception d'inexécution. Le premier effet, suspensif, s'intègre donc dans une finalité de contraindre le débiteur défaillant à reprendre l'exécution du contrat.

Force est de constater que l'exception d'inexécution n'est pas uniquement utilisée à cette fin.

L'examen réalisé démontre que ladite exception peut parfois être utilisée à des fins procédurales de défense en justice¹¹⁸, ou à des fins de garantie contre des tiers, par exemple dans le cadre d'une faillite.

Néanmoins, ces finalités se présentent toutes comme un moyen de défense et ne remettent pas en cause, à notre estime, l'effet temporaire, inhérent à la nature même de l'exception d'inexécution, toujours dans l'attente qu'une solution définitive lui succède, si possible par l'exécution du contrat en nature.

Section 6

Contrôle judiciaire

34. Un contrôle éventuel et *a posteriori*. À l'instar d'autres remèdes relevant de justice privée, le contrôle de l'exception d'inexécution demeure une éventualité soumise à l'appréciation des parties. Ainsi, si aucune des parties n'estime devoir porter le litige à la connaissance d'un juge, l'action de l'*excipiens* demeurera en dehors de la sphère de contrôle judiciaire.

Le contrôle intervient dès lors uniquement *a posteriori* et à la demande d'une des parties, généralement le cocontractant de l'*excipiens*, selon qu'il estime que les conditions de l'exception d'inexécution n'ont pas été respectées ou, de manière plus générale, pour faire valoir une demande principale à l'encontre de l'*excipiens* dans le cadre de laquelle l'exception est soulevée¹¹⁹.

Le juge qui contrôle la légalité du mécanisme procède à une vérification du respect des conditions d'application avec un point d'attention particulier pour la condition de l'exécution de bonne foi.

¹¹⁷ Cass., 25 mars 2005, n° C.03.0318.N, Lar. Cass., 2005/5 : L'exception d'inexécution d'une obligation qui est fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties est inhérente à la nature du contrat synallagmatique, en sorte qu'elle préexiste à l'inexécution elle-même (1) et à l'exercice de l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. (1) Cass., 22 avril 2002, R.G. n° C.99.0264.N, n° 243 ; voy. P. WÉRY, « L'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage : bilan de sept années d'application du nouvel article 1798 du Code civil », *R.R.D.*, 1997, 190 ;

¹¹⁸ J. H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution est la mesure à garder dans le contrat de bail », *op. cit.*, p. 569, n° 7.

¹¹⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, I, Larcier, 2010, p. 678.

Le scénario dans lequel le juge constate que l'exception d'inexécution a été régulièrement soulevée n'appelle pas de longs développements. En effet, le juge devra se limiter à constater la régularité du moyen et, dès lors, à maintenir les effets de suspension de l'exception d'inexécution, cela sans préjudice des autres éventuelles demandes qui émaneraient de l'*excipiens* dans le cadre de la procédure.

Si, *a contrario*, le tribunal saisi du litige devait constater que l'exception a été irrégulièrement soulevée, le comportement de l'*excipiens* serait appréhendé comme un manquement contractuel.

En cas de demande d'exécution en nature, le tribunal saisi ordonnera à l'*excipiens* d'exécuter immédiatement les obligations dont ce dernier avait suspendu l'exécution et le condamnera, le cas échéant, à réparer tous les dommages qui découlent de sa faute contractuelle¹²⁰.

La faute contractuelle peut également aller jusqu'à la résolution de la convention aux torts et griefs exclusifs de l'*excipiens* désavoué. Le tribunal conserve, sur cette question, à savoir l'évaluation de la gravité du manquement¹²¹, un pouvoir d'appréciation souverain. Il lui revient d'analyser le cas présenté pour déterminer si le manquement rencontre les conditions de la résolution judiciaire.

Sur ce point, la Cour de cassation a confirmé que le bien-fondé, ou non, de l'exception d'inexécution est indépendant de la décision globale que le tribunal rendra sur la demande en résolution qui lui serait également soumise : « Il ne suit pas de l'exception d'inexécution, applicable de droit aux contrats synallagmatiques et offrant à chaque partie la possibilité de suspendre l'exécution de son obligation et de différer l'obligation subséquente tant que la partie adverse n'exécute pas les siennes, que, lorsqu'il considère qu'une partie suspend prématurément l'exécution de son obligation, le juge ne peut prononcer la résolution du contrat à charge de la partie adverse sur la base de son appréciation de la gravité des manquements respectifs des deux parties »¹²².

B. Dubuisson et J.-M. Trigaux le confirment également : « C'est sans doute que les critères d'appréciation des manquements respectifs des parties ne sont pas les mêmes suivant que le juge statue sur l'exception ou sur la résolution. Dans le premier cas, le juge met en balance l'obligation dont l'exécution a été suspendue et l'obligation inexécutée ainsi que les préjudices respectifs liés à la suspension et à l'inexécution. Dans le deuxième, le juge apprécie globalement, en vertu de la bonne foi et de l'équité, le comportement

¹²⁰ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », *op. cit.*, p. 102 : voy. Mons, 16 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 239.

¹²¹ L'inexécution fautive du cocontractant qui a irrégulièrement soulevé l'exception d'inexécution.

¹²² Cass., 6 novembre 1997, *Lar. Cass.*, 1998/1, p. 11.

des parties avant et durant l'ensemble de la période de suspension, et évalue les chances d'exécution du contrat »¹²³.

Enfin, comme précisé *supra*, la bonne foi impose que l'exception soit soulevée et mise en œuvre de manière proportionnée. Le tribunal, dans le contrôle du respect de cette condition bien précise, ne disposerait que d'un contrôle marginal qui ne pourrait sanctionner que « le dépassement manifeste des limites de l'exercice normal du droit à l'exception d'inexécution », en se référant aux critères traditionnels de l'abus de droit.

Le tribunal qui serait amené à sanctionner l'exception d'inexécution « abusive », et donc contraire à la bonne foi, pourrait, outre les sanctions étudiées *supra* et selon les circonstances du cas d'espèce et conformément aux sanctions de l'abus de droit, modérer la suspension irrégulière en la ramenant à un usage normal¹²⁴.

Section 7

Régime du Livre 5

Sous-section 1

Une consécration du principe général de droit

35. Du principe général de droit à la consécration légale : articles 5.98 et 5.239 du Livre 5. Le Livre 5 du Code civil consacre le principe général de droit relatif à l'exception d'inexécution.

En effet, l'article 5.98 du Code civil, inséré dans le Chapitre 1^{er} du Sous-titre 1^{er} relatif aux contrats, dispose que « [l]e créancier peut suspendre l'exécution de son obligation conformément à l'article 5.239 ». Cette disposition renvoie donc à l'article 5.239, insérée dans le Titre 3 relatif au régime général de l'obligation, en ce compris son inexécution. Ladite disposition précise, en son paragraphe 1^{er} :

« Dans un rapport synallagmatique, le créancier d'une obligation exigible peut suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne. La suspension doit être appliquée de bonne foi. La preuve que le débiteur a exécuté ou offert d'exécuter son obligation incombe au débiteur. Si le créancier considère que cette exécution ou offre d'exécution n'est pas conforme à ce qui était dû, la preuve lui en incombe. »

¹²³ B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit Belge », *op. cit.*, p. 101.

¹²⁴ Sur ce point : *Ibid.*, pp. 90 et 91.

La consécration légale reprise dans le Livre 5 a-t-elle un impact immédiat sur le principe général de droit qu'est l'exception d'inexécution ?

Nous ne le pensons pas.

La volonté du législateur a été clairement identifiée comme voulant offrir une base légale à l'exception d'inexécution en visant de transposer, le plus fidèlement possible, l'état du principe tel qu'il est défini en doctrine et jurisprudence. En tant que telle, cette disposition « consacre une solution admise de longue date en doctrine et en jurisprudence »¹²⁵, comme le confirment les travaux préparatoires.

La codification intervient donc, globalement, à droit constant dès lors qu'il ressort de l'article 5.239 que l'exception d'inexécution est de droit dans tout rapport synallagmatique, qu'il s'agisse d'un contrat ou non et que, comme toute sanction, l'exception d'inexécution doit être soulevée de bonne foi, dans le respect du principe de proportionnalité.

Tant le champ d'application que les conditions de mise en œuvre de l'exception d'inexécution, tels que définis par la doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation, demeurent identiques.

L'on peut donc estimer que, pour ce qui concerne l'exception d'inexécution, sa consécration légale n'a pas de réelle conséquence sur l'appréhension juridique du mécanisme, conformément à l'objectif souhaité par le législateur.

Il nous reste à déterminer si la consécration légale a pour vocation à faire disparaître l'exception d'inexécution en tant que principe général de droit. Si, d'un point de vue théorique, il ne nous semble pas qu'une consécration légale ait nécessairement pour conséquence de lui ôter son étiquette de « principe général de droit », il nous semble, à l'heure d'écrire ces lignes, que l'exception d'inexécution, en tant que principe général de droit, a été adéquatement et intégralement assimilée dans la nouvelle norme écrite, l'article 5.239 du Code civil. De ce fait, *prima facie*, en dehors de la fonction interprétatrice du principe qui survivra dans le cadre des analyses à réaliser sur pied de l'article 5.239 du Code civil, le principe pourrait sembler inopérant. Nous n'y voyons toutefois pas la mort dudit principe. Nous préférons estimer que, dans l'état actuel du droit, le principe général est « dormant » dans l'attente de nouvelles fonctions et/ou interprétations qui seraient données à l'exception d'inexécution et qui feraient alors revivre l'utilité du principe général de droit dans sa une fonction complétive de la norme. Ce scénario pourrait *in fine*, qui sait, appeler une nouvelle intervention du législateur pour « compléter » l'article 5.239.

¹²⁵ Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 273.

Si la codification réalisée lors de l'adoption du Livre 5 n'apporte, à notre estime, pas de grand bouleversement sur l'exception d'inexécution, indépendamment de la légitimité octroyée au principe par sa consécration légale, l'on peut cependant constater que deux controverses doctrinales ont néanmoins été éteintes par le législateur.

36. Charge de la preuve. Premièrement, l'alinéa 2 de l'article 5.239 tranche la question de la charge de la preuve dans le sens suggéré par une partie de la doctrine¹²⁶.

De nombreux arrêts de la Cour de cassation avaient en effet laissé penser que le créancier impayé devait pouvoir démontrer que son débiteur s'était abstenu d'exécuter ses obligations, allant – nous semble-t-il – à l'encontre de l'économie générale de l'article 1315, devenu depuis 8.4, du Code civil.

À titre d'exemple, la Cour indique, aux termes de son arrêt du 28 janvier 2005, que le créancier impayé peut suspendre l'exécution de ses obligations « si elle prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter ses propres obligations »¹²⁷. La logique est identique dans un arrêt plus récent puisque la Cour précise que « le juge est tenu d'examiner si la partie qui invoque l'exception d'inexécution prouve »¹²⁸ le manquement de son cocontractant.

À présent, et compte tenu du libellé de l'article 5.239, le doute n'est plus permis puisque le débiteur aura la charge de démontrer qu'il a exécuté – ou offert d'exécuter – son obligation alors que le créancier impayé aura à démontrer que l'exécution – ou l'offre d'exécution – du débiteur n'était pas conforme à ce qu'il était en droit d'attendre.

37. Une mise en demeure préalable ? Ensuite, l'exigence d'une mise en demeure préalable nous semble également avoir été tranchée par le législateur.

En effet, l'article 5.83 du Code civil, lequel liste les sanctions offertes au créancier en cas d'inexécution imputable au débiteur d'une obligation contractuelle, précise que « la mise en œuvre des sanctions visées aux points 1° à 4° doit être précédée d'une mise en demeure, conformément aux articles 5.231 à 5.233 ». *A contrario*, et dès lors que l'exception d'inexécution est reprise à l'article 5.83, 5°, le législateur a estimé qu'elle ne devait pas être précédée d'une mise en demeure.

¹²⁶ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », in *Le juge et le contrat*, la Charte, 2014, pp. 409 et s.

¹²⁷ Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, pp. 240 et s.

¹²⁸ Cass., 24 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, pp. 1979 et s.

Comme l'indiquent Y. Ninane et R. Thungen¹²⁹, le législateur a sans doute été influencé par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 2017 en ce qu'il disposait que si « l'exercice du droit de suspension en cas d'obligations interdépendantes ne doit, en principe, pas être précédé d'une notification au créancier [...], dans certaines circonstances et en vertu de la bonne foi, il peut être exigé du débiteur qu'il informe au préalable le créancier de son intention de suspendre l'exécution de son obligation et, le cas échéant, des conséquences de cette suspension »¹³⁰.

Pour le surplus, la mise en œuvre de l'exception d'inexécution sera, en pratique, identique à celle adoptée avant l'entrée en vigueur du Livre 5.

Sous-section 2

L'exceptio timoris

38. *Quid d'une défaillance non encore consommée ?* Comme nous l'indiquons ci-dessus, le recours à l'exception d'inexécution ne peut normalement avoir lieu qu'en cas d'inexécution consommée du débiteur¹³¹.

Le Livre 5 du Code civil innove sur ce point en introduisant l'*exceptio timoris* dans notre droit civil. Le créancier peut, à présent, et conformément à l'article 5.239, paragraphe 2, suspendre l'exécution de son obligation « lorsqu'il est manifeste que son débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance » et que « les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour lui ».

La première de ces deux conditions cumulatives permet d'éviter l'usage intempestif de l'*exceptio timoris*. Une simple « inquiétude subjective »¹³² de la part du créancier serait ainsi insuffisante.

La seconde condition d'application, soit l'existence de conséquences « suffisamment graves » dans le chef du créancier, peut surprendre au regard des conditions d'application de l'exception d'inexécution, lesquelles n'imposent aucune gradation des conséquences liées au manquement du débiteur.

Elle apparaît cependant pleinement justifiée, s'agissant d'un instrument préventif. Comme l'indiquent Y. Ninane et R. Thungen, nous pourrions difficilement envisager que le créancier puisse recourir à celui-ci « si le risque auquel l'expose l'inexécution de l'obligation de son débiteur à l'échéance n'est pas important »¹³³.

¹²⁹ Y. NINANE et R. THUNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 277.

¹³⁰ Cass., 13 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 483 ; R.G.D.C., 2017, p. 354.

¹³¹ S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, p. 230 ; A. DURIAU, « Le caractère temporaire de l'exception d'inexécution », *op. cit.*, p. 895.

¹³² Y. NINANE et R. THUNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », *op. cit.*, p. 278.

¹³³ *Ibid.*

C'est d'ailleurs en ce sens que le législateur retire au créancier le droit à l'*exceptio timoris* « si le débiteur donne des assurances suffisantes de la bonne exécution » de son obligation¹³⁴. Même légitimement inquiet, le créancier ne pourra faire usage de cet instrument d'exception si le débiteur rassure le créancier, la nature des informations communiquées ainsi que le caractère rassurant de celles-ci dépendant des circonstances de l'espèce.

Notons encore que, en dérogation à ce qui nous semble d'application pour l'exception d'inexécution¹³⁵, le législateur impose, « lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible » que l'*exceptio timoris* fasse l'objet d'une « notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant »¹³⁶.

¹³⁴ Art. 5.239, § 2, C. civ.

¹³⁵ Voy. n° 38 de la présente contribution.

¹³⁶ Art. 5.239, § 3, C. civ.

L'aire nouvelle du principe général de l'apparence ou comment la jurisprudence peut aller plus loin que les Livres 1^{er}, 3 et 5 du nouveau Code civil réunis

Jean-François ROMAIN

*Professeur à l'Université libre de Bruxelles et à l'Université de Mons
Avocat au barreau de Bruxelles*

« De l'audace, encore de l'audace,
toujours de l'audace. »¹

Introduction

1. La théorie de l'apparence constitue un principe général du droit qui se situe au cœur d'enjeux théoriques et pratiques essentiels du droit positif, en particulier en droit privé².

¹ Phrase célèbre dont l'homme politique français Georges Jacques Danton, figure marquante de la Révolution française, né le 26 octobre 1759 et mort guillotiné le 5 avril 1794, a la paternité. Dans les heures tragiques de l'invasion d'août 1792 par les troupes autrichiennes, il s'efforce de fédérer les énergies de la nation et prononce, le 2 septembre 1792, à l'Assemblée, les propos suivants : « Le tocsin qu'on va sonner n'est point un signal d'alarme, c'est la charge sur les ennemis de la patrie. Pour les vaincre, il nous faut de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace, et la France sera sauvée ! ». L'analyse juridique n'exclut pas une certaine audace. La Cour de cassation en a fait remarquablement la démonstration dans le domaine qui nous occupe, ainsi que nous le montrerons, quelques étapes demeurant encore à accomplir.

² Au sujet de la théorie de l'apparence, voy., sans que cette liste soit exhaustive, les études de base suivantes : P. DE HARVEN, « Étude sur la notion d'apparence en droit privé », *Rev. dr. b.*, 1938, p. 91 ; L. VINCENT, *La théorie de l'apparence*, Travaux et conférences de la Faculté de droit, U.L.B., 1957, p. 156 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge », *R.D.I.D.C.*, 1983, pp. 144 et s. ; et l'ouvrage de cet auteur, *Les obligations, Traité de droit civil H. De Page*, t. II, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, n^{os} 1179 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 241 et s. ; voy. aussi les études de P. A. FORIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, p. 541 ; P. A. FORIERS, « Apparence et représentation », *R.D.C.*, 2000, p. 485 ; R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », *R.C.J.B.*, 1991, p. 51 ; I. VEROUGSTRAETE, « Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten », *T.P.R.*, 1990, p. 1163 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier* (Fraus omnia corrumpit), Bruxelles, Bruylant, 2000, n^{os} 409 et s. ; J.-Fr. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », in J.-M. RAINER et E. VAN DEN HAUTE (dir.), *Le droit des obligations dans la jurisprudence française et belge*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 187 et s. ; C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », in *Mélanges offerts à Pierre Van Omme slaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 301 et s. ; S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations »,

La Cour de cassation a rendu un important arrêt, le 22 janvier 2021³, reconnaissant la théorie de la propriété apparente. Elle s'est référée à la théorie de l'apparence – « *vertrouwensleer* »⁴ –, sans toutefois conférer à cette dernière le statut exprès de principe général du droit. Dans un arrêt du 22 février 2018, rendu en matière de mandat apparent, la Cour de cassation ne s'est pas davantage référée à un principe général du droit et elle a même considéré qu'« [...] [il] n'existe pas de principe général du droit de la théorie du mandat apparent et de la bonne foi »⁵, la Cour préférant renvoyer au seul article 1998 de l'ancien Code civil. Nous regrettons cette réserve de la Cour de cassation qui ne permet pas de compléter adéquatement son célèbre arrêt du 20 juin 1988, ayant reconnu le volet de l'apparence sans faute en matière de mandat apparent (mais il est vrai, à nouveau sans avoir reconnu la théorie de l'apparence, ou l'apparence sans faute en matière de mandat, comme principe général du droit, à l'époque)⁶.

Si la Cour de cassation n'a pas visé expressément le principe général du droit de l'apparence dans son arrêt du 22 janvier 2021, il nous semble pouvoir déduire de cet arrêt une nouvelle application essentielle de la théorie de l'apparence : la propriété apparente. En arrière-plan, une certaine consécration de la théorie générale se réalise, en tout cas une mise en perspective de celle-ci en tant que principe général du droit.

Ce faisant, la Cour de cassation est allée plus loin que le législateur au travers des Livres 1^{er} et 5 du nouveau Code civil, qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Elle avait par ailleurs anticipé sur le contenu du Livre 3, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2021, en allant de même plus loin que ce dernier, par son arrêt du 22 janvier 2021, ainsi que nous le démontrerons.

in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 40 et s. ; F. PARREIN, « Het schijnmandaat ; de toerekenbaarheid van de schijn aan de schijnslagster », *T.R.V.*, 2007, p. 47 ; R. THUNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *J.T.*, 2018, pp. 580 et s. ; J.-Fr. ROMAIN et A.-F. BELLE, « Application de la théorie de l'apparence sans faute en matière bancaire : fait imputable et prescription extinctive de l'action en résultant », *Fin. Forum*, 2016, pp. 122 et s. Concernant les aspects de l'apparence en droit administratif et fiscal, voy. l'étude très complète de N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », *R.C.J.B.*, 1995, p. 53 et pp. 488 et s. En droit français, voy. J. GHESTIN, G. GOUBEAU et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, n^o 838 et s. ; et l'excellente synthèse figurant dans l'*Encyclopédie juridique Dalloz*, V^e *Apparence*, par M. BOUDOT, mai 2018 ; voy. aussi J.-Fr. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *op. cit.*

³ Cass., 22 janvier 2021, *R.W.*, 2020-2021, p. 1335 et note B. VERHEYE.

⁴ Que l'on peut traduire littéralement par « la doctrine de la confiance », et de façon plus libre par « la confiance légitime ». Retenant la notion, voy. S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », *op. cit.*, p. 47 ; en droit administratif et public, voy. aussi P. POPELIER, « Het rechtszekerheids-en vertrouwensbeginsel vs het legaliteitsbeginsel voor het Hof van Cassatie », *R. Cass.*, 2000, p. 70 ; sur les questions de terminologie, voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, *op. cit.*, t. II, vol. 2, n^o 1174, p. 1743.

⁵ Cass., 22 février 2018, *Pas.*, 2018, I, pp. 396 et s.

⁶ Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258 ; P. A. FORIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*, p. 541.

Le Livre 1^{er} s'est borné, sur un premier plan, à consacrer spécifiquement le volet essentiel de la théorie de l'apparence que constitue le mandat apparent (voy. art. 1.8, § 6), dont on sait que, depuis l'arrêt du 20 juin 1988, elle peut résulter d'un comportement non fautif. Le Livre 5 n'a pas plus conféré de statut général à l'apparence. Il a cependant admis une deuxième application spécifique de la confiance légitime en matière d'indemnisation de la *culpa in contrahendo* en cas de rupture intempestive de négociations, mais cette application est d'intérêt moindre, car elle se situe sur le plan de la responsabilité pour faute (voy. art. 5.17, al. 2). Le Livre 5 a enfin réécrit l'ancien article 1240 concernant le paiement fait au créancier apparent, par un intéressant article 5.198, alinéa 2, 3^o, dont la formulation est plus large⁷.

Notre démonstration suivra dès lors le cheminement suivant. D'abord, nous retracerons synthétiquement l'évolution de la théorie de l'apparence en droit belge. Dans un deuxième temps, nous mettrons en évidence un processus original propre à la théorie des principes généraux du droit, que les évolutions concernant la théorie de l'apparence nous paraissent faire apparaître et confirmer : un processus « contre-aporétique », visant à mettre fin à des situations d'aporie ou d'impasse en droit positif, ainsi que nous proposerons de l'identifier et de le dénommer. Nous ferons également apparaître le rôle d'amélioration de la cohérence globale du droit positif, que jouent les principes généraux de droit, ainsi qu'un rôle de comblement de lacunes – contre-lacunes, qui en découle souvent également. Dans un troisième temps, il s'agira de rappeler le champ d'application de la théorie de l'apparence suivant les différentes conceptions soutenables à cet égard, et nous soutiendrons la plus large. Apparaîtront dans la foulée les applications admises de la théorie de l'apparence en droit privé, au nombre de trois : *de lege lata*, d'abord le mandat apparent, et ensuite la confiance légitime en matière de réparation du dommage du chef d'une faute précontractuelle par rupture de négociations – et plus généralement –, enfin la propriété apparente, dont nous examinerons les régimes. Finalement, nous défendrons une lecture plus extensive de la théorie de l'apparence, en plaidant qu'elle doit également accueillir – *de lege ferenda* – le domaine de la confiance légitime plus généralement définie et pouvant être sans base de faute. Cette vision plus extensive nous paraîtra pouvoir s'imposer sur les visions plus ou moins strictes de l'apparence sans faute – limitées au mandat, au régime de la faute précontractuelle et à la propriété apparente –, voire encore plus strictes – limitées au seul mandat apparent –, comme il résulte du Livre 1^{er}.

Nous sommes heureux de pouvoir présenter un principe très riche et très utile qui fait apparaître la portée dynamique de la théorie des principes généraux du droit en droit belge, à la lumière essentiellement de la

⁷ Au sujet de ce dernier, voy. *infra*, réf. 35.

jurisprudence de la Cour de cassation. Nous pensons dès maintenant, et concluons encore en ce sens, qu'il ne faut certainement pas avoir peur de la théorie de l'apparence au sens large, en tant que principe général du droit.

Section 1

L'évolution générale de la théorie de l'apparence en tant que principe général du droit

2. L'évolution de la théorie de l'apparence s'est réalisée en dix étapes principales. Parcourons-les⁸.

Sous-section 1

L'apparition de la théorie en droit romain avec la maxime *error communis facit ius* et la théorie du fonctionnaire de fait

3. Historiquement, la première étape de l'évolution de la théorie de l'apparence résida dans la formulation et l'application du **principe de droit romain *error communis facit ius***, impliquant que, dans certains cas, un fonctionnaire de fait, un préteur notamment, ayant trompé, par un comportement à l'origine d'une erreur commune, tel ou tel sujet de droit de bonne foi, il en résultait que ce dernier pouvait se prévaloir du fait que le fonctionnaire en question demeurerait lié par les actes posés, malgré son incompétence. On se plaît à rappeler plus précisément que la situation originelle de l'apparence en rapport avec le principe *error communis facit ius* concerne celle de l'esclave Barbarius Philippus qui, selon Ulpien, avait été suffisamment adroit pour dissimuler sa véritable qualité d'esclave et exercer la charge de préteur. Dès lors qu'il fut démasqué, il fallait faire face à une double difficulté : d'un côté, sanctionner le magistrat apparent, ce qui était chose aisée, mais, de l'autre, décider soit de valider, soit d'annuler les actes accomplis par lui à l'égard des tiers, ce qui était plus délicat. La validation des actes apparents fut décidée car *hoc enim humanitus est*. Elle s'imposait donc comme étant la solution la plus humaine, afin de ne pas tromper la légitime confiance des citoyens, ce qui démontre que l'apparence trouve également un fondement important dans un mécanisme relevant du droit naturel et de la morale ou de l'éthique. Par la suite, Justinien reprit la solution en posant que la sentence rendue par un arbitre, réputé libre alors qu'il était esclave, pouvait encore être revêtue de son autorité, et ce serait Accurse qui, plus tard, formula cette solution sous la

⁸ Dont certaines sont inspirées de la remarquable synthèse de la théorie de l'apparence, qui se trouvait dans le Cours de droit des obligations du professeur P. A. Foriers (P.U.B., t. 3, pp. 160 et s.)

forme de la maxime *error communis facit ius*, laquelle eut assez de vigueur pour pénétrer le droit positif français et belge, en particulier à partir du XIX^e siècle⁹.

Sous-section 2

Les applications de l'apparence à la fin du mandat dans le cadre des analyses de Pothier

4. En droit privé, la question de la prise en considération de certaines situations apparentes s'est réalisée ensuite dans le domaine du mandat. Pothier avait fait la synthèse des principes applicables qui seront directement à l'origine de certaines dispositions du Code civil¹⁰. Le principe voulait que les tiers devaient pouvoir se fier, dans certaines situations, aux pouvoirs également apparents du mandant, donc aux termes apparents de la procuration – situation apparente –, sans qu'il soit possible d'opposer notamment à ces tiers des instructions secrètes, données par le mandant au mandataire¹¹. Pothier se référait à cet égard à un impératif de « *sûreté* à contracter avec des absents »¹². Les auteurs du Code retiendront l'essentiel des analyses de Pothier – constitutives de la troisième étape dans notre évolution – et il en résultera certaines des règles applicables au mandat dans l'ancien Code civil.

Sous-section 3

Les applications éparses de l'idée d'apparence dans l'ancien Code civil de 1804

5. La troisième étape de l'évolution de l'apparence réside en effet dans l'élaboration plus générale d'un certain nombre de règles se trouvant dans l'ancien Code civil de 1804. Elles constituent autant de premières applications de la théorie de l'apparence, voulues par le législateur en droit privé, mais non

⁹ À ce sujet, voy. M. BOUDOT, *V^e Apparence*, *op. cit.*, n° 3. Voy. aussi *infra*, n° 7 et réf. 14.

¹⁰ Voy. *infra*, n° 5.

¹¹ Système qui entretient une certaine relation avec l'article 1321 de l'ancien Code civil relatif à la simulation, prévoyant l'action en déclaration de simulation ouverte aux tiers. Voy. *infra*.

¹² Deux passages doivent être soulignés. Dans le *Traité des obligations* (Paris, Bechet Aimé, 1824, n°s 79 et 80), Pothier observe : « Pour que je sois censé avoir contracté par le ministère de mon procureur, et que le contrat, qu'il a fait en mon nom, m'oblige, il suffit que le contrat n'excède pas ce qui est contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir [apparaître] à celui avec lequel il a contracté, et il ne servirait à rien de rapporter un autre pouvoir contenant des instructions secrètes, qu'il n'aurait pas suivies. Ce pouvoir secret me donne bien une action en dommages et intérêts contre mon procureur, pour n'avoir pas suivi les instructions secrètes que je lui ai données ; mais il ne peut me dégager envers celui avec qui il a contracté en mon nom, conformément au pouvoir apparent qu'il lui a représenté ; autrement il n'y aurait aucune sûreté à contracter avec des absents [absents]. » (voy. n° 79) ; « Par la même raison, quoique la procuration finisse par la révocation, néanmoins si mon procureur contracte en mon nom avec quelqu'un depuis la révocation, mais avant qu'elle ait été connue de celui avec qui il contracte, je serai censé avoir contracté par son ministère, et ce contrat m'obligera » (voy. n° 80) (mis en évidence et souligné par le soussigné). Voy. aussi le *Traité du mandat*, spéc. n°s 89 et 121.

conçues encore à l'époque comme l'expression d'un principe général ou d'une idée générale. Les applications en question se trouvaient d'abord dans le droit du mandat, au travers des articles 2005 (« La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation »), 2008 (« Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide »), ainsi que 2009 (« [...] Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi »¹³).

L'idée d'apparence comme source directe ou indirecte de droit permettait également d'expliquer d'autres importantes dispositions du Code Napoléon. Tel était le cas notamment de l'article 1240 prévoyant la validité du paiement effectué par le débiteur au profit du créancier apparent et, dans une certaine mesure, de l'article 2279, en particulier l'alinéa 1^{er}, prévoyant qu'« [e]n fait de meubles possession vaut titre », et conférant d'importants effets en matière mobilière à la possession, en particulier de bonne foi, censée correspondre à la situation apparente. L'article 1321 prévoyant l'action en déclaration de simulation au profit des tiers participait de la même idée, les tiers étant en droit de choisir de se référer à la situation apparente – convention apparente et acte ostensible – voulue par les parties, même si cette dernière cachait en réalité un acte secret – contre-lettre. L'idée d'apparence n'était toutefois pas poussée jusqu'à l'extrême puisque les tiers pouvaient ne conserver que la contre-lettre – et l'attaquer en nullité, ou sous l'angle de la fraude aux droits des tiers (*fraus creditorum* : par l'action paulienne), le cas échéant – et, d'autre part, le régime de la simulation n'impliquait pas la nécessaire démonstration d'une croyance légitime dans le chef des tiers pour agir en déclaration de simulation¹⁴, ni la condition d'imputabilité.

D'autres institutions liées à l'apparence existaient par ailleurs dans le cadre du Code civil de 1804, en particulier pour les auteurs du xix^e siècle : le domicile « apparent », le mariage putatif, le régime applicable en cas de réapparition d'un absent ou à la pétition d'hérédité, etc.^{15 16}.

¹³ Les travaux préparatoires du Code civil sont intéressants. On peut lire sous la plume du tribun Tarrible, dans le rapport qu'il consacre au mandat, que : « Cependant, les causes de ce genre de dissolution peuvent être ignorées soit par le mandataire, soit par les tiers avec lesquels il est chargé de contracter. Cette possibilité a déterminé les auteurs du projet à joindre ici deux dispositions très justes. L'une porte que, si le mandataire ignore la mort du mandant, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide ; l'autre veut que, dans tous les cas, les engagements soient exécutés à l'égard des tiers qui sont *de bonne foi* » (voy. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, Paris, 1837, spéc. p. 604 ; mis en évidence et souligné par le soussigné). Voy. l'article 5.39 du Livre 5 en matière de simulation, plus complet que l'ancien article 1321, et requérant la bonne foi du tiers. Cette condition est très proche de la condition d'erreur légitime.

¹⁴ À ce sujet, voy. Ch. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français*, 2^e éd., t. 14, Renouard, 1833, p. 115 ; voy. le lien avec l'apparence, par M. BOUDOT, *V^e Apparence*, op. cit., spéc. n° 5.

¹⁵ Pour une analyse plus complète des mécanismes et institutions en droit privé, liés à l'idée d'apparence, voy. notre étude de droit comparé, citée en note 2, spéc. n° 7.

Sous-section 4

L'émergence de l'idée générale d'apparence en droit, en particulier en droit privé, au XIX^e siècle

6. Dans l'ancien Code civil, la théorie de l'apparence était ainsi en germe. Il convenait que le processus déductif et inductif¹⁷, à l'origine du futur principe général du droit, se mette en place et se poursuive grâce au travail de la doctrine.

À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, le processus d'expression, de reconnaissance et de maturation du principe et de la théorie s'est ainsi accéléré et structuré. En droit français, l'École de la libre recherche scientifique, menée par F. GénY, a joué un rôle important dans ce domaine. Michel Boudot observe qu'« [a]vec l'école de la libre recherche scientifique, la doctrine va se saisir des domaines épars où le Code civil laisse la part au fait pour nourrir une réflexion théorique et pour développer des analyses synthétiques du concept d'apparence »¹⁸. Nous verrons que, du côté belge, depuis les années 1940, l'École de Bruxelles jouera un rôle important dans le développement d'une théorie autonome des principes généraux du droit en droit positif (voy. *infra*, n^{os} 16 et s.), sur la base de laquelle la théorie de l'apparence pourra se déployer¹⁹.

Sous-section 5

La reconnaissance du principe *error communis facit ius* en droit public et administratif

7. La cinquième étape significative à signaler découle du développement autonome en droit public et administratif de l'important principe *error communis facit ius*. Celui-ci a été consacré par le Conseil d'État en France dès l'important arrêt du 2 juillet 1807²⁰. Il s'est développé de façon significative au XX^e siècle, en droit belge également.

L'adage ou principe *error communis facit ius* permet de valider les actes des fonctionnaires de fait, constitutifs de la situation apparente trompeuse. Le principe appartient indiscutablement au droit positif. La Cour de cassation a ainsi décidé, par son important arrêt du 29 mai 1947, que « [...] l'organe d'un pouvoir public qui représente celui-ci, n'engage sa responsabilité, sur pied de l'article 1382 du Code civil, que lorsqu'il agit dans les limites de ses

¹⁷ Au sujet de celui-ci, voy. P. VAN OMMELAGHE, *Les obligations*, op. cit., t. II, vol. 1, spéc.

¹⁸ Voy. M. BOUDOT, V^e *Apparence*, op. cit., spéc. n^o 7 ; F. GÉNY, *Sciences et techniques en droit privé positif*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, p. 201 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 68.

¹⁹ Voy. notamment les premières études de L. Vincent et P. de Harven, citées en note 2.

²⁰ Cons. C.E. Fr., 2 juillet 1807. *Recueil de législation générale en vigueur en Belgique*, t. I, n^o 482 ; à ce sujet, voy. P. A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », op. cit., spéc. p. 542 ; en droit français, voy. déjà H. MAZEAUD, « La maxime *error communis facit ius* », *RTD civ.*, 1924, p. 229.

attributions légales *ou* qu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de celle-ci *par tout homme raisonnable et prudent* »²¹.

Le critère requis par l'adage est plus sévère que l'erreur légitime (qui caractérisera le principe général de la théorie de l'apparence) : il doit s'agir d'une erreur commune, une erreur invincible donc. On peut comprendre que, lorsqu'il s'agit d'aller plus loin que les compétences d'un fonctionnaire, touchant généralement à l'ordre public, il faille requérir une erreur plus étroite et contraignante que l'erreur légitime, à savoir une erreur invincible qui est une erreur qu'aurait commise tout sujet de droit normalement prudent et raisonnable, et pas seulement un *bonus vir*, replacé dans les mêmes circonstances que celles de la cause.

D'autre part, le procureur général Raoul Hayoit de Termicourt, alors premier avocat général, apporta d'éclairantes explications, dans la note figurant sous l'arrêt, à la Pasicrisie, indiquant, pour retracer l'évolution du principe, que « [d]ans une note publiée sous l'arrêt de la Cour du 16 décembre 1920 [...], M. le conseiller de Haene résumait sa doctrine par ces mots : "l'organe d'un pouvoir public n'a cette qualité et partant ne représente ce pouvoir que dans les limites de ses attributions légales. L'arrêt annoté complète cette proposition. C'est que, comme le souligne Henri Mazeaud (*Rev. trim. de droit civil*, 1924, p. 931), il n'y a point de *sécurité sociale* si celui qui a agi avec toute la prudence nécessaire n'est pas protégé. Il existe une *obligation générale de ne pas tromper la confiance nécessaire* à l'entretien des relations sociales (Lévy, et des contrats, *Rev. crit.*, 1899, p. 341)"²² et on n'aperçoit point la raison pour laquelle cette obligation ne pèserait pas sur les pouvoirs publics. Aussi, l'arrêt précise que l'organe d'un pouvoir public engage la responsabilité de celui-ci lorsque, bien que l'acte qu'il a accompli ne rentrât point légalement dans ses attributions, il a cependant, en raison de circonstances, dû être tenu compte par *tout homme raisonnable et prudent* comme agissant dans la sphère de ses attributions légales.

On peut voir dans cette précision apportée par l'arrêt attaqué, une application aux actes accomplis par une autorité publique, soit de la règle "*error communis facit ius*" (Henry Mazaud, *loc. cit.*), soit de ce que d'autres auteurs ont appelé "la capacité putative" [...]. À son défaut, la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics eût pu dégénérer en une règle uniquement théorique »²³.

²¹ Nous mettons en évidence et soulignons.

²² Le professeur X. Dieux, dans sa remarquable thèse au sujet du nécessaire respect des anticipations légitimes d'autrui, se réfère à cet auteur ; voy. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui – Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, spéc. n° 72, pp. 172 et s. Au sujet de la « discussion » entre les deux auteurs, voy. aussi J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n°s 357 et 358.

²³ *Ibid.*, mis en évidence par nous.

La théorie de l'apparence comprend ainsi un important volet « confiance légitime », en droit public et administratif, exprimé par l'adage *error communis facit ius*. Ce dernier constitue un principe général de droit distinct, *a fortiori* parce qu'il requiert une condition d'application plus stricte que l'apparence résidant dans la condition d'erreur commune.

Sous-section 6

Reconnaissance de la théorie de l'apparence dans le droit de la responsabilité aquilienne (à base de faute donc) : la confiance légitime trompée par un comportement fautif

8. La sixième étape de l'évolution de notre principe réside dans l'apparition de l'idée d'apparence, en particulier en matière de mandat, pouvant engager le mandant lorsque ce dernier a commis un comportement *fautif* à l'origine de la situation apparente. L'apparence est donc alors liée au droit commun de la responsabilité aquilienne²⁴.

Ce domaine est important en droit positif et a connu une consécration récente dans la matière de la responsabilité précontractuelle par l'article 5.17 du Livre 5, sur laquelle nous reviendrons (voy. *infra*, n^{os} 34 et s.). Il s'agit du volet de la confiance légitime basé sur l'existence d'une faute, qu'il ne convient pas de limiter au mandat ou à la responsabilité précontractuelle.

Sous-section 7

La reconnaissance de la théorie de l'apparence comme source autonome de responsabilité sans faute, par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988

9. Il fallait aller plus loin et prendre en considération la situation où le mandant n'avait pas commis de faute mais avait néanmoins eu un comportement à l'origine de l'apparence ou y ayant contribué. L'on sait que la Cour de cassation de France d'abord, par un arrêt du 13 décembre 1962²⁵, puis la Cour

²⁴ À ce sujet, voy. les analyses de P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, spéc. n^o 1176 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit belge*, t. V, n^o 448 ; Cass., 30 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1193 et note.

²⁵ D., 1963, p. 277 et la note de J. CALAIS-AULNOY ; *RTD civ.*, 1963, p. 572 et l'analyse par G. CORNU ; jurisprudence approuvée par la doctrine (J. GHESTIN, G. GOUBEAU et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, *op. cit.*, n^{os} 838 et s., dont le n^o 849 portant sur l'émancipation de l'apparence par rapport à la responsabilité pour faute. La jurisprudence de la Cour de cassation de France a été confirmée par de nombreux arrêts ultérieurs (dont Cass., 14 décembre 1976, *J.C.P.*, 1978, n^o 18.864 et note J. MONÉGER)).

de cassation de Belgique, par l'arrêt du 20 juin 1988²⁶, ont finalement décidé de reconnaître la théorie du mandat apparent en ces termes : « [...] [L]e mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, non seulement dans le cas où il a fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime »²⁷.

On connaît l'importance de cette jurisprudence et son succès, les applications en droit positif en étant nombreuses²⁸. L'on sait aussi que, par les arrêts ultérieurs, la Cour de cassation dégagera à juste titre l'importante condition de l'imputabilité de la situation apparente au pseudo-mandant²⁹, à savoir la nécessité de constater, dans les circonstances de la cause, un comportement d'action ou d'omission de celui-ci par lequel il a créé, ou laissé subsister, en connaissance de cause, la situation apparente – le mandat apparent donc.

Sous-section 8

La reconnaissance de la confiance légitime en droit administratif et fiscal, par l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1992

10. Une importante étape dans l'évolution du principe, toutes matières confondues, résulte ensuite de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1992³⁰ qui a reconnu l'existence d'un principe général de bonne administration impliquant que le citoyen puisse faire confiance aux services publics, cette jurisprudence étant à compléter par la reconnaissance du principe général de la sécurité juridique par un arrêt du 7 décembre 1998³¹. Il découle de l'arrêt de 1992 une base importante de la confiance légitime en droit positif, dont on peut penser qu'elle doit être étendue à la sphère du droit privé³². C'est

²⁶ La Cour de cassation de France a également retenu la condition d'erreur légitime ; voy. notre étude comparative, citée en note 2, spéc. n° 34, p. 233.

²⁷ Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258 ; P. A. FORTIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*, p. 541.

²⁸ À ce sujet et en particulier en droit bancaire, voy. J.-Fr. ROMAIN et A.-F. BELLE, « Application de la théorie de l'apparence sans faute en matière bancaire : fait imputable et prescription extinctive de l'action en résultant », *op. cit.*

²⁹ Condition affirmée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation : Cass., 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 483 et obs. P. A. FORTIERS ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 719 ; Cass., 13 septembre 2004, *Pas.*, I, n° 1306 ; Cass., 28 janvier 2008, *Pas.*, I, n° 67 ; Cass., 24 décembre 2009, *Pas.*, I, n° 788 ; Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, I, n° 1459 ; Cass., 26 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, liv. 5, p. 183. Voy. notre étude comparant le droit belge au droit français, citée en note 2, spéc. n° 5, p. 190.

³⁰ Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 680 ; R.C.J.B., 1995, p. 53 et l'étude très complète de N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », *op. cit.*

³¹ Cass., 7 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 504. Sur le principe, en particulier en droit européen, voy. J. VAN MEERBECK, *De la certitude à la confiance : le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019.

³² Voy. *infra* à ce sujet, n° 30 et s.

ce qu'écrivait à juste titre le professeur P. Van Ommeslaghe même si c'était en termes mesurés, notant que l'« on ne peut exclure une solution parallèle en droit privé »³³.

Sous-section 9

La reconnaissance de la théorie de la propriété apparente par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021

11. Fallait-il aller plus loin et reconnaître d'autres applications de la théorie de l'apparence ?

La Cour de cassation a à nouveau franchi le pas remarquable d'une nouvelle dynamisation du champ d'application du principe de la théorie de l'apparence, en allant dans le sens de la **reconnaissance de la théorie de la propriété apparente**, emboîtant à nouveau le pas à la Cour de cassation de France, avec quelques décennies de décalage encore une fois, et ce, par l'arrêt du 22 janvier 2021³⁴. Cette importante jurisprudence nous paraît constituer le neuvième temps de l'évolution du principe général en droit belge.

Sous-section 10

La consécration du mandat apparent, de la légitime confiance dans le régime de la faute précontractuelle, et de la propriété apparente, dans les Livres 1^{er} et 5 ainsi que dans le Livre 3 du nouveau Code civil

12. Le dixième et dernier temps d'évolution réside dans la consécration législative de la théorie de l'apparence, au travers du Livre 1^{er} du nouveau Code civil d'abord, non de façon générale mais uniquement dans le cadre du mandat apparent (voy. Livre 1^{er}, art. 1.8, § 5), de la réparation du dommage en cas de faute précontractuelle par rupture intempestive de négociations (voy. Livre 5, art. 5.17, al. 2), et donnant lieu à la réitération du régime du paiement fait au créancier apparent (voy. art. 5.198, al. 2, 3^o³⁵). S'ajoute la reconnaissance de la propriété apparente dans une certaine mesure, par le Livre 3 (art. 5.34).

³³ P. VAN OMMEFLAGHE, *Les obligations*, op. cit., spéc. n° 1177, p. 1751.

³⁴ Cass., 22 janvier 2021, R.W., 2020-2021, 34, p. 1335 et note B. VERHEYE.

³⁵ La disposition prévoit que « [l]e paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est néanmoins libératoire, si : [...] 3° le paiement a été fait *de bonne foi au créancier apparent*, encore que celui-ci en soit par la suite évincé. [...] » (mis en évidence). L'exposé des motifs précise que cet article constitue une codification à droit constant, « résultant de la fusion des articles 1239 à 1241 du Code civil, avec quelques précisions », étant entendu que : « [l]es termes de l'article 1240 sont

13. Nous étudions les applications les plus fortes de la théorie de l'apparence en droit privé, admises jurisprudentiellement et législativement, que sont le mandat apparent, la réparation du dommage en cas de faute précontractuelle et la théorie de la propriété apparente³⁶. Nous plaiderons également pour l'admission générale de la confiance légitime, pouvant être appliquée à d'autres hypothèses ou domaines que le mandat et la propriété apparente, et autre nom finalement de notre principe général du droit.

Avant de ce faire, il nous paraît important de mettre en évidence un processus significatif propre aux principes généraux du droit, que nous avons cru percevoir dans l'histoire de ces derniers, et en particulier de l'apparence : l'effet contre-aporétique de ceux-ci, couplé à d'autres effets caractérisant la théorie générale des principes généraux du droit.

Section 2

L'effet contre-aporétique des principes généraux du droit

14. Cet aspect de notre démonstration apparaîtra au terme d'un raisonnement en quatre temps. D'abord, nous dénombrerons et expliquerons les nouveaux processus que nous souhaitons mettre en avant. Ensuite, nous établirons un lien entre ces processus et la genèse des principes généraux du droit dans l'histoire du droit positif, par la reconnaissance de leur autonomie par rapport à la loi écrite. Se posera également la question de la persistance ou non du principe, une fois que la loi l'a reconnu. Enfin, nous mettrons en évidence un développement des principes sous la forme d'arborescences.

Sous-section 1

Effet contre-aporétique (et autres effets) des PGD : explication et démonstration

15. Les principes généraux du droit ont une fonction essentielle³⁷ : régler les apories qui caractérisent parfois le droit positif sur tel ou tel point devenu

légèrement adaptés : l'expression de "celui qui est en possession de la créance" est remplacée par celle de "créancier apparent". D'autre part, l'adjectif "libératoire" a été préféré à celui de "valable" » (cfr. texte cité, pp. 244 et 245). Ces modifications de terminologie sont judicieuses, le mécanisme étant ainsi bien ancré dans l'idée d'apparence.

³⁶ Nous n'étudierons pas le régime du paiement au propriétaire apparent, n'étant pas un cas d'apparence pour faute ou sans faute.

³⁷ Au sujet des principes généraux du droit, voy. l'introduction et la conclusion du présent ouvrage, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », par R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK. Voy. le texte essentiel – la mercuriale – de G. VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et sur les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 557 et s. et p. 581 ; et l'ouvrage de P. MARCHAL, V°, *Principes généraux du droit*,

sensible, et ce, sans qu'il faille que le législateur intervienne pour mettre fin à l'aporie en question. Cette fonction s'ajoute à deux rôles également puissants des principes généraux du droit : apporter de la cohérence au système juridique et, parfois, combler des lacunes (effet contre-lacunes). Il va sans dire que ces mécanismes se réalisent au travers de la jurisprudence, essentiellement de la Cour de cassation³⁸.

Expliquons-nous.

Les principes généraux du droit poursuivent trois fonctions, parmi d'autres³⁹ : apporter de la cohérence au droit positif par la déduction de principes généraux, en conférant plus de cohérence à des applications éparses de règles ; combler les lacunes – effet contre-lacunes – et, de façon plus utile encore, exercer un rôle permettant de mettre fin à des situations d'impasse et d'aporie juridique en droit positif (rôle contre-aporétique)⁴⁰ : c'est là qu'apparaissent toute la force et l'originalité des principes généraux du droit, qui opèrent à l'égard de dispositions légales⁴¹ avec pour conséquence que le principe dégagé prime sur les règles particulières applicables en l'espèce.

Donnons quelques exemples.

R.P.D.B., complément ; voy. également, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 1103 et s. ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, op. cit., vol. 1, p. et s. ; A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, pp. 733 et s. ; J.-Fr. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », in St. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualité et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 21 et s.

³⁸ Ainsi que la Cour constitutionnelle bien sûr, en droit privé.

³⁹ Pour une analyse approfondie à cet égard, voy. l'ouvrage de P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., n°s 25 et s.

⁴⁰ Voy. à ce sujet également les travaux de l'École de Bruxelles : voy. *Les antinomies et le droit*, coll. Les travaux du Centre de recherche et de logique de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1965, dont l'étude de P. FORIERS, p. 20. P. Foriers définit l'antinomie en droit : il s'agit d'une « contradiction entre deux lois ou principes dans leur application pratique à un cas particulier ». P. Marchal cite P. Foriers dans son ouvrage (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., pp. 330 et 331) et relève à juste titre que l'antinomie ne saurait exister qu'entre deux normes de valeur égale. Les travaux de l'École de Bruxelles à cet égard tendaient à envisager la solution d'une antinomie « par la voie de l'interprétation fondée sur des principes généraux du droit ». À l'époque, les principes généraux du droit n'étaient pas encore reconnus comme source autonome de droit. Nous privilégions ci-après un raisonnement qui défend l'idée d'une application directe du principe général du droit – à ce sujet, voy. *infra*, n° 16, et l'introduction de cet ouvrage par R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK –, et non une simple interprétation sur la base de celui-ci, pour résoudre l'aporie ou l'antinomie concernée. Parfois, le principe pourra toutefois intervenir dans le cadre de l'interprétation d'une norme, le cas échéant à écarter (pour un exemple en ce sens, encore plus intense car allant dans le sens d'une interprétation anticipée, d'une norme actuelle sur la base d'une norme future, voy. *infra*, n° 28 et réf. 122).

⁴¹ Et parfois à l'encontre de tel ou tel autre principe général du droit concurrent : voy. l'arrêt du 22 janvier 2021 rendu en matière de propriété apparente : la théorie de l'apparence y prime sur le principe « *Nemo plus juris [...]* » (voy. *infra*, n°s 25 et s., dont n° 29).

Le premier arrêt à épingle est celui rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1909⁴², qui a consacré rien moins que deux principes essentiels du droit des contrats et des quasi-contrats : d'abord, l'enrichissement sans cause et la « maxime » suivant laquelle « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui », ensuite, le principe de l'opposabilité des effets externes des conventions, venant compléter la relativité des effets internes et étoffer de façon équilibrée le texte de l'article 1165 de l'ancien Code civil. Arrêt magistral donc, dont la Cour de cassation a le secret, par lequel a opéré de façon frappante l'effet de comblement de lacunes, sur des plans essentiels du droit positif, des principes généraux du droit. Il faudra toutefois attendre l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2009 pour que la Cour qualifie expressément l'enrichissement sans cause de principe général du droit⁴³.

Une première tentative d'émergence d'un principe correcteur découle des remarquables analyses que rédigèrent H. De Page et R. Dekkers, dans le *Traité élémentaire de droit civil*, concernant l'usufruit, au début des années 1940, et le report du droit d'usufruit sur la somme payée, avant la fin de l'usufruit, dans le cadre de l'assurance du bien en usufruit ou de toute autre cause de paiement⁴⁴. Qu'est-ce qui expliquait ce report ? Le mécanisme de la subrogation réelle qui opérera comme principe général du droit selon nous⁴⁵. Et pourquoi fallait-il raisonner ainsi sur la base de ce principe général du droit ? René Dekkers répond qu'« il s'agit d'une solution économiquement et humainement souhaitable [qui] doit être juridiquement possible. Car, en droit, tout ce qui est souhaitable doit être possible. Le technicien du droit doit pouvoir fournir les outils nécessaires, les moyens propres à réaliser une règle souhaitée »⁴⁶. Ajoutons que cette solution correspond à l'équité et à la nature des choses qui veut que l'on reporte sur une chose substituée le droit qui portait sur le bien d'origine ayant disparu, dès lors que la condition de persistance de l'affectation du bien est réalisée pour qu'opère la subrogation réelle.

La subrogation réelle sera appliquée, quelques décennies plus tard, dans le cadre du report des droits du créancier hypothécaire sur l'indemnité payée par un superficiaire au propriétaire du bien, en fin de superficie, au titre de l'accession du bien, en application de l'ancienne loi du 10 janvier 1824 sur la superficie, en son article 6, par un important arrêt de la Cour de cassation du

⁴² Cass., 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272 et concl. Av. gén. Terlinden.

⁴³ Voy. sur cet arrêt, J.-Fr. ROMAIN, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 69 et s. ; au sujet de l'enrichissement sans cause, rebaptisé, par le Livre 5, enrichissement injustifié, voy. l'étude de T. VAN HALTEREN dans le présent ouvrage.

⁴⁴ Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 6, 1942, spéc. n° 432, p. 345. Au sujet de ce cas, voy. B. FRYDMAN, *op. et loc. cit.*

⁴⁵ Une institution ou un mécanisme juridique peut donc être un principe général du droit également ; tel est le cas de la subrogation réelle ou de l'exception d'inexécution.

⁴⁶ Voy. passage cité par B. FRYDMAN, *op. cit.*, spéc. p. 88 et réf. 53.

8 novembre 2019⁴⁷, et reconnue dans son mécanisme général par le Livre 3 à l'article 3.10. L'arrêt du 8 novembre 2019 révèle le processus contre-aporétique, en germe dans les analyses de H. De Page et R. Dekkers, que nous souhaitons mettre en évidence.

Le mécanisme contre-aporétique éclate au grand jour, pour la première fois nous semble-t-il, dans la matière des *troubles de voisinage*. Les arrêts du 6 avril 1960, grands arrêts de principe rendus sur la base des conclusions de l'avocat général P. Mahaux⁴⁸, décident en effet d'émanciper la théorie par rapport au droit commun de la responsabilité aquilienne, auquel la Cour de cassation était demeurée fidèle par son arrêt antérieur du 7 avril 1949⁴⁹. Dorénavant, le trouble de voisinage ne doit plus résulter d'une faute de son auteur. De quoi s'agit-il si ce n'est d'une révolution copernicienne résultant d'arrêts faisant précédent, par lequel un principe général du droit encore en devenir et se couplant à un rattachement de la théorie, notamment à l'article 544 du Code civil, fait disparaître les situations d'aporie qui résultaient de recherches de fautes en réalité virtuelles ? Le principe général du droit, rattaché à la responsabilité sans faute, permet de régler ces apories et implique que soient écartés en matière de troubles de voisinage, comme dispositions directement opérationnelles, les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil.

Le processus contre-aporétique suivant remit en jeu les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, cette fois-ci contre l'article 544, dans un autre contexte, et se réalisa pleinement, une deuxième fois, à l'occasion du célèbre arrêt de principe de la Cour de cassation du 10 septembre 1971⁵⁰, ayant défini excellemment l'abus de droit comme étant le dépassement manifeste des limites d'exercice normal du droit, par un *bonus vir*, et ayant reconnu le critère de la disproportion. L'abus de droit ainsi consacré prima dans une certaine mesure sur le droit de propriété tel que défini par l'article 544 de l'ancien Code civil, du moins pour en apprécier l'exercice éventuellement fautif car abusif. L'aporie résultant d'une application non maîtrisée et immodérée, parce que disproportionnée, du droit de propriété a ainsi été réglée grâce à la mise en évidence et l'application d'un principe général du droit limitatif et correcteur (l'abus de droit), toujours de grande actualité dans la jurisprudence. Dans leur introduction au présent ouvrage, R. Jafferali et

⁴⁷ Cass., 8 novembre 2019, *Pas.*, 2019, I, p. 1994 et les conclusions très fouillées de M. l'avocat général T. Werquin ; *R.C.J.B.*, 2020, pp. 273 et s., et la note de L. BARNICH, « Une application discutable de la subrogation réelle » ; voy. aussi nos analyses dans notre étude sur l'« art. 10 loi hyp. » et « subrogation réelle », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2022.

⁴⁸ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 915.

⁴⁹ Cass., 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273.

⁵⁰ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28, et les conclusions remarquables du procureur général W. Ganshof van der Meersch.

J. Van Meerbeeck insistent également à juste titre sur la fonction correctrice de l'abus de droit⁵¹, qui permet la réalisation de l'effet contre-aporétique que nous soulignons.

L'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 concernant le mandat apparent permet d'illustrer encore le double rôle que nous formulons dans la théorie des principes de droit : apporter de la cohérence au droit positif et surtout combler une lacune, en ajoutant au volet de l'apparence à base de faute le volet de l'apparence sans faute⁵².

L'un des exemples les plus remarquables du processus contre-aporétique du principe général du droit concerne l'émergence importante du principe général *Fraus omnia corrumpit*, dans la jurisprudence de la Cour de cassation depuis le début des années 2000.

Nous avons défendu⁵³ la thèse soutenant l'existence du principe suivant lequel, en cas de concours entre une faute intentionnelle ou dolosive, ou un dol-vice de consentement, d'une part, et une faute par négligence de la victime, d'autre part, il ne devait pas être tenu compte de celle-ci, par dérogation en quelque sorte à la causalité en vertu de la responsabilité et de la théorie de l'équivalence des conditions, parce que précisément « *la fraude corrompt tout* » et doit empêcher l'auteur de la fraude ou du dol de s'exonérer, en tout ou en partie, de cette fraude ou de son dol, en invoquant notamment la faute par négligence de la victime et ses suites exonératoires. La Cour de cassation a suivi cette analyse par plusieurs arrêts, dont deux premiers arrêts remarquables, le tout premier – important arrêt de principe, en matière de faute intentionnelle pénale –, du 6 novembre 2002⁵⁴, et le deuxième du 18 mars 2010^{55 56} en matière de dol-vice de consentement, et d'autres par la suite⁵⁷, apportant parfois des nuances judicieuses⁵⁸. Le mécanisme contre-aporétique a joué à plein : pour régler l'aporie qui résultait de la reconnaissance dans le chef de l'auteur d'une faute intentionnelle ou d'un dol, du droit de se prévaloir des conséquences de la faute de la victime, on neutralise ce droit en donnant la primauté au principe *fraus*

⁵¹ Voy. leur étude, spéc. n° 38.

⁵² Voy. *infra*, à ce sujet.

⁵³ Voy. J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, spéc. nos 168 et s., pp. 313 et s.

⁵⁴ Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2115 et les conclusions du ministère public, en la personne de M. Jean Spreutels alors avocat général, se référant à notre ouvrage (*Pas.*, 2002, I, spéc. p. 2108, n° 7 et réf.)

⁵⁵ Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, I, pp. 975 et s.

⁵⁶ Pour une analyse de la jurisprudence et de la doctrine, voy. J.-Fr. ROMAIN, in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 321 et s. Voy. sur le sujet, et en droit comparé, E. DIRIX, « *Hel algemeen rechtsbeginsel : misdaad mag niet lonen* », in *Liber Amicorum Hélène Casman*, Intersentia, Antwerpen-Cambridge, 2013, p. et s.

⁵⁷ Voy. l'étude se trouvant dans cet ouvrage, sous la plume de A. CHARLIER et S. JANSSEN.

⁵⁸ Au sujet de ces évolutions, voy. la même étude.

par rapport au droit commun de la causalité, en matière de responsabilité (voy. art. 1382 et 1383 anc. C. civ.), ou de dol vice de consentement (voy. art. 1116 anc. C. civ.). Cette solution répond également à un besoin éthique : ne pas admettre et permettre que la partie faible qui a déjà été abusée par une faute intentionnelle, le cas échéant pénalement répréhensible, ou par un dol-vice de consentement, soit encore enfoncée davantage et privée d'un droit d'action en indemnisation ou nullité, alors qu'elle a été confrontée à un délit civil particulièrement grave, qu'il convient de sanctionner sévèrement. Cette solution faisant intervenir le principe général du droit *fraus* est d'autant plus remarquable que le législateur n'y avait pas songé avant qu'elle n'intervienne jurisprudentiellement. La notion de fraude et une nouvelle expression du principe, sous le vocable de l'« intention de nuire », ont été reprises dans le Livre 1^{er} à l'article 1.11.⁵⁹ Le titre n'est peut-être pas le meilleur, car il aurait été préférable de partir de la fraude, comprenant le dol et la faute intentionnelle dans un deuxième temps, et se voyant appliquer la définition donnée par l'article.

Il résulte aussi, cette fois à nouveau dans notre domaine de l'apparence, de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021, que le principe général de droit de l'apparence permet de dégager l'existence d'un principe de propriété apparente, venant primer, par effet contre-aporétique, sur l'ancien article 74 de la loi hypothécaire, avec pour conséquence que le créancier hypothécaire, tiers à une opération de vente annulée de façon rétroactive, s'il est de bonne foi, doit être protégé malgré l'annulation de la vente⁶⁰. L'aporie concernant la situation du tiers de bonne foi, non protégé à défaut d'application du principe de propriété apparente et si l'on avait appliqué inconsidérément un autre principe général du droit (*nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*⁶¹), ainsi également écarté, est réglée grâce au principe rendu supérieur – la théorie de l'apparence et la propriété apparente. Cette dernière, sur la base de conditions d'application bien précises⁶², prend alors le pas sur la disposition légale applicable ou sur tout autre principe, qui apparaîtra inférieur dans la hiérarchie des normes, ou cédera le pas en tant que norme générale contre laquelle prime la norme spéciale⁶³, ici en raison aussi

⁵⁹ Prévoyant que « [l]a faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur ».

⁶⁰ À ce sujet, voy. *infra*, n° 29.

⁶¹ Au sujet de ce dernier, voy. l'étude de A. DESPRET, E. BIJNENS et S. VANVREKOM, dans le présent ouvrage.

⁶² Résidant essentiellement dans l'existence d'une situation apparente – droit de propriété ici –, imputable à un sujet de droit et ayant fait naître une erreur légitime dans le chef du tiers – ici le créancier hypothécaire –, à protéger en conséquence. Nous y reviendrons bien sûr.

⁶³ Voy. les analyses au sein du présent ouvrage de C. BOTMAN, concernant le principe *Lex specialis derogat lex generalis*.

d'un objectif de protection des tiers de bonne foi (et au nom de la sécurité dynamique, préférée à la sécurité statique⁶⁴).

Le processus contre-aporétique du principe général du droit en question, dont l'application est retenue, est le plus souvent soupesé avec grande prudence par la Cour de cassation. Ainsi, l'on sait que la Haute Juridiction n'a pas souhaité reconnaître le principe général du droit de la « *Rechtsverwerking* », dans son arrêt du 17 mai 1990⁶⁵, confirmé par une jurisprudence constante depuis lors⁶⁶. Mais, même dans ce domaine, la Cour ouvre des portes. Ainsi, par le remarquable arrêt rendu le 1^{er} octobre 2010⁶⁷, signale-t-elle que, si la « *Rechtsverwerking* » demeure inopérante en tant que principe général du droit autonome, il reste le très important principe général du droit que constitue l'abus de droit⁶⁸ ; ce dernier pourrait parfois permettre de régler des situations de « *Rechtsverwerking* », couplé avec le critère de la disproportion notamment. Nous soutiendrons d'ailleurs que la Cour de cassation pourrait aller plus loin, dans un objectif d'approfondissement de la cohérence du système de droit positif, de comblement d'une lacune et par effet contre-aporétique, en reconnaissant le nouveau critère de la croyance légitime en matière d'abus de droit, ou en conférant à la confiance légitime, ce qui serait encore meilleur, un troisième domaine d'élection dans le cadre de la théorie de l'apparence⁶⁹, à côté du domaine de l'abus de droit, autre principe général du droit essentiel en droit moderne et contemporain.

Notons que le processus contre-aporétique se fait souvent grâce à l'application de critères ou de conditions ouverts et souples, comme le critère de la disproportion en matière d'abus de droit ou en application du principe d'égalité de traitement des Belges devant la loi (et de non-discrimination). Ainsi n'existe-t-il pas en principe de discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution si le régime en question crée une différence de traitement justifiable, proportionnée notamment par rapport au but de la norme⁷⁰.

⁶⁴ Pour le raisonnement en la matière, sur la base de l'arrêt du 20 juin 1988, mais valant aussi ici, voy. l'étude de P. A. FORIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*, spéc. p. 544.

⁶⁵ Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061 ; *J.T.*, 1990, p. 442 ; cet arrêt célèbre a donné lieu à une abondante littérature ; voy. déjà la note de J. HEENEN, R.C.J.B., 1990, p. 595, « À propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire », pp. 599 et s. ; et S. STIJNS, « La « *rechtsverwerking* » : fin d'une attente (dé)raisonnable », *J.T.*, 1990, p. 685.

⁶⁶ Cass., 6 décembre 1991, *Pas.*, 1992, p. 187 ; Cass., 20 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 549 ; Cass., 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1144, etc. ; sur cette jurisprudence, l'étude de S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *J.T.*, 2018, pp. 582 et s.

⁶⁷ Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 2470. Au sujet de cet arrêt, voy. l'analyse de S. STIJNS, « La résilience de la *rechtsverwerking* », *op. cit.*, pp. 582 et s..

⁶⁸ Au sujet de ce dernier, voy. l'étude du professeur T. LÉONARD dans le présent ouvrage.

⁶⁹ Voy. notre démonstration, *infra*, n^{os} 30 et s., à ce sujet.

⁷⁰ Au sujet du principe d'égalité et de non-discrimination, voy. l'étude de R. VANDERBECK et N. BERNARD dans le présent ouvrage.

La décision jurisprudentielle qui fait jouer l'effet contre-aporétique de tel ou tel principe général du droit n'est cependant pas aisée à rendre, car vider l'aporie impliquera de faire un choix souvent délicat, dans le cadre d'une balance d'intérêts en présence, entre deux options faisant intervenir des intérêts divergents ou opposés. Ainsi, par l'arrêt du 22 janvier 2021 rendu par la Cour de cassation en matière de propriété apparente (voy. *infra*, n^{os} 25 et s.), la décision prononcée est allée dans le sens de la reconnaissance de la protection de l'intérêt des tiers de bonne foi, en l'occurrence des créanciers hypothécaires, plutôt que dans la direction de la protection du titulaire du droit réel anéanti ou des autres créanciers non inscrits sur le bien. Toutefois, il y avait finalement peu de raison juridique⁷¹ ou économique de faire primer l'intérêt de ces derniers et l'on comprend qu'ils doivent s'effacer devant l'intérêt du créancier hypothécaire, qu'il paraît légitime de protéger *in fine*, au nom également de la sécurité dynamique des transactions impliquant que l'on protège les tiers de bonne foi⁷².

Sous-section 2

Processus contre-aporétique au bénéfice de l'évolution des principes généraux du droit par l'acquisition de leur autonomie par rapport à la loi écrite : le rôle de l'École de Bruxelles

16. Les différentes dimensions et divers rôles des principes généraux du droit – approfondissement de la cohérence du système juridique ; rôle anti ou contre-lacunes et rôle contre-aporétique – ne se sont pleinement réalisés, rappelons-le aussi, que lorsque ces derniers eurent acquis une véritable autonomie de principe de départ, par rapport à la loi écrite.

L'on connaît à cet égard toute l'importance de la mercuriale rédigée en septembre 1970, par le procureur général W. Ganshof van der Meersch⁷³, dont il est symptomatique de constater qu'elle précéda de peu l'arrêt essentiel précité de la Cour de cassation du 10 septembre 1971, rendu en matière d'abus de droit, précédé des remarquables conclusions du même auteur⁷⁴.

⁷¹ Si ce n'est l'impératif de sécurité statique juridique.

⁷² Au sujet de la balance à opérer entre la prise en compte de la sécurité statique, d'une part, et de la sécurité dynamique, d'autre part, privilégiée aussi par l'arrêt du 20 juin 1988, voy. les analyses pertinentes de P. A. FORTIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*, pp. 541 et s., spéc. p. 544.

⁷³ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et sur les principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 557 et s. et p. 581.

⁷⁴ Au sujet de cet arrêt, voy. *supra*, n° 15 et réf. 43.

Ce texte, certes éminent et crucial, est en réalité lui-même l'aboutissement d'une évolution collective doctrinale (si l'on peut dire puisque issue également des travaux des grands procureurs généraux près la Cour de cassation), permettant de mettre en avant, dans ce domaine, le rôle remarquable de l'École de Bruxelles, issu des travaux menés à bien au sein de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles depuis la fin des années 1940.

Leur importance a été rappelée à juste titre par le professeur Benoît Frydman dans un bel ouvrage récemment publié portant sur le droit selon l'école de Bruxelles⁷⁵.

Pendant plus d'un siècle, la Cour de cassation ne fut pas favorable à la reconnaissance de l'autonomie des principes généraux du droit. De jurisprudence constante depuis la création de la Belgique, la Haute Juridiction n'admettait pas la recevabilité d'un pourvoi en cassation fondé sur la violation de tel ou tel principe, si celui-ci n'était pas préalablement exprimé par un texte légal constituant la base du pourvoi.

Le premier auteur à avoir combattu cette approche restrictive qui ne permettait pas le développement des principes généraux du droit fut Henri Rolin, qui était conseiller à la Cour de cassation. Il plaida dans le sens de la reconnaissance de l'autonomie des principes, notamment par les propos suivants : « Faut-il persister à exiger [...] en matière civile l'indication des textes violés ? Elle se comprenait parfaitement quand on croyait que toutes les règles de droit sont énoncées par les lois. Mais depuis que cette illusion s'est dissipée, l'exigence se comprend-elle encore ? A-t-elle conservé une utilité véritable ? »⁷⁶. Poser la question, c'était y répondre, et par la négative.

L. Cornil, alors procureur général près la Cour de cassation, revint à la charge au début des années 1950 « [...] en proposant une solution similaire à celle dont il avait réussi à convaincre la Cour pour le contrôle de constitutionnalité de la loi, dans le célèbre arrêt *Waleffe* rendu la même année »⁷⁷.

En 1956, son successeur, R. Hayoit de Termicourt poursuivit le travail d'énonciation et de nomination des principes généraux du droit. B. Frydman explique qu'il « [...] avait exprimé ses doutes sur le principe de la fiction

⁷⁵ Voy. B. FRYDMAN, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique (1945-1984) », in B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ (dir.), *Le droit selon l'école de Bruxelles*, t. 1 et 2, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2022, voy. t. 1, pp. 79 et s., spéc. pp. 124 à 126. Plus généralement, sur le rôle de l'École de Bruxelles en droit civil, voy. l'étude de P. VAN OMMELAGHE, « Le droit civil selon l'École de Bruxelles depuis Henri De Page », in B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ (dir.), *Le droit selon l'école de Bruxelles*, op. cit., pp. 147 et s. *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Voy. B. FRYDMAN, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique (1945-1984) », op. cit. Et ce, de la façon suivante : « [...] supposer, faute d'intention contraire manifestement exprimée par le législateur, que celui-ci avait implicitement approuvé le principe général découvert par la jurisprudence et que celui-ci devait donc être reçu comme règle de droit » ; *Ibid.* L. CORNIL, *La Cour de cassation. Considérations sur sa mission*, 1950, p. 16.

juridique utilisée par la Cour pour rattacher, fût-ce de manière très ténue ou carrément artificielle, des principes comme les droits de la défense à un texte légal »⁷⁸. Il convenait donc que le système évolue à cet égard.

Il restait à W. Ganshof van der Meersch à poursuivre et terminer le travail en la matière. Il le fit en deux temps. D'abord, il rédigea en 1963 un important article portant sur « le droit de la défense, principe général de droit », dans lequel il plaida déjà en faveur de l'autonomie du principe⁷⁹. Ensuite, il acheva de façon magistrale sa démonstration, par sa célèbre mercuriale de septembre 1970.

Il avait reçu entretemps l'appui du professeur R. Van der Elst, qui avait également livré une étude remarquée, à nouveau publiée au *Journal des tribunaux*, en 1967, soutenant une fois de plus, en examinant également la question en droit international privé, que la Cour de cassation pourrait étendre résolument sa mission de contrôle des lois au droit positif belge dans son ensemble, y compris des principes généraux du droit⁸⁰.

P. Foriers enfin, après avoir consacré une remarquable thèse à la défense du principe général à l'origine de l'état de nécessité⁸¹, écrivit une étude approfondie abordant la question de l'autonomie des principes généraux du droit, publiée en 1967 à la *Revue critique de jurisprudence belge*⁸², par laquelle il fit le point des analyses émanant souvent des plus hauts magistrats près la Cour de cassation, appartenant au ministère public ou parfois membres de la juridiction elle-même, pour démontrer que le temps était venu, à la veille de l'élaboration du Code judiciaire, de reconnaître l'autonomie des principes généraux du droit par rapport à la loi écrite. Le Code judiciaire n'alla pas en ce sens totalement, son article 1080⁸³ maintenant l'obligation de viser dans les pourvois les textes légaux violés, mais le procureur général W. Ganshof van der Meersch acheva de convaincre la Cour de cassation de précéder le législateur dans le sens de la reconnaissance des principes généraux du droit en tant que source autonome de droit.

⁷⁸ Voy. B. FRYDMAN, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique (1945-1984) », *op. cit.*, spéc. p. 125 et réf. 298 ; H. DE TERMICOURT, Mercuriale, 1956, *J.T.*, 1956, p. 506.

⁷⁹ Voy. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, 1963, pp. 593 et s.

⁸⁰ Voy. R. VAN DER ELST, « La Cour de cassation, la loi étrangère et les règles de droit non écrites », *J.T.*, 1967, p. 149.

⁸¹ P. A. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Paris-Bruxelles, Sirey-Bruylant, 1951.

⁸² P. A. FORIERS, « L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit », note sous Cass. 9 novembre 1965, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 137 et s.

⁸³ En retrait par rapport à l'article 2 du Code judiciaire qui dispose que les règles énoncées dans le Code judiciaire s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par les dispositions légales non expressément abrogées ou par « des principes de droit » dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit Code. Au sujet de cet article et les principes généraux du droit, voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, spéc. n° 8, et l'introduction du présent ouvrage par R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, *op. cit.*, spéc. n° 14.

17. Par la suite, P. Van Ommeslaghe, au sujet de principes tels que la bonne foi, l'apparence ou la « *Rechtsverwerking* »⁸⁴, P. A. Foriers, au bénéfice de ces études concernant la caducité⁸⁵ et l'apparence⁸⁶, X. Dieux, au travers de sa thèse plaidant pour la reconnaissance du principe de respect des anticipations légitimes d'autrui⁸⁷, autre nom possible de la légitime confiance, et J. Kirkpatrick, réfléchissant à la portée des principes⁸⁸, poursuivirent en quelque sorte le travail de l'École de Bruxelles⁸⁹. D'autres études approfondies et marquantes contribuèrent à l'ouverture des mentalités, à l'évolution du droit positif, en matière de principes généraux du droit en droit privé, dont celles de S. Stijns et I. Samoy, ainsi que de N. Geelhand, citées plus haut⁹⁰, entre autres.

La doctrine a ainsi marché, la main dans la main, avec la jurisprudence pour façonner, structurer et étendre la théorie des principes généraux du droit. Le présent ouvrage s'inscrit dans cette tradition, qu'il revivifie, et permet de rapporter la démonstration du rôle important de la doctrine dans le domaine des principes généraux du droit.

La théorie des principes généraux du droit a pu ainsi connaître, au total, surtout depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, une remarquable évolution. Un véritable progrès s'est réalisé et concrétisé, au bénéfice de la science juridique et des justiciables.

Récemment, le législateur ayant élaboré le Livre 1^{er} du nouveau Code civil a d'ailleurs reconnu les principes généraux du droit en tant que source de droit, à l'article 1.1.⁹¹

⁸⁴ P. VAN OMMEFLAGHE, « Le principe de l'exécution de bonne foi. Un principe général de droit », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s. ; « *Rechtsverwerking* en afstand van recht », *T.P.R.*, 1980, pp. 735 et s. ; « L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge », *op. cit.*, pp. 144 et s.

⁸⁵ Dont, après d'autres études, l'ouvrage de base, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

⁸⁶ Voy. études citées en réf. 2.

⁸⁷ Cité en réf. 37.

⁸⁸ Voy. l'étude de J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 623 et s.

⁸⁹ Voy. aussi notre thèse sur le principe de bonne foi, et les travaux de C. VERBRUGGEN et R. THUNGEN au sujet de l'apparence, cités en note 2, ou bien encore de R. JAFFERALI, notamment sur la caducité (« Prendre la caducité par la disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129 et s.).

⁹⁰ Voy. réf. 2.

⁹¹ Voy., à ce sujet, l'introduction du présent ouvrage par J. VAN MEERBEECK et R. JAFFERALI, et la conclusion par Y. NINANE. Notons que, concernant les principes qui ne sont pas reconnus expressément, les auteurs du Livre 1^{er} précisent dans l'exposé des motifs, que, quant à l'option de « conférer une base légale » aux principes, « [c]ette option n'a pas été retenue pour d'autre principe, ce pour deux raisons. Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de façon générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent en effet être reconnus par la jurisprudence » (voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, spéc. pp. 7 et 8).

Le progrès important accompli dans ce domaine n'est pas totalement bouclé. Le système juridique est toujours en devenir. De nouvelles étapes demeurent ouvertes, à franchir, y compris dans le domaine de la théorie de l'apparence, que nous identifierons plus loin.

Sous-section 3

La persistance légale ou constitutionnelle des principes généraux du droit

18. Nous assistons, au vu du présent ouvrage et en quelque sorte en direct, eu égard aux dates rapprochées d'entrée en vigueur des différents livres du nouveau Code civil, à un processus important de consécration de certains principes généraux du droit, en tout ou en partie.

Parfois, la consécration et la reprise du principe général du droit, dans la loi, paraissent complètes, comme c'est le cas en matière d'enrichissement sans cause (art. 5.135 à 5.137)⁹², de lésion qualifiée, dénommée, par le Livre 5, « abus de circonstances » (art. 5.37)⁹³ ou bien encore concernant la théorie des troubles de voisinage dans le Livre 3 (art.3.101), etc.

Le plus souvent, la consécration est partielle et mesurée. Il en est ainsi en matière d'abus de droit (art. 1.10.⁹⁴ et art. 5.73) et concernant la théorie de l'apparence, comme nous en rapportons la démonstration par cette étude (art. 1.8, § 5, et 5.17.⁹⁵).

Nous préférons cette deuxième option, car elle laisse davantage le champ libre à la jurisprudence, dans l'élaboration du régime du principe général du droit concerné.

Que se passe-t-il, du point de vue de la hiérarchie et du statut des normes, lorsque le principe général du droit est reconnu et consacré par le législateur ? Cette consécration signifie-t-elle que le principe général du droit doit s'effacer devant la loi et n'a plus cours en tant que norme indépendante, ne pouvant plus alors être invoqué à l'appui d'un pourvoi en cassation⁹⁶ ?

⁹² Voy. à leur sujet, la contribution de T. VAN HALTEREN dans le présent ouvrage.

⁹³ Quoique les auteurs du Livre 1^{er} ne qualifient pas la lésion qualifiée de principe général du droit (voy. Exposé des motifs du Livre 1^{er}, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, spéc. p. 7).

⁹⁴ Qui reprend la définition générale, et la sanction, de l'abus de droit, déduites de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971, voy. *supra*, réf. 50. Les critères de l'abus de droit sont laissés à l'appréciation de la jurisprudence en quelque sorte, pouvant profiter des acquis essentiels de la jurisprudence de la Cour de cassation.

⁹⁵ La reconnaissance du principe au travers de ces dispositions n'est toutefois pas revendiquée par les auteurs du Livre 1^{er} (voy. Exposé des motifs, préc., spéc. p. 7).

⁹⁶ Comp. notre analyse qui va suivre avec celle de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK sur les rapports des principes à la loi, aux n°s 21 et s., et 46 quant au rôle actif du juge.

Dans un premier temps, l'on pourrait avoir tendance à le penser. Toutefois, à la réflexion, compte tenu de l'importance des principes généraux du droit en droit positif, ces derniers assurant une meilleure cohérence globale du système juridique et permettant de régler des situations importantes d'aporie ou de lacune, il nous paraît qu'il est de loin préférable de maintenir la référence au principe général du droit, en parallèle à la loi, en tant que source persistante et autonome du droit positif.

Les principes conservent le plus souvent une certaine utilité en dépit de leur consécration. Ainsi, malgré la codification de la théorie des troubles de voisinage par l'article 3.101 du Livre 3, qui paraît très complète, des évolutions demeurent possibles grâce au principe général du droit toujours vivant, allant par exemple dans le sens d'extensions du champ d'application de la théorie à des situations nouvelles.

D'autre part, les principes généraux du droit se déploient en arborescence, comme nous le démontrons ci-après : ils sont donc liés les uns aux autres et certains fondent les autres. Tout le système des principes généraux du droit se tient – et continue d'ailleurs d'évoluer –, et ce système serait fragilisé si des principes devaient disparaître en raison d'une consécration légale. Le président P. Marchal observait à juste titre que « [l]es principes généraux du droit se conditionnent mutuellement. On ne peut les séparer sans nuire à la cohérence du système juridique qu'ils doivent assurer »⁹⁷.

Ainsi, le principe général du droit qui requiert le respect des droits de la défense, même s'il est repris par l'article 6 de la C.E.D.H., conserve sa pertinence et sa spécificité de norme autonome. Il en va de même du principe d'égalité et de non-discrimination en dépit de la reconnaissance constitutionnelle de ce principe figurant aux articles 10 et 11 de la Constitution⁹⁸. Ces principes sont à ce point fondamentaux qu'ils doivent conserver le statut de principes généraux du droit, en dépit de leur consécration par tel ou tel texte, aussi important soit-il.

Au sujet du premier principe du respect des droits de la défense, le procureur général W. Ganshof van der Meersch écrivait, dans le même ordre d'idées, que : « Le droit de la défense est une des *valeurs fondamentales du droit*. Il "tient, écrit à juste titre le professeur Cambier, à la manifestation des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen". Il s'associe à toute contestation qui porte sur un droit ou un intérêt. Il appartient au défendeur ou demandeur. Dans le cadre d'un sujet que nous désirons strictement

⁹⁷ P. MARCHAL, V°, *Principes généraux du droit*, op. cit., spéc. n° 10, p. 324, 2° col. ; P. Marchal poursuit en relevant que : « C'est ainsi, par exemple, que le principe général du droit interdisant la contrainte physique sur la personne procède de la notion de liberté individuelle (Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 692 et note E.K.). »

⁹⁸ Voy. la contribution de R. VANDERBECK et F. GEORGE, dans cet ouvrage.

limiter, il consiste dans le droit de soutenir ou de combattre librement une demande devant le juge. Il n'est pas de juge ni de jugement sans le droit à une défense libre. [...] *Malgré l'attention que le législateur lui a attribuée et les nombreuses dispositions de nos codes qui l'organisent et le protègent*, le droit de la défense n'a jamais cessé de nous préoccuper, dans son caractère fondamental et son champ d'application étendu. [...] Le droit de la défense implique que, *même en l'absence de texte*, l'instruction et la décision réserve aux intéressés la possibilité d'une contradiction, et donc le droit pour l'intéressé d'être mis en mesure de connaître les griefs qui lui sont imputés, celui d'être mis à même de présenter utilement sa défense sur les faits reprochés et celui de disposer à cet égard d'un délai suffisant [...] »^{99 100}.

Ce raisonnement peut s'appliquer, selon nous, à tous les principes généraux du droit, même si certains sont de moindre importance ou ont un contenu plus technique. Ils persistent donc dans le système juridique en dépit de leur consécration légale éventuelle. D'autre part, le principe a vocation à persévérer, car sa consécration ne constituera que rarement un ensemble complet de règles.

Le président P. Marchal, dans son remarquable ouvrage consacré aux principes généraux du droit, a également mis en évidence avec justesse ce qui peut être déduit de l'autonomie des principes : « Le principe général du droit autonome en ce qu'il existe et s'applique même en l'absence de texte (W. Ganshof van der Meersch [...]). Certes, le texte peut l'énoncer, lui donner la forme constitutionnelle ou législative, en déterminer l'étendue et organiser »¹⁰¹.

Le principe persiste donc¹⁰². Il en découle la persistance du pouvoir créateur du juge et de la jurisprudence, qui doit être défendu avec force¹⁰³.

⁹⁹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », *op. cit.*, pp. 568 et s., spéc. pp. 594 et 595. Mis en évidence par nous.

¹⁰⁰ Dans le même ordre d'idées, P. Foriers écrivait que : « Les principes généraux sont [...] soit des idées directrices fondamentales que sous-entendent les institutions, soit des valeurs qui polarisent l'activité juridique qui transcende les systèmes de droit. Idée directrice : la séparation des pouvoirs. Valeur : le respect de la personne humaine et sa prééminence, par exemple » (P. FORIERS, in *La pensée juridique de Paul Foriers*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 675 et s., spéc. p. 688).

¹⁰¹ P. MARCHAL, *V°, Principes généraux du droit, op. cit.*, spéc. n° 16, p. 326.

¹⁰² Le président Marchal est d'un avis plus tranché (voy. *Ibid.*, spéc. n° 16, p. 326) : « Il convient ici de préciser que lorsque la loi consacre un principe général du droit ou organise son application, elle affecte nécessairement son autonomie dans la mesure où elle détermine sa portée dans la matière qui fait l'objet de son intervention. Dans cette mesure, elle se substitue au principe général du droit (voy. notamment Cass., 24 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 513 ; Cass., 4 février 2000, *Pas.*, 2000, n° 93, ainsi que Cass., 23 juillet 2002, *Pas.*, 2002, n° 404 [...]). Celui-ci subsiste, et revêt alors un caractère subsidiaire, en ce sens qu'il est en retrait de la loi dans le domaine que celle-ci occupe désormais. » Ici, le président Marchal nous faisait l'honneur de se référer à notre étude – cf. réf. 37. Nous pensons aujourd'hui que le principe général du droit demeure autonome malgré l'intervention du législateur, sauf si ce dernier a manifesté sa volonté que le principe ne persiste plus. C'est alors qu'il devient subsidiaire.

¹⁰³ Dans le même sens, voy. l'introduction de cet ouvrage par R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, n°s 46 et s.

Il n'en irait autrement que si le législateur devait indiquer clairement sa volonté de faire disparaître le principe général du droit concerné, par la norme ou l'ensemble de normes qu'il aura énoncé et qui le remplacera expressément, ou implicitement mais de façon certaine. Dans ce cas, la ou les normes en question devraient impliquer un épuisement, et une disparition du principe général du droit en tant que source autonome de droit positif, ou le fait que ce dernier devienne alors complètement *subsidaire* par rapport à la norme. Nous ne connaissons pas d'exemple pertinent à cet égard. Nous pensons que le législateur n'aura le plus souvent aucun intérêt à se prononcer en ce sens.

Il découle de ce qui précède que peut être exprimé un principe de persistance – légale ou constitutionnelle – des principes généraux du droit, en tant que source de droit autonome, indépendamment de leur consécration ou reconnaissance par le législateur, sauf volonté contraire de ce dernier allant dans le sens d'un épuisement par disparition du principe.

Sous-section 4

La structure en arborescence des principes généraux du droit

19. Le système des principes généraux du droit présente la caractéristique de se développer en arborescence, c'est-à-dire en structure ramifiée, riche et complexe, faisant apparaître soit des principes qui s'articulent les uns par rapport aux autres, soit des principes qui s'opposent en étant positionnés dans des branches distinctes du système des principes. Certains principes se situent à l'intersection des branches du système¹⁰⁴.

Ainsi est-il clair que la théorie de l'apparence entretient une relation privilégiée avec le principe d'exécution de bonne foi, ou plus généralement de bonne foi. Le professeur P. A. Foriers l'a soutenu¹⁰⁵. P. Van Ommeslaghe n'était pas loin de le penser également¹⁰⁶. Ce constat a aussi été l'un des axes de base de notre thèse au sujet du principe de bonne foi¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Comme le principe de sécurité juridique – qui n'a toutefois pas été reconnu comme principe général du droit par la Cour de cassation, en droit privé : voy. Cass., 17 novembre 2005, n° C.03.0430.N). Voy. *infra* et *supra*.

¹⁰⁵ Voy. P. A. FORIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*

¹⁰⁶ Voy. l'étude de ce dernier citée en note 75.

¹⁰⁷ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.* Nous avons aussi formulé un principe général d'équité, dans cet ouvrage, permettant d'expliquer les mécanismes de responsabilité sans faute (théorie de l'apparence et théorie des troubles de voisinage) ou quasi contractuels (cf. enrichissement sans cause) : voy. nos 400 et s.

Si l'on voit les choses dans le sens de ce développement par arborescence, l'on constate que le principe d'exécution de bonne foi, ou plus généralement le principe de bonne foi, est à l'origine du principe d'exécution de bonne foi des conventions (consacré par le célèbre article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil, et qui a été dynamisé de façon significative par le nouvel article 5.73 du Livre 5), ainsi que de l'abus de droit, ces deux principes existant dans le domaine de la responsabilité pour faute, et la théorie de l'apparence, d'autre part, qui s'est manifestée et structurée dans le domaine de la responsabilité pour faute et sans faute.

Ces principes sont en tension avec le principe de sécurité juridique¹⁰⁸, et sans doute également avec le principe de liberté individuelle, qui impliquent que l'on doive respecter la sécurité juridique et la liberté des sujets de droit, ayant eu pour conséquence l'un et l'autre l'opposition de la Cour de cassation à reconnaître la « *Rechtsverwerking* » en tant que principe autonome, et la réticence de la Cour à consacrer la confiance légitime au stade actuel¹⁰⁹.

D'autres lectures des principes sont possibles. Ainsi, la 2^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles, par un remarquable arrêt inédit du 16 avril 2021¹¹⁰, se réfère aux analyses du professeur X. Dieux et « [...] estime que l'existence d'un principe général du droit de confiance légitime constitue le fondement le plus convaincant pour la théorie de l'apparence (dans le même sens, voy. X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 208 ; P. Wéry, *op. cit.*, p. 252) »¹¹¹. Nous avons tendance à proposer une lecture inverse : la théorie de l'apparence, bien ancrée dans le droit positif, paraît contenir un important volet dit de la « confiance légitime », ou bien cette dernière, au sens tout à fait large, pourrait n'être que l'autre nom de la théorie de l'apparence.

Toujours est-il que nous pouvons faire apparaître cette arborescence par le schéma suivant : le principe de bonne foi fonde la théorie de l'apparence comprenant le mandat apparent et la propriété apparente, mais également la confiance légitime et étant assimilable de façon générale à cette dernière.

La structure pourrait bien sûr être étoffée et développée davantage.

¹⁰⁸ Non encore reconnu comme principe général du droit par la Cour de cassation (Cass., 17 novembre 2005, n° C. 11.0477.N).

¹⁰⁹ Voy. *supra*, à ce sujet.

¹¹⁰ En cause SA *IMMO Meiser*. Mis en évidence par nous.

¹¹¹ Voy. décision citée, spéc. n° 40. La Cour poursuit en relevant qu'« [u]n tel principe innervé déjà de nombreuses dispositions de notre droit privé (voy. notamment X. DIEUX, *op. cit.* ; S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations (...), pp. 47 et 48 sous l'angle spécifique de l'apparence ».

Section 3

La théorie de l'apparence en droit positif

20. En droit positif, le principe général de l'apparence s'applique d'abord à des situations tripartites, au profit de tiers. Paradoxalement, l'admission de la confiance légitime dans des relations bipartites, entre parties, est plus délicate. Nous examinerons les trois domaines de l'apparence, les premiers – mandat apparent et propriété apparente – étant liés à la sécurité dynamique protectrice des tiers, et le troisième étant davantage engagé dans un contexte de sécurité statique entre parties. Dans le cadre du troisième mécanisme, nous examinerons la reconnaissance de la légitime confiance admise par le législateur en matière de *culpa in contrahendo*, en cas de rupture intempestive de négociations, pour la réparation du dommage de la victime de la faute dont la légitime confiance a été trompée, dont on peut toutefois penser qu'il ne constitue pas la seule application de la confiance légitime à base de faute, tant s'en faut.

Les volets de l'apparence présenteront d'importants points communs. La situation apparente sera généralement l'élément concret de départ, à caractériser, quant à sa cause – par le comportement de celui qui l'aura créée ou entretenue fautivement ou non (imputabilité) – et quant à sa conséquence – le fait d'avoir trompé la confiance légitime d'un tiers ou d'une partie. Concernant ce dernier élément, l'idée de bonne foi sera centrale : le tiers doit être de bonne foi comme en matière de simulation ou de mandat, et la notion connaîtra généralement un glissement conceptuel et pratique vers la prise en considération objective du standard de bon comportement du sujet de droit normalement prudent et raisonnable, permettant de caractériser favorablement le comportement en question et de le colorer, ou non, de l'élément de l'erreur légitime dans les circonstances de la cause. À défaut, le tiers ou la partie concernée ne pourra se prévaloir de la situation apparente, qui n'aura pas été réellement trompeuse.

L'effet ou la sanction de l'application de la théorie de l'apparence résidera généralement dans la consolidation et la cristallisation de la situation apparente, qui sera censée lier son auteur comme si elle était la situation réelle complète, et produire dès lors les effets attendus de cette situation, parfois dans le cadre d'une réparation en nature du dommage subi par la victime, en vertu de la responsabilité pour faute ou sans faute applicable à l'auteur de la situation¹¹², sans exclure dans certaines situations l'octroi de dommages intérêts complémentaires¹¹³.

¹¹² Au sujet des effets de l'apparence, voy. P. VAN OMMELAGHE, *Les obligations*, op. cit., n° 1184 et s.

¹¹³ Pour une analyse plus complète des effets de la théorie, voy. J.-Fr. ROMAIN, op. cit., n° 21, pp. 216 et s.

Examinons avec plus de précisions les différents volets ou domaines du principe général du droit que nous venons de distinguer, dans leur formulation la plus récente, législative ou jurisprudentielle, et leur régime. Notons que le principe général du droit de l'apparence revêt un caractère supplétif et cède parfois, dans son volet mandat apparent, devant des dispositions impératives ou d'ordre public¹¹⁴.

Sous-section 1

Le premier domaine de l'apparence : le mandat apparent (sans base de faute)

A. Énoncé du nouveau régime et travaux préparatoires

21. Les auteurs du Livre 1^{er} ont coulé dans le marbre de la loi l'enseignement à déduire de l'arrêt du 20 juin 1988 en matière de mandat apparent.

Le Livre 1^{er} contient ainsi un important article 1.8 relatif à la représentation, comportant un paragraphe 5 portant sur le mandat apparent.

22. L'article 1.8 définit la représentation en son paragraphe 1^{er}. Cette dernière implique qu'une personne soit habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'une autre personne. L'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} distingue la représentation immédiate ou parfaite (mandat), qui découle d'un acte juridique accompli au nom et pour le compte de la personne représentée, tandis que l'alinéa 3 définit la représentation médiate ou imparfaite (commission), comme découlant d'un pouvoir de représentation plus limité dans la mesure où le représentant accomplit l'acte de représentation en son propre nom, mais pour le compte de la personne représentée. La représentation trouve sa source dans un acte juridique, une décision de justice ou dans la loi, prévoit le paragraphe 2 de l'article 1.8. Le paragraphe 3 fixe les règles en matière de représentation parfaite ou immédiate, reprenant un régime bien connu en matière de mandat, qui se distingue de la représentation imparfaite. Le paragraphe 4 prévoit qu'en cas de représentation immédiate, si le représentant excède ses pouvoirs, l'acte juridique ne lie pas le représenté à l'égard des tiers, sauf s'il le ratifie (la ratification rétroagissant à la date à laquelle l'acte juridique a été accompli, sans préjudice des droits acquis par les tiers).

¹¹⁴ Comme c'est le cas de l'article 848 du Code judiciaire en matière de mandat *ad litem* ; voy. à ce sujet notre étude antérieure comparative, spéc. n° 20, p. 215.

Le paragraphe 5 introduit, dans le Livre 1^{er}, les acquis de la jurisprudence en matière de mandat apparent. Les termes lapidaires, mais bien rédigés, en sont les suivants :

« § 5. Le représenté est également lié par l'acte juridique accompli par un représentant sans pouvoir *si l'apparence d'un pouvoir* suffisant lui est *imputable* et si le tiers pouvait *raisonnablement tenir pour vraie cette apparence* dans les circonstances données. L'apparence est imputable au représenté si celui-ci a librement, par ses déclarations ou son comportement, *même non fautifs*, contribué à créer ou à entretenir l'apparence. »

Le paragraphe 6 de l'article 1.8 énonce le principe général de l'interdiction de la contrepartie en matière de représentation : « § 6. Quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci ni intervenir en cas de conflit d'intérêts. Un tel acte juridique est nul à moins que le représenté il est expressément ou tacitement consenti. » Il convient d'observer que la prohibition de la contrepartie, conditionnée par l'existence d'un conflit d'intérêts et sauf consentement du représenté, exprès ou tacite, a été qualifiée de principe général du droit par la Cour de cassation par un arrêt du 18 mars 2004¹¹⁵.

23. Les explications données en rapport avec le paragraphe 5 de l'article 1.8, par les travaux préparatoires du Livre 1^{er}, sont éclairantes :

« Le paragraphe 5 protège le tiers de bonne foi qui a traité avec un représentant dont le pouvoir n'était qu'apparent. La disposition du paragraphe 4 souffre une exception lorsque le tiers avec qui le représentant a traité a pu légitimement se fier à une apparence de pouvoir, qui peut être imputée aux comportements fautifs ou non de la "personne représentée". Cette imputation *qui découle de la confiance légitime* est reconnue par la jurisprudence de la Cour de cassation dans de nombreux arrêts (Cass., 20 juin 1988, [...]). Il est souligné que l'apparence citée est imputable à un acte accompli volontairement par le représenté apparent. Les mécanismes de correction fondés sur la gestion d'affaire et l'enrichissement sans cause peuvent également bénéficier au tiers »¹¹⁶.

Les auteurs du Livre 1^{er} ont été prudents. Ils présentent la confiance légitime comme expliquant la condition d'imputabilité mais non comme théorie générale apparentée à l'apparence, et cette dernière n'est pas non plus

¹¹⁵ Cass., 18 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 458 ; voy. aussi Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 708.

¹¹⁶ Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, spéc. p. 21 ; souligné par le soussigné.

présentée de façon générale, ni abordée par le Livre 1^{er} ou le Livre 5¹¹⁷. L'intérêt de cette analyse est de laisser la théorie de l'apparence, dans sa composante générale dépassant le domaine du mandat apparent, se déployer encore dans le giron de la théorie des principes généraux du droit, de nature essentiellement jurisprudentielle, méthode implicite¹¹⁸ dont nous approuvons la pertinence.

B. Conditions du mandat apparent (sans faute)

24. De la combinaison du texte de l'article 1.8, paragraphe 5, et des explications données à celui-ci par les travaux préparatoires, résulte sans difficultés l'énoncé des conditions de la théorie du mandat apparent.

Elles sont les trois conditions¹¹⁹ de base suivantes :

- 1) il doit exister une situation apparente : la situation apparente est le mandat apparent, ayant fait intervenir vis-à-vis du tiers une personne qui s'est présentée comme mandataire d'un mandant¹²⁰ ; donc il s'agit de la représentation apparente, à laquelle le ou les tiers se sont référés ; il s'agit, en d'autres termes, d'une apparence de représentation parfaite ou immédiate ;
- 2) cette situation apparente doit être imputable au représenté – pseudo-mandant – : ce dernier, par un comportement d'action ou d'omission, doit avoir été « librement » à l'origine¹²¹, ou avoir contribué librement au maintien, de la situation apparente ; ce comportement du représenté peut être soit fautif, soit non fautif, dans la modalité la plus originale de la théorie de l'apparence la distinguant du droit commun de la responsabilité pour faute¹²² ;
- 3) enfin, cette situation apparente doit avoir été à l'origine d'une erreur légitime dans le chef du tiers, ayant pu croire légitimement en l'existence du mandat apparent¹²³ ; l'erreur légitime est définie sur la base du

¹¹⁷ Les explications données en pages 7 et 8, par l'exposé des motifs, de l'article 1.1 du Livre 1^{er} comprenant les principes généraux du droit dans les sources du droit positif ne font aucune référence à la théorie de l'apparence comme principe général du droit (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001).

¹¹⁸ Également suivie en matière d'abus de droit : voy. art. 1.10 du Livre 1^{er}.

¹¹⁹ À leur sujet, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 1755 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 255 et 256 ; C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », *op. cit.*, p. 315.

¹²⁰ À savoir une représentation parfaite ou immédiate, la théorie du mandat apparent n'ayant pas de sens et d'intérêt en matière de représentation imparfaite ou médiate (commission), nous semble-t-il.

¹²¹ Sur l'analyse du comportement libre du représenté, voy. notre étude sur le droit belge et français, citée en réf. 2, spéc. n° 11, p. 199 et s..

¹²² Au sujet de cette condition, voy. les remarquables analyses de P. A. FORIERS, « L'apparence source autonome d'obligations, ou application du principe général du droit de l'exécution de bonne foi », *op. cit.*, pp. 541 et s., et R.D.C., 2000, pp. 485 et s. ; voy. aussi W. VAN GERVEN, *Algemeen deel, Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, spéc. n°s 83 et 85 ; ainsi que R. THUNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *op. cit.*, pp. 581 et 582 et les réf. citées.

¹²³ Certains considèrent que, sous l'angle de la confiance légitime, l'imputabilité ne constituerait pas une condition d'application mais plutôt une circonstance à prendre en compte pour déterminer le caractère légitime de la croyance (en ce sens, voy. Bruxelles, 16 avril 2021, *SA Immo Meiser*, spéc. n° 40) ; nous ne

standard de bon comportement de l'homme normalement prudent et raisonnable dans les circonstances de la cause.

Il n'existe pas, selon nous, de condition de subsidiarité dans l'application de la théorie¹²⁴.

Si ces conditions sont toutes remplies, le tiers pourra imputer au représenté les conséquences du mandat apparent. Dans la mesure où la théorie s'inscrit dans un régime de responsabilité pour faute, ou sans faute lorsqu'elle relève de la théorie du mandat apparent – principe général du droit –, il nous semble que le tiers devra en outre démontrer avoir subi un dommage en relation causale avec la situation apparente. Les auteurs¹²⁵ ne retiennent pas toujours cette dernière double condition, qui nous paraît relever cependant du droit commun de la responsabilité pour faute ou sans faute.

Sous-section 2

Le deuxième domaine de l'apparence : la propriété apparente

A. Énoncé du nouveau régime légal – Livre 3 – et jurisprudentiel

25. Se pose une intéressante autre question en matière d'apparence : quel est le sort des droits réels accessoires, généralement des sûretés, consentis à des tiers de bonne foi, en cas d'annulation du droit réel de base, généralement un droit de propriété, qui a été apparemment valable mais ne l'est plus suite à une cause d'anéantissement ? Par exemple, quel est le sort de la sûreté hypothécaire existant dans le chef du créancier de bonne foi, en cas d'annulation du titre sous-jacent portant sur le bien garanti (une vente par exemple), annulation à caractère rétroactif ?

Si l'on applique les principes traditionnels, le tiers de bonne foi est mal ou pas du tout protégé. Il est même sacrifié au bénéfice de celui qui a obtenu l'annulation de l'opération de base, et l'on considérerait que – *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* – celui qui avait consenti une cession de droit réel, ou une constitution, par la suite annulée, n'avait pu transférer au tiers plus de droits qu'il n'en avait lui-même, d'où un anéantissement rétroactif du

partageons pas cette analyse également écartée par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 janvier 2000 (R.D.C., 2000, p. 483).

¹²⁴ Sur la question, voy. R. THUNGEN, « L'apport de Pierre Van Ommeslaghe à la théorie de l'apparence », *op. cit.*, pp. 581 et 582, et les réf. citées. Voy. aussi J.-Fr. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *op. cit.*, spéc. n° 19, p. 214 et réf.

¹²⁵ Voy. à ce sujet notre étude précitée, spéc. n° 17.

droit accessoire concerné. Il y allait d'un impératif de sécurité statique globale requis également par le régime de la publicité foncière.

La Cour de cassation a dérogé au principe *nemo plus juris [...]*, en se fondant sur la théorie de l'apparence par un arrêt remarquable du 22 janvier 2021.

Ce faisant, elle a même anticipé, dans une certaine mesure, sur le contenu du Livre 3.

26. Le Livre 3 est revenu aussi, heureusement, sur cet état de fait et de droit négatif découlant de l'application du principe *nemo plus juris [...]*.

L'article 3.34, dans le régime de la publicité foncière, traite ainsi de la question que nous venons d'identifier, de la façon suivante, en ce qui concerne les effets de la mention marginale. Il prévoit :

« L'anéantissement d'un droit réel pour l'avenir ne peut produire d'effets qu'à dater de la mention marginale de la demande d'anéantissement. Restent valables tous actes de disposition portant sur ce droit réel *en faveur de tiers de bonne foi*, consentis après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement.

L'anéantissement rétroactif du droit réel ne produit pas d'effets à l'égard des aliénations et actes de disposition portant sur le droit réel consenti en faveur de tiers de bonne foi, après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement.

Si la nullité ou résolution d'un acte soumis à la transcription a lieu de manière extrajudiciaire, elle n'est opposable aux tiers qu'après la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge dans les registres du bureau compétent de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale. »

L'article 3.34 doit par ailleurs être mis en relation avec l'important article 3.17, qui porte sur les effets de l'extinction des droits réels, et prévoit : « La renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance *ne portent pas atteinte aux droits des tiers qui sont acquis de bonne foi, sur le droit réel anéanti.* »

Les tiers de bonne foi sont donc dorénavant protégés en cas d'anéantissement rétroactif d'un droit réel, par les dispositions que nous venons de souligner, à l'origine, implicitement du moins, d'un mécanisme de propriété apparente, **et** par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021.

Et encore, l'application faite de la théorie de la propriété apparente est-elle plus large et audacieuse, grâce à l'arrêt de janvier 2021, puisque ce dernier vise un cas d'annulation de la convention de base, non visé spécifiquement

par l'article 3.17 et par l'article 3.34. La Cour de cassation a eu parfaitement raison de prendre en considération ce cas important, susceptible d'être rencontré fréquemment en pratique, dans le cadre de la logique générale de la propriété apparente devant s'appliquer à tout cas d'anéantissement de la convention et du droit réel de base sous-jacent, en tout cas à caractère rétroactif.

27. L'exposé des motifs du Livre 3 explique ce qui suit au sujet de l'article 3.34 :

« Dans le droit actuel, la mention marginale est un instrument défaillant [...]. Là où actuellement la sanction du défaut de mention marginale consiste en une fin de non-procéder de l'action en anéantissement – une sanction à laquelle il peut être remédié à chaque stade de la cause –, la modification de loi proposée crée un risque supplémentaire de voir l'anéantissement rétroactif demandé n'avoir aucun effet à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne foi qui a bénéficié d'un acte de disposition après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale s'y rapportant.

Ainsi, cet effet supplémentaire du défaut de mention marginale constitue une règle de protection des tiers, qui constitue une exception au principe nemo plus juris [...]. Cette mesure supplémentaire s'inscrit dans l'esprit de la publicité foncière en général, qui vise à protéger les tiers de bonne foi. Le présent projet prête dès lors attention à la nécessité de sécurité juridique pour les transactions immobilières »¹²⁶.

On comprend le principe ainsi posé. Les auteurs du Livre 3 auraient pu faire plus clairement référence à un mécanisme de propriété apparente. En outre, ne fallait-il pas l'exprimer à sa juste place et en lui conférant une portée plus importante, qu'en rapport avec le régime de la publicité foncière, et encore avec la seule mention marginale, pour qu'on en perçoive bien toute la portée. Il semble en effet que nous allions dans le sens d'une consécration de la théorie de la propriété apparente, permettant de protéger les tiers de bonne foi s'étant fiés à cette propriété apparente, ainsi que la Cour de cassation l'a confirmé par son remarquable arrêt du 22 janvier 2021.

Le législateur, dans le cadre du Livre 3, aurait donc été bienvenu d'exprimer le principe clairement et à sa juste place, par exemple au niveau de l'article 3.17 portant sur les effets des modes d'extinction des droits réels.

28. Cela étant, nous pouvons faire le constat suivant : le Livre 3 et l'article 3.34 a ainsi été précédé par un arrêt de la Cour de cassation emportant

¹²⁶ Mis en évidence et souligné par le soussigné. Voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, 16 juillet 2019, n° 55-0173/001, spéc. p. 79 et réf.

reconnaissance de la propriété apparente en droit belge : il s'agit de l'arrêt du 22 janvier 2021 qui a apporté certaines précisions complémentaires à la question posée et a permis d'étoffer le régime en la matière, même par rapport au texte de l'article 3.30 du Livre 3 actuel, et en anticipant en quelque sorte sur ce dernier et les articles 3.17 et 3.34.

Nous assistons à la manifestation d'un processus d'interprétation jurisprudentielle du contenu du droit applicable, qui anticipe sur l'application d'une norme à venir résidant dans le Livre 3 (à savoir les articles 3.17 et 3.34 et l'article 3.30 dans une certaine mesure), tout en donnant à la question posée une solution encore plus large que celle qui découle de la norme, et ce, grâce au principe général que constitue la théorie de l'apparence, permettant l'admission de la propriété apparente.

Cette interprétation anticipée du droit faite par la Cour de cassation, à la lumière du Livre 3, mais en allant plus loin que ce dernier grâce à l'effet contre-aporétique de la théorie de l'apparence, frappe par son audace.

Le président E. Dirix a soutenu l'existence de l'interprétation anticipée pouvant être faite par la Cour de cassation¹²⁷, tranchant ainsi telle ou telle question juridique délicate dans un litige soumis à une norme ancienne, par une interprétation de cette norme, éclairée par son état à venir prévisible ou réalisé, dans la législation.

Dans le cas de l'arrêt du 22 janvier 2021¹²⁸, l'interprétation était même encore plus extraordinaire puisqu'à la fois anticipant le texte des articles 3.17 et 3.34 du Livre 3 – entré en vigueur en septembre 2021 – et dépassant même le contenu de ces textes en visant un cas d'annulation de convention, dans le cadre de l'application du principe général de la confiance légitime permettant de soutenir la propriété apparente. C'est à juste titre que la Cour de cassation est ainsi allée plus loin que le législateur.

L'arrêt convainc pleinement, même si lui aussi aurait pu aller encore plus loin, dans le sens d'une consécration plus nette de la théorie de l'apparence – confiance légitime, en tant que principe général du droit fondant la propriété apparente.

La question qui se posait dans l'affaire concernée était simple. L'annulation rétroactive d'une vente, dans un cadre d'opérations assez complexes qui avaient impliqué la disparition du titre à l'origine de l'acquisition initiale du bien immobilier en question, qui elle-même avait donné lieu à l'octroi de

¹²⁷ E. DIRIX, « Rechtspraak en Nieuw BW : vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020-2021, col. 1158 et s. E. Dirix donne des exemples frappants de cette « *anticipatieve toepassing van een tekst* » (dont Cass., 2 septembre 2004, ayant fait évoluer, peu avant la loi et en anticipant sur cette dernière, la jurisprudence au sujet de la répétibilité des honoraires d'avocat – *J.T.*, 2004, p. 684 et note B. DE CONINCK).

¹²⁸ Rendue par la 1^{re} chambre néerlandophone.

garanties hypothécaires à la banque BNP Paribas, avait-elle également pour conséquence l'annulation rétroactive de ces garanties, ce qui eût été pour le moins désagréable pour la banque ? La cour d'appel d'Anvers, par un arrêt du 14 octobre 2019, avait décidé qu'il en était ainsi, d'où un pourvoi incisif de la banque attaquant la décision en invoquant une violation de l'article 74 de la loi hypothécaire (mais non la théorie de l'apparence).

La Cour de cassation a cassé, par cet arrêt du 22 janvier 2021, la décision de fond qui avait refusé de faire échapper la sûreté à l'anéantissement rétroactif de l'acte, au motif que « 2. *De appelrechter die oordeelt dat de nietigverklaring ex tunc van de koopovereenkomst ook het tenietgaan van de hypotheek van de eiseres tot gevolg heeft en de aangevoerde goede trouw van de eiseres daaraan geen afbreuk kan doen en aldus nalaat de toepassing van de vertrouwensleer in zijn oordeel te betrekken, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht* »¹²⁹. La référence à la théorie de la confiance légitime frappe d'autant plus qu'elle n'était pas invoquée par le pourvoi et que la Cour casse quand même la décision de fond sur cette base.

La théorie de l'apparence sans base de faute est ainsi consacrée en matière de droits réels, et plus précisément dans le domaine immobilier. Il s'agit de la propriété apparente. C'est une excellente chose. La Cour aurait pu et dû faire expressément référence, à cette occasion, à la « *Vertrouwensleer* » en tant que principe général du droit lié à la propriété apparente.

L'arrêt a été rendu sur les conclusions de M^{me} l'avocate générale R. Mortier, qui éclairent pertinemment la problématique de la propriété apparente.

Comme en matière d'apparence en général¹³⁰, ce faisant, la Cour de cassation s'aligne avec raison sur la jurisprudence de son homologue française, des décennies après le premier arrêt de cette dernière, du 3 avril 1963¹³¹.

Les auteurs qui ont lu et analysé cet arrêt l'ont généralement approuvé, avec des nuances bien sûr¹³².

¹²⁹ Cass., 22 janvier 2021, *R.W.*, 2020-2021, p. 1335 et note B. VERHEYE. Nous mettons en évidence.

¹³⁰ Pour lequel on sait que le remarquable arrêt du 20 juin 1988 (*Pas.*, 1988, I, p. 1258 ; *J.T.* 1989, p. 541 et la note du professeur P. A. Foriers) avait été rendu plus de trois décennies après l'arrêt français du 13 décembre 1962 (*D.*, 1963 et l'importante note de J. CALAIS-AULROY).

¹³¹ Cass. 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1964, II, p. 13502 et la note de H. MAZEAUD.

¹³² Voy. G. CARNOY et V. LIBION, *Revue pratique de l'immobilier*, 2/2020, pp. 52 et s. ; V. SAGAERT, « *Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel : (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters* », *Not. Fisc.*, M. 2021, liv. 2-3, pp. 87 et s. ; B. VERHEYE, « *De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht* », *R.W.*, 2020-2021, col. 1335 et s. ; comp. M. STORME et R. JANSEN, « *Het rechtmatig vertrouwen alks correctief op beschikkingsonbevoegdheid* », *R.G.D.C.*, 2022, liv. 5, pp. 285 et s. Ces derniers auteurs sont finalement plus critiques par rapport à l'arrêt, pour lequel ils relèvent à la fin de leur étude, que : « *Dit alles maakt dat het arrest meer vragen heeft doen ontstaan dan antwoorden* » (voy. p. 294), avis que nous ne partageons pas, l'arrêt ayant au contraire le mérite remarquable de consacrer la propriété apparente, laquelle permettra de régler nombre de situations au profit des tiers de bonne foi, qui, sans elle, auraient été tranchées d'une façon risquant d'être contraire à la sécurité juridique et à l'équité, et en faisant perdurer une aporie manifeste en droit positif.

Nous faisons de même résolument.

Par cet arrêt, la Cour de cassation consacre les analyses d'A.-M. Stranart et de C. Alter, soutenues dans une très pénétrante étude du début des années 2000¹³³, puis également défendues avec brio par le professeur V. Sagaert¹³⁴.

Il faudrait tirer parti de son enseignement et l'introduire expressément dans l'article 3.30 du Livre 3, à savoir la disposition générale qui gouverne la formalité de transcription, et ses effets, dans la publicité foncière, comme le suggère B. Verheyne dans son étude précitée¹³⁵, qui a relevé par ailleurs en conclusion, que : « *Wat er ook van zij, het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari kan nu reeds een van de belangrijkste vermogensrechtelijke arresten van dit decennium worden genoemd* »¹³⁶.

Nous n'en sommes pas convaincu : il nous paraît de loin préférable de laisser la théorie de l'apparence, et son nouveau volet que constitue la propriété apparente, poursuivre sa trajectoire de principe général du droit, issu et exprimé dès lors par la jurisprudence, essentiellement de la Cour de cassation.

B. Conditions de la propriété apparente

29. De l'énoncé de la théorie de la propriété apparente par la Cour de cassation, à combiner avec l'article 3.34 du nouveau Livre 3, découlent les conditions d'application de la nouvelle théorie de la propriété apparente.

Elles sont à nouveau au nombre de trois et sont les suivantes :

- 1) une situation apparente : la propriété apparente qui doit avoir été engendrée, résultant d'un droit réel de base, même si ce dernier a, par la suite, fait l'objet d'une cause d'anéantissement ;
- 2) cette cause d'anéantissement du droit réel de base peut être une annulation, une résolution ou toute autre cause de disparition du droit réel en question ; elle n'exclura pas la protection des tiers de bonne foi ayant pu se référer à la propriété apparente passée, que la cause rétroactive d'anéantissement du droit réel de base n'a pas fait disparaître ;
- 3) les tiers devront toutefois avoir été dans une situation de croyance légitime à l'égard de l'existence et de la permanence du droit réel de base, au moment où ils se sont vus consentir le droit réel accessoire qui devra continuer à sortir ses effets en dépit de la disparition du premier ; cette croyance légitime sera à apprécier, le cas échéant, en fonction

¹³³ A.-M. STRANART et C. ALTER, « Quel et le sort de l'hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé ? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 493 et s.

¹³⁴ Voy., entre autres, V. SAGAERT, « De verkrijgende verjaring van onroerende goederen herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht », *R.W.*, 2006-2007, col. 1591 et 1592.

¹³⁵ Voy. sa conclusion, col. 1341 et 1342.

¹³⁶ *Ibid.*

des éléments dont le tiers aura pu avoir connaissance par suite de la mention marginale de telle ou telle action pouvant avoir pour effet l'anéantissement d'un acte.

Ces différentes conditions résultent explicitement, ou à tout le moins implicitement, de l'arrêt du 22 janvier 2021.

Il est par ailleurs parfaitement soutenable d'appliquer la théorie de la propriété apparente à d'autres contextes que celui de l'arrêt du 22 janvier 2021, dans le sens toujours de la protection des tiers de bonne foi. Envisageons par exemple le cas d'un héritier apparent qui aurait posé des actes ou consenti des droits réels ou personnels à des tiers, pendant une longue période, et au sujet duquel on découvrirait qu'il n'était pas héritier véritable : dans ce cas de grand intérêt, tant la théorie de l'apparence en général, permettant de comprendre la situation de l'héritier apparent et de sauver des actes posés par ce dernier, que la théorie de la propriété apparente devraient aller dans le sens de la protection des tiers de bonne foi, à l'encontre de l'application du principe *nemo plus juris [...]*¹³⁷.

Sous-section 3

Et le troisième volet – ou l'autre nom – de la théorie de l'apparence : la confiance légitime (entre reconnaissance générale et reconnaissance spécifique) ?

A. La reconnaissance générale de la confiance légitime (à base de faute et sans faute) ? Une question qui demeure ouverte

30. On a vu que les auteurs du Livre 1^{er} et du Livre 5 ont fait preuve d'une prudence de Sioux. Ils ont fait référence à la théorie de la confiance légitime pour expliquer la condition de l'imputabilité dans le mandat apparent, à l'article 1.8, paragraphe 5, par cette proposition : « Cette imputation *qui découle de la confiance légitime* est reconnue par la jurisprudence de la Cour de cassation dans de nombreux arrêts (Cass., 20 juin 1988)[...] », mais ils n'ont pas reconnu la confiance légitime en tant que telle, soit comme composante de la théorie de l'apparence, soit comme mécanisme autonome. Ils laissent manifestement la main à la jurisprudence, quant à la troisième évolution nécessaire de la théorie de l'apparence, qui devrait aller vers l'expression et

¹³⁷ Dans le même sens, cfr. les analyses de dans le présent ouvrage.

l'intégration de la confiance légitime dans le domaine du principe général du droit de l'apparence, et que nous préconisons.

Le Livre 5 a cependant admis une autre importante application spécifique de l'apparence : pour la réparation du dommage de la victime dont la confiance légitime a été trompée, en cas de faute précontractuelle d'autrui consistant en une rupture de négociations à caractère fautif, et dès lors dans un domaine qui touche à la responsabilité pour faute, moins exceptionnel donc.

D'un autre côté, la Cour de cassation, si elle a eu l'audace et le mérite de consacrer la théorie de la propriété apparente, par son arrêt du 22 janvier 2021, est encore demeurée sur la retenue sur deux plans.

D'abord, étrangement, elle n'a toujours pas reconnu la théorie de l'apparence comme un principe général du droit autonome, ni de façon générale ni dans le cadre à tout le moins du mandat apparent¹³⁸. Cette reconnaissance expresse ne résulte pas non plus de l'arrêt du 22 janvier 2021 ; la Cour s'est prononcée encore avec davantage de réserve, et même de façon franchement négative, dans son arrêt du 22 février 2018 (voy. *supra*, n° 1).

Mais, d'autre part, la Cour de cassation a laissé ouvert le lien de la théorie de l'apparence avec l'abus de droit, par l'arrêt du 1^{er} octobre 2010, dont le contenu a été rappelé *supra* (voy. n° 15 et réf. 67).

D'autre part, la théorie de la confiance légitime en droit privé, à base de faute, peut se prévaloir de son pendant très actif en droit administratif et fiscal, à rattacher au principe de sécurité juridique. La 2^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles l'a rappelé en des termes remarquables par un arrêt inédit du 16 avril 2021, très bien informé, en ces termes pertinents :

« Doctrines belges et néerlandaise s'accordent [...] pour considérer que le principe de confiance légitime est englobé dans le principe général de sécurité juridique (N. GEELHAND, "Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal", note sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 70 et les références citées), qui a été consacré en droit public de longue date par la Cour de cassation. Celle-ci a en effet souligné à plusieurs reprises la nécessité, pour les autorités étatiques, de tenir compte des attentes

¹³⁸ À ce sujet, P. Van Ommeslaghe écrivait que « [p]lusieurs auteurs considèrent qu'il faut en outre justifier la solution – du mandat apparent – par référence à un principe général du droit. Sans doute l'arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1980 a-t-il écarté la reconnaissance d'un principe général du droit en matière d'apparence, mais cette jurisprudence est antérieure à l'arrêt du 20 juin 1988 et ne paraît pas survivre à celui-ci. D'autre part, la Cour a reconnu un principe général du droit du respect de la confiance légitime comme élément de la règle de bonne administration en droit administratif et fiscal par l'arrêt du 27 mars 1992, en sorte que l'on ne peut exclure une solution parallèle en droit privé. La jurisprudence des juges du fond a largement suivi l'enseignement de la Cour de cassation » (P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, spéc. n° 1177, p. 1751 et réf. 4599 et 4600 ; mis en évidence par nous).

légitimes qu'elles ont suscitées dans le chef des sujets de droit. Selon elle en effet, “les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique”, qui “implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu’il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d’administration” de sorte que, en principe, “les services publics sont tenus d’honorer les prévisions justifiées qu’ils ont fait naître dans le chef du citoyen” (Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, I, p. 680 ; *R.C.J.B.*, 1995, p. 62 et note N. GEELHAND. Voy. également Cass., 13 février 1997, *Bull.*, n° 84 ; Cass., 7 avril 2016, RG n° F14.0209.N, www.juridat.be). L’importance de la notion de confiance légitime a, enfin, été soulignée dans d’autres contextes par la Cour de cassation (Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, I, n° 2421 ; Cass., 6 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 455) et érigée au rang de principe par la Cour constitutionnelle (C. Const., arrêt n° 121/2009 du 16 juillet 2009, B.6.3. ; C. Const., arrêt n° 59/2009 du 25 mars 2009, B.11 et B.12 ; C. Const., 7 juillet 2011, n° 125/2011, pt. B.5.4.) »¹³⁹.

31. Face à une doctrine parfois hésitante¹⁴⁰ et à une jurisprudence au fond parfois contrastée, qui connaît toutefois de belles décisions se référant à la théorie de la confiance légitime¹⁴¹, nous plaidons résolument pour que la jurisprudence de la Cour de cassation évolue encore sur ces deux plans, essentiels et complémentaires : 1) l’affirmation et la reconnaissance générale de la théorie de l’apparence comme principe général du droit autonome ; et 2) la reconnaissance du troisième volet de l’apparence qu’est la théorie de la confiance légitime, à base de faute et surtout sans faute.

Si la Cour de cassation devait reconnaître en droit privé la confiance légitime en tant que principe général du droit et dans un cadre dépourvu de base de faute, elle ne ferait qu’aller dans le sens de sa jurisprudence bien établie, existante en droit administratif et fiscal, suivant laquelle, comme elle l’a décidé par l’important arrêt du 27 mars 1992¹⁴², il est possible de se référer à la confiance légitime en tant que principe général du droit comme élément de la règle de bonne administration en droit administratif et fiscal.

¹³⁹ Voy. la décision concernée, pp. 18 et 19, n° 40. Mis en évidence par nous.

¹⁴⁰ Voy. les analyses restrictives – et isolées – de I. VERUGSTRAETE, « Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten », *op. cit.*, plaidant pour que l’apparence soit cantonnée au seul domaine du mandat apparent. Discutant cette thèse, cf. notre étude citée en note 2, n°s 22 à 24. Heureusement, la Cour de cassation y a en tout cas ajouté la propriété apparente par l’arrêt du 22 janvier 2021.

¹⁴¹ Voy. déjà l’excellent arrêt inédit de la cour d’appel de Bruxelles du 16 avril 2021, 2^e chambre, en cause SA *Immo Meiser*, ci-dessus cité.

¹⁴² Voy. *supra*, n° 10.

Au terme de ce double processus d'évolution, à souhaiter, le principe général du droit de l'apparence serait plus complètement réalisé. Les effets de la théorie des principes généraux du droit seraient alors réunis : effet de cohérence du système positif, effet contre-lacunes et effet contre-aporétique.

La Cour de cassation de Belgique pourrait ainsi, si elle devait s'engager dans la voie de la reconnaissance de la confiance légitime, rendre la pareille à la Cour de cassation de France en consacrant, la première cette fois, la théorie de la confiance légitime, si importante alors que le principe général de bonne foi ne cesse par ailleurs de se développer (voy. art. 5.73.¹⁴³).

B. Les conditions d'application du volet – confiance légitime – conçue de façon générale

32. Dans quels cas et à quelles conditions pourrait-on appliquer la théorie de la confiance légitime ?

Il nous semble que cette théorie pourrait s'appliquer chaque fois qu'un sujet de droit aura fait naître, fautivement, mais surtout non fautivement, la croyance légitime dans le chef d'un autre sujet de droit, en une situation apparente, croyance légitime qui sera désavouée par la suite. Nous nous inscrivons ici dans des *relations bipartites*, généralement entre parties, ou *tripartites*, impliquant encore des tiers (hors mandat apparent ou propriété apparente).

Les hypothèses applicables sont nombreuses, surtout entre parties. Les premières se présenteront dans des cas où le sujet de droit a fait croire à autrui qu'il n'exercerait plus le droit dont il est titulaire. Il faudra alors, en dépit du régime de la prescription extinctive, prendre en considération la théorie de la confiance légitime et oser aller jusqu'à conclure à la disparition du droit pour lequel un comportement inconciliable a été adopté. Ainsi, la théorie de la confiance légitime, défendue notamment avec brio par le professeur X. Dieux¹⁴⁴, permettra-t-elle d'accueillir la théorie de la « *Rechtsvenverking* ». Il semble que la place de la confiance légitime se situera au sein de la théorie de l'apparence, car son point de pivot demeurera le double élément de la situation apparente, d'un côté, et de la croyance légitime, de l'autre, à combiner d'ailleurs avec l'élément complémentaire que constitue le comportement auquel imputer la situation apparente. Il nous paraît préférable de penser cet ensemble, constitutif de la théorie de la confiance

¹⁴³ Tout en n'ayant pas non plus été reconnu comme principe général du droit (voy. Cass., 22 février 2018, n° C. 17.0302.N), ce qui constitue également une lacune de la jurisprudence. Mais le principe d'exécution de bonne foi des conventions constitue quant à lui un principe général du droit (voy. exposé des motifs du Livre 1^{er}, préc., spéc. p. 7).

¹⁴⁴ Voy. la thèse de cet auteur.

légitime, en tant que volet de la théorie de l'apparence, plutôt qu'en tant que nouveau critère de la théorie de l'abus de droit, qui connaît un cadre différent par rapport à la théorie de l'apparence et qui d'ailleurs se fonde sur la responsabilité pour faute essentiellement, ce qui n'est pas nécessairement le cas de l'apparence. Rien que la consécration de la théorie de la confiance légitime représenterait une nouvelle étape révolutionnaire allant dans le sens de la maturation et de l'extension de la théorie de l'apparence.

Et cette reconnaissance de la confiance légitime ne sera pas nécessairement par trop préjudiciable à la sécurité juridique, en particulier statique entre parties, car les conditions de la théorie demeureront exigeantes et compatibles avec le principe de sécurité juridique.

Il existe toutefois une situation plus délicate où l'admission de la confiance légitime entre parties doit être soupesée davantage : c'est celle où un sujet de droit aura fait croire, sans faute de sa part, en l'existence d'un acte juridique, en la formation de celui-ci, un contrat par exemple, alors qu'il pourrait s'avérer que les conditions prescrites par la loi pour la formation de cet acte ne sont pas remplies.

Il s'agit en quelque sorte de la situation inverse de celle à la base de la « *Rechtsverwerking* », qui implique de faire croire, entre parties, en le non-exercice d'un droit. La confiance légitime pourrait-elle alors produire ses effets en primant sur le régime légal de formation de l'acte juridique concerné (requérant, comme on le sait, les conditions de formation des actes juridiques) ? Il nous semble qu'une réponse nuancée devrait être apportée. De façon générale, la réponse devrait être négative. Dans ce cas, en effet, l'effet contre-aporétique du principe général du droit ne pourra être reconnu, et admis, tout simplement. La disposition légale ou l'ensemble des dispositions légales applicables demeureront pertinentes et à respecter. On ne pourrait d'ailleurs parler véritablement dans cette hypothèse d'une situation d'aporie, ou bien encore de lacune. Le principe de sécurité statique limitera ici le champ d'application du principe d'apparence et l'effet contre-aporétique sera exclu.

Il faut donc parfois savoir raison garder, même au nom des apparences.

En revanche, si une partie a fait croire à un tiers qu'elle interviendra contractuellement, comme une compagnie d'assurances pourrait avoir ainsi fait croire à un tiers victime, d'abord qu'elle couvrirait la responsabilité de son assuré, pour contester la couverture par la suite (pour des raisons contractuelles), la théorie de la confiance légitime, à base de faute ou sans faute, pourra opérer au profit du tiers. C'est ce que la 2^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles a décidé dans son arrêt précité inédit du 16 avril 2021, en cause « *SA. Immo Meiser* ».

Reste en outre que, même entre parties, une certaine application de la confiance légitime en rapport avec un acte juridique est encore soutenable :

c'est celle qui existe dans le cas où une faute précontractuelle de la personne qui a manqué à la confiance légitime d'autrui – de l'autre partie – a été commise. Tel serait le cas en cas de *culpa in contrahendo*, dans le cas précis d'une rupture fautive de négociations précontractuelles, ce que le législateur a, de façon judicieuse cette fois, consacré par l'article 5.17 du Livre 5.

Avant d'examiner ce cas spécifique, rappelons les conditions d'application de la théorie de l'apparence en général.

33. Les conditions d'application de la confiance légitime, conçue comme mécanisme général, seront au nombre de trois à nouveau :

- 1) une situation apparente, consistant dans le fait d'avoir adopté, fautivement ou même non fautivement, un comportement contraire avec le droit dont est titulaire la partie concernée, ou un comportement faisant légitimement croire à l'existence d'une situation apparente, source de droit ;
- 2) cette situation apparente devant bien évidemment être imputable à son auteur, suivant le même type de raisonnement que celui vu ci-dessus en matière de mandat apparent (et si la faute existe, l'imputabilité subjective de celle-ci s'ajoutera¹⁴⁵) ;
- 3) et être à l'origine d'une croyance légitime dans le chef de la partie en question, en vertu de laquelle cette dernière aura pu légitimement croire que le sujet de droit concerné n'exercera plus son droit ou se comportera en concordance avec la situation apparente créée.

Ce domaine nécessitera encore le travail conjoint de la doctrine et de la jurisprudence pour être pleinement finalisé.

C. La reconnaissance d'une application spécifique de la confiance légitime en matière de *culpa in contrahendo* et ses conditions d'application

34. Le Livre 5 contient un article en matière de responsabilité précontractuelle, qui est de grand intérêt sur le plan théorique et pratique.

Il s'agit de l'article 5.17 qui prévoit :

« En cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociation¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Une certaine imputabilité subjective existant même en cas de comportement non fautif car l'auteur de celui-ci doit avoir pu se rendre compte des conséquences de son comportement et doit avoir « librement » agi (voy. *supra* à ce sujet).

¹⁴⁶ D'où l'indemnisation de l'intérêt négatif.

Lorsque la *confiance légitime* que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, cette responsabilité peut impliquer la réparation de la *perte des avantages nets attendus du contrat non conclu*¹⁴⁷.

Outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences établies à l'article 5.33. »¹⁴⁸.

Le nouvel ensemble de règles ainsi posé est en tous points remarquable. Il doit être approuvé. Il constitue, nous semble-t-il, une forme de consécration de la théorie de l'apparence dans ce domaine. Mais soyons lucide, l'application est d'intérêt finalement limité car nous demeurons ici dans le *domaine de l'apparence pour faute*.

Les *travaux préparatoires de la disposition* sont les suivants :

« [L'article 1.17.] confirme et précise le *droit existant*¹⁴⁹ en matière de responsabilité précontractuelle [...].

L'alinéa 1^{er} confirme le principe de la responsabilité précontractuelle, à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle, notamment en cas de rupture fautive des négociations ou de violation d'un devoir d'information. Par conséquent, la responsabilité précontractuelle implique l'obligation de réparer le dommage subi par l'autre personne.

L'alinéa 2 s'applique *uniquement* en cas de rupture fautive de négociations. Seul l'intérêt contractuel négatif peut en ce cas être réparé, *à moins que la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu n'ait été suscitée*. Dans ce cas, l'intérêt contractuel positif peut être réparé, (elle) il implique la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu (voy. P. VAN OMMESELAGHE, I, n° 339, p. 542 et s.; *contra* art. 1112 C. civ. fr.). En réponse aux observations du Conseil d'État, il semble utile de préciser que ceci n'aura lieu que dans des cas exceptionnels.

Seuls les dommages ayant un lien de causalité avec la rupture fautive des négociations entrent en considération pour l'indemnisation. Par exemple, la réparation de l'intérêt négatif inclus les frais engagés devenus inutiles et la perte de l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers. En revanche, les dépenses qui auraient été exposées en toute hypothèse n'entrent pas en ligne de compte pour l'indemnisation »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Ce qui ouvrirait le droit à réparation de l'intérêt positif, si la confiance légitime de la victime avait été trompée (à savoir si la victime avait tout lieu de penser que le contrat allait se conclure, à la suite du comportement de l'autre partie ayant fait naître dans son chef une attente légitime à cet égard).

¹⁴⁸ Nous mettons en évidence.

¹⁴⁹ Il semble toutefois que le mécanisme créé, quant à l'indemnisation du dommage, soit nouveau.

¹⁵⁰ Voy. exposé des motifs, p. 26.

Pas d'allusion donc, et pas d'explication qui aurait été utile, à la théorie de la confiance légitime ou à la théorie de l'apparence qui explique la fin de l'alinéa 2. On a l'impression que le législateur s'est autocensuré sur ce point, quant au fondement du mécanisme. N'a-t-il pas manqué d'audace, ou en tout cas de précision, par un déficit d'explication, et ensuite par le fait de ne pas avoir consacré la légitime confiance de façon générale dans le Livre 5 (ou dans le Livre 1^{er}) ? On rétorquera que la critique est sans objet car l'article 1.17 n'est qu'une application de la responsabilité *pour faute*, et en tout cas pas de l'apparence sans faute. En effet, ne jetons finalement pas la pierre au législateur car, ce faisant, en restant dans le cadre d'un mécanisme limité, et basé sur une faute, il préserve, volontairement ou involontairement, consciemment ou inconsciemment, la voie d'évolution naturelle du principe plus général de l'apparence – surtout dans sa composante sans faute –, que constitue la jurisprudence, en particulier de la Cour de cassation¹⁵¹, essentielle en matière de principes généraux du droit. C'est en effet la meilleure option en définitive, plutôt que d'intervenir par une codification, en Livre 1^{er} ou 5, dans le sens de l'énonciation de la théorie de l'apparence en général et de son régime, ce qui aurait risqué d'être sclérosant pour notre principe général du droit¹⁵².

Il nous paraît par ailleurs parfaitement soutenable que la théorie de la confiance légitime à base de faute puisse s'appliquer à d'autres situations que celles de la responsabilité précontractuelle.

35. Les conditions d'application de l'article 1.17, alinéa 2, apparaissent comme étant les suivantes :

- 1) une situation apparente résidant cette fois dans le fait que le contrat pour lequel la négociation a été rompue intempestivement aurait été « *sans aucun doute* » conclu ; il doit exister donc une apparence certaine de contrat à conclure ;
- 2) cette situation apparente doit avoir été à l'origine de la confiance légitime de la partie ayant subi le dommage concerné ;
- 3) outre l'indemnisation de l'intérêt négatif, quant à l'intérêt positif, seul le dommage consistant dans « *la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu* » est réparable, et devant être en lien causal avec la faute concernée, qui doit par ailleurs être prouvée (n'oublions pas en effet que nous sommes ici sur le plan d'une responsabilité pour faute).

¹⁵¹ Étant entendu que la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'État pourraient aussi apporter leur contribution à la maturation du principe.

¹⁵² De même, le législateur, du côté de l'abus de droit, a-t-il eu raison de se limiter à définir généralement l'abus de droit à l'article 1.10, sur la base de la définition donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 septembre 1971. Nous préférons de loin ce type d'approche minimale à celle, plus interventionniste, qui a présidé par exemple, dans le cadre du Livre 3, à l'élaboration de l'article 3.101 concernant la théorie des troubles de voisinage.

Conclusion

36. La théorie de l'apparence constitue un remarquable principe général du droit ayant fortement progressé ces derniers temps en droit belge.

La Cour de cassation d'abord, et le législateur ensuite, ont reconnu les deux premiers volets de la théorie de l'apparence : le mandat apparent, consacré par l'arrêt du 20 juin 1988 et plus récemment par l'article 1.8, paragraphe 5, du Livre 1^{er} du nouveau Code civil, et la propriété apparente, reconnue par l'arrêt du 22 janvier 2021 et plus récemment également, mais en partie, par l'article 3.34 du Livre 3 du nouveau Code civil, à combiner avec l'article 3.17. Le Livre 5 connaît en outre une consécration de la confiance légitime à base de faute, en matière de responsabilité précontractuelle (art. 5.17, al. 2).

Nous avons étudié et salué ces avancées notoires du régime de l'apparence.

« De l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace » : il reste un bout de chemin à parcourir encore sur deux plans essentiels : premièrement, reconnaître enfin expressément la théorie en tant que principe général du droit, de façon générale (ou à tout le moins particulière dans ses derniers différents volets), ce que n'ont pas fait les arrêts du 20 juin 1988 et du 22 janvier 2021 notamment ; et deuxièmement, y admettre la confiance légitime sans base de faute ou, mieux encore, affirmer l'identité générale entre la théorie de l'apparence et la confiance légitime au sens large, de sorte que cette dernière s'appliquera alors au troisième volet de la théorie de l'apparence, qui est sans doute le plus remarquable.

La Cour de cassation pourrait décider de franchir, dans un avenir rapproché, espérons-le, ces deux dernières étapes. Elle finirait alors de donner ses lettres de noblesse, et son potentiel d'applications pratiques plus complet, à la théorie de l'apparence, en apportant une contribution complémentaire, de grand intérêt, à la théorie des principes généraux du droit.

La reconnaissance du principe de bonne foi, comme principe général du droit, devrait également intervenir.

Ainsi, les effets de cohérence globale et les processus anti-lacunes et contre-aporétique résultant des principes généraux du droit, que nous avons identifiés et formulés à l'occasion de cette étude (voy. n^{os} 15 et s.) continueront à se réaliser. Ils émaneront encore de la jurisprudence qui constitue le terrain privilégié et naturel d'expression et de maturation de la théorie des principes généraux du droit, de sorte que ces derniers persistent à exister en tant que source autonome de droit même en cas de consécration légale.

La mise en demeure

Amaury DE COOMAN

*Assistant en droit des contrats et de la responsabilité civile
à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. L'absence de définition légale de la mise en demeure. Jusqu'au 1^{er} janvier 2023, date de l'entrée en vigueur de la loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le Code civil, la mise en demeure ne connaissait pas de définition légale.

Les travaux préparatoires de la proposition indiquaient, à propos de l'ancien régime : « Le Code civil traite de la mise en demeure de manière éparse¹, sans proposer une vue d'ensemble de celle-ci »².

La doctrine et la jurisprudence s'étaient pourtant essayées à l'exercice, complexe, d'accorder à la mise en demeure une définition légale, sans parvenir, en dépit de l'intervention de la Cour de cassation³, à régler le sort de certaines irréductibles incertitudes.

2. Consécration du principe général de droit. C'est dans un arrêt du 9 avril 1976 que la Cour de cassation établit l'existence d'un « principe général de droit » de la mise en demeure⁴, déjà en germe dans deux arrêts précédents⁵.

¹ Concernant la forme de la mise en demeure : art. 1139, 1153, al. 3, et 1154 C. civ. (ancien) ; concernant les hypothèses où la mise en demeure est nécessaire ou non : art. 1145, 1146, 1153, al. 3, 1652, al. 2, 1656 et 1657 C. civ. (ancien) ; concernant les conséquences juridiques de la mise en demeure : art. 1138, 1146, 1153, al. 3, 1154, 1195, 1205, 1207, 1230, 1245, 1302, al. 1^{er} et 2, 1788, 1929, 1936, 1996 C. civ. (ancien).

² Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 266.

³ Voy. notamment, concernant la mise en demeure *ad futurum*, Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1976, I, p. 887 ; Cass., 16 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1304 ; concernant le formalisme, Cass., 7 mai 1880, *Pas.*, 1998, I, p. 138 ; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, n° 152 ; concernant le contenu, Cass., 16 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48, notes ; *R.W.*, 1984-1985, col. 464 ; concernant les rôles de la mise en demeure Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, p. 887, notes ; *R.W.*, 1976-1977, col. 921, note ; et concernant les hypothèses où la mise en demeure n'est pas disponible, Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 42, tels que cités par P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », in *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 1, 2021, p. 465.

⁴ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887, notes ; *R.W.*, 1976-1977, p. 921, note.

⁵ Dans l'arrêt du 31 mars 1966, la Cour de cassation considère que l'article 1153 de l'ancien Code civil, relatif aux intérêts moratoires dus sur les obligations de sommes, est une application du principe énoncé dans l'article 1146 de l'ancien Code civil (Cass., 31 mars 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 995) ; dans l'arrêt du 4 septembre 1975, la Cour voit dans l'article 1146 une règle générale applicable autant aux dommages et intérêts moratoires qu'aux dommages et intérêts compensatoires (Cass., 4 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 16), tels que

Depuis cet arrêt, il n'est plus contesté que toute sanction applicable à une inexécution fautive est conditionnée par ce préalable⁶.

3. Physionomie actuelle. En 2021, la doctrine résumait comme suit l'évolution du principe de mise en demeure : « La physionomie actuelle de la mise en demeure diffère assez nettement de ce qu'elle était en 1804. Le système belge contemporain, tel qu'il résulte de l'action conjuguée de la doctrine, de la jurisprudence et du législateur, réalise, nous semble-t-il, un heureux compromis entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur »⁷.

4. Plan. La présente contribution a pour objectif de faire le point sur cette physionomie, à la suite de l'entrée en vigueur du Livre 5 « Les obligations » dans le Code civil.

Après en avoir défini le principe et précisé son contenu (Section 1), nous analyserons les conditions de forme de la mise en demeure, à l'aune de la réforme (Section 2). L'évolution de son rôle et de ses effets sera ensuite brièvement abordée (Section 3). Nous énoncerons ensuite les hypothèses où la mise en demeure s'impose comme un préalable indispensable (Section 4) ou, au contraire, est superflue (Section 5).

Section 1 Définition et éléments constitutifs

5. Définition. Avant sa consécration législative dans le Code civil, la doctrine majoritaire retenait la définition suivante de la mise en demeure : « L'interpellation du débiteur en termes énergiques, par laquelle le créancier lui rappelle, d'une manière claire et non équivoque, la nécessité d'exécuter en nature son obligation »⁸.

cités par P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 484.

⁶ Voy. notamment L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2000, p. 511 ; B. DE CONINCK, *La mise en demeure*, coll. Centre de droit des obligations, Groupe Thomas More de Louvain, 2000, n° 6 et s. ; R. KRUIJTHOF, « Overzicht van rechtspraak 1974-1980 », *T.P.R.*, 1983, p. 667 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence (1985-1995), Les Obligations : Les Sources », *J.T.*, 1996, p. 718 ; A. VAN OEVELEN, « Actuele jurisprudentiele en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *R.W.*, 1994-1995, pp. 793-794, tels que cités par P. Wéry (P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 484).

⁷ Nous renvoyons à cet égard à la contribution de P. Wéry (*Ibid.*, p. 499).

⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 110 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1698-1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 687 ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 465. Notons que la « demeure » vient du latin « *mora* » qui signifie « retard ». Bien que s'intéresser à l'étymologie soit nécessaire pour comprendre la notion, il semble que lier uniquement le « retard » à la notion de mise en demeure prive cette dernière d'un pan important de sa signification. La doctrine a précisé que la notion de « mise en demeure » signifie davantage « état d'inexécution » de sorte que l'expression inclue tant le retard dans

Désormais, la définition retenue par le législateur à l'article 5.231 du Code civil, et confirmée par la Cour de cassation dans un récent arrêt de 2022⁹, se lit comme suit : « La mise en demeure est l'acte juridique unilatéral par lequel le créancier notifie au débiteur, de manière claire et non équivoque, sa volonté d'exiger l'exécution de son obligation »¹⁰. Ainsi, la mise en demeure doit toujours être comprise comme étant un acte juridique réceptice¹¹, dont les effets de droit qu'elle génère sont voulus par le créancier¹².

6. Champ d'application. La place de l'article 5.231 du Code civil, intégré au sein du Titre 3, relatif au régime général de l'obligation – et plus mentionné, comme c'était le cas, dans le titre relatif aux contrats ou aux obligations conventionnelles – confirme le champ d'application particulièrement large de la disposition, qui a vocation à s'appliquer non seulement aux obligations conventionnelles, mais également aux obligations extracontractuelles et légales¹³.

7. Expression claire et univoque de la volonté du créancier. Selon la Cour de cassation, « la mise en demeure ne doit pas contenir plus que l'expression claire et non équivoque de la volonté du créancier de voir exécuter l'obligation principale »¹⁴.

Une seule condition semble donc être exigée par la Haute Juridiction : le créancier doit veiller à utiliser des termes suffisamment clairs et impératifs¹⁵. Ceci, seul le juge du fond l'apprécie puisqu'il lui revient

l'exécution de l'obligation que le défaut d'exécution (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 96). Ainsi, « en droit supplétif, sauf dispositions conventionnelles ou légales contraires donc, la seule échéance du terme ne rend pas l'inexécution fautive. Elle n'a pas d'effets juridiques concrets et le débiteur est même présumé bénéficier d'une prolongation tant que le retard n'est pas stigmatisé. [...] Le retard d'exécution se traduit exclusivement en une inexécution juridique si le débiteur est en demeure, c'est-à-dire s'il se trouve dans une situation où il est tenu juridiquement responsable de son retard » (T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *J.T.*, 2018/13, pp. 281-282).

⁹ Cass., 21 mars 2022, *R.A.B.G.*, 2022/11, pp. 822-826.

¹⁰ Art. 5.231 C. civ.

¹¹ Voy. à cet égard la lecture combinée des art. 1.4., al. 2, et 1.5., al. 2, C. civ.

¹² J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 176 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 467.

¹³ Les travaux parlementaires expliquent que « contrairement à ce que le plan du Code civil pourrait laisser croire, l'exécution en nature, la réparation du dommage, la force majeure, la mise en demeure du débiteur ou encore l'exception d'inexécution ne sont pas propres à l'inexécution des obligations contractuelles, mais peuvent trouver à s'appliquer à toute obligation » (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 9).

¹⁴ Cass., 16 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 48, notes ; *R.W.*, 1984-1985, col. 464 ; Cass., 18 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 484 ; *J.T.*, 1987, p. 162 ; *R.W.*, 1987-1988, p. 55, note ; Cass., 25 novembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 231 ; Cass. 26 octobre 1996, *Pas.*, 1992, I, p. 1202 ; *J.T.T.*, 1993, p. 95 ; *R.W.*, 1992-1993, p. 1163 ; *Chron. dr. soc.*, 1993, p. 55 ; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 317 ; Cass., 28 mai 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 582.

¹⁵ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 281-288 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 476.

de décider « souverainement en fait si un écrit doit être considéré comme étant une mise en demeure, pour autant qu'il ne méconnaisse pas la foi due à l'acte »¹⁶.

8. Obligation en souffrance. Outre cette volonté, la jurisprudence ajoute que la mise en demeure doit également indiquer, logiquement, l'obligation restée en souffrance¹⁷.

9. Sanction de l'obligation. Sauf cas particuliers en revanche¹⁸, la validité de la mise en demeure ne sera pas troublée par l'absence de précision, par le créancier, des sanctions auxquelles le débiteur s'expose, en manquant d'exécuter l'obligation principale¹⁹.

Cette solution est justifiée comme suit par P. Collomb : « En règle générale, une telle information du débiteur [...] paraît superflue. Nul n'est censé ignorer la loi ; encore moins la loi du contrat. [...] Un débiteur qui n'exécute pas ses obligations s'expose aux conséquences que son attitude appelle ; il doit s'attendre au pire ; il se met à la merci de son créancier qui choisit les conséquences qu'il désire tirer de l'inexécution »²⁰.

10. Délai. Sauf législation particulière²¹ ou disposition contractuelle, la doctrine précise que « la mise en demeure n'a d'utilité et de signification que dans la mesure où elle constitue une dernière sommation solennelle adressée au débiteur, destinée à permettre à ce dernier d'exécuter son obligation et d'éviter les conséquences de sa défaillance »²², étant entendu, que « les effets de la mise en demeure ne commencent à se produire qu'après le délai nécessaire

¹⁶ Cass., 21 mars 2022, R.A.B.G., 2022/11, pp. 822-826 tel que traduit par S. VAN LOOCK, « La mise en demeure revisited », *Les Pages*, n° 2022/134.

¹⁷ Mons, 30 mai 1983, *Pas.*, 1983, II, p. 103, notes.

¹⁸ L'article VII.105, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code de droit économique portant sur la non-exécution du contrat de crédit doit reprendre les modalités de la clause de déchéance du terme ou de la condition résolutoire expresse ; l'article 70 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances prévoit que l'assureur doit indiquer, dans la mise en demeure, les conséquences juridiques du défaut de paiement de la prime dans le délai fixé ; l'article 6 de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur prévoit que la mise en demeure doit obligatoirement contenir la mention « cette lettre concerne un recouvrement amiable et non un recouvrement judiciaire ». Nous pouvons comparer ceci avec la « notification » au débiteur qui nécessite d'informer celui-ci du recours à une clause résolutoire expresse (voy. *infra*, pt 30).

¹⁹ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 288 ; P. WÉRY, « Le contenu de la mise en demeure », note sous J.P. Jumet, 18 décembre 1995, R.R.D., 1996, pp. 82-84.

²⁰ P. COLLOMB, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, 1974, p. 359.

²¹ L'article VII.105, alinéa 1^{er}, 1^o, du Code de droit économique portant sur la non-exécution du contrat de crédit prévoit un délai d'un mois, tout comme l'article 70 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. L'article 6 de la loi du 20 décembre 2002 relative au recouvrement amiable des dettes du consommateur prévoit un délai de 15 jours.

²² P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1698-1973) », *op. cit.*, p. 687.

pour l'exécution de l'obligation ; si le débiteur commence immédiatement l'exécution, la mise en demeure ne produit aucun effet »²³.

La longueur de ce délai, qui ne commencera à courir qu'à partir du moment où le destinataire prend connaissance ou aurait raisonnablement pu prendre connaissance de la mise en demeure²⁴, reste une question d'appréciation au cas par cas.

Dans des circonstances ordinaires, un délai de trois jours ouvrables pour les créances de sommes est généralement considéré comme étant raisonnable²⁵.

Pour ce qui est des créances de *facere*, ce délai raisonnable doit également faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, eu égard à la variété des circonstances de l'obligation²⁶.

11. Consécration de la mise en demeure *ad futurum*. L'obligation, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit exigible²⁷, doit à tout le moins être existante au moment de la mise en demeure²⁸. Elle n'aura alors d'effet qu'à compter du moment où l'obligation devient exigible.

L'article 5.232 consacre ainsi à droit constant la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « aucune disposition légale n'interdit que cette sommation soit antérieure à l'exigibilité de la dette dont l'existence n'est pas contestée »²⁹.

Le texte légal repris dans le Code civil se lit en effet comme suit : « Le créancier peut adresser une mise en demeure avant la survenance du terme, pourvu qu'elle soit suffisamment proche de l'échéance. Elle ne produit toutefois d'effet qu'une fois le terme échu. »

²³ R.P.D.B., t. IX, v° *Obligations*, 1938, p. 118. Concernant la controverse sur la prise de cours des effets de la mise en demeure, nous renvoyons pour le surplus aux développements de P. Wéry (P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 481-482).

²⁴ Voy. *supra*, pt 5. Depuis la réforme, la lecture combinée des articles 1.4., alinéa 2, et 1.5., alinéa 2, du Code civil définit précisément le moment à partir duquel un acte juridique unilatéral réceptice « parvient à son destinataire » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 13-14). Il en découle que la manifestation de volonté reprise dans la mise en demeure parvient à son destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance. Nous précisons à cet égard que la notification par recommandé est réalisée au moment où elle est présentée à l'adresse utile, fût-elle non retirée par le débiteur. Voy. à cet égard Cass., 16 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 45.

²⁵ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 289.

²⁶ *Ibid.*, p. 289.

²⁷ *Ibid.*, p. 285.

²⁸ *Ibid.*, pp. 284-285.

²⁹ Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1976, I, p. 887 ; Cass., 25 février 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 141 ; Cass., 7 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 230 tels que cités par T. Delahaye. Notons à cet égard que, dans son article, l'auteur distingue comme suit l'exigibilité de la dette de celle de la créance : « Une dette est exigible lorsqu'elle est venue à son terme et qu'elle n'est pas affectée d'un terme suspensif. Quoique la dette soit réputée exigible, la créance ne l'est pas tant que le débiteur n'est pas en demeure. Une créance n'est effective que si son titulaire manifeste la volonté de l'exercer » (T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, pp. 284-285).

12. La mise en demeure du créancier. Nous notons finalement l'insertion des articles 5.211 et suivants, relatifs à la mise en demeure de créancier.

Un tel procédé est pour la première fois introduit dans notre droit positif (outre la lourde procédure, désormais abrogée, d'offres réelles et de consignations, reprise aux articles 1257 et suivants de l'ancien Code civil), et ce, à l'inverse de ce qui est légalement consacré dans bon nombre de droits étrangers³⁰. Ces dispositions permettent désormais au débiteur de mettre en demeure le créancier qui ferait obstruction à la réalisation de la prestation qui lui est due³¹.

Section 2 Formalisme

13. Souplesse du principe. Le texte de l'article 5.231 consacre à droit constant la souplesse de la mise en demeure, dans le prolongement de l'interprétation qui en était faite par la doctrine et la jurisprudence : seule compte la volonté du créancier d'exiger que l'exécution de l'obligation de son débiteur soit exprimée de manière « claire et non équivoque »³².

Le législateur a donc confirmé l'abandon de tout formalisme³³ (exploit d'huissier, lettre recommandée, sommation³⁴ ou sommation judiciaire³⁵), ce que la Cour de cassation avait déjà admis, d'abord en matière commerciale et ensuite en matière civile³⁶, de sorte que des actes jugés « plus souples » puissent être qualifiés d'équivalents.

14. Destinataire. Puisqu'il s'agit d'actes « contenant une interpellation dont [le débiteur] a dû nécessairement induire qu'il était mis en demeure d'exécuter son obligation »³⁷, c'est nécessairement la personne qui est débitrice de l'obligation concernée qui doit être valablement touchée par la mise en demeure³⁸.

³⁰ Voy. à cet égard les droits néerlandais, allemand et français.

³¹ Voy. les travaux parlementaires de l'article 5.211 de la Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 352 et s. Nous notons à cet égard que l'article 5.215 prévoit que la mise en demeure du créancier (i) empêche le cours des intérêts dus par le débiteur, (ii) libère le débiteur de la réparation du dommage résultant du retard ultérieur dans l'exécution de l'obligation et (iii) met les risques à la charge du créancier, s'il ne les supporte pas déjà.

³² Voy. *supra*, pt 7.

³³ Les travaux parlementaires de l'article 5.231 indiquent à cet égard qu'« elle n'est pas soumise, pour sa validité, à des conditions de forme ». (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 266).

³⁴ Art. 1139, 1153, al. 3, et 1155 C. civ (ancien).

³⁵ Art. 1154 C. civ.

³⁶ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 473.

³⁷ Cass., 7 mai 1880, *Pas.*, 1998, I, p. 138.

³⁸ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 289.

15. Destinataires multiples. En cas de débiteurs multiples, la doctrine synthétise les différentes hypothèses comme suit : « Il y a lieu de distinguer les dettes conjointes, les dettes solidaires et les dettes *in solidum*. L'obligation conjointe est une dette divisible, fractionnée entre les débiteurs. La mise en demeure du débiteur par l'un des créanciers ne profite pas aux autres créanciers et la mise en demeure de l'un des codébiteurs n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci. L'obligation solidaire est au contraire indivisible entre les débiteurs et tend à éviter le fractionnement de la dette. La mise en demeure notifiée à un débiteur solidaire est opposable à tous ses codébiteurs solidaires. Conformément à l'article 1207 de l'ancien Code civil, la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous. L'obligation *in solidum* concerne la dette caractérisée par une solidarité imparfaite. Les effets de la mise en demeure s'attachent donc à la personne à laquelle elle est notifiée, à l'exclusion des codébiteurs »³⁹.

Cette vision n'a pas fait l'objet d'une modification dans le cadre de la réforme⁴⁰.

16. Forme écrite. L'exigence de la forme écrite de la mise en demeure est longtemps restée controversée⁴¹, à tout le moins en matière civile⁴². Nous ne

³⁹ T. DELAHAYE, *ibid.*, p. 289.

⁴⁰ Concernant les obligations conjointes, voy. les travaux parlementaires de l'article 5.159 de la Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 200 : « De ce fait, les actes d'un des créanciers à l'égard d'un des codébiteurs (comme une mise en demeure, l'interruption de la prescription ou la remise de dette) n'ont en règle générale qu'un effet individuel ; ils ne profitent pas à d'autres créanciers et n'ont pas d'effet pour les autres débiteurs. » Concernant les obligations solidaires, voy. les travaux parlementaires de l'article 5.163 de la Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 209 : « Tous les effets de la mise en demeure d'un débiteur sont étendus à tous les codébiteurs. » Concernant les obligations *in solidum*, voy. les travaux parlementaires de l'article 5.169 de la Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 223 : « Les effets secondaires de la solidarité passive ne sont, en revanche, pas d'application à l'obligation *in solidum*. » Notons par ailleurs les travaux parlementaires de l'article 5.171 de la Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 229 qui prévoient qu'il en est de même pour les effets secondaires de la solidarité et de l'indivisibilité actives : « Chaque créancier solidaire peut poser des actes de conservation de la créance, lesquels profiteront également aux autres créanciers. Ainsi, il est déjà admis que l'interruption de la prescription ou la mise en demeure (avec le paiement d'intérêts moratoires) par l'un des créanciers profite à tous les autres et peut être invoquée par l'ensemble de ceux-ci. »

⁴¹ En faveur de l'exigence d'un écrit : Anvers, 25 mars 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 210 ; T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 287 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, 1862, p. 19 ; F. LAURENT, *Principes du droit civil*, t. XVI, 1887, p. 297 écrivait : « La loi exige un acte, donc un écrit, ce qui exclut la preuve par témoins, et par conséquent, une interpellation orale. Une pareille interprétation ne présente pas un caractère assez sérieux pour que l'on en puisse induire que le créancier a intérêt à l'exécution immédiate de l'obligation. » *A contrario* : Cass., 20 novembre 2008, *Pas.*, I, 2008/11, p. 2673 ; *R.D.C.*, 2009/5, p. 510 (somm.) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 108 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. I, 1955, p. 191.

⁴² En matière commerciale en effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2008 est venu mettre fin aux controverses en stipulant « Het middel, dat aanvoert dat de ingebrekestelling in handelszaken noodzakelijkwijfs schriftelijk moet geschieden, faalt naar recht » (Cass., 20 novembre 2008, *Pas.*, I, 2008/11, p. 2673 ; *R.D.C.*, 2009/5, p. 510 somm.).

pouvons que regretter que le législateur ait manqué l'occasion de mettre fin aux discussions en ne souhaitant pas se prononcer formellement sur ce point.

Déjà sous l'ancien régime, P. Wéry ne suivait pas l'opinion de la doctrine selon laquelle l'« acte » mentionné par la Cour de cassation dans ses arrêts⁴³ signifierait nécessairement un « acte écrit » et donc à « faire de la mise en demeure un acte solennel ». Selon lui, et dans le même sens que suggéré par H. De Page⁴⁴, on pourrait parfaitement donner un autre sens à ce mot « acte » « en y voyant le *negotium*, c'est-à-dire l'acte juridique qu'est la mise en demeure »⁴⁵.

Ainsi, en dépit des difficultés probatoires que le créancier pourrait rencontrer à défaut d'un écrit, « une telle analyse permettrait de retenir la mise en demeure verbale »⁴⁶.

17. Cas particuliers. Certaines dispositions contractuelles ou les législations particulières peuvent néanmoins prévoir des formes particulières de mise en demeure. Tel est notamment le cas en matière de crédit à la consommation⁴⁷, de crédit hypothécaire⁴⁸, d'assurances⁴⁹ ou dans le cadre des procédures sommaires d'injonction de payer⁵⁰.

Section 3 Fonctions

18. Fonctions de la mise en demeure. Depuis le xx^e siècle⁵¹, une distinction peut être opérée entre les fonctions généralement prêtées, par la doctrine et la jurisprudence, à la mise en demeure :

- une fonction « d'information, d'imputabilité et de preuve du débiteur », visant à l'informer de son état d'inexécution⁵², de la volonté du créancier d'obtenir la prestation et à « mieux répartir les torts, et donc à diminuer, autant qu'il est possible, les chicanes entre le débiteur et créancier »⁵³ ;

⁴³ Cass., 7 mai 1880, *Pas.*, I, p. 138 ; Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, n° 152.

⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁵ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 475.

⁴⁶ P. WÉRY, *ibid.*, p. 475.

⁴⁷ Voy. art. VII.105 C.D.E. en matière de crédit à la consommation.

⁴⁸ Voy. art. 147/21 C.D.E. en matière de crédit hypothécaire.

⁴⁹ Voy. art. 70 de la loi du 4 avril 2014 sur les assurances.

⁵⁰ Voy. art. 1339 C. jud. dans le cadre des procédures sommaires d'injonction de payer.

⁵¹ À cet égard, P. Wéry explique qu'à la différence de celle du xix^e siècle, la doctrine du xx^e siècle a cherché à regrouper les différents rôles assignés à la mise en demeure afin de le regrouper (P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 482).

⁵² P. WÉRY, *ibid.*, p. 470.

⁵³ D. ALLIX, « Réflexions sur la mise en demeure », *J.C.P.*, 1977, I, n° 2844 tel que cité par P. Wéry (P. WÉRY, *ibid.*, p. 470).

- une fonction « d'avertissement », ayant pour objet d'octroyer une dernière occasion au débiteur de s'exécuter volontairement⁵⁴.

La tendance actuelle en droit français, accompagnée par certains récents instruments internationaux⁵⁵, est de faire la part belle à la conception d'avertissement : « Il est possible qu'il faille abandonner la vieille conception, étymologique pourrait-on dire, de la mise en demeure qui voit dans cette formalité la notification d'un retard »⁵⁶.

La mise en demeure serait donc progressivement devenue un « élément de procédure précontentieuse [...] destiné à prévenir une sanction qui offre au débiteur une dernière chance de s'exécuter »⁵⁷.

Le législateur, dans le cadre de la réforme, semble réaliser un compromis entre ces deux fonctions et a indiqué de façon neutre qu'« un délai doit être laissé au débiteur, lorsque la loi, le contrat ou la bonne foi l'imposent »⁵⁸.

19. Transfert des risques. Il ressort des articles 1138 et 1302 de l'ancien Code civil que la mise en demeure opère également un transfert des risques aux dépens du débiteur défaillant. « Mis en demeure, le débiteur ne peut ainsi plus se prévaloir de l'effet libératoire qui normalement s'attache à la force majeure »⁵⁹, à moins qu'il ne puisse démontrer que le dommage dont il est allégué qu'il est responsable se serait de toute façon produit sans sa faute⁶⁰.

L'article 5.227 du Code civil confirme désormais : « Dès [le moment où le débiteur est mis en demeure], les conséquences de la force majeure lui incombent. » Ainsi, « à partir de la mise en demeure, l'impossibilité d'exécution résultant d'une situation apparue ultérieurement reste en principe à charge du débiteur »⁶¹.

⁵⁴ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 284.

⁵⁵ Voy. l'article III-3 du Draft Common Frame of Reference d'octobre 2009 qui prévoit : « Dans tous les cas d'inexécution d'une obligation, le créancier peut par notification, impartir au débiteur un délai supplémentaire pour l'exécution » et l'article 7.1.5. des principes Unidroit relatifs au commerce international (2010) : « En cas d'inexécution, le créancier peut notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations. »

⁵⁶ X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *J.C.P.*, 1996, doctrine 3974, n° 1.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 267.

⁵⁹ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 493.

⁶⁰ Il en est d'ailleurs de même en droit français (T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 282).

⁶¹ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 264. Ce faisant, l'article 5.227 semble consacrer l'acquis de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1985 (Cass., 6 décembre 1985, *Pas.*, I, 1986, p. 437 ; *J.T.*, 1987, p. 162). Les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 5.267 confirment cette vision : « Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il n'a pas pris en charge les cas de force majeure, l'obligation est caduque et le débiteur libéré de toute obligation, dans le cas où la chose aurait également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée. L'alinéa 1^{er} est d'application conforme aux obligations ayant pour objet une prestation de faire ou de ne pas

20. Interruption de la prescription. Nous notons qu'en principe, la mise en demeure n'interrompt pas la prescription⁶².

Deux exceptions existent cependant : la citation en justice valant comme mise en demeure ainsi que la mise en demeure visée par l'article 2244, paragraphe 2, du Code civil⁶³.

Section 4

Condition préalable à toute sanction

21. Préalable à toute sanction. À la différence de la vision traditionnelle selon laquelle la mise en demeure n'était nécessaire qu'en cas de réclamation de dommages et intérêts, H. De Page enseignait que « la mise en demeure s'impose pour toute exécution forcée, c'est-à-dire pour l'exécution en nature aussi bien que pour l'exécution en équivalent (dommages-intérêts) »⁶⁴.

La mise en demeure devrait, en réalité, être entendue de manière encore plus large en pratique, à savoir « comme un préalable à la mise en œuvre de toutes les sanctions de l'inexécution, et pas seulement à la seule exécution forcée »⁶⁵.

Dans l'ancien Code civil, certaines dispositions légales subordonnaient explicitement la mise en œuvre de sanctions contractuelles à une mise en demeure préalable⁶⁶. Pour les autres sanctions, la question restait ouverte. Qu'en était-il dès lors de la nécessité de mise en demeure en vue de l'action en résolution du contrat synallagmatique ou de la résolution extrajudiciaire ?

Bien que déjà en germe dans deux arrêts précédents⁶⁷, c'est finalement dans un arrêt du 9 avril 1976 que la Cour de cassation tranche en se

faire. » Notons à cet égard que l'article 5.228 du Code civil consacre la possibilité – reconnue dans le droit néerlandais (art. 6:86 NBW) – pour le débiteur de « purger la demeure », à savoir d'« offrir l'exécution de la prestation due pour autant que celle-ci présente encore une utilité pour le créancier ».

⁶² Cass., 7 décembre 1981, *R.W.*, 1982-1983, col. 2010.

⁶³ Concernant les conditions de validité de ce mode interruptif de la prescription, nous renvoyons aux développements repris dans M. MARCHANDISE, « L'interruption de la prescription libératoire par une lettre d'avocat », *J.T.*, 2015/16, n° 6602, p. 353.

⁶⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁵ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 483.

⁶⁶ Voy. notamment à cet égard art. 1146 pour les dommages et intérêts judiciaires ; art. 1153, al. 3, pour les intérêts moratoires ; art. 1230 pour la clause pénale ; art. 1656 pour le pacte commissaires exprès stipulé pour le cas de non-paiement du prix de vente au terme convenu.

⁶⁷ Dans l'arrêt du 31 mars 1966, la Cour de cassation considère que l'article 1153, relatif aux intérêts moratoires dus sur les obligations de sommes est une application du principe énoncé dans l'article 1146 du Code civil (Cass., 31 mars 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 995) ; dans l'arrêt du 4 septembre 1975, la Cour voit dans l'article 1146 une règle générale applicable autant aux dommages et intérêts moratoires qu'aux dommages et intérêts compensatoires (Cass., 4 septembre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 16) tels que cités par P. Wéry (P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 484).

positionnant en faveur de l'existence de la mise en demeure comme « principe général de droit ».

Ainsi, « contrairement à ce que soutient le moyen [selon lequel la mise en demeure prévue à l'article 1146 du Code civil est exclusivement requise lorsque le créancier exige l'exécution forcée de l'obligation du débiteur, c'est-à-dire des dommages et intérêts], l'obligation d'une mise en demeure peut exister, sur la base du principe⁶⁸, dont fait application l'article 1146 du Code civil, lorsque l'assureur poursuit la déchéance stipulée pour le cas où l'assuré reste en défaut de remplir une de ses obligations »⁶⁹.

22. Influence uniquement sur le fondement de l'action. Nous notons à cet égard que la mise en demeure n'a pas d'influence sur la recevabilité de l'action en justice mais uniquement sur son fondement, puisqu'elle touche uniquement à l'exigibilité de la créance dont le créancier réclame l'exécution⁷⁰.

23. Plan. Qu'il s'agisse de sanctions de droit commun (Sous-section 1), de clauses contractuelles en cas d'inexécution (Sous-section 2) ou de justice privée (Sous-section 3), la mise en demeure est donc, sauf exception, obligatoire⁷¹.

Sous-section 1

Les sanctions de droit commun

24. Exécution en nature. Avant de faire condamner le débiteur à s'exécuter en nature, une dernière occasion doit lui être laissée de s'exécuter volontairement⁷². Ainsi, il est admis que les obligations de *dare*⁷³ ou de *facere* sont soumises au préalable de la mise en demeure⁷⁴.

L'article 5.224, alinéa 3, du Code civil prévoit désormais explicitement que la mise en œuvre des sanctions de droit commun (dont les droits à l'exécution en nature et à la réparation relèvent) doit être précédée d'une mise en demeure.

Concernant l'exécution en nature d'une obligation de ne pas faire (*non facere*), X. Lagarde expliquait que, contrairement à l'opinion d'H. De Page

⁶⁸ Nous notons à cet égard que la Cour de cassation parle de « principe » alors que la notice de l'arrêt à la *Pasicrisie* fait référence à un « principe général de droit ». À ce sujet, voy. P. WÉRY, *ibid.*, p. 484.

⁶⁹ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887, notes ; R.W., 1976-1977, col. 921, note.

⁷⁰ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 284.

⁷¹ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 484.

⁷² T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 293.

⁷³ Pour lesquelles le principe de l'effet translatif de l'article 1138 du Code civil ne s'applique pas (à savoir notamment dans le domaine des obligations de sommes) ; T. DELAHAYE, *ibid.*, p. 282 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 485.

⁷⁴ P. WÉRY, *ibid.*, p. 485.

selon laquelle la mise en demeure est inutile « lorsque le débiteur a déjà fait ce qu'il s'était engagé à ne pas faire »⁷⁵, « il ne suffira plus de dire que l'inexécution est caractérisée pour dispenser le créancier de mise en demeure. Encore faudra-t-il se demander si, malgré l'inexécution, le débiteur est encore en mesure de donner satisfaction à son créancier. Ainsi, la violation d'une obligation de ne pas faire, malgré les dispositions de l'article 1145 du Code civil, pourrait, dans une certaine mesure, n'être sanctionnée qu'après mise en demeure adressée au débiteur »⁷⁶.

À cet égard, l'article 5.233, alinéa 1^{er}, 1^o, prévoit désormais que « la mise en demeure n'est pas requise lorsqu'elle ne présente plus d'utilité. Tel est notamment le cas lorsque l'obligation de ne pas faire a été violée »⁷⁷.

Cette formulation ne semble pas régler la controverse. En effet, le débiteur d'une obligation de ne pas faire peut-il se prévaloir de l'absence de mise en demeure de son créancier qui aurait considéré que celle-ci ne présente plus d'utilité, ce que le débiteur conteste ?

Cela étant, puisqu'il est admis que l'assignation en justice vaut mise en demeure, il semble que la question ne soit que théorique. Par pragmatisme et efficacité, le créancier prudent veillera donc à adresser une mise en demeure à son débiteur, afin de laisser à ce dernier l'occasion de rectifier son obligation, lorsque cela est possible.

25. Intérêts moratoires. L'article 1153, alinéa 3, du Code civil⁷⁸ prévoyait que les intérêts moratoires, ayant « pour but de réparer les dommages complémentaires que le créancier subit par le retard avec lequel le débiteur paie une obligation de somme »⁷⁹, « sont dus à partir du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit ».

Ceci, le législateur l'a confirmé à l'article 5.240 du Code civil⁸⁰.

26. Intérêts compensatoires. Les intérêts compensatoires⁸¹, eux, font « partie de la réparation du dommage, [...] [et] sont intégralement régis par le

⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., p. 102.

⁷⁶ X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », op. cit., n° 9. Par exemple, le preneur qui aurait modifié la destination des locaux, alors qu'il avait l'obligation de ne pas le faire, ne se verrait utilement opposer par le bailleur la clause résolutoire stipulée au bail qu'après avoir été mis en demeure de restituer au local sa destination initiale.

⁷⁷ Nous soulignons.

⁷⁸ À ce titre, l'article 1153, alinéa 3, ne constituait qu'une application particulière de l'article 1146 qui prévoyait que les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation (P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », op. cit., p. 488).

⁷⁹ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 275.

⁸⁰ Une solution similaire est d'ailleurs reconnue en droit français. Voy. à cet égard, P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 700-701.

⁸¹ Dont l'objectif est de compenser le délai qui s'écoule entre la naissance du dommage et le moment où le juge fixe le montant de la réparation, la transformant en une obligation de somme (« Les intérêts : introduction »,

principe de la réparation intégrale au jour du prononcé. Le créancier subit un dommage en raison du retard avec lequel le débiteur paie les dommages-intérêts dont il est redevable »⁸².

La question portant sur le moment précis où commencent à courir les dommages et intérêts compensatoires est restée longtemps controversée⁸³.

Dans un arrêt du 31 mars 2006, la Cour de cassation avait fait droit à la position d'Henri De Page en précisant : « Nonobstant l'article 1146 du Code civil, en vertu duquel les dommages et intérêts ne sont dus, en règle, que lorsque le débiteur a été mis en demeure de remplir son obligation, les dommages et intérêts compensatoires sont dus à dater du jour où l'inexécution est acquise, peu importe la date de la mise en demeure »⁸⁴, celle-ci restant néanmoins nécessaire.

Dans un arrêt de la même année, la Cour de cassation a ensuite confirmé son revirement de jurisprudence⁸⁵ : « Le juge détermine librement la date à partir de laquelle des intérêts compensatoires sont accordés pour autant qu'il n'en accorde pas pour une période antérieure à la naissance du dommage »⁸⁶.

L'article 5.241 consacre désormais les enseignements de la Cour de cassation en ces termes : « Les intérêts compensatoires sont dus à compter de la naissance du dommage. » Les travaux préparatoires ont ajouté une précision : « Le point de départ des intérêts compensatoires (à compter de la naissance du dommage) n'empêche pas de calculer ceux-ci à partir d'une date moyenne ou à partir de la date de consolidation [du dommage] »⁸⁷.

article disponible sur le site www.droitbelge.be). Par exemple, les dommages-intérêts compensatoires en raison de la responsabilité contractuelle du débiteur.

⁸² Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 276.

⁸³ Voy. à cet égard P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 486. E. Vieujean écrivait à cet égard : « On considère généralement que, si la créance de dommages-intérêts compensatoires ne naît pas avant la mise en demeure du débiteur, le créancier n'a droit auxdits dommages-intérêts que pour la réparation du préjudice subi depuis la demeure du débiteur et que le préjudice antérieur doit, fût-il certain et dûment visé dans l'assignation, demeurer sans réparation » (E. VIEUJEAN, *Les Nouvelles, Droit civil*, t. IV.2, vol. 2, « Le terme de droit suspensif », 1958, p. 596). H. De Page soutient, de son côté, que « [q]uoi qu'exigée en principe également pour les dommages-intérêts compensatoires, la demeure est sans rapport avec ceux-ci quant au jour où il faut se placer pour les évaluer. Tandis que, dans les dommages-intérêts moratoires, le préjudice ne naît que du retard apporté à obtempérer à l'*interpellatio*, et que, par conséquent, le dommage antérieur à l'*interpellatio* n'existe pas en droit, dans les dommages-intérêts compensatoires [...], le préjudice naît de l'inexécution (non du retard), et doit être réparé dans toute la mesure où cette inexécution existe » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 114-115).

⁸⁴ Cass., 31 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 733.

⁸⁵ La Cour de cassation indique à ce titre que « le débiteur ne doit payer les intérêts sur les dommages-intérêts dus ensuite de l'inexécution de son obligation qu'après avoir été mis en demeure d'exécuter ses obligations » (Cass., 17 janvier 1992, *Pas.*, I, p. 421 ; R.D.C., 1993, p. 237).

⁸⁶ Cass., 22 décembre 2006, R.W., 2006-2007, p. 1439.

⁸⁷ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 277.

Qu'il s'agisse des intérêts moratoires ou compensatoires, une mise en demeure reste donc, en tout état de cause, indispensable⁸⁸.

27. Résolution judiciaire. Finalement, la mise en demeure est toujours nécessaire lorsque de l'inexécution envisagée porte sur la résolution du contrat synallagmatique⁸⁹. Nous notons ici encore que l'intérêt pratique de ceci est modéré, puisque la citation en justice équivaut à une mise en demeure⁹⁰.

Sous-section 2

La mise en œuvre de clauses contractuelles

28. Clauses indemnitaires. L'article 1230 de l'ancien Code civil portant sur l'application des clauses pénales (devenues « clauses indemnitaires » dans le cadre de la réforme) se lit comme suit : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit que l'obligation primitive ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure. »

Ainsi, la mise en œuvre de toute clause indemnitaire est soumise au préalable de la mise en demeure⁹¹.

Cette position a été confirmée par la loi, à l'article 5.83 du Code civil. Cet article prévoit la mise en œuvre des sanctions suivantes, à la disposition du créancier en cas d'inexécution, imputable au débiteur, d'une obligation contractuelle : l'exécution en nature, la réparation de son dommage, la résolution du contrat et la réduction du prix. La mise en œuvre de ces sanctions doit néanmoins être précédée d'une mise en demeure conformément à l'article 5.231 à 5.233.

Les clauses indemnitaires constituant une des formes de réparation du dommage, la mise en œuvre de toute clause indemnitaire est soumise au préalable de la mise en demeure.

⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 103 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 448.

⁸⁹ Sauf en cas d'extrême urgence (T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 293). Cette vision a été confirmée dans le cadre de la réforme. À cet égard, nous renvoyons à l'article 5.83, alinéa 3, du Code civil qui prévoit que la mise en œuvre des sanctions visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o à 4^o (dont le droit à la résolution, le cas échéant extrajudiciaire, du contrat), doit être précédée d'une mise en demeure conformément à l'article 5.231 à 5.233.

⁹⁰ T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 285 ; E. VIEUJEAN, *Les Nouvelles, Droit civil*, t. IV.2, vol. 2, « Le terme de droit suspensif », *op. cit.* p. 587 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 489 ; Concernant l'hypothèse où une action en résolution est introduite (valant mise en demeure) et que le débiteur remédie à son manquement contractuel après la citation, voy. Cass., 26 décembre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, afl. 12, p. 3068 ; T.B.O., afl. 4, p. 192.

⁹¹ Cass., 20 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 324 ; T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 293 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 490.

29. Intérêts moratoires contractuels. La jurisprudence est arrivée à une conclusion identique en ce qui concerne l'application de clauses prévoyant des intérêts moratoires ou des dommages et intérêts moratoires, pour autant, bien entendu, que ladite clause ne prévoie pas que les intérêts moratoires sont dus de plein droit et sans mise en demeure⁹².

30. Clause résolutoire expresse. La Cour de cassation a exprimé sa position comme suit, concernant l'application d'une clause résolutoire expresse : « Lorsque la convention contient une [telle] clause [...], mais que cette clause ne porte pas dispense, pour le créancier, de mettre le débiteur en demeure, la résolution ne peut, en principe, avoir lieu que s'il a été procédé à pareille mise en demeure »⁹³, à tout le moins, si elle est encore utile⁹⁴.

Les travaux parlementaires de la réforme du Code civil ont confirmé cette nécessité en ces mots : « Préalablement à cette notification⁹⁵, [le créancier] adressera une mise en demeure à son débiteur, à moins qu'une clause ou une exception ne l'en dispense »⁹⁶.

31. Remplacement ou exécution d'office. La clause de remplacement ou d'exécution d'office, prévue dans un contrat qui écarterait l'application supplétive des articles 1143 et 1144 de l'ancien Code civil, peut autoriser le créancier à substituer un tiers au débiteur défaillant, aux frais de celui-ci⁹⁷.

Néanmoins, sauf si la clause en question y déroge, « le créancier doit, avant de procéder à une telle substitution, laisser une dernière chance au débiteur, en le mettant en demeure »⁹⁸.

L'article 5.85, alinéa 2, du Code civil reprend ces acquis doctrinaux en ces termes : « [Le remplacement du débiteur] peut aussi résulter de l'application d'une clause autorisant le créancier à exécuter lui-même ou à faire exécuter

⁹² Civ. Liège, 13 octobre 1988, *Pas.*, 1989, III, p. 42 ; Cass., 4 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 240.

⁹³ Cass., 2 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 934 ; *R.W.*, 1964-1965, col. 873 ; *J.T.*, 1964, p. 634. S'il a été convenu lors de la vente d'immeuble par exemple que, à défaut de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue « de plein droit », « l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ». Selon la Cour de cassation (Cass., 24 mars 1995, *Rec. Cass.*, 1995, p. 267 et note S. STRIJNS, *Pas.*, 1995, I, p. 358), la locution « van rechtswege » doit être interprétée comme permettant uniquement au vendeur de faire l'économie de l'intervention judiciaire préalable prévue à l'article 1184 de l'ancien Code civil, mais pas de la mise en demeure, sous peine de violation de l'article 1656 de l'ancien Code civil.

⁹⁴ Comm. Charleroi, 18 novembre 1197, *J.L.M.B.*, p. 183.

⁹⁵ La notification visée est celle, adressée par un créancier à son débiteur, de sa volonté de faire appel à la clause résolutoire.

⁹⁶ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 111-112.

⁹⁷ Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1017 et note C. PARMENTIER ; Mons, 25 janvier 1993, *Entre. et dr.*, 1993, p. 371 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 491.

⁹⁸ P. WÉRY, *ibid.*, p. 490.

par un tiers l'obligation aux frais du débiteur.» À ce titre, nous renvoyons à l'article 5.83, alinéa 3, du Code civil qui prévoit que la mise en œuvre des sanctions visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o à 4^o (dont le droit au remplacement), doit être précédée d'une mise en demeure conformément à l'article 5.231 à 5.233.

32. Exception d'inexécution prévue dans une clause contractuelle.

P. Wéry indiquait préalablement à la réforme que, « s'agissant d'une sanction de l'inexécution, le créancier qui, en application de cette clause, veut suspendre l'exécution de ses obligations est tenu d'interpeller au préalable son cocontractant »⁹⁹.

Nous verrons ci-dessous que, depuis la réforme, la mise en demeure ne constitue plus (sauf lorsque la loi ou la bonne foi l'impose) un préalable nécessaire à l'exception d'inexécution, lorsqu'elle n'est pas prévue contractuellement¹⁰⁰.

À notre sens, rien ne saurait dès lors justifier qu'une mise en demeure soit imposée lorsque l'exception d'inexécution est consacrée dans une disposition contractuelle.

Sous-section 3

Les actions unilatérales du créancier

33. Résolution unilatérale du contrat. La résolution unilatérale du contrat « par déclaration », en l'absence d'une clause résolutoire ou d'une demande en justice, est le fruit d'un plaidoyer important porté par la doctrine¹⁰¹ durant le siècle dernier, et confirmé par la jurisprudence des juges de fond¹⁰².

⁹⁹ *Idem*, p. 491.

¹⁰⁰ Voy. *infra*, pt 35.

¹⁰¹ M. BOURMANNE, note sous Liège, 6 décembre 1985, R.R.D., 1987, pp. 14-25 ; T. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, n^{os} 212-245 ; M. FONTAINE, « La mise en œuvre de la résolution », R.C.J.B., 1991, (4), n^{os} 27, 28, 36-41 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding*, 1994, n^{os} 386-512 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution des contrats synallagmatiques, sa mise en œuvre et ses effets », in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, (375), n^{os} 34-41 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence (1985-1995), Les Obligations : Les Sources », *op. cit.*, n^{os} 147-150 ; A. VAN OEVELEN, « Actuele jurisprudentie en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen », *op. cit.*, n^o 58 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1698-1973) », *op. cit.*, pp. 605 et s. ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1985) », R.C.J.B., 1986, n^{os} 97-100 et 130 ; M. VAN RUYMBEKE, « Et si la résolution n'était plus judiciaire... », R.G.A.R., 1978, n^o 9850/3.

¹⁰² Bruxelles, 2 juin 1976, T. Ann., 1981, p. 123, note DE BOCK ; Mons, 21 juin 1983, Pas., 1983, I, p. 125, R.C.J.B., 1991, p. 8, note M. FONTAINE ; Mons, 19 décembre 1984, R.D.C./T.B.H., 1985, p. 693, note L. BALLON ; Liège, 6 décembre 1985, R.R.D., 1987, p. 11, note M. BOURMANNE ; Gand, 29 avril 1988, R.W., 1990-1991, p. 705, note E. DIRIX ; Liège, 24 juillet 1991, J.T., 1991, p. 698 ; Liège, 1^{er} octobre 1991, T. Aann., 1993, p. 302, note Ph. FLAMME ; Mons, 11 décembre 1991, R.R.D., 1992, p. 211, note ROLAND ; Anvers, 30 mars 1993, *Turnh. Rechtsl.*, 1993, p. 53 ; Anvers, 25 mai 1998, A.J.T., 1999-2000, p. 197 ; Anvers, 3 juin 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 223, note ; Anvers, 24 juin 2002, *Limb. Rechtsl.*, 2002, p. 289, note P. VANHELMONT ; Bruxelles, 9 mars 2004, AR n^o 2593/2000, www.cass.be.

La Cour de cassation n'a, de son côté, ni condamné cette forme de résolution unilatérale, ni apporté la sécurité juridique attendue par les praticiens dans ses arrêts des années 2000¹⁰³.

Force est toutefois de constater que la nécessité de mise en demeure était, elle, affirmée pleinement par l'arrêt de la Cour du 16 février 2009¹⁰⁴. L'exposé des motifs de l'article 5.93 du Code civil, lequel consacre, légalement cette fois-ci, les acquis de la jurisprudence, confirme cette exigence de mise en demeure avant tout recours à la résolution unilatérale¹⁰⁵.

L'article 5.83 du Code civil le confirme également, que ce soit pour un recours à la résolution unilatérale, ou judiciaire.

34. Faculté de remplacement. La faculté de remplacement était anciennement visée par l'article 1144. Une telle faculté requerrait, elle aussi, la mise en demeure préalable du débiteur défaillant¹⁰⁶. Ceci a également été confirmé dans le cadre de la réforme¹⁰⁷.

35. Exception d'inexécution. La question de la nécessité d'une mise en demeure par un créancier souhaitant faire recours à l'*exceptio non adimpleti contractus* est restée longtemps controversée : un premier courant, historiquement majoritaire, voyait dans la mise en demeure une condition superflue, au motif que l'exception d'inexécution devait être considérée uniquement

¹⁰³ Cass., 2 mai 2002, R.C.J.B., 2004, p. 291, note P. WÉRY ; R.W., 2002-2003, p. 501, note A. VAN OEVELEN ; R.G.D.C./T.B.B.R., 2003, p. 337, note S. STIJNS ; Cass., 16 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 485 ; *Arr. Cass.*, 2009, p. 537 ; J.T., 2010, p. 352, note M. DUPONT ; R.W., 2011-2012, p. 1843, note J. BAECK.

¹⁰⁴ « La partie qui a résolu unilatéralement le contrat commet une faute lorsque le manquement du cocontractant n'est pas, en soi, de nature à justifier la résolution judiciaire ou lorsqu'elle n'a pas mis le cocontractant en demeure de pallier son manquement alors que cette mise en demeure était encore utile » (Cass., 16 février 2009, J.T., 2010/20, p. 352).

¹⁰⁵ « Bien entendu, en vertu du droit commun, la sanction sera, en règle générale, précédée d'une mise en demeure et le créancier prendra, en conformité aux exigences de la bonne foi, les mesures utiles pour constater les défaillances du débiteur » (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 118).

¹⁰⁶ T. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 293 ; P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 491.

¹⁰⁷ Comme lors de l'application d'une clause de remplacement (voy. *supra*, pt 31), l'article 5.83, alinéa 3, prévoit que la mise en œuvre des sanctions visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o à 4^o – lequel contient l'énumération des sanctions en cas d'inexécution imputable au débiteur en matière contractuelle (dont le droit à l'exécution en nature) – doit être précédée d'une mise en demeure conformément à l'article 5.231 à 5.233. La clause de remplacement constituant une des formes d'exécution en nature, sa mise en œuvre est soumise au préalable de la mise en demeure. Nous notons néanmoins la consécration légale du recours à la faculté de remplacement par simple notification écrite : « En cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution du débiteur, le créancier peut aussi, à ses risques et périls, remplacer le débiteur par une notification écrite. Celle-ci indique les manquements qui lui sont reprochés et les circonstances qui justifient le remplacement » (art. 5.85, al. 3, C. civ.). Cette disposition « rompt toutefois avec la logique du Code civil en ne soumettant plus le remplacement à une autorisation judiciaire préalable. Il autorise le remplacement extrajudiciaire par notification du créancier » (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 95).

comme un moyen de défense provisoire, et non comme une véritable sanction, comme c'était le cas pour le second courant qui sollicitait une mise en demeure, ou, à tout le moins, une notification¹⁰⁸.

La cour d'appel de Gand a, pour ce qui la concerne, tranché en faveur d'une telle nécessité dans deux arrêts du 12 juin 1985¹⁰⁹ et du 27 juin 1996¹¹⁰.

Sans se prononcer sur la nécessité d'une mise en demeure, les travaux parlementaires semblent désormais faire droit à la vision majoritaire de la doctrine en qualifiant expressément l'exception de « moyen de défense temporaire »¹¹¹.

Est-ce à dire qu'une mise en demeure n'est pas nécessaire ? Les articles 5.83 et 5.224, alinéa 3, du Code civil, en ne reprenant pas le « droit de suspendre l'exécution de sa propre obligation » dans les sanctions devant être précédées d'une mise en demeure, le confirment¹¹².

À cet égard, nous notons pour le surplus que la Cour de cassation, à l'occasion de son arrêt du 13 janvier 2017, a statué en faveur d'une « notification » – selon les circonstances¹¹³ – (et non d'une mise en demeure, qui entraînerait l'octroi d'un dernier délai de s'exécuter), à son débiteur, de la suspension de ses obligations¹¹⁴.

¹⁰⁸ T. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 297 et les références y citées ; S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 2016, pp. 236 et s.

¹⁰⁹ Gand, 12 juin 1985, *Intern. Vervoerr.*, 1988, p. 215.

¹¹⁰ Gand, 27 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 199.

¹¹¹ Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 125.

¹¹² Voy. à cet égard, Y. NINANE et R. THÜNGEN, « L'inexécution du contrat imputable au débiteur », in *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 277.

¹¹³ Dans son exposé, S. Jansen évoque, par exemple, les circonstances suivantes : « C'est le cas s'il existe un doute à propos de l'ordre d'exécution des prestations des parties ou encore concernant l'inexécution même qui est reprochée. Un autre bel exemple se rencontre lorsque la possibilité d'exécution de contre-prestation risque de devenir impossible en raison de l'exception d'inexécution. Dans ces circonstances, il est indispensable de notifier à l'autre partie son intention de se prévaloir de l'exception d'inexécution » (S. JANSEN, « L'exception d'inexécution : *capita selecta* », *op. cit.*, pp. 239 et s. et les références y citées).

¹¹⁴ La Cour de cassation apportait les nuances suivantes : « Dans certaines circonstances et sur base de la bonne foi, il peut être exigé du débiteur qu'il informe au préalable le créancier de son intention de suspendre l'exécution de son obligation et, le cas échéant, des conséquences de cette suspension. Il en est ainsi lorsque l'exécution doit se faire dans un délai déterminé sous peine de devenir sans objet et que le créancier sait ou doit savoir que cela expose le débiteur à un dommage irréparable » (Cass., 13 janvier 2017, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 354 et s., note S. JANSEN, « De enac, de goede trouw en de kennisgeving » ; *J.T.*, 2017, p. 483, note F. GLANSORFF « L'exception d'inexécution et les droits et obligations de l'avocat impayé »). Dans son article, T. Delahaye, de son côté, tentait de résoudre la controverse de la manière suivante : « L'exécution d'une obligation exigible ne peut être suspendue que pour de bons motifs. L'exception d'inexécution repose sur un principe général de droit des obligations qui sanctionne la faute du débiteur qui n'a pas exécuté ses obligations. Comme il n'y a pas de faute contractuelle sans demeure, ce principe ne peut agir que si le débiteur est en demeure. Pour pouvoir invoquer la suspension de ses propres obligations, l'*excipiens* doit lui-même disposer d'une créance certaine et exigible. Si le débiteur est en demeure de plein droit, ce qui est souvent le cas, l'*excipiens* n'est pas tenu de prendre une initiative sur ce plan. Il en résulte que la mise en demeure ne constitue pas une condition propre à l'exception d'inexécution. Il suffit mais il importe que le débiteur soit en demeure » (T. DELAHAYE, « La mise en demeure », *op. cit.*, p. 298).

L'acquis de cet arrêt a directement inspiré le paragraphe 3 de l'article 5.239 du Code civil : « Lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose, la suspension fait l'objet d'une notification écrite donnée sans retard injustifié. Celle-ci indique la cause de la suspension et les circonstances la justifiant. »

Section 5

Les hypothèses dans lesquelles la mise en demeure n'est pas requise

36. La mise en demeure par l'effet de la convention. L'article 1139 de l'ancien Code civil se lisait comme suit : « Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. »

P. Wéry résumait comme suit l'interprétation de cette disposition par les premiers commentateurs de l'ancien Code civil¹¹⁵ : « Seule importe la volonté des parties de dispenser le créancier de la formalité de la mise en demeure ; la manière dont cette volonté s'exprime est indifférente »¹¹⁶. Il convient néanmoins que cette volonté soit certaine, précise et formelle¹¹⁷. Cette interprétation s'applique, évidemment, sous réserve de l'application de législations particulières¹¹⁸.

37. La mise en demeure par l'effet de la loi. Dans d'autres situations, c'est la qualité du débiteur qui, en raison de la loi, justifie que celui-ci soit en demeure, soit en raison de son attitude¹¹⁹, soit en raison de l'intérêt du créancier¹²⁰ que la loi estime digne de protéger¹²¹.

38. Obligation de ne pas faire ou à terme. Les articles 1145 et 1146 prévoyaient respectivement que « [s]i l'obligation est de ne pas faire, celui qui y

¹¹⁵ Voy. notamment L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, 1862, pp. 197-198 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, 4^e éd., t. XVI, Bruxelles, Stienon, 1868, p. 151.

¹¹⁶ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 494.

¹¹⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 101 ; T. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 284 ; P. WÉRY, *ibid.*, p. 494.

¹¹⁸ Voy. notamment art. VII.105 C.D.E. en matière de crédit à la consommation ; art. 147/21 C.D.E. en matière de crédit hypothécaire, art. 70 de la loi du 4 avril 2014 sur les assurances ; art. 1339 C. jud. dans le cadre des procédures sommaires d'injonction de payer.

¹¹⁹ Voy. par exemple art. 1302, al. 4, C. civ. (ancien), devenu art. 5.267, al. 4, C. civ., et art. 1996 C. civ. (ancien).

¹²⁰ Voy. par exemple art. 418 et 475septies C. civ. (ancien), art. 1:9, § 2, CSA, art. 5 de la loi du 2 août 2002 visant à lutter contre les retards de paiement dans les transactions commerciales.

¹²¹ P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 498.

contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention »¹²² et que « [l]es dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ».

La jurisprudence ne s'est toutefois pas arrêtée à ces deux textes.

39. Exécution matériellement impossible ou absence d'utilité. La Cour de cassation¹²³ a notamment tiré des termes de l'article 1146 de l'ancien Code civil une règle générale selon laquelle « [l]e créancier peut faire l'économie de la mise en demeure, lorsqu'il résulte soit de l'objet ou de la nature de la convention, soit de l'intention des parties ou de circonstances particulières à la cause, qu'après l'écoulement du délai fixé dans la convention, l'exécution en nature est devenue *matériellement impossible* ou qu'elle n'offre *plus d'utilité* pour le créancier »¹²⁴.

Le 17 janvier 1992, la Cour de cassation a encore étendu les cas dans lesquels elle considérait que la mise en demeure était superflue, lorsque « le débiteur a fait savoir qu'il n'exécutera pas son obligation »¹²⁵. Ce faisant, le débiteur se mettrait en réalité lui-même en demeure¹²⁶.

40. Codification exhaustive. Dans le cadre de la réforme, le législateur a codifié à droit constant ces exceptions à l'exigence de mise en demeure, à savoir : « La mise en demeure n'est pas requise lorsqu'elle ne présente plus d'utilité. Tel est notamment le cas : 1° lorsque l'obligation de ne pas faire a été violée ; 2° lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible ; 3° lorsque l'exécution de l'obligation ne présente plus d'intérêt pour le créancier ; 4° lorsque le débiteur a fait savoir qu'il n'exécutera pas son obligation ; 5° lorsque la loi ou le contrat porte que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme ; ou 6° en matière de responsabilité extracontractuelle »¹²⁷.

¹²² Pour davantage de précisions, voy. *supra*, pt 24.

¹²³ Voy. la jurisprudence de la Cour de cassation citée par P. WÉRY (P. WÉRY, « De l'importance de la mise en demeure et de la bonne foi dans la mise en œuvre des sanctions », *op. cit.*, p. 496).

¹²⁴ Nous soulignons dans P. WÉRY, *ibid.*, p. 496.

¹²⁵ Cass., 17 janvier 1992, W. WILMS, « De betekenis van de ingebrekestelling in de Code Napoleon », *J.J.P.*, 1983, pp. 61-62.

¹²⁶ T. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 282. Nous notons que la position de la Cour de cassation allait à l'encontre de l'opinion d'H. De Page pour qui « le refus volontaire d'exécution ne peut être admis comme emportant dispense de mise en demeure, pour l'excellent motif que, devant une sommation, le débiteur sera peut-être amené à réfléchir et à s'exécuter » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 105).

¹²⁷ Art. 5.233 C. civ.

Conclusion

41. Consécration légale et codification à droit constant. Depuis le 1^{er} janvier 2023, et à la suite d'un ouvrage de codification important du législateur, les justiciables et praticiens disposent, par la lecture combinée des seuls articles 5.83, 5.224 et 5.231 du Code civil, des outils principaux pour appréhender (i) la substance d'une mise en demeure ; (ii) les cas dans lesquels elle constitue un préalable indispensable à la mise en œuvre d'une sanction ou (iii) lorsqu'elle n'est pas/plus nécessaire.

À cet égard, force est de constater que le législateur s'est principalement attelé à codifier à droit constant nombre des acquis doctrinaux et jurisprudentiels, tout en tranchant, çà et là, quelques controverses choisies¹²⁸.

42. Survie du principe général de droit ? Est-ce à dire que la mise en demeure comme principe général de droit serait vidée de sa substance ? Nous ne le pensons pas.

Si l'œuvre de codification réalisée par le législateur et la simplification qui en découle est évidemment bienvenue, nul ne peut exclure à ce stade que l'avenir réserve au principe général de droit de mise en demeure, tel que consacré par la Cour de cassation du 9 avril 1976, une valeur interprétative auquel se référera le praticien en cas de lacunes actuelles ou futures à suppléer.

Ce point, il appartiendra à la jurisprudence de le trancher.

¹²⁸ Le législateur tranche, par exemple, les controverses liées à la prise de cours des intérêts compensatoires (pt 26) et à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution (pts 32 et 35), et sans se prononcer sur l'exigence d'un écrit (pt 16).

Principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment par chacune des parties

Blandine DE LANGE

Avocate au barreau de Bruxelles

Jean-Théodore GODIN

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction

Par un arrêt du 29 mai 2015, la Cour de cassation a consacré un principe général du droit dont la portée est la suivante : les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment et par chacune des parties, par leur seule volonté, sans dédommagement, sauf clause contractuelle contraire ou résiliation illicite.

La présente contribution analyse ce principe général du droit en identifiant sa genèse (Section 1), ainsi que sa portée (Section 2). Une tentative de caractérisation, au regard de la théorie générale du droit portant sur les principes généraux du droit, est effectuée en section 3.

Le nouveau Code civil contient en son article 5.75 une disposition qui consacre ce principe général du droit dans la loi (au sens formel). La section 4 analyse l'impact de cette disposition légale sur le principe général du droit antérieurement reconnu. La dernière section conclut la présente contribution.

Les limites de la contribution sont les suivantes. Nous ne précisons pas ici les diverses causes d'extinction des contrats ; il suffit de savoir que d'autres auteurs s'y sont attelés¹. Retenons simplement que notre cas d'étude a ceci de particulier qu'il vise (1) la dissolution d'un contrat (à l'opposé de l'extinction

¹ Voy. notamment P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in P. WÉRY (dir.), *La fin du contrat*, CUP, 2001, pp. 13-38, ainsi que P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. 2, *Les obligations*, vol. 2, *Sources des obligations (deuxième partie)*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 957-1016.

du contrat pleinement exécuté ou ayant atteint son terme), (2) par la volonté d'une partie (à l'opposé des causes qui opèrent de plein droit) et (3) sans motif (à l'opposé des causes qui opèrent moyennant la preuve d'une faute).

De la même manière, nous n'examinerons pas systématiquement le droit de résiliation unilatérale qui procède spécifiquement de la loi ou d'une clause contractuelle. L'objet du rapport est bien d'identifier la portée de la jurisprudence consacrant un principe général du droit qui dépasse tant les consécutions légales ponctuelles qui ont pu être faites que la volonté des parties.

Section 1

Genèse du principe

S'agissant de la volonté d'une ou des parties comme cause de dissolution du contrat, l'article 1134, alinéa 2, de l'ancien Code civil laisse entendre que seule la volonté conjointe des parties peut opérer (sauf exceptions légales). Nous en profitons pour rappeler le principe : « En règle générale, une convention n'est pas frappée de caducité à la suite du retrait du consentement de l'une des parties : celle-ci demeure, *nolens volens*, obligée »². C'est d'ailleurs ce qui justifie qu'elle puisse être condamnée à l'exécution forcée.

Graduellement cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation³ a reconnu le droit d'une partie à un contrat à durée indéterminée d'y mettre fin par sa seule volonté (au-delà des hypothèses prévues par la loi ou le contrat). La position inverse, à savoir l'impossibilité pour une partie engagée dans un contrat à durée indéterminée d'y mettre fin, sauf dans les cas prévus par la loi, est techniquement possible : l'on aurait pu considérer, au terme d'un raisonnement *a contrario*, que, dans les cas où la loi ne permet pas de résiliation unilatérale, cette possibilité n'existe pas. Cette position heurte trop fondamentalement les principes libéraux qui transcendent le Code civil ; elle ne pouvait raisonnablement être défendue dans notre système juridique. En réalité, l'enjeu de la jurisprudence de notre Cour suprême, au-delà de la reconnaissance d'un principe général du droit qui a un intérêt essentiellement théorique, est de déterminer à quelles conditions cette résiliation unilatérale peut intervenir (préavis, indemnisation, modalités, rôle du juge, etc.).

Le premier arrêt de la Cour de cassation qui traite la question intervient dans un contexte spécifique (la résiliation d'un contrat de travail), régi par

² P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », in P. VAN OMMESELAGHE et J. F. GERMAIN, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 260.

³ Pour les étapes antérieures, voy. notamment P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *R.C.J.B.*, 2020, pp. 60 et s.

une disposition légale qui prévoit, en substance, qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée (la loi sur le contrat de travail, adoptée postérieurement, contiendra une disposition substantiellement identique en son article 37). La Cour de cassation a jugé⁴ (contre le travailleur qui demandait l'exécution forcée de son contrat de travail à durée indéterminée après résiliation unilatérale par l'employeur) que « la résiliation unilatérale est un mode d'extinction inhérent au contrat de travail à durée indéterminée. [...] Qu'en effet, entraînant l'extinction immédiate du contrat, elle rend juridiquement impossible le recours à l'exécution forcée de celui-ci, fût-ce par équivalent, et ne laisse place qu'à l'action en réparation du préjudice résultant de la résiliation unilatérale sans préavis ni juste motif ». Les enseignements sont essentiellement de deux ordres : d'une part, la résiliation unilatérale est un droit qui ne peut être contraint par l'exécution forcée (ou par équivalent), dès lors qu'elle a pour effet de dissoudre immédiatement le contrat. D'autre part, la résiliation unilatérale fautive (par exemple sans préavis) est susceptible d'entraîner une obligation de réparation, conformément aux conditions de la responsabilité civile.

Un second arrêt de la Cour de cassation intervient le 9 mars 1973 et traite d'un moyen pris de la violation des articles 1134 et 1135 de l'ancien Code civil, desquels résultait la force obligatoire des conventions. Le demandeur en cassation considérait qu'en autorisant une des parties à rompre un contrat à durée indéterminée en dehors des conditions contractuellement prévues, la décision attaquée n'était pas légalement justifiée. Les faits de la cause portaient sur la rupture d'un contrat de concession exclusive de fabrication et de vente de certains produits par le concédant. Le contrat prévoyait explicitement ne pas être affecté d'un terme et autorisait la résiliation unilatérale, sans préavis dans certains cas et avec un préavis de 5 ans dans tous les autres cas.

La Cour de cassation juge qu'« attendu que l'arrêt considère qu'une convention, qui implique des prestations échelonnées dans le temps et est conclue pour une durée indéterminée, peut être résiliée à tout moment par chacune des parties, pourvu que la résiliation ne soit pas exclue par une règle légale particulière, indépendamment du fait que la partie qui résilie le contrat soit ou non tenue à des obligations de faire ou de ne pas faire, et que ce droit de résiliation unilatérale subsiste lorsque, comme en l'espèce, les parties ont stipulé un délai de préavis et déterminé les circonstances dans lesquelles la convention pouvait être résiliée immédiatement, étant entendu que l'absence de motif valable de résiliation ou l'inobservation d'un délai peut donner lieu à des dommages et intérêts. Qu'il fonde cette dernière considération sur ce que les clauses précitées ne modifient pas la nature de la convention qui

⁴ Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1962, *Pas.*, 1962, pp. 1197-1200.

reste conclue pour une durée indéterminée, et n'en excluent pas la résiliation immédiate, mais se bornent à déterminer quand et comment la convention peut être résiliée sans dommages-intérêts, soit immédiatement soit avec préavis. Qu'ainsi l'arrêt décide légalement, sans violer la force obligatoire de la convention que (la partie) avait le droit de mettre immédiatement fin à la convention précitée. Que la cour d'appel n'était pas tenue d'examiner si les motifs de résiliation invoqués étaient fondés ou non, puisque leur manque de fondement ne pouvait faire revivre la convention, mais seulement donner lieu à la réparation du dommage établi, ce qui n'était pas l'objet du litige »⁵.

Cet arrêt confirme le droit reconnu dans le premier arrêt commenté, en matière de contrat de concession à durée indéterminée et à prestations successives. Il est intéressant de noter que cet arrêt exclut l'exécution forcée de la clause qui prévoit un délai de préavis déterminé, sans évidemment exclure la réparation du dommage qui résulte du non-respect de ladite clause (le but d'une telle clause étant justement de préciser les conditions dans lesquelles la résiliation unilatérale peut intervenir sans indemnités). Il confirme par contre que le droit de résiliation unilatérale doit être conforme aux éventuelles lois particulières l'encadrant.

Dans son arrêt du 22 novembre 1973, la Cour de cassation confirme qu'est légalement justifié l'arrêt attaqué qui relève que « s'agissant de conventions à exécution continue et de durée indéterminée, la (partie) était en droit de les résilier unilatéralement »⁶.

Un arrêt du 12 janvier 2007⁷ confirme *a contrario* que, lorsqu'un congé est notifié avec une durée de préavis jugée insuffisante, le juge ne peut s'immiscer dans l'exécution de la convention en imposant un délai de préavis complémentaire, sans préjudice des pouvoirs éventuels du juge des référés.

Un arrêt du 3 décembre 2007⁸ précise le caractère irrévocable de la résiliation unilatérale : « La résiliation unilatérale d'une convention entraînant irrévocablement l'extinction de celle-ci, la partie dont elle émane n'a aucun droit à y renoncer. L'absence de pareille renonciation ne peut, dès lors, constituer un abus de droit dans son chef. » En revanche, il est acquis que « conformément au principe de l'autonomie de la volonté consacré par l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent décider de commun accord de tenir pour non avenu le congé donné par l'une d'elles »⁹, notamment quand elles continuent à exécuter la convention au terme du délai de préavis visé dans le congé.

⁵ Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 1973, *Pas.*, 1973, pp. 640-644.

⁶ Cass. (1^{re} ch.), 22 novembre 1973, *Pas.*, 1974, pp. 312-315.

⁷ Cass. (1^{re} ch.), 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 71.

⁸ Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 601.

⁹ Cass., 23 novembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 683. Le jugement attaqué rappelait cette règle en précisant que, « s'agissant d'un acte unilatéral, [le congé] produit des effets par lui-même de sorte qu'il ne peut être retiré,

Par un arrêt du 7 juin 2012¹⁰, la Cour de cassation confirme son enseignement en jugeant qu'« un contrat à durée indéterminée peut toujours être résilié unilatéralement moyennant le respect d'un délai raisonnable et une telle résiliation est irrévocable ». Elle ajoute, de manière éclairante, que la solution inverse prévaut pour les contrats à durée déterminée : « Par contre, un contrat à durée déterminée ne peut pas, en règle, être résilié unilatéralement. Sous réserve de son acceptation par l'autre partie contractante, la résiliation d'un contrat à durée déterminée n'est définitive et irrévocable que si cette résiliation est régulière. La partie qui résilie peut, dès lors, mettre à néant une résiliation irrégulière et non acceptée par l'autre partie contractante, à condition de ne pas exercer ce droit de manière abusive ». L'enseignement de cet arrêt est, à notre sens, de confirmer la nécessité d'un préavis raisonnable.

C'est par un arrêt du 29 mai 2015 que la règle relative au droit de résiliation unilatérale se voit élevée explicitement au rang de principe général du droit¹¹, la Cour de cassation décidant qu'« en vertu du principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment et par chacune des parties, le maître peut résilier l'entreprise conclue pour une durée indéterminée, par sa seule volonté, sans dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de sa perte de bénéfices, sauf clause contractuelle contraire ou résiliation illicite ». Cette décision, rendue dans le contexte d'une demande qui entendait se prévaloir de l'article 1794 de l'ancien Code civil, apporte une autre précision utile, à savoir l'absence de dédommagement au profit de la partie à laquelle la résiliation s'impose (et donc l'inapplicabilité de cet article en matière de contrat à durée indéterminée).

Ayant consacré le principe, la Cour de cassation se voit immédiatement contrainte d'en préciser les contours. Ainsi, dans un arrêt du 10 novembre 2016¹², elle est saisie par un demandeur en cassation invoquant la violation du principe général du droit selon lequel tout contrat à durée illimitée peut être résilié unilatéralement. Dans les faits de la cause, le demandeur avait conclu une transaction avec le défendeur, aux termes de laquelle il concédait un droit d'usage illimité d'un bien immobilier. Ayant souhaité résilier cette partie de la transaction, il se voit exclu du bénéfice du principe général du droit, légalement selon la Cour, pour les motifs suivants : « La transaction est

rétracté ou qu'il ne peut être renoncé à ses effets que de l'accord des parties » et que « cet accord n'est soumis à aucune condition de forme pourvu qu'il soit certain », ce qui n'est pas le cas « lorsque des actes sont posés qui seraient incompatibles avec la rencontre de ces nouvelles expressions de volonté ».

¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 7 juin 2012, n° C.11.0449.N, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20120607.4, disponible sur juportal.be.

¹¹ Cass. (1^{re} ch.), 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1393.

¹² Cass. (1^{re} ch.), 10 novembre 2016, n° C.16.0142.F, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20161110.3, disponible sur juportal.be. Voy. également le commentaire de P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, pp. 55-98.

un contrat synallagmatique par lequel les parties se font mutuellement des concessions en vue de terminer ou de prévenir un litige sans pour autant que l'une des parties reconnaisse le bien-fondé des prétentions de l'autre. En vertu de l'article 2052 du Code civil, les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Le principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment et par chacune des parties n'autorise pas une partie à une convention de transaction à révoquer unilatéralement un engagement souscrit à titre de concession transactionnelle, cet engagement fût-il souscrit pour une durée indéterminée. Par les motifs vainement critiqués par le moyen, en sa seconde branche, le jugement attaqué considère que le droit de la défenderesse d'occuper les lieux litigieux constitue une concession faite par le demandeur dans la convention de transaction conclue par les parties. Le jugement attaqué, qui considère que "ce droit d'occupation a [...] été concédé [...] pour une durée illimitée", le concédant s'interdisant d'y mettre fin par un congé" et a dès lors été concédé de façon irrévocable, ne méconnaît pas le principe général du droit précité ». Ce faisant, la Cour de cassation écarte du champ d'application du principe « les engagements souscrits à titre de concession transactionnelle pour une durée indéterminée »¹³.

Dans son arrêt du 8 février 2018¹⁴, la Cour de cassation confirme la portée du principe en précisant que « *een overeenkomst van onbepaalde duur kan steeds eenzijdig worden opgezegd mits inachtneming van een redelijke termijn en dergelijke opzegging is in beginsel onherroepelijk. Krachtens het beginsel van de wilsautonomie vastgelegd in artikel 1134 BW, kunnen partijen evenwel in onderlinge overeenstemming beslissen om de door een van hen gedane opzegging als niet-bestaande te beschouwen* »¹⁵.

La Cour de cassation confirme à nouveau sa jurisprudence dans un arrêt du 28 juin 2019¹⁶, qui présente cependant l'intérêt de formuler le principe en des termes nouveaux. Ainsi, elle dispose : « *Krachtens het algemeen rechts beginsel dat men zich niet voor onbepaalde tijd kan verbinden, kan een overeenkomst gesloten voor onbepaalde duur, in beginsel door iedere partij te allen tijd worden opgezegd met inachtneming van een redelijke opzeggingstermijn. Bij ontstentenis van een redelijke opzeggingstermijn moet de opdrachtgever de aannemer*

¹³ P. WÉRY, *ibid.*, p. 58.

¹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2018, n° C.17.0255.N, R.A.B.G., 2020/11-12, pp. 908-910 et la note de P. NAEYAERT, « Kunnen de partijen een gedane opzegging als niet-bestaande beschouwen? ».

¹⁵ Traduction : « Un contrat à durée indéterminée peut toujours être résilié unilatéralement moyennant le respect d'un délai raisonnable et une telle résiliation est en principe irrévocable. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté prévu à l'article 1134 du Code civil, les parties peuvent toutefois décider de commun accord de tenir pour non avenu le congé donné par l'une d'elles » (ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180208.1N.5 (juportal.be)).

¹⁶ Cass., 28 juin 2019, n° C.18.0410.N, ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190628.4, disponible sur juportal.be.

een vergoeding betalen ter compensatie van de schade die de aannemer ingevolge het niet in acht nemen van een opzeggingstermijn lijdt. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat een aanneming van onbepaalde duur slechts met een opzeggingstermijn dient te worden beëindigd indien de overeenkomst [...] een opzeggingstermijn bevat of indien de beëindiging onrechtmatig is, gaat uit van een andere rechtsopvatting »¹⁷. La formule retenue (« le principe général du droit selon lequel l'on ne peut s'engager pour une durée indéterminée ») semble erronée si on la prend littéralement, et d'une portée plus large que celle de la formule précédemment utilisée, si on la comprend en ce sens que les engagements à durée indéterminée visés (qui restent valides) peuvent également, par exemple, être des engagements unilatéraux¹⁸. Notons d'ailleurs que les circonstances factuelles (dès lors qu'il était question d'un contrat) n'imposaient pas la modification de la formulation du principe.

Les conclusions du ministère public offrent, pour le surplus, un éclairage intéressant sur la portée de cet arrêt. Le ministère public identifie deux tendances jurisprudentielles et doctrinale ; d'une part, la nécessité systématique d'un préavis raisonnable (et à défaut d'une indemnisation) et, d'autre part, la seule nécessité d'un préavis dans les situations où le contrat le prévoit ou dans celles où la résiliation sans préavis causerait, dans les circonstances de la cause, un désavantage disproportionné¹⁹. La Cour confirme qu'elle se rallie à la première tendance²⁰.

L'arrêt du 13 janvier 2022²¹ offre une synthèse complète de la jurisprudence de la Cour : « *een overeenkomst van onbepaalde duur waarover geen wettelijke of conventionele opzeggingsmodaliteiten gelden, kan door elke contractpartij steeds eenzijdig worden opgezegd mits inachtneming van een redelijke termijn. Indien geen redelijke opzeggingstermijn wordt in acht genomen, moet de opzeggende contractspartij aan de opzegde contractspartij een vergoeding betalen tot compensatie van de schade die zij hierdoor lijdt. Bij gebrek aan akkoord tussen de contractpartijen beoordeelt de rechter de gegeven opzeggingstermijn en bepaalt hij zo nodig de opzeggingsvergoeding. Hij moet zich daarbij plaatsen op het ogenblik van de opzegging van de overeenkomst en onder meer rekening houden van de verlopen duur van de overeenkomst, de door*

¹⁷ Traduction : « En vertu du principe général du droit suivant lequel on ne peut s'engager pour une durée indéterminée, une convention conclue à durée indéterminée peut, en principe, être résiliée à tout moment et par chacune des parties moyennant le respect d'un préavis raisonnable. À défaut de préavis raisonnable, il convient d'indemniser le cocontractant du dommage qu'il subit par le manquement à cette obligation » (ECLI:BE:CASS:2019:ARR.20190628.4 (juportal.be)).

¹⁸ Cette interprétation semble certaine, selon la meilleure doctrine (voy. P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 70).

¹⁹ ECLI:BE:CASS:2019:CONC.20190628.4 (juportal.be).

²⁰ Certains auteurs de qualité défendent la position inverse. Voy. p. ex. P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1004.

²¹ Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 2022, n° C.21.0357.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220113.1N.7, disponible sur juportal.be.

de partijen reeds gemaakte kosten en het nadeel dat de opzegging door de opzeggende contractspartij voor de opgezegde contractspartij meebrengt »²². Notons que cet arrêt ne fait pas explicitement référence à un principe général du droit. Nous ne pensons pas qu'une quelconque conclusion puisse être déduite de cette absence dès lors que la portée de la règle nous semble conforme à la jurisprudence antérieure relative au principe général du droit concerné, et que l'on peine à voir la règle qui fonderait la décision de la Cour de cassation, si ce n'est le principe général du droit précédemment reconnu.

Au terme de cette revue de jurisprudence, l'on constate la reconnaissance, par la Cour de cassation, d'un principe général du droit dont la portée est la suivante : chaque partie à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin, en notifiant un congé, lequel doit prévoir un délai de préavis raisonnable, et sans devoir indemniser l'autre partie. Le congé donné est irrévocable (sauf avec l'accord de toutes les parties) et le juge ne peut ordonner l'exécution forcée du contrat (ou par équivalent) mais uniquement la réparation par équivalent du dommage causé par la faute de la partie résiliant. Ce faisant, il doit se placer au moment de la résiliation. Si l'on retient la formulation postérieure du principe, sa portée excède les seuls engagements contractuels.

Cette jurisprudence est constante et largement suivie par les juridictions du fond. Nous nous limiterons à trois commentaires. (1) La seule controverse qui persiste est, à notre connaissance, celle relative à la possibilité d'exiger l'exécution en nature (ou par équivalent) de la convention résiliée sans respecter les clauses légales ou contractuelles spécifiques ou sans délai de préavis raisonnable. Enfin, l'on commentera les évolutions qu'a connues cette jurisprudence, relativement (2) à la justification de ce principe général du droit et (3) à la nécessité d'un préavis.

Premièrement, une controverse jurisprudentielle et doctrinale persiste donc, relativement à la possibilité de poursuivre l'exécution forcée en nature d'une disposition légale ou d'une clause contractuelle qui prévoirait une durée de préavis (et, éventuellement, l'exécution forcée en nature d'un préavis de durée raisonnable). L'on n'aperçoit pas ce qui justifie l'impossibilité d'obtenir l'exécution d'une telle clause et certainement au regard de l'arrêt du 7 juin 2012 portant sur les contrats à durée déterminée, dont les enseignements

²² Traduction : « Un contrat à durée indéterminée auquel aucune modalité de résiliation légale ou conventionnelle ne s'applique peut toujours être résilié unilatéralement par chaque partie contractante à condition qu'un délai raisonnable soit respecté. Si aucun délai de préavis raisonnable n'est respecté, la partie contractante qui résilie doit payer à la partie contractante qui se voit imposer la résiliation une indemnité pour compenser le préjudice subi en conséquence. En l'absence d'accord entre les parties contractantes, le tribunal évalue le délai de préavis donné et, si nécessaire, fixe l'indemnité de résiliation. Ce faisant, il doit se placer au moment de la résiliation du contrat et tenir compte, entre autres, de la durée passée du contrat, des frais déjà encourus par les parties et du désavantage que la résiliation par la partie contractante qui résilie cause pour la partie contractante qui se voit imposer la résiliation. »

pourraient être transposés sans peine aux contrats à durée indéterminée : « Sous réserve de son acceptation par l'autre partie contractante, la résiliation d'un contrat à durée déterminée n'est définitive et irrévocable *que si cette résiliation est régulière*. » Le professeur P. Wéry²³ nous rejoint explicitement dans cette analyse, sur le fondement de la primauté de l'exécution (et de la réparation) en nature²⁴. Il semble acquis que le juge des référés puisse, quant à lui, ordonner la poursuite de l'exécution en nature de la convention²⁵. Ceci semble justifié, fondamentalement, par des raisons pratiques, le juge des référés étant en principe le seul à pouvoir se prononcer en temps utile pour ordonner une exécution en nature²⁶. Le nouveau Code civil, qui introduit la notion d'« inefficacité » (voy. notamment l'article 5.59 à propos de la notification unilatérale de nullité, l'article 5.76 à propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée et l'article 5.94 à propos de la résolution unilatérale), nous semble constituer un terreau favorable à la remise en cause de la thèse dominante²⁷. Rien ne nous semble justifier, dans le nouveau Code civil, la différence de traitement entre, d'une part, la résiliation des contrats à durée indéterminée et, d'autre part, la nullité ou la résolution des contrats et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée.

Ensuite, le fondement du principe analysé semblait initialement, selon les commentaires doctrinaux autorisés²⁸, résider dans l'interdiction des engagements perpétuels. Ainsi, le professeur P. Wéry, qui avait reconnu le principe général du droit avant la Cour de cassation, considérait-il que « ce principe intéresse l'ordre public, qui prohibe les engagements perpétuels »²⁹. Un autre ordre de motif relatif à la protection de la liberté individuelle et de commerce ainsi qu'à la volonté de favoriser la concurrence était également invoqué.

²³ Et d'autres, voy. notamment F. GLANSDORFF et C. DALCQ, « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 71-89 (spéc. pp. 79 à 81).

²⁴ P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, pp. 91-96 où sont identifiées la thèse dominante (en vertu de laquelle il est clair que le non-respect des modalités contractuellement convenues ne rend pas caduque la résiliation et s'oppose à l'exécution forcée en nature) de la thèse émergence, qui met fin au « monopole de la simple indemnisation pécuniaire ».

²⁵ Anvers, 21 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 203 et 204, note K. BLOMME. Voy. également I. CLAEYS, « De voorlopige schorsing van een eenzijdige opzegging – en taboe minder », in I. BOONE et al. (dir.), *Liber Amicorum Hubert Bocken*, De Keure, 2009, pp. 165-175.

²⁶ C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », in P. WÉRY (dir.), *La fin du contrat*, Formation Permanente CUP, 2001, p. 127.

²⁷ T. TANGHE, « Beëindiging van contracten – huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht », in J. BAECK, I. CLAEYS, A. WYLLEMAN (dir.), *Hervorming van het verbintenissen- en goederenrecht*, Malines, Wolters Kluwer, 2022, pp. 271 et 272.

²⁸ *Ibid.*, p. 107 et P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 61.

²⁹ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, p. 273.

On distingue³⁰ dorénavant un engagement perpétuel (ramené à 99 ans par le nouveau Code civil) d'un engagement à durée indéterminée, le premier ne pouvant être rompu unilatéralement par une partie, alors qu'il est dans la nature du second de pouvoir l'être.

Enfin, s'agissant de la nécessité d'un préavis raisonnable, la jurisprudence initiale n'en faisait pas état, ce qui permit à la meilleure doctrine d'écrire que le destinataire du congé « ne peut prétendre à aucun délai de préavis et à aucune indemnité »³¹. Il semble désormais acquis (et ceci a été explicitement tranché par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 juin 2019³² et est confirmé par le nouveau Code civil en son article 5.75) que le droit de résiliation unilatérale est conditionné à un congé raisonnable.

Section 2

Champ d'application du principe – Portée

Sous-section 1

Les conditions d'application du droit de résiliation unilatérale

Sauf exception, le droit de résiliation unilatérale est une caractéristique inhérente des conventions à durée indéterminée, qui s'exerce en notifiant un délai de préavis raisonnable sans indemnité³³.

Les conditions d'exercice de ce droit sont donc les suivantes :

- il faut que les parties soient en présence d'un **contrat** conclu pour une **durée indéterminée** [pt A.] ;
- à **exécution successive** [pt B.] ;
- en respectant, le cas échéant, les **conditions prévues par la loi ou par le contrat** [pt C.] ;
- la nécessité de prévoir un **congé** [pt D.] ;
- par **notification** [pt E.] ;
- moyennant un délai de **préavis raisonnable** [pt F].

Ce droit s'exerce par ailleurs sans qu'il soit requis d'indemniser le destinataire du congé [pt G.].

³⁰ Cette distinction n'est pas explicite dans le texte du Code (l'article 5.76 n'y fait pas référence), mais est confirmée dans l'exposé des motifs de la Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil.

³¹ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, p. 275.

³² Cass., 28 juin 2019, préc.

³³ Voy. p. ex. Cass., 29 mai 2015, préc., p. 1393.

A. Un « contrat » conclu de manière indéterminée

1. Un « contrat »

Le droit de résiliation unilatérale est reconnu lorsque le « contrat » est conclu pour une durée indéterminée, ce qui n'est pas le cas lorsque le contrat est assorti d'un terme spécifique (fût-il incertain) ou encore s'il porte sur une entreprise bien déterminée³⁴.

La formulation du principe via l'utilisation du terme « contrat » est un peu malheureuse en ce qu'elle n'inclut pas directement *les engagements conclus par volonté unilatérale à durée indéterminée*, lesquels peuvent toutefois, selon la doctrine majoritaire, aussi être sujet à la résiliation unilatérale moyennant préavis raisonnable³⁵. La Cour de cassation, dans sa jurisprudence du 28 juin 2019, s'est ainsi référée en ce sens au « principe général du droit selon lequel l'on ne peut s'engager pour une durée indéterminée »³⁶ et a ainsi consacré indirectement une portée plus large au principe en y intégrant les engagements conclus par volonté unilatérale.

2. Conclu de manière « indéterminée »

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de considérer les conventions suivantes comme étant conclues à durée indéterminée³⁷ :

- les contrats non soumis à un terme conventionnel ;
- les contrats autorisant un renouvellement tacite, mais sans en préciser le nombre et la durée³⁸ ;
- les contrats au terme desquels les parties continuent à en exécuter les obligations³⁹.

En principe, lorsqu'un contrat à durée déterminée est renouvelé pour une nouvelle durée déterminée, celui-ci conserve son caractère déterminé, quel que soit le nombre de renouvellements. Dès lors, l'échéance du terme convenu dans le cadre d'un contrat à durée déterminée met fin de plein droit au contrat et aucun préavis n'est requis. La Cour de cassation belge a toutefois

³⁴ C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », *op. cit.*, p. 110.

³⁵ Voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers-Groningen, Intersentia, 2000, p. 814 ; P. A. FORTIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 149 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1074 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 53 ; P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 70.

³⁶ Traduction in Cass., 28 juin 2019, préc.

³⁷ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 110.

³⁸ Comm. Liège, 22 décembre 1999, R.R.D., 2001, p. 39 ; Th. DELHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge. Éléments d'appréciation*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 26, cité in C. DELFORGE, *ibid.*, p. 110.

³⁹ Th. DELHAYE, *ibid.*, p. 25, in C. DELFORGE, *ibid.*, p. 110.

déjà eu l'occasion de préciser que la conclusion de conventions successives à durée déterminée pour les contrats d'agence commerciale pouvait, selon les circonstances, revêtir en réalité un caractère de durée indéterminée dès l'origine⁴⁰. C'est par ailleurs ce que consacre l'article X.2, paragraphe 3, du Code de droit économique qui s'applique aux contrats d'agence commerciale et qui dispose qu'« [u]n contrat à durée déterminée, qui continue à être exécuté après l'échéance de son terme, est censé être, *dès sa conclusion*, un contrat à durée indéterminée » pour la détermination du préavis raisonnable pour les contrats d'agence commerciale.

Le propre du principe de résiliation unilatérale des conventions à durée indéterminée est qu'il ne s'applique pas aux conventions conclues de manière déterminée. Le terme extinctif des conventions à durée déterminée est obligatoire pour chacune des parties, sans préjudice de l'existence d'éventuelles causes de dissolution prévues par la loi ou par la volonté des parties (tels les articles 1794 ou 2004 de l'ancien Code civil) ou d'une clause spécifique de résiliation unilatérale⁴¹.

Finalement, le principe général du droit ne s'applique pas aux contrats perpétuels contrairement aux conventions à durée indéterminée. En résumé, le contrat est conclu à durée indéterminée lorsqu'il n'est pas affecté d'un terme extinctif alors que le contrat perpétuel est le contrat dont il est prévu qu'il n'a pas de fin. Comme l'indiquent les documents parlementaires de la Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil du 24 février 2021 : « Le contrat conclu à perpétuité n'est pas, en principe, un contrat à durée indéterminée : le contrat à durée indéterminée n'engage pas éternellement, chaque partie étant libre de s'en dégager, par la notification d'un préavis d'une durée raisonnable. Sans préjudice des dispositions légales particulières, le contrat conclu à perpétuité voit sa durée réduite à 99 ans (voy. article 5.76 du nouveau Code civil). Lorsqu'un doute existe quant à l'intention des parties de conférer un caractère perpétuel à l'engagement contractuel, le juge peut toutefois interpréter leur volonté *de manière à y déceler un engagement à durée indéterminée*, chaque partie pouvant ainsi mettre fin au contrat en exerçant le droit de résiliation unilatérale »⁴².

⁴⁰ Cass., 3 novembre 2011, n° C.10.0613.N, ECLI:BE:CASS:2011:CONC.20111103.3, disponible sur juportal.be. En l'espèce, un premier contrat d'agence commerciale à durée déterminée avait été conclu le 17 mai 1993 pour arriver à échéance le 31 octobre 1993. Après cette date, les parties ont poursuivi leur relation contractuelle suivant 8 contrats à durée déterminée (le dernier étant arrivé à échéance le 31 octobre 2004). La Cour a décidé que la relation contractuelle s'est poursuivie du 17 mai 1993 au 31 octobre 2004. La Cour a conclu que le contrat litigieux était un contrat à durée indéterminée dès l'origine.

⁴¹ P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 69.

⁴² Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2021, n° 55-1806, p. 87.

Les conventions conclues à perpétuité seront ainsi en général assimilées à des conventions à durée déterminée d'un terme de 99 ans, à moins qu'un juge saisi n'interprète autrement la volonté des parties. Cette durée maximale de 99 ans est héritée du décret révolutionnaire du 18 décembre 1790. La sanction de nullité absolue traditionnellement appliquée aux engagements qui dépassent la durée de 99 ans n'apportait pas de solution satisfaisante ; la solution de la réduction à 99 ans a été consacrée dans le nouveau Code civil à l'article 5.76, car elle permet de maintenir les engagements contractuels pour la durée réduite, à moins que le juge estime, à partir des circonstances de l'espèce et à partir de l'article 5.65 du nouveau Code civil, que la volonté des parties était de s'engager pour une durée indéterminée, chaque partie pouvant ainsi mettre fin au contrat en exerçant le droit de résiliation unilatérale⁴³.

B. Un contrat à exécution successive

Les contrats à exécution instantanée, tels que les contrats de vente, le pacte de préférence, etc., échappent à l'application du principe général de droit. Le contrat à exécution instantanée est caractérisé par le fait qu'il est exécuté en une seule fois et que l'économie du contrat ne repose pas sur l'écoulement du temps, et ce, même si, *de facto*, l'exécution d'un tel contrat est conventionnellement différée ou fractionnée. Le contrat à exécution successive se réalise, quant à lui, dans la durée. Le contrat doit en effet être à exécution successive comme précisé par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 mars 1973⁴⁴. Les contrats à exécution instantanée échappent donc à l'application du principe.

La cour d'appel de Gand a ainsi déjà eu l'occasion de se prononcer quant au caractère « successif » ou non de l'exécution d'obligations contractuelles, et de décider, dans un arrêt du 11 décembre 2013⁴⁵, qu'un pacte de préférence consenti pour une durée indéterminée n'était pas contraire à l'ordre public en ce sens que (1) sa durée était réputée être limitée à 99 ans et que (2) un pacte de préférence conclu pour une durée indéterminée *ne consistait pas en un contrat à exécution successive* mais était un contrat instantané et n'ouvrait pas le droit pour le débiteur de l'obligation à se prévaloir du principe général du droit de résiliation unilatérale, moyennant préavis, des conventions consenties pour un terme indéterminé. À cet égard, la cour d'appel de Gand précise que :

« Le principe selon lequel les contrats à durée indéterminée peuvent toujours être résiliés unilatéralement moyennant un délai de préavis ne s'applique qu'aux contrats à exécution successive. Les contrats conclus

⁴³ Exposé des motifs (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil).

⁴⁴ Cass., 9 mars 1973, préc., p. 63.

⁴⁵ Gand (13^e ch.) 11 décembre 2013, R.G.D.C., 2015, liv. 8, 466, note E. VAN DEN HAUTE.

pour une durée indéterminée *et prévoyant une exécution instantanée* ne peuvent pas être résiliés car cela signifierait que le débiteur pourrait décider unilatéralement et à tout moment de ne pas exécuter son obligation et être ainsi libéré de sa dette. Le débiteur d'un pacte de préférence conclu pour une durée déterminée pourrait ainsi résilier le pacte à tout moment s'il avait l'intention de vendre l'objet du pacte de préférence. Ceci serait contraire au principe de convention-loi énoncé à l'article 1134 du Code civil. Par conséquent, la résiliation effectuée le 15 juillet 2005 est nulle, non avenue et sans effet »⁴⁶.

C. Chaque partie peut résilier à tout moment « en respectant les conditions prévues par la loi ou par le contrat »

1. Dispositions légales particulières

Le principe général du droit étudié ne trouve toutefois pas à s'appliquer lorsque le législateur prévoit des conditions spécifiques pour l'exercice du droit de résiliation unilatérale dans des applications particulières ou qu'il en exclut la possibilité⁴⁷. Les conditions d'exercice du droit de résiliation unilatérale seront uniquement applicables aux conventions non réglementées par la loi et qui ne relèvent donc pas du champ d'application de textes spéciaux. On comprend en effet de la contribution introductive du présent ouvrage qu'un principe général du droit qui a force de loi doit en principe s'effacer devant la *lex specialis*.

Les dispositions suivantes peuvent ainsi être vues comme des applications particulières du principe général⁴⁸ :

- a) l'article 1736 de l'ancien Code civil en matière de bail, lequel prévoit :
« Sans préjudice de l'article 1758, le bail conclu pour une durée indéterminée est censé fait au mois. Il ne pourra y être mis fin que moyennant un congé d'un mois. »

Selon la doctrine majoritaire⁴⁹, cet article trouve à s'appliquer uniquement lorsque la convention ne permet pas de dégager l'intention

⁴⁶ Traduction libre de : « *De schuldenaar van een voorkeurrecht zou zo de overeenkomst kunnen opzeggen, wanneer hij zinnens is het voorwerp van het voorkeurrecht te verkopen. Dit is in strijd met het beginsel van de bindende kracht van overeenkomsten neergelegd in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek. Bijgevolg is de opzegging van D.V. van 15 juli 2005 van generlei waarde en blijft zij zonder gevolg.* »

⁴⁷ P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 116 et 117.

⁴⁹ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Kluwer, 2015, n° 400 ; P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 70.

commune des parties quant à la durée du bail. Toutefois, les parties peuvent décider de conclure **expressément** un bail à durée indéterminée. Dans ce dernier cas de figure, c'est le principe général du droit qui trouvera à s'appliquer et non l'article 1736 de l'ancien Code civil. En conséquence, chaque partie pourra résilier la convention de bail moyennant un préavis raisonnable⁵⁰ ;

- b) l'article 1780 de l'ancien Code civil en matière de louage de services, qui, concernant le louage de services, dispose qu'« [o]n ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée » ;
- c) l'article 1794 de l'ancien Code civil aux termes duquel : « Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise » ;
- d) l'article 4:17, paragraphe 1^{er}, du Code des sociétés et associations qui prévoit que « lorsque la société est conclue pour une durée indéterminée, chacun des associés peut la résilier unilatéralement moyennant un préavis raisonnable pour autant que cette résiliation soit de bonne foi et n'intervienne pas à contre-temps » ;
- e) l'article X.36 du Code de droit économique pour les concessions de ventes exclusives, aux termes duquel : « Lorsqu'une concession de vente soumise au présent titre est accordée pour une durée indéterminée, il ne peut, hors le manquement grave d'une des parties à ses obligations, y être mis fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat. À défaut d'accord des parties, le juge statue en équité, et, le cas échéant, en tenant compte des usages » ;
- f) l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail⁵¹, aux termes duquel : « Lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, chacune des parties peut le résilier moyennant un préavis » ;
- g) l'article VII.98, paragraphe 1^{er}, du Code de droit économique, qui reproduit les termes de l'article 33^{ter} de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, en ce qui concerne le droit, pour le consommateur, de résilier un contrat de crédit à durée indéterminée :

« Le consommateur peut procéder à tout moment et sans frais à la résiliation d'un contrat de crédit à durée indéterminée, à moins que les parties n'aient convenu d'un délai de préavis. Ce délai ne peut être supérieur à un mois. Le consommateur exerce son droit de résiliation

⁵⁰ P. WÉRY, *ibid.*, p. 70.

⁵¹ Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978.

par envoi recommandé au prêteur ou d'un autre support accepté par le prêteur.

Si le contrat de crédit le prévoit, le prêteur peut procéder à la résiliation d'un contrat de crédit à durée indéterminée en donnant au consommateur un préavis d'au moins deux mois établi sur un support durable. Lorsque le prêteur exerce son droit, il le notifie au consommateur, par envoi recommandé ou tout autre support accepté par le consommateur » ;

- h) l'article VII.147/13, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique qui dispose que, si le contrat de crédit hypothécaire avec une destination mobilière à durée indéterminée le prévoit, « le prêteur peut procéder à la résiliation de ce contrat en donnant au consommateur un préavis d'au moins deux mois établi sur un support durable » ;
- i) l'article X.16 du Code de droit économique, qui reproduit les termes de l'article 18 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale et qui a trait à la résiliation unilatérale du contrat d'agence commerciale à durée indéterminée et qui dispose :

« § 1^{er}. Lorsque le contrat d'agence commerciale est conclu pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée avec faculté de dénonciation anticipée, chacune des parties peut y mettre fin en respectant un préavis.

La durée du préavis est d'un mois pendant la première année du contrat. Après la première année, la durée du délai de préavis sera augmentée d'un mois par année supplémentaire commencée sans que ce délai puisse excéder six mois et sans préjudice des dispositions de l'alinéa 3. Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts.

Si les parties conviennent d'un délai plus long que celui qui est prévu par l'alinéa 2, le délai de préavis à respecter par le commettant ne peut pas être plus court que celui qui est imposé à l'agent commercial.

§ 2. La résiliation est notifiée par la remise à l'autre partie d'un écrit qui indique le début et la durée du préavis, avec accusé de réception écrit de la partie à laquelle elle s'adresse. La notification peut également être faite soit par lettre recommandée, sortant ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son expédition, soit par exploit d'huissier de justice. Sauf stipulation contraire, la fin du délai de préavis doit coïncider avec la fin d'un mois civil.

§ 3. La partie qui résilie le contrat d'agence commerciale sans respecter le délai de préavis fixé au paragraphe 1, alinéa 2, ou sans invoquer un des motifs prévus à l'article X.17, alinéa 1^{er}, est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir.

Lorsque la rémunération de l'agent commercial consiste en tout ou en partie en commissions, la rémunération en cours est calculée sur la base de la moyenne mensuelle des commissions méritées pendant les douze mois qui précèdent la date de cessation du contrat d'agence commerciale ou, le cas échéant, les mois qui précèdent la date de cessation du contrat d'agence commerciale. [...] » ;

- j) l'article VII.147/13, paragraphe 1^{er}, du Code de droit économique, relatif à la résiliation par le consommateur d'un crédit hypothécaire avec une destination mobilière à durée indéterminée ;
- k) l'article 13 de la loi du 21 décembre 2013 relative à certaines dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises⁵² :

« Dans les contrats de crédit conclus entre un prêteur et une entreprise, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : [...] 3° sauf en cas d'inexécution de la part de l'entreprise, autoriser le prêteur à mettre fin unilatéralement au contrat à durée indéterminée sans un délai de préavis raisonnable pour l'entreprise, hormis le cas de force majeure ».

2. *Ce qui est prévu par le contrat et le caractère d'ordre public du principe*

Le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée est d'ordre public ; en ce sens, les parties ne pourraient renoncer anticipativement à la résiliation unilatérale et le juge serait tenu de soulever d'office la nullité d'une telle clause⁵³. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le principe même de la résiliation des contrats à durée indéterminée est d'ordre public dès lors qu'il repose sur le principe de la liberté individuelle et de la prohibition des engagements à perpétuité⁵⁴. Toutefois, le principe étudié n'est pas absolu : le contrat peut, hors les cas réglés par une loi spéciale impérative, également assortir l'exercice de ce droit de résiliation unilatérale de certaines modalités et peut ainsi, par exemple, prévoir le paiement d'une indemnité de dédit, le respect d'un préavis d'une certaine durée ou encore une obligation de motiver la résiliation⁵⁵. De telles clauses sont en effet licites pour autant

⁵² Loi du 21 décembre 2013 relative à certaines dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, M.B., 31 décembre 2013.

⁵³ R. DEKKERS, « De la rupture des contrats à durée illimitée », note sous Gand, 16 janvier 1956, R.C.J.B., 1957, pp. 316 et s. ; P. VAN OMMELAGHE, « Examen », R.C.J.B., 1975, p. 619 et R.C.J.B., 1988, pp. 38 et s. cités in A. BOUCQUET, « La dissolution du contrat », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, II.1.8-1 – II.1.8-73, Bruxelles, Kluwer, 2013, p. 14.

⁵⁴ Cass., 16 octobre 1969, R.C.J.B., 1970, p. 527, note M. PAPIER-JAMOULLE.

⁵⁵ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *op. cit.*, p. 86.

qu'elles ne rendent pas l'exercice du droit de résiliation impossible et qu'elles ne soient pas « abusives ». Elles doivent par ailleurs répondre au prescrit de la loi et plus particulièrement à l'article 5.52 du nouveau Code civil et de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises⁵⁶. La partie qui entend résilier la convention devra alors impérativement respecter lesdites modalités, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle⁵⁷. L'exercice de ce droit contractuel est également encadré par le principe de la prohibition de l'abus de droit.

D. La nécessité de notifier un congé

1. Le congé

Le congé est un acte juridique unilatéral réceptice et qui constitue le support extérieur de la volonté d'une partie de résilier le contrat pour l'avenir, et ce, sur le champ ou après l'écoulement d'un temps déterminé⁵⁸. La manifestation de volonté est réceptice lorsqu'elle doit parvenir à une personne déterminée pour produire ses effets.

L'acte unilatéral réceptice sort ainsi ses effets juridiques lorsqu'il est communiqué au destinataire particulier de l'acte et de telle manière que celui-ci en ait connaissance ou ait raisonnablement pu en prendre connaissance⁵⁹ (voy. le point E ci-dessous). Il est ainsi impératif que le congé soit donné *au bon destinataire* ou à son *représentant*. Dans la négative, le congé serait considéré comme non avenu.

⁵⁶ Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 25 mai 2019.

⁵⁷ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, p. 273.

⁵⁸ P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 74 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten. Onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Anvers, Apeldoorn, Maklu, 1994, p. 51 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, pp. 814 et s. ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », *op. cit.*, pp. 107 et s. ; P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, pp. 260 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 910 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, pp. 1001 et s. ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 461 et s. ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain/Den Haag, Acco, 2015, p. 257 ; S. STIJNS et F. VERMANDER, « Jurisprudentiele ontwikkelingen rond beëindigingsbedingen », in S. STIJNS (dir.), *Verbintenissenrecht*, Themis, Bruges, die Keure, 2015, p. 80 ; Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Handboek. Verbintenissenrecht*, Cambridge, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 559 et s. (F. Vermander), tous cités in P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, pp. 55-98.

⁵⁹ Cass., 22 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 102, cité in J. GERMAIN, « L'acte juridique unilatéral et l'engagement par manifestation unilatérale de volonté », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, II.2-4-1, p. 21.

Le caractère réceptice de l'acte n'implique toutefois aucunement que le destinataire y marque également son accord⁶⁰.

La résiliation est un acte définitif et irrévocable dans le sens où son auteur ne peut plus se rétracter une fois le congé donné ou le modifier unilatéralement, à moins que son destinataire n'en ait pas encore eu connaissance⁶¹. Elle peut toutefois être retirée aussi longtemps qu'elle n'est pas parvenue au destinataire⁶².

Sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires, le congé n'est pas soumis à une exigence de forme particulière et ne doit pas être motivé⁶³. L'autonomie de la volonté des parties autorise toutefois ces dernières à convenir que le congé sera considéré comme non avenu dans certaines circonstances, notamment si elles continuent à exécuter le contrat malgré la notification du congé.

Le congé est aussi indivisible en ce sens qu'il ne peut être mis fin à la convention de manière unilatérale que pour le tout et qu'une partie ne pourrait se libérer partiellement.

Finalement, le congé ne doit pas être motivé⁶⁴ et, n'étant pas destinée à sanctionner un manquement contractuel, la décision de résiliation n'est pas subordonnée à une mise en demeure préalable⁶⁵.

2. La nécessité d'une notification

En principe, et sous réserve des règles plus contraignantes imposées par la loi ou le contrat, la notification du congé ne doit respecter aucune exigence de forme pour autant qu'elle renferme une volonté claire, univoque et permanente. L'auteur du congé peut ainsi notifier sa volonté de mettre fin à la convention de diverses manières, que ce soit par écrit ou par la voie verbale⁶⁶.

⁶⁰ C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », *op. cit.*, p. 111.

⁶¹ *Ibid.*, p. 112.

⁶² Art. 1.4 nouveau C. civ.

⁶³ Sauf les régimes dérogatoires prévus par des lois particulières, voy. Th. DELHAYE, *op. cit.*, p. 27, in C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁴ À cet égard, le professeur P. Wéry précise que « [s]i une partie motive sa décision en faisant état de manquements contractuels de son débiteur, elle s'expose au risque de voir un juge, qui serait amené à se pencher *a posteriori* sur cet acte, le qualifier de décision de résolution extrajudiciaire (F. VERMANDER, *op. cit.*, pp. 579-580). Une telle requalification peut s'avérer lourde de conséquences. La résolution unilatérale obéissant à des conditions d'application plus exigeantes que la résiliation unilatérale, le créancier pourrait voir son initiative désavouée par le juge ».

⁶⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 807 ; F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 583 et s. cités in P. WÉRY, « Le principe général du droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, p. 75.

⁶⁶ C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 114 et 115.

Afin de produire des effets à l'égard de la personne à qui elle s'adresse, la communication doit avoir atteint cette personne. L'absence d'exigence de forme pour la notification du congé laisse toutefois intacte la question de la preuve⁶⁷.

Le nouvel article 1.5 du Code civil prévoit néanmoins à présent ceci, quant aux exigences de forme de notification en matière contractuelle :

« La notification est la communication d'une décision ou d'un fait par une personne à une ou plusieurs personnes déterminées.

La notification parvient au destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance. La notification accomplie par voie électronique parvient au destinataire soit lorsque celui-ci en prend connaissance, soit lorsqu'il aurait raisonnablement pu en prendre connaissance pour autant que, dans cette dernière hypothèse, ce destinataire ait préalablement accepté l'utilisation de l'adresse électronique ou d'un autre mode de communication électronique auquel l'auteur de la notification a eu recours. »

Les travaux parlementaires relatifs à cet article précisent que : « L'alinéa 3 de cet article trouve son origine dans le fait que le recours au courrier électronique pour transmettre une communication au destinataire présente un risque d'insécurité juridique pour celui-ci. Le risque existe, en effet, que le destinataire n'utilise plus cette adresse électronique ou que le message électronique soit bloqué par un logiciel anti-spamming. Le destinataire qui pourrait se voir reprocher de ne pas avoir donné suite à un courrier électronique (et encourir d'éventuels effets juridiques) doit être protégé. [...] Dès lors, ce n'est que si l'adresse électronique a été acceptée ou lorsqu'une preuve de réception peut être apportée que le droit commun de la théorie de la réception s'applique. Cette acceptation doit être limitée au contexte dans lequel elle a été donnée »⁶⁸.

En l'absence d'une telle acceptation, rien n'empêche de recourir au courrier électronique, mais il incombera à l'expéditeur de démontrer une connaissance effective dans le chef du destinataire (par exemple via un accusé de réception ou une preuve technique de la réception de l'email). « C'est donc dans ce cas l'expéditeur qui supporte le risque (étant donné qu'il peut, le cas échéant, prendre des mesures complémentaires pour le prévenir). Les mêmes principes valent pour l'utilisation d'autres modes de communication qu'une adresse électronique »⁶⁹.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁸ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2021, n° 55-1805, p. 14.

⁶⁹ *Ibid.*

Toutefois, outre ces considérations sur la notification et la preuve du congé, tant la doctrine que la jurisprudence ont admis que la volonté de rompre puisse aussi être tacite⁷⁰, pourvu que la volonté de son auteur puisse se dégager de manière claire des circonstances du cas d'espèce⁷¹.

La question de la transposition, en droit des obligations, de la théorie de « l'acte équipollent à rupture »⁷² en tant que manifestation particulière d'un congé tacite mériterait une analyse détaillée. Il conviendrait de déterminer dans quelle mesure le comportement du cocontractant pourrait être interprété comme un « *acte juridique unilatéral réceptice* ». Nous sommes d'avis qu'il s'agirait davantage d'un fait juridique justifiant une résolution pour faute plutôt qu'une résiliation unilatérale étant donné l'absence de notification du congé.

La jurisprudence de la Cour de cassation semble toutefois avoir consacré, en matière de concessions de vente, la théorie de l'acte équipollent à rupture telle qu'elle est développée en matière de contrat de travail, car elle a considéré que « le manquement d'une partie à ses obligations peut constituer la preuve de la volonté de celle-ci de mettre fin au contrat de concession » et que « le juge du fond décide souverainement si les manquements commis par un concédant révèlent sans ambiguïté sa volonté de mettre fin au contrat, pour autant qu'il ne déduise pas cette volonté d'éléments de faits qui ne justifieraient pas cette décision ; qu'il ne doit pas nécessairement, pour étayer cette décision, constater que le concédant a apporté une modification importante à un élément essentiel des relations contractuelles »⁷³. Cette jurisprudence ouvre à la partie victime d'une faute grave ayant entraîné la fin des relations contractuelles la possibilité de réclamer directement le bénéfice des indemnités prévues par l'article X.36 du Code de droit économique (voy. point C.1. e)), « pour autant que le juge du fond accepte et constate que le manquement invoqué révèle la volonté de son auteur de mettre fin au contrat »⁷⁴.

La cour d'appel de Liège⁷⁵ a également estimé, dans un arrêt du 17 mars 1998, que « la résiliation peut parfois être implicite et se déduire du

⁷⁰ Voy. les références citées dans C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 115.

⁷¹ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, p. 276.

⁷² Théorie en droit du travail selon laquelle toute modification importante par une partie au contrat de travail de ses éléments essentiels, témoigne d'une volonté de rompre de sa part. Cette théorie est tirée de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, en application duquel la partie qui apporte une modification significative au contrat de travail ne respecte pas la loi des parties et pose un acte visant à rompre le contrat de travail de manière illicite : Cass., 11 octobre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 2557 ; Cass., 17 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 898 ; *Chron. D.S.*, 1986, p. 200 ; *J.T.T.*, 1986, p. 502 ; Cass., 27 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 874 ; Cass., 4 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 1.

⁷³ Cass., 22 octobre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 262.

⁷⁴ P. KILESTE et P. HOLLANDER, « Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1997 à 2002) », *R.D.C.*, 2003, pp. 420 et 421.

⁷⁵ Liège, 17 mars 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 272.

comportement d'une partie qui n'a pas expressément notifié sa décision de mettre fin au contrat. Selon cette analyse, cette partie commet alors un acte équivalent à rupture auquel sont attachées les mêmes conséquences qu'à la résiliation unilatérale ».

La condition de « notification » du congé est toutefois explicitement incluse dans le libellé de l'article 5.75 du nouveau Code civil. Les conditions d'une « notification » sont également explicitées à l'article 1.5 du nouveau Code civil. À notre sens, la théorie de l'acte équipollent à rupture ne pourra ainsi plus être retenue ou transposée au droit commun pour l'application du principe général du droit analysé dans ce chapitre.

E. Moyennant un préavis raisonnable

La doctrine⁷⁶ était partagée sur la question de la nécessité de prévoir un délai de préavis mais la récente jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁷ et le nouvel article 5.75 du Code civil sont venus clarifier le principe et imposer la condition de délai de préavis raisonnable.

En cas d'absence d'accord entre les parties et sauf dispositions légales spécifiques, lorsque le caractère raisonnable du délai de préavis est contesté, il incombe au juge du fond d'en apprécier le caractère raisonnable à partir des circonstances concrètes du cas d'espèce.

Cette absence de règle précise pour la détermination du caractère raisonnable d'un préavis laisse place à une insécurité juridique. En pratique, il incombera ainsi aux parties et au juge saisi d'identifier les circonstances concrètes de l'affaire qui seront pertinentes pour déterminer un délai de préavis raisonnable, mais, en pratique, ce n'est généralement pas chose aisée.

La jurisprudence a déjà indiqué qu'il fallait tenir compte des critères suivants pour l'établissement du caractère raisonnable du préavis :

- a) la **durée du contrat**⁷⁸ et l'ancienneté de la relation : il faut que le préavis soit proportionnel à la durée de la relation passée⁷⁹ ;

⁷⁶ C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », *op. cit.*, p. 118.

⁷⁷ Cass., 7 juin 2012, préc. ; Cass., 29 mai 2015, préc. ; Cass., 8 février 2018, préc. ; Cass., 28 juin 2019, préc. ; Cass., 9 septembre 2021, *R.A.B.G.*, 2021, p. 1453.

⁷⁸ Cass., 13 janvier 2022, n° C.21.0357.N, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220113.1N.7, disponible sur juportal.be.

⁷⁹ Voy. toutefois une jurisprudence où la Cour a estimé que plus la relation contractuelle a été longue, plus le concessionnaire a normalement le temps d'amortir les investissements qu'elle a nécessités et, d'autre part, qu'il n'y a pas de relation entre la durée du contrat et le temps nécessaire à la reconversion : Mons, 3 juin 2019, *D.A.O.R.*, 2019/4, n° 132, p. 60. Cette jurisprudence est toutefois contraire à la jurisprudence classique. Nous renvoyons pour le surplus à l'étude suivante à ce sujet : P. KILESTE, P. HOLLANDER et C. STAUDT, *La résiliation des concessions de vente – 50 ans d'évolution de la loi du 27 juillet 1961*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 89-93 et références citées.

- b) **l'impact économique** du contrat résilié sur la situation de la partie qui reçoit le congé et aux frais engagés par le destinataire du congé pour l'exécution du contrat⁸⁰ ;
- c) les **bénéfices retirés de la convention résiliée** : le délai de préavis doit permettre à la partie qui subit la résiliation d'envisager sa reconversion ou à tout le moins lui permettre de se retourner⁸¹ ;
- d) la durée du préavis doit également permettre à la partie qui subit la rupture de disposer du **temps nécessaire** pour pouvoir examiner la légalité et la légitimité du congé donné et d'atténuer les conséquences dommageables qu'entraînerait une rupture immédiate⁸². La cour d'appel de Bruxelles a toutefois précisé que « [l]e fait que le concessionnaire n'ait pas trouvé de revenus égaux à ceux conférés par la concession résiliée ne rend pas, en raison de cette circonstance, le préavis automatiquement insuffisant. Le préavis raisonnable auquel est tenu le concédant n'est pas que celui dont la durée permet au concessionnaire d'être assuré, dans tous les cas, de revenus identiques à ceux procurés par la concession perdue. En effet, le concessionnaire ne peut prétendre à un délai de préavis lui permettant, dans tous les cas, de retrouver une concession produisant des effets équivalents à la concession perdue et ce, quel que soit l'aléa de cette recherche. Imposer un tel préavis au concédant reviendrait à lui faire supporter l'intégralité des suites de la résiliation. Ceci serait contraire à l'équité qui, en vertu de la loi, doit inspirer la fixation du préavis raisonnable. En effet, par la résiliation de la concession à durée indéterminée, le concédant ne commet pas de faute. Il ne fait qu'exercer sa liberté de commerce »⁸³ ;
- e) finalement, il pourra encore être tenu compte des éléments suivants : les délais nécessaires pour mettre fin aux contrats qui découlent de la convention résiliée (durée du préavis pour mettre fin à un bail commercial qui découle de la convention résiliée, durée de préavis convenue dans un contrat de leasing mobilier étroitement liée à la convention résiliée...) ⁸⁴.

Le critère est qu'il faut permettre au cocontractant de se retourner⁸⁵, mais, pour certains types de contrats, le législateur est venu donner des réponses

⁸⁰ Cass., 13 janvier 2022, préc.

⁸¹ Voy. doctrine et jurisprudence citées sous C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 119.

⁸² Mons, 3 juin 2019, D.A.O.R., 2019, liv. 132, p. 60.

⁸³ Bruxelles, 24 mars 2009, 2005/AR/1624, ECLI : BE : CABRL : 2009 : ARR.20090324.2, disponible sur juportal.be.

⁸⁴ T. FAELLI, « La notion de préavis raisonnable dans la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée », *R.D.C.*, 2005/9, pp. 924-928.

⁸⁵ Non pas de trouver une relation contractuelle équivalente ou encore de se réorienter, comme ce serait le cas pour les concessions exclusives de vente sous le régime de l'article X.36 du Code de droit économique, mais simplement pour anticiper, se retourner et mettre un terme progressif à la relation contractuelle en question.

et pistes concrètes pour calculer ce délai. De manière générale, l'on pourra, pour l'interprétation du « préavis raisonnable », tenir compte, dans une certaine mesure, de la jurisprudence de l'article X.36 du Code de droit économique (lequel impose un préavis raisonnable impératif ou une indemnité financière équivalente en matière de concessions exclusives de ventes). La jurisprudence qui découle de l'application de l'article X.36 du Code de droit économique devra toutefois être considérée comme étant davantage protectrice que le régime de droit commun.

Par ailleurs, contrairement à ce que l'article 5.76 du Code civil prévoit pour les contrats à durée déterminée, à savoir que « la résiliation irrégulière ou abusive d'un contrat à durée déterminée est inefficace », ce principe ne trouve pas à s'appliquer pour les contrats conclus à durée indéterminée (indûment, selon nous⁸⁶). Cela s'explique par le fait que les contrats à durée indéterminée doivent toujours pouvoir être résiliés unilatéralement⁸⁷. Le juge saisi ne pourra ainsi forcer l'exécution en nature de la convention⁸⁸.

Toutefois, en l'absence de délai de préavis ou lorsqu'un délai de préavis insuffisant a été notifié, ou encore en cas de résiliation abusive, la partie lésée peut bien sûr faire valoir ses droits, sans toutefois pouvoir entraîner l'inefficacité de la résiliation⁸⁹ (voy. *infra*, Sous-section 3). La Cour de cassation a en effet estimé que le juge ne pourrait ainsi prononcer l'exécution forcée de la convention à durée indéterminée⁹⁰ sans outrepasser ses pouvoirs, de même qu'il n'est pas habilité à prolonger la durée du préavis insuffisant⁹¹. Le destinataire du congé ne pourrait ainsi demander la « reprise » du contrat ou encore en réclamer l'exécution en nature ou par équivalent.

F. Sans qu'il soit requis d'indemniser le destinataire du congé

Sauf régimes dérogatoires prévus par des lois particulières et sauf disposition contraire, le destinataire du congé ne peut en principe prétendre à aucune indemnité.

⁸⁶ Voy. la première section ci-dessus.

⁸⁷ T. TANGHE, « Beëindiging van contracten – huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 272.

⁸⁸ Cass., 12 janvier 2007, préc., p. 71 ; voy. également P. WÉRY, « L'agencement des sanctions applicables à un manquement contractuel », in *Liber Amicorum F. Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 457.

⁸⁹ Voy. not. Comm. Hasselt (réf.), 14 septembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 244.

⁹⁰ Cass., 9 mars 1973, préc., p. 640 : « La résiliation unilatérale, sans juste motif ni préavis, d'une convention comportant des prestations échelonnées dans le temps et conclues pour une durée indéterminée, entraîne l'extinction immédiate de la convention ; cette résiliation exclut le recours à l'exécution forcée de la convention, fût-ce par équivalent, et donne uniquement droit à la réparation du préjudice résultant de la résiliation sans juste motif ni préavis. »

⁹¹ Cass., 12 janvier 2007, préc., p. 71.

Toutefois, en l'absence de délai de préavis ou lorsqu'un délai de préavis insuffisant a été notifié ou encore en cas de résiliation abusive, la partie lésée peut prétendre à la réparation de son dommage (via notamment l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis).

En effet, dans son arrêt du 28 juin 2019⁹², la Cour de cassation confirme qu'en l'absence de préavis raisonnable, le destinataire du congé doit être indemnisé pour tout dommage subi en raison du non-respect de cette obligation.

Sous-section 2

Quels sont les effets qui s'attachent à une résiliation unilatérale ?

Comme indiqué précédemment, la résiliation unilatérale intervient pour mettre fin de manière anticipée à une convention en cours par l'initiative d'une partie. La dissolution s'opère ainsi de manière *définitive* et *irrévocable*⁹³. L'auteur du congé ne peut ainsi faire marche arrière, sauf à faire annuler l'acte juridique qui constitue le congé, en invoquant par exemple un vice de consentement ou encore si l'acte juridique en question n'a pas atteint son destinataire.

Comme déjà mentionné, un autre effet du caractère irrévocable de la dissolution est que le juge saisi, en cas de préavis considéré comme insuffisant, ne pourra ainsi, sans outrepasser ses pouvoirs, prononcer l'exécution forcée de la convention à durée indéterminée⁹⁴ de même qu'il n'est pas habilité à prolonger la durée du préavis insuffisant⁹⁵. Ceci se justifie principalement par l'essence du principe général de droit analysé, à savoir que les conventions conclues à durée indéterminée doivent pouvoir être résiliées unilatéralement à tout moment.

Comme évoquée en introduction de cette contribution, la question de savoir si le juge des référés pouvait toutefois être habilité à suspendre provisoirement la résiliation unilatérale d'un contrat a fait couler beaucoup

⁹² Cass., 28 juin 2019, préc.

⁹³ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, pp. 260 et s. ; C. DELFORGE, « L'unilatéralisme et la fin du contrat. Droit de rétractation, résiliation et résolution unilatérales : quand le pouvoir d'un seul anéantit ce que la volonté commune a édifié », *op. cit.*, p. 112.

⁹⁴ Cass., 9 mars 1973, préc., p. 640 : « La résiliation unilatérale, sans juste motif ni préavis, d'une convention comportant des prestations échelonnées dans le temps et conclues pour une durée indéterminée, entraîne l'extinction immédiate de la convention ; cette résiliation exclut le recours à l'exécution forcée de la convention, fût-ce par équivalent, et donne uniquement droit à la réparation du préjudice résultant de la résiliation sans juste motif ni préavis. »

⁹⁵ Cass., 12 janvier 2007, préc., p. 71.

d'encre⁹⁶. La majorité de la doctrine en déduit que le juge des référés n'a pas le pouvoir de suspendre les effets de la résiliation unilatérale ou d'imposer, pendant une certaine période, le maintien de la convention en question⁹⁷. Selon une frange minoritaire de la doctrine⁹⁸ que nous rejoignons, il y a toutefois lieu de distinguer le pouvoir de prolonger la durée du préavis estimé insuffisant de la faculté du juge des référés de pouvoir suspendre le délai de préavis. La partie lésée pourrait ainsi, selon ces auteurs, s'adresser au juge des référés et demander la suspension du délai de préavis estimé comme étant insuffisant et/ou de prendre d'autres mesures conservatrices⁹⁹. Quoi qu'il en soit, la victime d'un préavis insuffisant pourra toujours solliciter, auprès du juge du fond, la réparation de son préjudice (via notamment l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis¹⁰⁰).

En outre, la résiliation n'opère que pour l'avenir, sans effet rétroactif et, sauf disposition contraire, elle affecte la convention dans sa totalité.

Section 3

Caractériser le principe

Nous ne reviendrons pas ici sur le processus de découverte des principes généraux du droit (en général) et leur reconnaissance, en tant que source autonome, par la Cour de cassation. L'essentiel a en effet été dit dans la contribution introductive. Nous nous astreindrons cependant à analyser le processus de reconnaissance du principe général qui nous occupe, ainsi que ses caractéristiques, au regard de la théorie générale.

Sous-section 1

La découverte du principe général du droit analysé

Il est traditionnellement accepté, dans le processus de reconnaissance des principes généraux du droit, qu'un raisonnement d'induction-déduction opère. À partir d'un ensemble de cas particuliers, le juge identifie un principe d'application plus large, qui les transcende. Ainsi en va-t-il du principe analysé

⁹⁶ F. GLANSDORFF et C. DALCQ, « Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée », *op. cit.*, pp. 71 et s. ; D. MERTENS, « Voodooopraktijken in het verbintenissenrecht. De bevoegdheid van de rechter in kort geding om eenzijdig beëindigde overeenkomsten van onbepaalde duur te doen "herleven" », note sous Gand, 26 juin 2006, *R.W.*, 2007-2008, pp. 825-829.

⁹⁷ Voy. les auteurs cités sous la note 112 in P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, pp. 260 et s.

⁹⁸ T. TANGHE, « Beëindiging van contracten – huidig versus toekomstig nieuw verbintenissenrecht », *op. cit.*, p. 271 et, de manière plus nuancée, I. CLAEYS, *op. cit.*, pp. 173-175.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 270.

¹⁰⁰ A. FOURREZ, « La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée doit être soumise à un préavis raisonnable », in *Les pages : obligations, contrats et responsabilités*, Limal, Anthemis, 2019, n° 63, p. 3.

dans la présente contribution : dès l'origine, le Code civil contient des cas particuliers, où il est prévu qu'une partie à un contrat à durée indéterminée puisse y mettre fin. Les cas particuliers se sont multipliés avec le temps (voy. notamment les dispositions légales identifiées ci-dessus dans la section 3, sous-section 1, point 3, C). Notons également certaines hypothèses consacrées par les usages (par exemple le contrat de courtage ou le contrat conclu entre un avocat et son client)¹⁰¹. Une fois reconnu, le principe a vocation à s'appliquer à un ensemble d'hypothèses non explicitement couvertes par une disposition légale.

En ce sens, le principe général du droit examiné dans la présente contribution est conforme à la théorie générale du droit, telle qu'elle est exposée dans la contribution introductive¹⁰². Nous nous limiterons à quelques commentaires.

La reconnaissance d'un principe général du droit est parfois justifiée au regard de l'interdiction, pour le juge, de se rendre coupable de déni de justice. Imaginons dès lors un cas d'espèce où un juge est saisi d'une demande portant sur la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée (par hypothèse, cette résiliation n'est pas fondée sur une disposition légale particulière). Nous sommes contraints de reconnaître que, sur un plan purement technique, le juge saisi pourrait, en application de l'article 1134, alinéa 2, de l'ancien Code civil, considérer qu'un tel droit n'existe pas, à défaut d'accord des parties ou de disposition légale particulière. En réalité, et sur un plan purement technique, cette solution semble d'ailleurs s'imposer.

Ce constat étant fait, il faut rappeler que les postulats de complétude et de cohérence du droit ne sont que la conséquence nécessaire d'un double impératif qui s'impose au juge : d'une part, ne pas se rendre coupable de déni de justice ; d'autre part, ne pas se substituer au législateur¹⁰³. Autrement dit, ces postulats n'ont – c'est leur nature – pas été vérifiés empiriquement et ce n'est que par construction que la solution *doit* figurer dans la loi et *doit* s'imposer au juge. L'utilité et la légitimité des principes généraux sont justifiées sur ce fondement¹⁰⁴, dans les situations où la loi est en réalité silencieuse (par exemple le droit de visite des grands-parents).

Mais qu'en est-il alors (et pour faire écho à la critique d'arbitraire évoquée en introduction¹⁰⁵) des situations où le juge retient l'application d'un principe général du droit qui diffère de la solution que la loi commande ?

¹⁰¹ P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *op. cit.*, pp. 271 et s. et P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, p. 1008 et 1009.

¹⁰² Voy. les points 12 et s. de la contribution introductive.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Point 14 *in fine* de la contribution introductive.

¹⁰⁵ Point 17 de la contribution introductive.

Quelle est la légitimité du principe dans ce contexte ? Ici, la loi n'est pas silencieuse, mais l'on est en présence d'une règle dont les conséquences, dans certains cas d'espèce, sont inacceptables (par exemple les conséquences de l'article 1134, alinéa 2, de l'ancien Code civil en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée).

Dans ces cas, le juge constate que l'existence d'un principe est si certaine que le législateur estime ne pas devoir la constater dans un texte de loi¹⁰⁶. En ce sens, le principe analysé dans notre cas d'espèce serait l'expression d'un système juridique libéral, qui ne peut être cohérent avec une solution différente.

Le seul élément d'inconfort nous semble en réalité résulter de la situation où le juge écarte, sur la base du principe analysé, une disposition légale ou conventionnelle régissant spécifiquement le droit de résiliation unilatérale d'une partie (notamment en excluant l'exécution forcée). Le postulat de complétude n'est alors pas que théorique, il est aussi empiriquement vérifié. Il nous semble que, dans cette mesure, le principe reconnu s'écarte, sans nécessité réelle, de son champ d'application légitime. Les deux premiers arrêts ci-dessus (voy. Section 2) illustrent ce commentaire, le premier concernant l'application d'une disposition légale spécifique, le second celle d'une disposition contractuelle. Cela semble d'ailleurs aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considère que « [a]yant une valeur égale à celle de la loi, le principe général de droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle ni une règle à laquelle il soit interdit au législateur de déroger »¹⁰⁷.

Notre dernier commentaire consiste à relever que la portée normative du principe a précédé sa reconnaissance par la Cour de cassation. Ainsi, la règle était appliquée longtemps avant l'arrêt de la Cour de cassation de 2015 qui a constaté l'existence du principe.

Sous-section 2

Les caractéristiques du principe général du droit analysé

La contribution introductive nous rappelle que les principes généraux du droit sont traditionnellement caractérisés comme des règles de droit non écrites, qui présentent un caractère général et subsidiaire par rapport à la loi¹⁰⁸. Cette partie de notre contribution confronte le principe qui y est analysé à ces caractéristiques.

¹⁰⁶ Point 15 de la contribution introductive.

¹⁰⁷ Cass., 29 juin 2011, *Pas.*, 2011, n° 432. Voy. également les points 29 et s. de la contribution introductive.

¹⁰⁸ Points 20 et s. de la contribution introductive.

Le principe général du droit relatif à la résiliation unilatérale des conventions à durée indéterminée est incontestablement non écrit, à tout le moins l'était-il jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 5.75 du nouveau Code civil. La question de savoir s'il persistera en tant que principe général du droit suite à cette consécration légale est examinée dans la section 4 de la présente contribution.

Le caractère « général » que doit en théorie revêtir un principe général du droit (par rapport à une « règle ») peut être pris dans diverses acceptions, identifiées dans la contribution introductive. Ayant égard à ce critère, le principe analysé n'a pas nécessairement vocation à s'appliquer dans un nombre indéfini de situations. Le principe s'applique aux contrats à durée indéterminée (voire aux engagements unilatéraux) ; tant les conditions d'application que la portée du principe semblent clairement déterminées (et ceci d'autant plus certainement que la jurisprudence a eu l'occasion de clarifier ceci, voy. *supra*). Le principe analysé commande en réalité une solution particulière dont les conditions d'application sont prévisibles, ce qui permet à notre sens d'éviter la critique relative à l'insécurité juridique induite par les principes généraux.

Il suit de ce qui précède que la norme consacrée par le principe analysé est relativement précise, détaillée ou encore de généralité faible (voy. en ce sens le point 25 de la contribution introductive), encore que l'on puisse considérer que si, certes, le principe consacre un droit, il ne contient pas de modalités pratiques d'application, au contraire des lois particulières consacrant ce droit relativement à certains contrats.

Le caractère subsidiaire des principes généraux du droit enfin, qui suppose une forme de prééminence de la loi, implique qu'ils ne peuvent dispenser le juge d'appliquer la loi ni prévaloir sur des dispositions légales contraires (ni interdire au législateur de réguler les principes généraux du droit)¹⁰⁹. Le rôle des principes serait plutôt de compléter la loi. L'on constate cependant, empiriquement, que la subsidiarité n'est pas systématique et qu'une véritable dynamique correctrice est à l'œuvre.

Deux angles d'analyse peuvent ici être retenus. Le premier consiste à étudier l'existence même du principe alors que la loi consacre implicitement une solution contraire à l'article 1134, alinéa 2, de l'ancien Code civil. Ici, le juge ne se cantonne pas au rôle de bouche servile de la loi¹¹⁰ et s'astreint à dégager une solution fondée sur les valeurs politiques fortes que l'ordre juridique promeut¹¹¹. Le rôle correctif nous semble justifié.

¹⁰⁹ Points 29 et s. de la contribution introductive.

¹¹⁰ Point 47 de la contribution introductive.

¹¹¹ *Ibid.*

Le second consiste à examiner le principe identifié dans son rapport aux dispositions légales qui y dérogent. Ici, le juge ne peut que s'en tenir aux règles écrites, spécialement lorsqu'elles ont été coulées dans des normes législatives et que la volonté des assemblées parlementaires s'est exprimée clairement¹¹². Il doit donc faire prévaloir le texte de la loi sur le principe. Ceci correspond en quelque sorte au principe *lex specialis* et exclut *a priori* tout rôle correctif.

Ces deux angles permettent de distinguer utilement le rapport entre la loi et le principe. Dans le second cas, le texte de la loi commande le respect des dispositions spécifiques et le juge n'a pas vocation à substituer un principe aux règles spécifiquement en vigueur. Il est par contre admis à corriger celles-ci quand, à défaut de dispositions spécifiques (pour autant que l'on admette que l'article 1134 du Code civil n'est pas une disposition spécifique – telle est notre appréciation, par comparaison avec les dispositions légales qui régissent les hypothèses particulières de résiliation unilatérale), la solution qui se dégage du texte n'est pas conforme aux valeurs sociales.

Section 4

Nouveau Code civil

L'adoption du nouveau Code civil a mené à la consécration, dans une disposition légale, du principe analysé.

Ainsi, l'article 5.75 « Contrat à durée indéterminée » du nouveau Code civil dispose désormais :

« Un contrat est conclu pour une durée indéterminée lorsqu'il n'est pas affecté d'un terme extinctif.

Chaque partie peut le résilier à tout moment, en respectant les conditions prévues par la loi ou par le contrat ou, à défaut, en notifiant à l'autre partie un congé mentionnant un délai de préavis raisonnable. »

Au regard de la consécration récente par le Code civil de certains principes généraux, la contribution introductive pose « la question de la pertinence, de la valeur ajoutée, voire de la survivance de ces normes en tant que principes généraux [...]. Il nous paraît que les principes ainsi consacrés ne disparaîtront pas pour autant mais que leur portée devra, en vertu du principe certes relatif de subsidiarité, s'appréhender dans le cadre du moule plus ou moins contraignant imposé par le législateur, conservant pour le reste un intérêt tant sur le plan interprétatif que, le cas échéant, dans l'hypothèse où leur champ d'application déborderait celui occupé par la loi »¹¹³.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Point 10 *in fine*.

Le principe général du droit consacré par la Cour de cassation le 29 mai 2015 ne nous semble pas avoir une portée fondamentalement différente de celle de la disposition consacrée par le nouveau Code civil¹¹⁴. Essentiellement, la norme a vocation à s'appliquer aux obligations contractuelles, consenties pour une durée indéterminée. Les conditions d'application principales sont identiques. Rien ne permet d'anticiper que cette disposition donnera lieu à une jurisprudence divergente de celle, constante, fondée sur le principe général du droit. À notre estime, le principe contribuera d'ailleurs à guider la jurisprudence relative à l'interprétation de la règle figurant dorénavant dans le Code civil.

Pour le surplus, la question du maintien du principe général du droit en tant que source autonome (additionnelle, par rapport au Code civil) doit être posée. Fondamentalement, la question se pose de savoir si le principe a une portée propre, distincte de l'article du nouveau Code civil. À cet égard, il est possible que la jurisprudence s'attelle à identifier une portée autonome au principe général du droit. En particulier, s'agissant des engagements unilatéraux à durée indéterminée, il nous semble probable que soit consacrée la faculté de l'auteur de l'engagement d'y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un préavis raisonnable.

Ceci pourrait cependant également être fait directement sur la base du nouveau Code civil. Certes, l'article 5.75 figure sous le chapitre « contrat » et le titre des sources d'obligations, et indique également que c'est le « contrat » conclu à durée indéterminée qui peut être résilié à tout moment par une partie, en respectant les conditions prévues par la loi ou par le contrat ou, à défaut, en notifiant à l'autre partie un congé mentionnant un délai de préavis raisonnable. Cette règle pourrait toutefois également être appliquée aux actes juridiques unilatéraux par le biais du nouvel article 5.126 du nouveau Code civil, lequel dispose que « [c]haque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles qui s'appliquent aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation ».

L'on sera également attentif à la question de l'« efficacité » de la résiliation, en cas de non-respect des conditions prévues par la loi ou le contrat, ou de non-respect du délai raisonnable. Il appartiendra au juge de déterminer si un tel manquement justifie que la partie affectée puisse exiger l'exécution en nature de certaines prestations, voire affecte l'efficacité du congé.

Pour le surplus, l'on peine à voir la portée de la discussion, au-delà de la question des normes qui doivent être visées à l'appui d'un pourvoi

¹¹⁴ En ce sens, les travaux préparatoires contiennent une synthèse de la jurisprudence et n'expriment aucune intention de dévier de cette dernière.

en cassation¹¹⁵. S'agissant de cette dernière question, elle sera réglée par les praticiens prudents, qui veilleront à invoquer les deux fondements au soutien de leurs pourvois.

Conclusion

En guise de conclusion, l'on se limitera à relever la relative conformité du principe général du droit reconnu par la Cour de cassation avec la théorie générale du droit, ainsi que le peu de controverses juridiques relatives à sa portée.

Ce principe a d'ailleurs été consacré à droit constant par le nouveau Code civil, dont les travaux préparatoires confirment la teneur, identique à la jurisprudence antérieure.

¹¹⁵ Voy. également à ce sujet le point 23 de la contribution introductive.

L'interdiction du représentant de se porter contrepartie et d'agir en conflit d'intérêts

Nicolas VAN DAMME

*Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre de droit privé
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles
Collaborateur scientifique à la KULeuven, Instituut voor Contractenrecht
Avocat au barreau de Bruxelles*

Sander VAN LOOCK

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre de droit privé
Collaborateur scientifique à la KULeuven, Instituut voor Verbintenissenrecht
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. Nouvel article 1.8 du Code civil à partir du 1^{er} janvier 2023, relatif à la représentation. L'ancien Code civil ne contenait pas de disposition générale relative à la figure de la représentation. Le nouvel article 1.8 du Code civil comble cette lacune dans une certaine mesure en confirmant quelques acquis issus de la doctrine et de la jurisprudence. Selon son paragraphe 1^{er}, « il y a représentation lorsqu'une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'une autre personne ».

2. Consécration du principe général de droit interdisant la contrepartie et... les conflits d'intérêts en cas de représentation. Lors des travaux parlementaires, un amendement¹ a été introduit pour inclure dans l'article 1.8 du Code civil la confirmation du principe général de droit selon lequel un représentant ne peut pas intervenir en cette qualité lorsque son intérêt va à l'encontre de celui du représenté (« l'interdiction de se porter contrepartie » ou « l'interdiction du contrat avec soi-même »). L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil dispose en effet :

« Quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci ni intervenir en

¹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/003, p. 14.

cas de conflit d'intérêts. Un tel acte juridique est nul à moins que le représenté y ait expressément ou tacitement consenti.»

3. Plan. Le principe général de droit interdisant au représentant de se porter contrepartie ayant fait l'objet d'une consécration législative, il nous semble utile d'en préciser les contours. Dans la présente contribution, nous analyserons dès lors successivement le fondement de ce principe (Section 1), son champ d'application (Section 2), sa sanction (Section 3) avant de conclure (Section 4).

Section 1 Fondement

4. Culmination d'un processus jurisprudentiel et doctrinal. La consécration législative de l'interdiction de se porter contrepartie dans l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil est la culmination d'un processus jurisprudentiel et doctrinal. Même si cette interdiction a plusieurs applications légales, c'était surtout l'article 1596 de l'ancien Code civil qui était important dans ce processus. C'est la raison pour laquelle nous nous concentrons sur cet article.

Sous-section 1

Évolution vers un principe général de droit

5. Racines de droit romain. L'interdiction de se porter contrepartie trouve ses racines en droit romain. Les *Digestes* prévoyaient une interdiction pour un officier public d'acheter des biens dont la vente se faisait par son ministère, que ce soit par lui-même ou par interposition d'une autre personne : « *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam* »². Il s'agissait dès lors d'une interdiction pour les fonctionnaires de se porter contrepartie, non pas pour des représentants en général. Il est précisé que cette interdiction en droit romain n'était pas applicable aux ventes aux enchères³.

6. Réception du droit romain et élargissement par le Code Napoléon de 1804. Cette règle a directement inspiré les rédacteurs du Code civil français. Dans ses règles consacrées au contrat de vente, le projet de Cambacérès de 1794 contenait un article 832 selon lequel « nul ne peut acheter ni par lui-même, ni par personnes interposées, les biens dont il a l'administration »⁴.

² Dig. 18.1.46. Voy. également : O. LE CLERCQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, V, Liège, Duvivier, 1811, p. 378.

³ R. TROPLONG, *Commentaire de la vente*, I, Paris, Hingray, 1856, 255, n° 187.

⁴ CAMBACÉRÈS, *Projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents*, Paris, Imprimerie Nationale, Messidor an IV, p. 184.

L'interdiction, dans cet article, avait une portée très générale et interdisait à toutes les personnes ayant l'administration d'un bien de l'acheter lui-même.

Cette disposition fut finalement reprise, de manière moins générale toutefois, par le Code Napoléon, notre ancien Code civil, à l'article 1596 :

« Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

- les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;
- les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;
- Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;
- Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ».

Le but de cette disposition était évident, selon Portalis : « Les raisons de sûreté et d'honnêteté publiques qui motivent ces défenses sont trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les développer. » Ses propos semblent surtout viser les officiers publics comme à Rome. En effet, précise-t-il, « on voulait écarter d'eux jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude »⁵.

Le tribun Faure, lors de sa communication au Tribunat, semblait donner une portée plus générale à cet article qui ne se limiterait pas aux catégories énumérées par l'article 1596 : « Sans cesse attentif à prévenir les fraudes, il défend à tous ceux qui ont des biens à vendre, pour tout autre compte que le leur, de s'en rendre adjudicataires ni par eux-mêmes ni sous le nom d'autres personnes interposées. » Le tribun fonde cette interdiction sur le besoin d'éviter des conflits d'intérêts : « On n'a pas voulu mettre l'intérêt personnel aux prises avec le devoir »⁶. Ensuite, il donne une illustration concrète de la problématique : « [...] [E]n un mot, les divers agens qui vendent pour le compte d'autrui, doivent, par devoir, faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'ils représentent. S'il leur était permis de se rendre adjudicataires, leur propre intérêt les inviterait à vendre au plus bas prix »⁷. Pour lui, la solution était simple : « Cet inconvénient disparaît au moyen de la prohibition »⁸.

Selon Grenier, c'est la morale qui motive cette interdiction : « La crainte que des idées suggérées par la cupidité ne prissent la place des sentiments

⁵ PORTALIS, « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Paris, 1829, p. 116.

⁶ FAURE, « Communication officielle au Tribunat », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Paris, 1829, p. 155.

⁷ FAURE, *ibid.*, p. 155 et 156.

⁸ FAURÉ, *ibid.*, p. 156.

d'affection et de désintéressement qui doivent animer des administrateurs ne permet pas qu'ils puissent se rendre adjudicataires des biens dont l'administration leur est confiée »⁹.

Tandis que ces idées d'éviter des conflits d'intérêts et de moralité avaient une large portée, la règle telle qu'elle est contenue dans l'article 1596 de l'ancien Code civil restait néanmoins limitée. L'interdiction est en effet limitée à quatre (catégories de) personnes qui ne peuvent pas se rendre adjudicataires d'un bien vendu en vente publique. Les autres personnes et les autres modes de vente ne sont en principe pas visés par la lettre du dispositif. En ce qui concerne les mandataires, il est seulement interdit à ceux-ci d'acheter les biens du mandant qu'ils doivent vendre pour lui, et non pas la transaction inverse, à savoir vendre les biens au mandant qu'ils doivent acheter pour lui¹⁰.

7. Portée précise de l'article 1596 de l'ancien Code civil et évolution. L'article 1596 de l'ancien Code civil étant clairement fragmentaire et incomplet, la question s'est posée de savoir quel en était le domaine d'application précise.

Certains auteurs favorisaient une interprétation stricte de l'article 1596 de l'ancien Code civil en s'inspirant de la devise « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

Un de ces partisans était F. Laurent. Il défendait une interprétation restrictive de l'article 1596 de l'ancien Code civil. Conformément à sa philosophie du droit,¹¹ il était d'opinion que ce n'était pas à la doctrine de combler des lacunes de la loi : « Ainsi il y a silence de la loi, et la doctrine vient combler cette lacune en se fondant sur une prétendue incompatibilité. Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi »¹².

Par contre, E. Arntz ne se contentait pas de ces limitations. Pour cet auteur, l'article 1596 de l'ancien Code civil est l'expression d'un principe général de droit et ne doit pas être interprété restrictivement : « Il ne faut pas considérer les prohibitions portées dans le chapitre II de ce titre du Code comme déroatoires au droit commun. Elles sont établies en partie comme conséquences d'autres principes généraux de droit, en partie pour mieux assurer la réalisation d'autres principes. Il résulte de là qu'il ne faut pas toujours

⁹ GRENIER, « Discussion devant le Corps Législatif », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit. p. 156.

¹⁰ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 97, n° 93.

¹¹ G. BAERT, « Prof. François Laurent een eeuw later (1810-1887-1987) », *T.P.R.*, 1990, (37) pp. 108-109, n° 90 ; D. HEIRBAUT, « Weg met De Page? Leve Laurent ? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht », *T.P.R.*, 2017, (267) pp. 282-287, n° 16-19.

¹² F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXIV, Bruxelles, Bruylant, 1877, p. 58, n° 46.

les interpréter restrictivement. Ainsi, l'incapacité peut résulter de l'esprit de ces dispositions sans être prévue par le texte littéral »¹³.

Après lui, ce sont surtout les travaux d'H. De Page qui ont joué un rôle important dans le développement du principe général de droit. Dans son *Traité*, il écrit qu'« il existe dans notre droit un principe général qui défend au mandataire de se constituer contrepartie du mandant pour l'exécution de l'acte qu'il est chargé d'accomplir »¹⁴. Dans plusieurs dispositions, et dans l'article 1596 de l'ancien Code civil en premier lieu, cet auteur voit des applications de ce principe. Pour H. De Page, ce principe n'était même qu'une des incidences d'une règle plus générale encore, celle qui défend à une personne d'agir dans le même acte en deux qualités différentes (à titre personnel, et comme mandataire ou chargé, à titre quelconque, des intérêts d'autrui), en raison de l'opposition d'intérêts¹⁵.

8. Généralisation et confirmation d'un principe général de droit par la Cour de cassation. Dans son arrêt du 7 décembre 1978, la Cour de cassation a consacré l'existence du principe général de droit. Selon la Cour, « si l'acte accompli au mépris du principe général de droit qui s'oppose à ce que le mandataire d'une partie agisse aussi comme contrepartie de son mandant est nul, cette nullité n'est que relative et peut être couverte par le mandant agissant en connaissance de cause »¹⁶. Cet arrêt confirme l'existence d'un principe général de droit interdisant à un mandataire de se porter contrepartie et clarifie le fait que sa violation est sanctionnée par la nullité relative. La Cour ne fait toutefois pas référence à l'article 1596 de l'ancien Code civil. Seul le sommaire de la *Pasicrisie* y fait référence¹⁷.

Ce n'est que trois ans plus tard que la Cour de cassation, par son arrêt du 24 septembre 1981, donne une interprétation large à l'article 1596 de l'ancien Code civil, en considérant que « l'article 1596, alinéa 3, du Code civil ne s'applique non seulement aux ventes aux enchères, mais aussi aux ventes de gré à gré ». La Cour ajoute que « la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, du Code civil peut s'appliquer même lorsque le mandant a fixé le prix auquel le bien peut être vendu, cette seule circonstance n'impliquant pas la cessation du mandat »¹⁸.

¹³ E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, III, Bruxelles, Bruylant, 1879, p. 471, n° 930.

¹⁴ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 410, n° 411.

¹⁵ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *ibid.*, pp. 410-411, n° 411.

¹⁶ Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 408.

¹⁷ J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 121, n° 16.

¹⁸ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, 125.

Si la formulation du principe général de droit dans les années 1970-1980 était encore restreinte à l'article 1596 de l'ancien Code civil, l'arrêt du 18 mars 2004 lui donne une portée bien plus générale : « Il existe un principe général du droit suivant lequel quiconque accomplit des actes juridiques pour le compte d'un tiers ne peut intervenir en qualité de partie adverse de ce tiers ; que l'acte ainsi accompli est nul par nature ». De ce principe, la Cour de cassation déduit que, « dans l'exécution de son mandat, un mandataire ne peut intervenir en qualité de partie adverse de son mandant en ce qui concerne l'acte juridique à accomplir »¹⁹.

Enfin, dans son arrêt du 13 septembre 2012, la Cour précise que la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, de l'ancien Code civil subsiste aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin au mandat et que le mandant peut y mettre fin par l'accomplissement de l'acte qui est l'objet du mandat²⁰.

9. Consécration et extension législative dès le 1^{er} janvier 2023. Le 1^{er} janvier 2023 entreront en vigueur les nouveaux Livres 1^{er} et 5 du Code civil. Le nouvel article 1.8, paragraphe 6, du Code civil « confirme la règle selon laquelle un représentant ne peut intervenir en cette qualité lorsque son intérêt va à l'encontre de celui du représenté »²¹. L'interdiction semble avoir une portée encore plus générale en ce qu'elle prévoit que « quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci *ni intervenir en cas de conflit d'intérêts* » (nous soulignons). Dès lors, sont interdites non seulement les situations dans lesquelles le représentant se porte contrepartie, mais aussi les situations dans lesquelles il n'agit pas comme contrepartie mais en simple conflit d'intérêts. C'est le cas, nous allons le voir, du « double mandat » (voy. *infra*, n° 20).

Sous-section 2

Ratio legis

10. Conflit d'intérêts au sein d'une même personne. La *ratio legis* de l'interdiction dans l'article 1596 de l'ancien Code civil et le principe général interdisant la contrepartie en cas de représentation est le danger des conflits d'intérêts.

Que faut-il entendre par « conflits d'intérêts » ? L'intérêt désigne ce qui est pris en considération par une personne, ce qui compte pour elle²².

¹⁹ Cass., 18 mars 2004, R.G. n° C.02.0249.N, *Pas.*, 2004, p. 458.

²⁰ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F, *Arr. Cass.*, 2012, liv. 9, p. 1940 ; *Pas.*, 2012, liv. 9, p. 1667 ; *R.W.*, 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; *T.B.O.*, 2013, liv. 3, p. 116 ; *T. Not.*, 2013, liv. 10, p. 556.

²¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/003, p. 14.

²² P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, n° 11.

La notion de « conflit d'intérêts » peut alors être définie de manière extrêmement large si on la comprend comme étant l'opposition d'intérêts de personnes distinctes²³. Ainsi, l'intérêt privé s'oppose à l'intérêt général, l'intérêt individuel à l'intérêt familial, l'intérêt de l'employeur à l'intérêt de l'employé, l'intérêt du créancier à l'intérêt du débiteur, etc.²⁴. Ce n'est toutefois pas sous cet angle qu'il faut concevoir la notion de « conflit d'intérêts » nécessaire à l'application de l'interdiction de se porter contrepartie.

Le conflit d'intérêts doit plutôt se définir comme « la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs »²⁵. En d'autres termes, le conflit d'intérêts doit résider au sein d'une même personne²⁶. Il ne s'agit donc pas d'un conflit d'intérêts inhérent à tout contrat (vendeur-acheteur ; maître de l'ouvrage-entrepreneur...), mais bien d'un conflit d'intérêts qui existe au sein d'une même personne et plus particulièrement lorsque les intérêts personnels de cette personne entrent en conflit avec ses devoirs vis-à-vis d'une autre personne²⁷. Le conflit d'intérêts peut aussi concerner la situation dans laquelle les devoirs qu'a le représentant envers différents représentés sont en opposition. Dans ce cas-là, le conflit d'intérêts réside toujours au sein d'une même personne, à savoir le représentant, qui se trouve dans une situation dans laquelle les intérêts des personnes respectives qu'il représente sont inconciliables ou en opposition. C'est l'hypothèse du double mandat (voy. *infra*, n° 21).

11. Solution radicale et préventive pour éviter des conflits d'intérêts.

Les travaux préparatoires de l'article 1596 de l'ancien Code civil, que nous avons évoqués plus haut, démontrent l'intention du législateur d'éviter qu'un mandataire soit déchiré par le choix qu'il aurait à faire entre la poursuite de ses propres intérêts et de ceux de son mandant. Bien qu'il y ait différentes possibilités de gérer des conflits d'intérêts²⁸, le choix a été posé en faveur d'une solution aussi claire que radicale : la prohibition est sanctionnée par une nullité. Comme le disait le tribun Faure, le danger des conflits d'intérêts « disparaît au moyen de la prohibition »²⁹.

La prohibition de se porter contrepartie dans l'article 1596 de l'ancien Code civil est considérée comme une obligation de résultat pour le mandataire.

²³ Voy. également M. KRUIHOF, « Wanneer vormen tegenstrijdige belangen een belangenconflict? », in *Van Alle Markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 575 et s.

²⁴ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., p. 3, n° 2.

²⁵ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », op. cit., p. 1, n° 1 ; Ph. ERNST, *ibid.*, p. 5, n° 4.

²⁶ Ph. ERNST, *ibid.*, p. 4, n° 3.

²⁷ *Ibid.*, p. 5, n° 4.

²⁸ Voy. *Ibid.*, pp. 105-115.

²⁹ FAURE, « Communication officielle au Tribunal », op. cit., (150) p. 156.

La simple violation de cette prohibition constitue dès lors une inexécution fautive du mandat par le mandataire et pourra engager sa responsabilité vis-à-vis du mandant³⁰. La vente conclue au mépris de l'interdiction est en outre frappée de nullité relative³¹. L'article 1596 de l'ancien Code civil vise clairement à étouffer dans l'œuf chaque conflit d'intérêts virtuel, la protection préventive du mandant étant primordiale. La sanction frappe dès l'instant où la prohibition est violée, sans examen concret ou une mise en balance des intérêts³². Le résultat concret de l'opération n'est pas pertinent. Le mandant ne doit pas démontrer un préjudice. B. Van den Bergh considère à juste titre que cet article instaure *de facto* une présomption légale de lésion dans le chef du mandant lorsque son mandataire se porte contrepartie³³.

Comme nous le verrons plus loin (voy. *infra*, n^{os} 20 et 38), cette sanction radicale est nuancée par la « théorie de la nullité inappropriée » consacrée par le nouveau Code civil.

Section 2

Champ d'application

12. Champ d'application de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Conformément à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil, quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci ni intervenir en cas de conflit d'intérêts. Un tel acte juridique est nul à moins que le représenté y ait expressément ou tacitement consenti³⁴.

L'acte juridique accompli en méconnaissance de ce principe est parfois appelé « l'acte juridique avec soi-même » (DE : *Selbstkontrahierung*)³⁵. En réalité, cet acte juridique est celui « dans lequel intervient une seule personne [...],

³⁰ B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *R.W.*, 2013-2014, p. 1102, n^o 5.

³¹ B. VAN DEN BERGH, *ibid.*, p. 1102, n^o 5.

³² Cass., 24 septembre 1981, R.G. n^o 6372, *Pas.*, 1982, I, 125.

³³ B. VAN DEN BERGH, *op. cit.*, p. 1102, n^o 5.

³⁴ Comp. en droit allemand : § 181 BGB : « Sauf autorisation contraire, un représentant ne peut accomplir un acte juridique au nom du représenté avec lui-même en son nom propre ou en tant que représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne consiste exclusivement en l'exécution d'une obligation. » En droit français : art. 1161 C. civ. : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. »

³⁵ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *R.C.J.B.*, 2022, p. 630, n^o 20 ; J.-Fr. ROMAIN, *Droit des obligations*, vol. 1, syllabus, Bruxelles, PUB, 2021, p. 86, n^o 56 ; P. A. FORIERS, *Les obligations*, t. 1, syllabus, ULB, 2016-2017, p. 58, n^o 53 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 134, n^o 60 ; J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », *op. cit.*, pp. 102 et 103, n^o 6 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 411, n^o 448.

mais en deux qualités juridiques différentes, en raison du fait qu'indépendamment de sa propre personnalité, elle en représente une autre »³⁶.

Nous analyserons ci-après le champ d'application de cette disposition qui nous semble avoir été encore élargi par la réforme du Code civil. Nous y reviendrons.

Sous-section 1

Champ d'application personnel (*ratione personae*)

13. Tout représentant (contractuel, légal ou organique) qui se porte contrepartie. L'article 1.8 du Code civil ayant une portée générale, il s'applique à toute forme de représentation. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique donc aux représentants légaux (les parents, les tuteurs, l'administrateur d'un majeur protégé), conventionnels et organiques³⁷. Les « praticiens de l'insolvabilité » au sens de l'article I.22 du Code de droit économique sont également soumis à l'interdiction de se porter contrepartie³⁸. L'interdiction est générale et s'applique tant aux représentants de personnes privées qu'aux représentants de personnes publiques (art. 1596 anc. C. civ.)³⁹.

14. Le contournement de l'interdiction via une interposition de personnes ? L'interdiction de se porter contrepartie peut-elle être valablement contournée via une interposition de personnes ?

Ainsi, le représentant peut-il interposer une personne morale dont il détient les parts sociales pour contourner l'interdiction de contrepartie ? Le représentant qui est chargé de vendre un immeuble pour le compte du représenté pourrait ainsi être amené à faire appel à une personne morale qu'il contrôle ou un proche agissant comme « homme de paille » pour se porter contrepartie.

L'« interposition de personnes » a pour but de masquer un rapport juridique (in)direct entre deux personnes (A et C) en plaçant une autre personne (B) entre les deux premières⁴⁰. Par le biais d'un intermédiaire, la personne fondamentalement concernée par la règle de droit (le maître de l'affaire) tente d'échapper à son application⁴¹.

³⁶ H. DE PAGE, *ibid.*, II, p. 411, n° 448.

³⁷ W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », in *BeckOK BGB*, Munich, Beck, 2022, n°s 4-5 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, De Gruyter, 2019, n°s 16-18.

³⁸ *Ibid.*, n° 10.

³⁹ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., p. 101, n° 102.

⁴⁰ N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 453, n° 279 ; B. VIAL-PEDROLETTI, *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, thèse, Université Aix-Marseille, 1986, p. 3 ; P. BOURGUIGNON, *Notion juridique de l'interposition de personne*, Paris, Sirey, 1906, p. 1.

⁴¹ N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *ibid.*, p. 453, n° 279 ; S. SIEKER, *Umgehungsgeschäfte*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2001, p. 56.

L'article 1596 de l'ancien Code civil prévoyait expressément que l'interdiction s'appliquait aussi aux personnes interposées. Le nouvel article 1.8, paragraphe 6, du Code civil n'en dit mot. Faut-il en déduire que l'interposition de personne sera efficace dès le 1^{er} janvier 2023 pour neutraliser l'interdiction de se porter contrepartie ? Non.

Il y aura toutefois « fraude à la loi » prohibée dès lors que cette interposition sert à voiler un conflit d'intérêts patent entre le représentant et le représenté⁴². Cette interposition frauduleuse doit être établie⁴³. L'intention frauduleuse est en soi non pertinente à cet égard⁴⁴. Il suffit de démontrer que la personne interposée n'agit pas de manière autonome mais bien comme « homme de paille » laissant ainsi le conflit d'intérêts inchangé entre le représentant et le représenté. Tant que ce conflit d'intérêts subsiste, l'interdiction de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil sera d'application.

Puisque la fraude constitue un fait juridique au sens strict, la preuve peut se faire par toutes voies de droit (art. 8.8 C. civ.)⁴⁵.

Sous-section 2

Champ d'application matériel (*ratione materiae*)

A. Une représentation

15. Une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'autrui. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique tout d'abord uniquement aux cas de « représentation ». Il y a « représentation » lorsqu'une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'une autre personne (art. 1.8, § 1^{er}, C. civ.). La représentation est donc plus large que le mandat. Le mandat est le *contrat* par lequel une partie, le mandant, charge une autre personne, appelée le mandataire, du pouvoir de la représenter, qu'elle accepte, afin de réaliser, en son nom et pour son compte, un acte juridique⁴⁶. On l'a vu, un représentant peut aussi être institué par une loi ou par décision de justice.

⁴² Cass. fr. (3^e civ.), 2 juillet 2008, n° 07-15.509 ; M. THIOYE, « Achat par une société ayant le même gérant que la société mandataire : l'interposition doit être établie », *AJDI*, 2022, p. 302 ; N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *ibid.*, pp. 453-454 ; F. COHET, « Nullité d'une vente consentie au mandataire : confirmation et préjudices indemnifiables », *AJDI*, 2017, p. 222 ; Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, pp. 101 et 102, n° 103 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, IV, pp. 107 et 108, n° 72.

⁴³ Cass. fr. (3^e civ.), 20 octobre 2021, n° 20-18.792 ; M. THIOYE, « Achat par une société ayant le même gérant que la société mandataire : l'interposition doit être établie », *op. cit.*, p. 302 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *ibid.*, IV, p. 108, n° 72.

⁴⁴ Voy. N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *op. cit.*, p. 715.

⁴⁵ N. VAN DAMME, *ibid.*, p. 399, n° 245 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, IV, p. 108, n° 72.

⁴⁶ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 609, n° 3.

L'interdiction de la contrepartie ne s'applique pas aux contrats d'entreprise ou plus largement lorsqu'une personne est habilitée par une autre de réaliser des *faits juridiques au sens strict* (une fraude, un acte matériel ou autre fait à l'exclusion d'un acte juridique) pour son compte. Il est évident que se poseront, dans la pratique, des problèmes de qualification de la relation juridique. Ainsi, un agent immobilier qui est chargé de trouver (pas de conclure un contrat) un candidat-acheteur pour le compte d'un propriétaire d'immeuble ne sera pas un représentant mais agira en vertu d'un contrat d'entreprise. En effet, dans ce cas, la mission de l'agent immobilier se réduit à annoncer la mise en vente du bien, à prospecter le marché, à faire visiter les lieux et à mettre en contact le propriétaire et les candidats acquéreurs⁴⁷. Si l'agent immobilier se propose lui-même comme acquéreur, il n'y aura pas de conflit d'intérêts, le propriétaire pouvant accepter ou refuser la proposition de son plein gré (sauf en cas d'abus de circonstances)⁴⁸. Cependant, l'interdiction sera applicable aux contrats d'entreprise qui contiennent un élément (accessoire) de représentation. Dans ce cas, les règles de la représentation sont applicables⁴⁹.

16. Représentation parfaite ou imparfaite. L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil s'applique sans distinction à toute forme de représentation, que celle-ci soit parfaite ou imparfaite⁵⁰. Cependant, dans la représentation imparfaite, c'est-à-dire lorsque le représentant accomplit cet acte en son propre nom, mais pour le compte de la personne représentée (art. 1.8, § 1^{er}, C. civ.), un autre problème se pose lorsque le représentant accomplit un acte juridique multilatéral (un contrat) qui suppose, par définition, la rencontre de plusieurs volontés *distinctes*. Ainsi, J.-Fr. Romain soulève qu'« en se portant contrepartie, le commissionnaire ou prête-nom contracte seulement avec lui-même, au titre d'une seule volonté et non de deux consentements distincts [...]. Il en résulte en principe la nullité relative du contrat ». Cette particularité ne se posera toutefois pas lorsque le représentant imparfait contracte avec lui-même via une personne interposée (voy. *infra*, n° 22). Il y aura alors certes deux volontés distinctes (sauf en cas de simulation), mais cela n'empêchera nullement l'interdiction de la contrepartie de jouer en cas de conflits d'intérêts. Dans les autres hypothèses, lorsque le représentant imparfait (prête-nom, commissionnaire) contracte avec lui-même, la question se pose en effet de savoir si le contrat

⁴⁷ P. WÉRY, *ibid.*, p. 619, n° 12 ; V. SAGAERT, B. TILLEMANS et A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 468, n° 1185.

⁴⁸ F. COHET, « Nullité d'une vente consentie au mandataire : confirmation et préjudices indemnifiables », *AJDI*, 2017, p. 222.

⁴⁹ Voy. à ce sujet S. VAN LOOCK, « Commentaar artikel 1984 BW », *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, 2015, n° 54.

⁵⁰ J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », *op. cit.*, p. 107, n° 7.1.2.

est formé en vertu de deux consentements distincts⁵¹. Nous pensons que oui. En effet, le prête-nom ou le commissionnaire agit pour le compte du prêteur de nom ou du commettant qui, dans son rapport avec le premier, exprime sa volonté de vouloir former un contrat. De l'autre côté, le cocontractant est le prête-nom ou le commissionnaire, et celui-ci, par hypothèse, sait qu'il agit pour le compte du prêteur de nom ou du commettant. Il y a donc bien deux volontés distinctes, même si ces volontés sont exprimées par une seule personne. Dans ce cas, l'interdiction de se porter contrepartie jouera pleinement.

B. Dans l'accomplissement d'un acte juridique

17. Tout acte juridique multilatéral ou unilatéral. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique à tout acte juridique, peu importe qu'il s'agisse d'un acte juridique multilatéral⁵² ou unilatéral. L'application de l'interdiction à tous actes unilatéraux peut, au premier abord, surprendre. Pourtant, comme nous l'avons vu, la *ratio legis* de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil est de neutraliser les conflits d'intérêts. C'est la raison pour laquelle l'on admet généralement que l'interdiction s'applique aussi aux actes juridiques unilatéraux réceptices. En effet, si le représentant est à la fois le destinataire et l'auteur de l'acte juridique unilatéral réceptice (résiliation, licenciement, mise en demeure, réception, etc.), il y a (potentiellement) conflit d'intérêts⁵³. Les actes réceptices ne sont formés et ne produisent leurs effets qu'à partir du moment où ils ont été adressés à leur destinataire et où ceux-ci ont pu en prendre connaissance⁵⁴.

L'application aux actes juridiques unilatéraux de l'interdiction de se porter contrepartie ne se limite pas, selon nous, aux actes réceptices⁵⁵. Une décision prise par un organe d'administration au nom et pour le compte d'une personne morale constitue un acte juridique unilatéral⁵⁶. Cette décision peut être prise en conflits d'intérêts lorsque les intérêts de la personne morale ne coïncident pas avec ceux de ses organes. Ceci est confirmé par les articles 5:76, 6:64, 7:96 et 7:115 du Code des sociétés et associations (C.S.A.) relatifs au règlement des conflits d'intérêts des administrateurs dans la SRL, la SC et la SA⁵⁷. Dans une contribution récente, A. Jansen rappelle

⁵¹ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., pp. 58-65.

⁵² Par ex. : la vente (art. 1596 anc. C. civ.) ; la donation ou libéralité (Mons, 17 juin 2014, J.L.M.B., 2018, p. 947, obs. V. PALM ; Mons, 24 mars 2016, R.G.D.C., 2016, p. 528).

⁵³ *Ibid.*, n° 6.

⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, in De Page. *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1070.

⁵⁵ *Contra* : W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », op. cit., n° 9 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 9.

⁵⁶ S. DE DIER, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roulers, Roularta, 2016, n° 45 ; C. SPIERINGS, *De eenzijdige rechtshandeling*, Deventer, Kluwer, 2016, n° 2.4.10.

⁵⁷ Voy. également S. DE DIER, *ibid.*, n° 257 et s.

que des conflits d'intérêts similaires peuvent exister dans le chef des délégués à la gestion journalière⁵⁸.

Pareillement, l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil s'appliquera à la renonciation au droit réel par son titulaire (art. 3.15, 5°, C. civ.), à la promesse de récompense, à une offre publique d'acquisition, etc., dès lors qu'il existe un conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté. Une « contrepartie » au sens strict du terme n'est pas nécessaire.

18. Les actes de procédure ne sont pas soumis à l'interdiction de se porter contrepartie. La question s'est posée de savoir si l'interdiction de se porter contrepartie s'applique aux actes de procédure⁵⁹. Un « acte de procédure »⁶⁰ est « un acte accompli dans le cadre d'une procédure mue en justice ou sous le contrôle de la justice, émanant des parties, de leurs mandataires ou des auxiliaires du juge »⁶¹. Il peut donc s'agir d'actes établis par les parties ou leurs conseils, par un huissier de justice, le greffier, un notaire, un témoin, un expert, etc.⁶². L'acte de procédure est-il soumis à l'interdiction de se porter contrepartie ? Un organe de la société peut-il établir des actes de procédure alors qu'il y a conflit d'intérêts avec la société ?

Il faut considérer que les actes de procédure répondent à une autre logique que les actes juridiques et sont soumis à un autre jeu de règles spécifiques⁶³. Les actes de procédure sont soumis à des règles spécifiques en matière de nullité (art. 860-867 C. jud.)⁶⁴ et sont de la sorte exclus des règles relatives à la nullité des actes juridiques du Code civil⁶⁵.

Comment régler les problèmes de conflits d'intérêts dans le cadre de l'établissement d'actes de procédure ? Ces problèmes seront réglés en dehors du droit de la procédure civile. Ainsi, un organe qui méconnaît les règles applicables aux conflits d'intérêts en droit des sociétés pourra être responsable vis-à-vis de la société pour le dommage qui en résulterait pour cette

⁵⁸ A. JANSEN, « L'Amendement. Loyauté bien ordonnée commence par les délégués (à la gestion journalière) », *T.R.V.-R.P.S.*, 2022, pp. 348 et s.

⁵⁹ SCHUBERT, « § 181 BGB », in *Münchener Kommentar zum BGB*, Munich, Beck, 2021, n° 21 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 27.

⁶⁰ Ces actes se distinguent des décisions des juges et sont appelés « actes juridictionnels » (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1987, p. 113, n° 117).

⁶¹ Cass., 28 avril 1988, R.G. n° 8285, *Ann. dr. Liège*, 1989, p. 185, note G. DE LEVAL ; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1088 ; *Bull.*, 1988, p. 1028 ; *J.T.*, 1989 (abrégé), p. 277 ; *Pas.*, 1988, I, p. 1028 ; *R.W.*, 1989-1990 (abrégé), p. 161, note.

⁶² P. Taelman, C. Van Severen et J. Van Doninck, « Herstel van vormgebreken in het burgerlijk procesrecht », in *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Malines, Kluwer, 2016, p. 309, n° 3.

⁶³ SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 27. Voy. également P. Taelman, C. Van Severen et J. Van Doninck, *ibid.*, p. 309, n° 3.

⁶⁴ Ces règles relatives à la nullité des actes de procédures ne s'appliquent pas aux actes juridictionnels (Cass., 6 février 1984, *J.J.T.*, 1984, p. 109 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 113, n° 117).

⁶⁵ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2022, pp. 524-525, n° 682.

dernière. Dans le cas où un acte de procédure aurait été accompli au nom d'une personne en l'absence de toute représentation légale sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié, même tacitement, elle pourra demander au juge de le déclarer non avenu (art. 848 C. jud.).

C. Pour autant qu'il existe un conflit d'intérêts ?

1. Position du problème

19. Évolution : de l'article 1596 de l'ancien Code civil à l'article 1.8, paragraphe 6 du Code civil. Nous l'avons vu, la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, sous l'empire de l'article 1596 de l'ancien Code civil, s'accorde, à tort, sur le fait qu'aucune marge d'appréciation n'est laissée au juge lorsque le représentant s'est porté contrepartie (voy., *supra* n° 11)⁶⁶. Nous pensons que le nouveau régime de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil doit au contraire s'apprécier *in concreto*.

En effet, compte tenu de la *ratio legis* de la disposition qui est de sanctionner les actes établis en conflit d'intérêts par le représentant, nul besoin d'une telle sanction en l'absence d'un tel conflit.

Par ailleurs, comme nous le verrons, le nouveau droit des contrats introduit dans notre Code civil la « théorie de la nullité appropriée »⁶⁷ selon laquelle « le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée » (art. 5.57, al. 2, C. civ.). Cette disposition a d'ailleurs été consacrée de manière anticipative⁶⁸ par la Cour de cassation dans ses arrêts du 7 novembre 2019 et 22 janvier 2021⁶⁹. La nullité serait ainsi particulièrement inappropriée en cas d'absence de conflit d'intérêts (voy. *infra*, n° 37).

⁶⁶ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, p. 125.

⁶⁷ N. VAN DAMME, « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *For. ass.*, 2022, p. 181, n° 17.

⁶⁸ Voy. à propos de l'application anticipative par la jurisprudence des dispositions non encore entrées en vigueur du nouveau Code civil : I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing – Wetsvoorstel verbintenissen : anticiperend toepassen of interpreteren », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1477-1480 ; E. DIRIX, « Rechtspraak en nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1158-1160 ; L. CORNELIS, « Rechtspraak en nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen zijn aan de wetgevers voorbehouden », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1437-1438 ; E. DIRIX, « Antwoord op de kanttekening van Ludo Cornelis », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1439-1440.

⁶⁹ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.19.0303.N, *NjW*, 2021, liv. 441, 348, note M. MEIRLAEN ; *M.C.P.*, 2021, liv. 1, p. 118 ; *R.W.*, 2021-2022, liv. 25, p. 998, note D. WILLEMS ; *Entr. et dr.*, 2021, liv. 3, p. 260 ; *T.B.O.*, 2021, liv. 4, p. 266, note S. VERHOEVEN et A. VERSCHAVE ; Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, R.G. n° C.19.0061.N ; *Amén.*, 2020 (reflet F. ONCLIN), liv. 4, p. 251 ; *J.T.*, 2020 (sommaire), liv. 6838, p. 893, note E. DE DUVE ; *NjW*, 2019, liv. 413, p. 895, note M. MEIRLAEN ; *R.A.B.G.*, 2020, liv. 3, p. 189 ; *Rev. not. b.*, 2020, liv. 3153, p. 713, note F. ONCLIN ; *R.W.*, 2020-2021, liv. 23, p. 900, note S. MEYS ; *R.G.D.C.*, 2020, liv. 8, p. 475, note F. PEERAER ; *T.B.O.*, 2020, liv. 1, p. 43, note F. PEERAER ; *T. Not.*, 2020, liv. 1, 10, note M. MEIRLAEN et A. SOETE.

20. Nécessité d'un conflit d'intérêts *in concreto* : analyse au cas par cas. L'interdiction prévue à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne s'applique donc pas de manière absolue à toute forme de représentation. Elle ne s'applique que lorsqu'il existe réellement un potentiel conflit d'intérêts⁷⁰.

C'est dès lors à tort que la cour d'appel d'Anvers a décidé qu'en vertu du principe général selon lequel l'on ne peut intervenir en différentes qualités dans un seul et même acte juridique, un époux ne pourrait constituer son conjoint comme mandataire en vue de l'établissement de l'inventaire préalable au divorce par consentement mutuel⁷¹. Comme le soulignent fort justement G. Van Oosterwijck et P. Wéry, « il est difficile d'admettre qu'il y ait un réel conflit d'intérêts dans la phase préliminaire, dans laquelle le notaire ne fait que constater la présence matérielle d'une série d'objets mobiliers corporels au domicile de la conjointe et du conjoint »⁷².

À juste titre, la cour d'appel de Mons a-t-elle jugé, dans le cadre d'une vente publique d'un bien appartenant au failli, qu'en se portant surenchérisseur en tant que curateur *qualitate qua*, ce dernier ne représente pas le saisi failli, mais bien l'ensemble des créanciers et qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts entre le saisi failli et son curateur. Ainsi, rien ne doit empêcher le curateur de surenchérir lorsque le prix auquel a été adjugé l'immeuble du failli lui paraît trop bas. Il peut ainsi, sans être taxé de spéculation, faire rentrer le bien dans la masse pour plus tard, à un moment qui lui paraîtra plus favorable, le faire à nouveau exposer en vente⁷³.

En droit allemand, en revanche, il semble que l'absence de conflit d'intérêts s'analyse de manière abstraite et non concrète de sorte que, dès lors qu'une situation typique ne crée pas de conflit d'intérêts, l'interdiction de contrepartie (§ 181 BGB) ne s'applique pas⁷⁴.

2. Situations d'(in)application

a) Le double mandat

21. Le double mandat est visé par l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Le « double mandat » vise la situation dans laquelle le mandataire

⁷⁰ P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 169, n° 105-c). Dans le même sens : B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *op. cit.*, p. 1105. Comp. en droit allemand : SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 6.

⁷¹ Anvers, 16 mai 1990, *Not. Fisc. M.*, 1990, p. 181, note G. VAN OOSTERWIJCK.

⁷² P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 169, n° 105-c) ; G. VAN OOSTERWIJCK, « Lastgeving tussen echtgenoten en boedelbeschrijving voorafgaandelijk echtscheiding door onderlinge toestemming », note sous Anvers, 16 mai 1990, *Not. Fisc. M.*, 1990, pp. 182-187.

⁷³ Mons, 17 novembre 1976, *Rev. not. b.*, 1977, p. 66.

⁷⁴ SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n°s 6 et 8.

accomplit un acte juridique, non pas pour son compte personnel, mais pour celui de deux mandants dont les intérêts sont antagoniques. Il n'y a donc *a priori* pas d'opposition d'intérêts entre celui du représentant et ceux des représentés, mais entre ceux des représentés⁷⁵. Nous avons vu toutefois qu'il existe un « conflit d'intérêts » dès lors qu'une même personne (le représentant) se trouve dans une situation dans laquelle les devoirs qu'elle a envers différents représentés sont en opposition (voy. *supra*, n° 10). Comme l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne vise pas seulement les actes établis par le représentant en « contrepartie » du représenté, mais plus généralement l'intervention par le représentant « en cas de conflit d'intérêts », il semble que l'interdiction de contrepartie consacrée par cet article s'applique aussi au double mandat.

22. Réparation du préjudice causé pour manquement au devoir de loyauté par le représentant. À juste titre a-t-il été évoqué par la doctrine que la figure juridique contrevient du « double mandat », elle aussi, au devoir de loyauté⁷⁶ du représentant. Comme le souligne P. Wéry, « la tentation existe, en effet, pour un mandataire chargé, par exemple, de vendre et d'acheter une même marchandise, de privilégier l'un de ses mandants au détriment des intérêts de l'autre »⁷⁷.

Dès lors, P. A. Foriers se pose la question de savoir « si on ne doit pas considérer que le mandataire représentatif qui accepte un double mandat à l'insu de ses mandants manque à la loyauté vis-à-vis de chacun de ses contractants et est tenu de réparer le préjudice éventuellement subi par eux du chef de ce manquement, mais qu'il est pour le reste demeuré dans les limites de son double pouvoir de représentation ? »⁷⁸. Nous pensons qu'une réponse affirmative à cette question s'impose⁷⁹.

Enfin, notons que la déontologie des avocats interdit, en principe, le double mandat précisément pour éviter que le double mandataire privilégie un mandant sur l'autre⁸⁰.

b) La représentation « du même côté » de l'acte juridique

23. Pas d'interdiction pour autant qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts. L'interdiction de se porter contrepartie ne joue que lorsqu'il y a

⁷⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 172, n° 109.

⁷⁶ La loyauté est également à la base de l'interdiction de se porter contrepartie : P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 630, n° 20.

⁷⁷ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 172, n° 109.

⁷⁸ P. A. FORIERS, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, p. 60, n° 55.

⁷⁹ Dans le même sens, P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *op. cit.*, n°s 62 et s. ; V. SIMONART, « Conclusions générales », in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, p. 325, n° 37.

⁸⁰ Voy. également en France : P.-F. CUIF, *ibid.*, n° 15.

conflits d'intérêts. Elle ne s'applique pas lorsque le représentant agit à la fois pour lui-même et au nom du représenté, tout en étant du même côté de l'acte juridique et donc sans se porter contrepartie à l'acte. Lorsque deux personnes se portent acquéreurs d'un même immeuble, l'un d'entre eux peut à la fois représenter l'autre et à la fois se représenter lui-même. Il n'y a pas de conflits d'intérêts puisque le représentant et le représenté se trouvent du même côté de l'acte juridique (la vente)⁸¹. Évidemment, l'absence de conflit d'intérêts peut cesser et peut naître en cours de formation d'un acte juridique ou d'une procédure. Dans ce cas, nous pensons que l'interdiction de se porter contrepartie pourrait trouver à s'appliquer.

c) La société unipersonnelle

24. L'interdiction de contrepartie ne joue pas. La question s'est posée de savoir si l'interdiction de se porter contrepartie joue aussi dans les sociétés unipersonnelles⁸². Une réponse négative s'impose. Les articles 5:76, paragraphe 4, et 7:102, paragraphe 1^{er}, *in fine*, du CSA vont en ce sens et précisent à cet égard que, même en cas de conflit d'intérêts entre l'administrateur et la société, « lorsque l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même »⁸³.

d) L'accord du représenté sur les conditions de l'acte juridique

25. Le représentant se porte contrepartie à l'acte selon les conditions établies par le représenté. Lorsque le représentant se porte contrepartie à l'acte juridique selon les conditions précises établies par avance par le représenté, se pose la question de savoir s'il y a bien conflit d'intérêts au sens de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Le propriétaire d'un bien qui fait appel à un agent immobilier pour mettre en vente son immeuble et signer la vente, et qui précise que la vente peut être conclue dès lors que le prix « X » est offert par un candidat-acquéreur doit-il être protégé par l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ? Y a-t-il réellement un conflit d'intérêts ? Dans cette hypothèse précise, il nous semble que non.

Nous avons vu que la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 24 septembre 1981, que, « la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, du Code civil peut s'appliquer même lorsque le mandant a fixé le prix auquel le bien peut être vendu, cette seule circonstance n'impliquant pas la cessation du

⁸¹ W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 8 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 8.

⁸² SCHILKEN, *ibid.*, n° 31. § 35, alinéa 3 *GmbHG* prévoit expressément que, lorsque toutes les parts sociales de la société sont détenues par un associé ou, à côté de celles-ci, par la société et qu'il en est également le gérant unique, le paragraphe 181 du Code civil s'applique à ses actes juridiques avec la société.

⁸³ H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 284, n° 597.

mandat »⁸⁴. Nous pensons toutefois que cette jurisprudence peut être abandonnée aujourd'hui compte tenu de la *ratio legis* de l'interdiction et de la théorie de la « nullité inappropriée » introduite par le Code civil (voy. *supra*, n° 20 et *infra* n° 37).

La situation est quelque peu différente lorsque le propriétaire du bien et l'agent s'accordent sur un prix « minimum » de vente, sous-entendant que l'agent fera tout pour obtenir un prix supérieur à ce prix minimum. Si l'agent se porte contrepartie et offre le prix minimum, clairement, le représenté mérite la protection de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Qu'en est-il lorsque l'agent immobilier communique avant la mise en vente du bien un « prix minimum » et un « prix maximum » pour le bien et qu'il se porte contrepartie en offrant un prix intermédiaire entre ces deux prix ? La réponse est déjà plus délicate. Il nous semble que cette situation ne pourra être résolue à partir de l'interdiction de se porter contrepartie, mais bien à partir de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions.

e) *L'accord du représenté sur la contrepartie ou le conflit d'intérêts*

26. Écartement de l'interdiction en cas d'accord par le représenté sur la contrepartie ou le conflit d'intérêts. L'interdiction de se porter contrepartie ne joue pas lorsque le représenté y a consenti expressément ou tacitement (art. 1.8, § 6, *in fine* C. civ.)⁸⁵.

Un exemple classique est celui du mandat hypothécaire. Via ce mandat, le débiteur d'un crédit donne mandat à sa banque de constituer une hypothèque sur l'immeuble pour un certain montant défini à l'avance, à une date ultérieure lorsqu'elle estime cela nécessaire (par ex. lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses paiements pour le crédit). Cette technique fut autrefois critiquée sur la base de l'interdiction de se porter contrepartie. En effet, la banque serait à la fois le représentant du débiteur du crédit et contrepartie à la constitution de l'hypothèque. C'est la raison pour laquelle l'on suggère souvent de ne pas donner cette « procuration hypothécaire » à la banque, mais à une personne liée à la banque⁸⁶. Comme indiqué plus haut, il n'est pas certain que l'interposition d'une personne contrôlée par l'organisme bancaire ayant consenti le crédit soit efficace pour contourner l'interdiction prévue à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Toutefois, en l'espèce, le recours à l'interposition de personnes n'est

⁸⁴ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, p. 125.

⁸⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 170, n° 105-c) ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *op. cit.*, n° 60 ; M. EKELMANS, « Contrats d'intermédiaires », in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, p. 14 ; Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, pp. 102 et 103, n° 106. Voy. également : art. 1161 C. civ. français ; Cass. req. (fr.), 22 mai 1905, *D.*, 1906, I, p. 33 ; Cass. req. (fr.), 11 janvier 1900, *D.*, 1909, I, p. 530 ; Gand, 18 mai 1876, *Pas.*, 1877, II, p. 15.

⁸⁶ F. T KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 309 et 310, n° 614.

pas nécessaire puisque le représenté autorise la contrepartie. L'interdiction de se porter contrepartie est donc écartée de manière conventionnelle⁸⁷.

Selon la cour d'appel de Bruxelles, en matière de réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté (voy. art. XX.77 et s. C.D.E.), la loi n'interdit pas au créancier de donner procuration au débiteur ou au conseil de ce dernier pour participer au vote sur le plan. Le créancier qui donne mandat au débiteur pour voter en faveur du plan renonce de manière conventionnelle à l'application de l'interdiction de se porter contrepartie⁸⁸. Il nous semble toutefois que l'établissement d'un accord au moins implicite est nécessaire pour écarter l'application de l'interdiction de contrepartie dans cette hypothèse.

Qu'en est-il lorsqu'un agent immobilier, chargé de vendre un bien immobilier, acquiert directement ou indirectement (par personne interposée) l'immeuble au prix fixé par le mandant (le propriétaire de l'immeuble) ? Peut-on en déduire un accord (implicite) de la part du mandant ? Puisque le mandant reçoit ce qu'il veut (à savoir le prix qu'il voulait recevoir pour son bien), y a-t-il conflit d'intérêts ? La Cour de cassation française adopte une position très stricte et considère que l'interdiction faite au mandataire d'acquérir par lui-même ou par personne interposée le bien qu'il est chargé de vendre s'applique même si la vente se fait au prix fixé par le mandant⁸⁹.

27. Principe supplétif, sauf disposition contraire impérative ou d'ordre public. La prohibition de se porter contrepartie est supplétive de volonté et il est donc permis d'y déroger par les parties⁹⁰. L'on ne peut toutefois pas y déroger, si l'interdiction fait l'objet d'une application spéciale impérative ou d'ordre public (*lex specialis derogat legi generali*)⁹¹, comme c'est le cas des dispositions relatives aux conflits d'intérêts dans les sociétés⁹². Pareillement, l'article 499/10, paragraphe 1^{er}, de l'ancien Code civil dispose qu'à l'exception du conjoint, l'administrateur ne peut acquérir les biens de la personne protégée, ni directement ni par personne interposée, sauf moyennant l'autorisation spéciale du juge de paix. L'article 411 de l'ancien Code civil prévoit une interdiction similaire pour le tuteur et le subrogé tuteur en ce qui concerne les biens du mineur. Ces dispositions sont d'ordre public de sorte que l'on ne peut y déroger par convention⁹³.

⁸⁷ Comp. P. WÉRY, *Le mandat*, op. cit., p. 170, n° 105-c).

⁸⁸ Bruxelles, 17 janvier 2013, D.A.O.R., 2014/109, p. 144. *Contra* : J.-P. RENARD et V. RENARD, « Vote par procuration d'un plan de réorganisation : mode d'emploi », obs. sous Bruxelles, 3 mars 2011, J.L.M.B., 2011, p. 997, n° 7.

⁸⁹ Cass. fr. (civ., 1^{re} ch.), 27 janvier 1987, n° 84-16.113.

⁹⁰ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », op. cit., p. 632.

⁹¹ Voy., sur ce principe, la contribution de C. BOTMAN dans le présent ouvrage.

⁹² P. A. FORTIERS, *Les obligations*, t. 1, op. cit., p. 59, n° 53.

⁹³ J.P., Anvers, 29 janvier 2019, J.J.P., 2019, p. 266 (Le mandat extrajudiciaire prévoit une clause selon laquelle le mandataire peut, au nom du mandataire, agir avec lui-même comme partie adverse à l'égard de tous

28. Pluralité de mandants : accord nécessaire de tous. Si un mandataire représente plusieurs mandants, l'accord de tous les mandants sera nécessaire pour écarter l'interdiction de se porter contrepartie⁹⁴.

f) Actes neutres ou avantageux pour le représenté et actes en exécution d'une obligation

29. Actes neutres ou avantageux. Une réduction téléologique de la prohibition peut la rendre inapplicable à des actes qui sont neutres ou (*a fortiori*) avantageux pour le représenté⁹⁵. En droit allemand, le paragraphe 181 BGB n'est pas applicable à ce genre d'actes où il n'y a objectivement aucun risque de conflit d'intérêts pour le représenté⁹⁶. La *Bundesgerichtshof* a par exemple jugé que l'interdiction n'avait pas lieu de s'appliquer à la donation de tapis orientaux par une mère à son enfant mineur⁹⁷. Ainsi, la mère s'était portée donatrice d'une part et agissait en tant que représentante de l'enfant mineur en ce qui concerne l'acceptation de cette donation.

30. Exécution d'une obligation. Le paragraphe 181 *in fine* BGB dispose que l'interdiction de se porter contrepartie ne s'applique pas aux actes qui ne sont que l'exécution d'une obligation. Dans ces cas, le représenté était déjà engagé par cette obligation et son exécution n'est que ce qui était déjà convenu⁹⁸. Il n'y a donc pas de conflit d'intérêts.

31. Transposition en droit belge. Les deux exceptions précitées consacrées en droit allemand pourraient également s'appliquer *mutatis mutandis* en droit belge sur la base d'une réduction téléologique de la prohibition.

les actes juridiques, dont notamment la vente de biens. En outre, le mandataire a un droit de préemption sur l'appartement qui appartient au mandant. L'article 490/2, § 1^{er}, al. 4, C. civ. dispose que le juge de paix désigne un mandataire *ad hoc* lorsque les intérêts du mandataire sont en opposition avec ceux du mandant. Cet article a pour conséquence qu'il ne peut être dérogé conventionnellement dans le cadre d'un mandat extrajudiciaire au principe général selon lequel il est interdit pour un mandataire d'agir comme partie adverse du mandant).

⁹⁴ P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G*, 2016, p. 996.

⁹⁵ Dans le cadre d'une réduction téléologique, on constate qu'une disposition légale est formulée de manière plus large que ce que son objectif nécessite réellement. En ce sens, il y a un vide législatif, puisque la disposition légale ne prévoit pas d'exception nécessaire. Cette lacune est comblée en limitant (c'est-à-dire en réduisant) l'application de cette disposition aux cas visés par son objectif. Voy. sur la réduction téléologique : S. VAN LOOCK, « Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht », *R.D.C.*, 2020, pp. 502 et 503, n° 14 ; N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, op. cit., pp. 159 et 160 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, p. 58, n° 18 ; C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 44, n° 35 ; K. LARENZ et C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, pp. 209 et 210.

⁹⁶ SCHUBERT, « § 181 BGB », op. cit., n° 34 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 32.

⁹⁷ BGH, 25 avril 1985, NJW, 1985, 2407.

⁹⁸ SCHUBERT, « § 181 BGB », op. cit., n° 99 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 61.

Sous-section 3

Champ d'application temporel (*ratione temporis*)

32. Fin de la représentation. L'interdiction de se porter contrepartie subsiste aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à la représentation⁹⁹. C'est notamment le cas lorsque le mandat a été révoqué par le mandant¹⁰⁰ ou si la représentation légale ou judiciaire prend fin.

33. Révocation tacite de la représentation par l'accomplissement de l'acte par le représenté. La représentation contractuelle (le mandat) peut être révoquée à tout moment par le mandant (art. 2004 anc. C. civ.). Le mandataire n'agissant plus comme représentant du représenté, l'interdiction de se porter contrepartie ne joue plus. Dans son arrêt du 13 septembre 2012, la Cour de cassation a considéré que « l'accomplissement de l'acte qui est l'objet du mandat par le mandant lui-même vaut révocation tacite de ce mandat »¹⁰¹. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble qui fait appel à un agent immobilier pour mettre en vente son bien et signer l'acte de vente, mais procède lui-même à l'accomplissement de la vente en trouvant un acquéreur, révoque tacitement le mandat octroyé à l'agent immobilier. En effet, l'objet du mandat devient impossible à réaliser. Dès lors, si l'acquéreur du bien s'avère être l'agent immobilier en question, la vente ne pourra être attaquée au visa de l'interdiction de se porter contrepartie¹⁰².

Section 3

Conséquences juridiques

Sous-section 1

Nature de la prohibition

34. Position traditionnelle et critique. L'interdiction de se porter contrepartie est traditionnellement considérée comme instaurant une incapacité spéciale¹⁰³. Cette position a été remise en cause à juste titre dans la doctrine moderne. Un régime d'incapacité est généralement imposé pour protéger

⁹⁹ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F ; Arr. Cass., 2012, liv. 9, p. 1940 ; Pas., 2012, liv. 9, p. 1667 ; R.W., 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; T.B.O., 2013, liv. 3, p. 116 ; T. Not., 2013, liv. 10, p. 556 ; P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 631, n° 20.

¹⁰⁰ P. WÉRY, *ibid.*, p. 631, n° 20.

¹⁰¹ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F ; Arr. Cass., 2012, liv. 9, p. 1940 ; Pas., 2012, liv. 9, p. 1667 ; R.W., 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; T.B.O., 2013, liv. 3, p. 116 ; T. Not., 2013, liv. 10, p. 556.

¹⁰² B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *op. cit.*, p. 1104.

¹⁰³ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *op. cit.*, p. 387, n° 384.

l'incapable, tandis que l'interdiction de se porter contrepartie ne poursuit pas la protection du représentant, mais du représenté¹⁰⁴. F. Laurent remarquait déjà que l'article 1596 de l'ancien Code civil était différent que les incapacités en général¹⁰⁵.

35. Position moderne : détournement de pouvoir. La doctrine moderne considère que l'interdiction de se porter contrepartie crée un manque de pouvoir dans le chef du représenté. Vu le risque des conflits d'intérêts, le représentant n'a pas le pouvoir de contracter¹⁰⁶. Comme l'écrit Ph. Pétel, « [d]ans le cas général, c'est-à-dire s'il n'autorise pas le mandataire à se porter contrepartiste, il est évident que ce donneur d'ordre n'envisage même pas une telle éventualité. En effet, [...] le conflit d'intérêts qui naîtrait d'une telle opération créerait un danger inacceptable pour lui. On ne peut donc pas raisonnablement supposer que le mandant ait accepté ce risque. [...] En faisant la contrepartie alors que le mandant a implicitement exclu cette possibilité, le mandataire méconnaît ses instructions. Plus précisément, il dépasse les limites de ses pouvoirs »¹⁰⁷.

En se constituant contrepartie, le représentant excède les bornes de son pouvoir : il n'avait pas le pouvoir de traiter avec lui-même¹⁰⁸.

Sous-section 2

Sanctions

36. Position dominante : nullité. À l'instar de l'article 1596 de l'ancien Code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil dispose que l'interdiction est sanctionnée par une nullité (relative). Comme nous l'avons évoqué plus haut en ce qui concerne l'article 1596 de l'ancien Code civil (voy. *supra*, n° 11), cette sanction radicale semble s'appliquer dès l'instant où la prohibition est méprise, sans mise en balance des intérêts en jeu et même sans que le mandant doive démontrer un préjudice. Par exemple, même si le mandant a indiqué le prix auquel il était disposé à vendre, l'interdiction s'applique¹⁰⁹.

37. Critique par B. Van den Bergh. Dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2012, B. Van den Bergh critique la sévérité de

¹⁰⁴ B. TILLEMANS, « Totstandkoming en kwalificatie van de koop », in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2001, n° 1623.

¹⁰⁵ Voy. déjà F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXIV, Bruxelles, Bruylant, 1877, p. 60, n° 50.

¹⁰⁶ B. TILLEMANS, « Totstandkoming en kwalificatie van de koop », *op. cit.*, n° 1623.

¹⁰⁷ Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, pp. 141 et 142, n° 218.

¹⁰⁸ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, p. 137, n° 147. Avec des réserves : P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 169, n° 105-c).

¹⁰⁹ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas*, 1982, I, p. 125.

la sanction de l'interdiction de se porter contrepartie. Il argumente en disant que la nullité doit être une sanction sur mesure, dans la lumière de la nature et du but poursuivi par la règle méconnue. Il existe par ailleurs, dit-il à juste titre, d'autres mécanismes pour le représenté pour attaquer les actes posés par son représentant si ceux-ci le préjudicient. Sur la base d'une interprétation socio-téléologique de l'article 1596 de l'ancien Code civil, cet auteur milite en faveur d'une balance des intérêts *in concreto* dans l'application de cet article (voy. *supra*, n° 20).

38. Réforme en *stoemelings* ? La théorie de la « nullité inappropriée ».

Le texte de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil semble reprendre la sanction de nullité dans toute sa sévérité. Mais les apparences peuvent être trompeuses. Le nouvel article 5.57, alinéa 2, du Code civil contient une atténuation intéressante de la sanction de nullité. À l'instar de la conception moderne de la nullité, cet article dispose que « le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ». C'est la théorie de la « nullité inappropriée »¹¹⁰.

Même s'il s'agit d'une exception à la règle générale, « la disposition permet, dans des cas spécifiques, d'écarter la sanction de la nullité au profit d'une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction »¹¹¹. Pour écarter la sanction de nullité, le juge peut, selon les travaux préparatoires, entre autres tenir compte du but de la règle violée, de toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée, de la gravité de la violation, des attentes raisonnables des parties, etc.

Une lecture conjointe des articles 1.8, paragraphe 6, et 5.57, alinéa 2, du Code civil permet d'atténuer la sévérité aveugle de la sanction traditionnelle de l'interdiction de se porter contrepartie et donne au juge la possibilité de faire une balance des intérêts. Le juge peut tenir compte du résultat concret de l'opération, comme par exemple le fait que le représenté n'est pas lésé par l'acte établi par son représentant ou le fait que le prix était égal ou plus élevé que le prix minimum envisagé par le représenté. Si une autre sanction, par exemple des dommages et intérêts ou l'inopposabilité de l'acte, ou encore aucune sanction sont manifestement plus appropriées, le juge peut écarter la sanction de nullité.

39. Critique du choix pour la nullité. Vu que l'interdiction dans l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil n'instaure pas une incapacité, mais

¹¹⁰ N. VAN DAMME, « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *op. cit.*, p. 181, n° 17.

¹¹¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1806/001, p. 64.

s'explique par l'idée d'excès de pouvoir, on peut s'interroger sur le choix du législateur de prévoir la nullité comme sanction. Le mépris de l'interdiction étant un détournement de pouvoir, la sanction est déjà prévue par l'article 1998, alinéa 2, de l'ancien Code civil : « [Le mandant] n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà [du pouvoir qui lui a été donné], qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » Le représentant n'est pas lié par l'acte fait par le représentant dépassant ses pouvoirs.

Conclusion

40. Une réforme qui en cache une autre ? L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil consacre le principe général interdisant de se porter contrepartie en droit positif. Même si cela semble être une simple codification à droit constant, la réforme va plus loin. L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne vise pas seulement les cas où le représentant se porte contrepartie, mais aussi tout autre conflit d'intérêts dans son chef. Plus important encore, la réforme du régime des nullités a, par ricochet, des conséquences importantes sur la sanction classique de la violation de l'interdiction. Le nouvel article 5.57, alinéa 2, du Code civil donne au juge le pouvoir de faire une balance d'intérêts concrète en sanctionnant le mépris de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil.

Le principe d'égalité et de non-discrimination¹

Nicolas B. BERNARD

Référendaire à la Cour constitutionnelle
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (CIRC)
Collaborateur scientifique à l'Université catholique de Louvain (CRECO)

Romain VANDERBECK

Référendaire à la Cour constitutionnelle
Chercheur associé à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (CIRC)

Introduction

1. Dans un arrêt du 29 mars 2010, la Cour de cassation a jugé que « le principe de l'égalité consacré à l'article 10 de la Constitution et le principe de la non-discrimination consacré à l'article 11 de la Constitution régissent les relations de droit public entre les pouvoirs publics et les citoyens. Ils n'impliquent aucune obligation directe entre les citoyens »². Pourtant, le présent ouvrage liste le principe d'égalité et de non-discrimination parmi les principes généraux du droit privé, ce qui, à la lecture de l'arrêt précité, ne manquera assurément pas de surprendre le lecteur.

Dès lors, l'objectif de la présente contribution est d'interroger l'affirmation de la Cour de cassation en examinant les contours du principe d'égalité et de non-discrimination, en revenant d'abord sur son évolution (Section 1), puis en en déterminant la portée actuelle dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (Section 2) et, enfin, en examinant la manière dont celui-ci se décline, ou non, dans les rapports entre personnes privées (Section 3).

¹ Les auteurs remercient Jérémie Van Meerbeeck pour sa relecture avisée et ses précieux commentaires. La contribution est à jour au 6 janvier 2023.

² Cass. (3^e ch.), 29 mars 2010, R.G. n° S.08.0147.N.

Section 1

L'évolution du principe d'égalité et de non-discrimination

2. Avant d'analyser l'évolution du principe d'égalité et de non-discrimination, il convient d'opérer un détour par la philosophie politique et l'histoire du droit – qui sera des plus brefs, que le lecteur se rassure – afin d'examiner les rapports que *l'égalité et la loi* entretiennent (Sous-section 1). Ensuite, nous mettrons en évidence les grandes étapes de cette évolution autour de trois idéaux types³, à savoir l'égalité *devant la loi* (Sous-section 2), l'égalité *dans la loi* (Sous-section 3) et l'égalité *par la loi* (Sous-section 4).

Sous-section 1

L'égalité et la loi

3. L'idée d'égalité imprègne les textes normatifs antérieurs au droit moderne. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'observer que, dans la loi religieuse chrétienne, l'Ancien Testament⁴ et, surtout, le Nouveau Testament⁵ y font expressément référence à de nombreuses reprises. En droit romain, la Loi des XII Tables établit le principe de l'égalité civile des citoyens de Rome⁶. Plus tard, on retrouve l'égalité consacrée en Angleterre dans la *Magna Carta* de 1215⁷, mais son véritable essor normatif a lieu au XVIII^e siècle, à travers la Constitution américaine de 1787⁸ et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'article 1^{er} dispose sans ambiguïté que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

4. Si les hommes ont ainsi souhaité consacrer un certain idéal d'égalité dans des « lois » au sens matériel du terme, c'est que la société leur a paru source d'inégalités inadmissibles. Partant, le droit leur a semblé nécessaire

³ En tant qu'idéaux types, ces étapes offrent un aperçu nécessairement simplifié de l'Histoire du droit et des évolutions que le concept d'égalité a pu subir au cours de celle-ci. Voy. M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Pocket, [1904-1917], 1992, p. 181.

⁴ Voy. not. Lv : 19, 15 (« Tu ne commettras point d'iniquité dans tes jugements : tu n'auras point égard à la personne du pauvre, et tu ne favoriseras point la personne du grand, mais tu jugeras ton prochain selon la justice »). Voy. aussi Pr : 22, 2.

⁵ Voy. not. Jn : 13, 16 (« En vérité, en vérité, je vous le dis, le serviteur n'est pas plus grand que son seigneur, ni l'apôtre plus grand que celui qui l'a envoyé »). Voy. aussi Ac : 10, 28 ; Ac : 10, 34 ; Rm : 2, 11 ; Rm : 3, 22-24 ; 1Ti : 5, 21 ; Jc : 2, 1-9.

⁶ G. CRIFÓ, « Remarques sur les problèmes de l'égalité et de la liberté à Rome », *Ktêma*, 1981, p. 203.

⁷ Voy. les clauses n^{os} 6, 21, 40, 52, 56 et 60 de la *Magna Carta*. Le texte est disponible en anglais moderne à l'adresse suivante : <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>.

⁸ Voy. l'article IV ainsi que le XIV^e amendement, qui date de 1868.

aux fins de corriger celles-ci⁹, bien que la définition de l'inégalité – et de l'égalité – ait pu fortement varier au cours de l'Histoire. Cette exigence est d'ailleurs liée à la définition même du « droit », privilégiée par les philosophes et théologiens antiques, puis par le droit romain : selon eux, le droit renvoie au « juste », entendu comme *objet* de la justice (*ius est a iustitia appellatum*¹⁰), « vertu qui consiste à rendre à chacun ce qui lui appartient ou lui revient »¹¹. Ne trouve-t-on pas là une certaine conception de l'égalité ? En 1755, dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Rousseau émet l'hypothèse – qu'il considère d'emblée comme une fiction théorique nécessaire à l'explication de la société politique¹² – selon laquelle les hommes vivaient initialement égaux et libres dans un état de nature relativement paisible¹³. La création de la propriété privée met fin à la paix sociale¹⁴. Pour restaurer une certaine forme de liberté, il faut un contrat social créant la société politique. Le lien entre égalité et loi est alors établi : dans son *Contrat social*, publié en 1762, Rousseau écrit que « si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à deux objets principaux, la liberté et l'égalité. La liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'État ; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle [...]. C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir »¹⁵.

5. Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur les contours de l'égalité entendue par Rousseau. À son estime, « il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance, elle soit au-dessous de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois et, quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre »¹⁶. La vision privilégiée est assez éloignée de la conception actuelle de l'égalité. En réalité, celle-ci est issue d'une lente

⁹ Voy. J. VELU, *Droit public*, t. I, *Le statut des gouvernants* (I), Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 33 à 46 et les références citées. La théorie marxiste du droit, à l'inverse, pose que le droit est l'instrument de domination d'une classe sur les autres, aux antipodes donc de l'égalité précitée (voy., à ce sujet, V. LÉNINE, *L'État et la révolution : la doctrine marxiste de l'État et les tâches du prolétariat dans la révolution*, Pékin, Éditions en langues étrangères, 1978, pp. 5-26).

¹⁰ ULPEN, *Dig.*, I, 1, 1.

¹¹ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 1.

¹² J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Flammarion, 2008, pp. 65 et 66.

¹³ *Ibid.*, pp. 69 à 107 *contra* T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Gallimard, 2000, pp. 220-228.

¹⁴ J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 109-148.

¹⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 15^e éd., Paris, Librairie générale française, 2012, pp. 119 et 120. C'est nous qui soulignons.

¹⁶ *Ibid.*

évolution sur laquelle il convient à présent de revenir, en se limitant au droit constitutionnel belge.

Sous-section 2

L'égalité devant la loi

6. Le Congrès national consacre un principe d'égalité dans l'article 6 de la Constitution originelle – qui deviendra l'article 10 dans la Constitution coordonnée de 1994 –, qui dispose alors qu'« il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres » (al. 1^{er}) et que « les Belges sont égaux devant la loi ; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers » (al. 2). L'objectif principal du Pouvoir constituant originaire est d'abolir les « ordres » bataves, auxquels étaient attachés des privilèges¹⁷. Désormais, la Constitution ouvre les emplois civils et militaires à tous les Belges, sans distinction. D'autres dispositions constitutionnelles constituent des applications particulières de cette égalité de principe entre les citoyens du Royaume¹⁸. Par ailleurs, un régime particulier est prévu en ce qui concerne les étrangers : l'article 128 – qui deviendra l'article 191 dans la Constitution coordonnée de 1994 – dispose que « tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi »¹⁹.

7. Certains membres du Congrès national se sont néanmoins interrogés sur l'utilité d'abolir des ordres par une disposition expresse. Selon J. De Lehay, il n'y avait plus de distinction d'ordres dans les faits, tandis que, pour J. Raikem, cette distinction étant prévue par la loi électorale néerlandaise de 1815, depuis abolie, elle n'avait plus lieu d'être²⁰. L'épisode ainsi rappelé met en évidence que l'intention du Congrès n'était pas l'instauration d'un *droit de l'homme* au

¹⁷ I. VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs de la Constitution belge*, Bruxelles, Goemare, 1864, p. 202. Il s'agissait de l'ordre équestre, de l'ordre des villes et de l'ordre des campagnes.

¹⁸ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 555. Il s'agit de l'article 8 (actuel art. 13), qui dispose que « nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne », de l'article 75 (actuel art. 113), qui dispose que « [le Roi] a le droit de conférer des titres de noblesse, sans pouvoir jamais y attacher aucun privilège », de l'article 94 (actuel art. 146), qui dispose qu'« il ne peut être créé de commissions, ni de tribunaux extraordinaires, sous quelque dénomination que ce soit », et de l'article 112 (actuel art. 172), qui dispose qu'« il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi ».

¹⁹ À ce sujet, voy. *infra*, n° 22.

²⁰ I. VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs de la Constitution belge*, op. cit., pp. 207 et 208. A. de Robaulx répondit à ces objections : « Nous n'abolissons rien, nous constituons ; il faut qu'une disposition spéciale détermine ce point. »

sens moderne du terme. Le constitutionnaliste liégeois O. Orban écrit d'ailleurs à ce sujet que « les inégalités individuelles sont [...] nombreuses, variées et variables ; elles créent les rangs, les professions, les classes sociales avec leur hiérarchie ; elles sont nécessaires, inévitables, aussi essentielles, aussi naturelles par conséquent qu'est naturelle l'égalité originaire. Dès lors, il incombe à l'État de respecter tout autant que celle-ci ces différenciations, ces inégalités de tout genre, sous lesquelles l'individualité humaine se présente et que la vie sociale développe. Il ne peut songer à les abolir, car elles sont indestructibles ; il ne faudrait pas même souhaiter qu'elles le fussent, car au fond ces inégalités sont inhérentes à la liberté, elles en sont la condition, elles constituent l'ordre naturel où la liberté se meut et progresse. L'égalité malentendue serait la destruction de la liberté »²¹.

L'égalité proclamée par le Pouvoir constituant originaire est donc une égalité formelle et non matérielle. La doctrine de l'époque l'interprète comme une égalité « devant la loi », c'est-à-dire comme une obligation d'abstention imposée aux organes d'application du droit et non à l'auteur de la loi lui-même. En quelque sorte, l'égalité apparaît à ce stade comme une reformulation du principe de légalité²², qui imprègne le système constitutionnel belge²³. Il n'est pas davantage question d'une égalité matérielle en ce qui concerne les étrangers, dès lors que l'intervention formelle de la loi pour en limiter les droits est la seule balise fixée par le Constituant et que, pour le surplus, le législateur jouit de « toute latitude à cet égard »²⁴.

8. L'idée selon laquelle l'égalité consacrée par l'article 6 de la Constitution originelle ne vise que les organes d'application du droit est toutefois nuancée dès 1911 par O. Orban, qui considère que l'égalité s'impose à tous les pouvoirs constitués, dont le législateur²⁵. Mais, on le sait, l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois rend à l'époque cette interprétation novatrice totalement chimérique²⁶. Quant au contrôle juridictionnel des actes de l'administration, en l'absence d'un Conseil d'État, le monopole de l'interprétation de l'égalité constitutionnelle échoyait ultimement à la Cour de cassation. Son arrêt du 11 novembre 1889 offre un exemple paradigmatique de l'état de sa jurisprudence en la matière et des limites du système à la fin du XIX^e siècle. Les faits à l'origine du pourvoi sont bien connus : M. Popelin obtient un

²¹ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. III, *Libertés constitutionnelles et principes de législation*, Liège-Paris, Dessain-Girard & Brière, 1911, pp. 103 et 104.

²² B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 555 et les références citées.

²³ Voy., à ce sujet, L. DETROUX, M. EL BEHROUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019.

²⁴ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, p. 162.

²⁵ *Ibid.*, p. 114.

²⁶ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 556.

diplôme de docteur en droit. Elle souhaite être reçue avocat et se présente devant le procureur général près la cour d'appel de Bruxelles, selon la procédure imposée par l'article 13 du décret du 14 décembre 1810. Le procureur général lui refuse néanmoins l'accès à la profession, nonobstant son diplôme, en considérant que le décret précité du 14 décembre 1810 ne s'applique pas aux femmes. Autrement dit, son sexe l'empêche de pouvoir prêter serment et d'exercer la profession. Elle saisit alors la cour d'appel de Bruxelles afin de l'admettre à la prestation du serment, toujours selon la procédure requise par la loi, qui rejette cette demande par un arrêt du 12 décembre 1888. M. Popelin introduit ensuite un pourvoi en cassation contre cette décision²⁷. Un de ses moyens est précisément la violation de l'article 6 de la Constitution et donc du principe d'égalité. L'avocat général Bosch conclut au rejet, en recourant notamment à des arguments issus du droit romain et du droit naturel²⁸. La Cour de cassation suit son avocat général au motif que les dispositions légales relatives à la profession d'avocat réservent, certes implicitement mais certainement, l'accès à la profession aux hommes. Selon la Cour, cette exclusion « résulte clairement de l'esprit qui a présidé à leur rédaction », de sorte « qu'il est manifeste que les termes dont elles se servent ne peuvent s'étendre aux deux sexes »²⁹. La Cour de cassation précise encore « qu'il ne lui appartient pas non plus d'examiner si, comme le soutient la demanderesse, la loi qui permet d'obtenir le diplôme en droit, est engagée à lui ouvrir la carrière du barreau » car « la solution de cette question est réservée au législateur »³⁰.

Sous-section 3

L'égalité dans la loi

9. En 1970, le Constituant insère un article *6bis* dans la Constitution – qui deviendra l'article 11 dans la Constitution coordonnée de 1994 –, qui dispose que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. À cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ». Par ailleurs, un article *59bis* est aussi inséré, dont le paragraphe 7 – qui deviendra l'article 131 dans la Constitution coordonnée de 1994 – dispose que « la loi arrête les mesures en vue de prévenir toute discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques ». L'objectif de ces insertions est d'éviter que la création des Conseils culturels ne fasse apparaître de nouvelles minorités – à savoir les laïcs au Nord du pays et les catholiques au Sud –, en prévoyant

²⁷ Pour un résumé des faits, voy. Cass., 11 novembre 1889, *La Belgique judiciaire*, 2 janvier 1890, p. 2.

²⁸ Av. gén. BOSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 11 novembre 1899, *Pas.*, 1890, I, pp. 10 et s.

²⁹ Cass. (2^e ch.), 11 novembre 1899, *Pas.*, 1890, I, p. 17.

³⁰ *Ibid.*

des protections constitutionnelles particulières en leur faveur. Ces nouveaux dispositifs constitutionnels modifient les contours du principe d'égalité et de non-discrimination en ce qu'ils ne se limitent plus seulement à imposer une obligation négative, d'abstention, mais autorisent aussi une prestation positive de la part des autorités publiques³¹.

Ensuite, conscient que le fédéralisme ne peut aller de pair qu'avec l'établissement d'une juridiction constitutionnelle³², le Constituant crée en 1980 la « Cour d'arbitrage » – qui deviendra la « Cour constitutionnelle » en 2007 –, précisément chargée d'*arbitrer* les conflits de compétences entre les composantes de la nouvelle fédération. Il s'agit alors de sa seule mission. C'est l'objet de l'article 107^{ter} de la Constitution – qui deviendra l'article 142 dans la Constitution coordonnée de 1994. Par ailleurs, en 1988, l'enseignement est communautarisé. L'article 17, qui proclame la liberté de l'enseignement, fait l'objet d'une refonte. Son quatrième paragraphe contient désormais une déclinaison particulière du principe d'égalité en ce qu'il dispose que « tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié ». En parallèle, le Constituant étend les compétences de la Cour aux articles 6, 6bis et 17 de la Constitution – qui deviendront les articles 10, 11 et 24³³. Le principe d'égalité devient alors une norme de contrôle de la Cour d'arbitrage.

10. L'influence des révisions constitutionnelles précitées est déterminante sur la mutation du principe d'égalité et le passage d'une égalité « devant la loi » à une égalité « dans la loi ». Sur le plan matériel, les dispositions constitutionnelles sièges du principe revêtent désormais, à certains égards, une portée substantielle et induisent des obligations positives du législateur³⁴. Ensuite, sur le plan formel, le Constituant instaure une juridiction particulière chargée de contrôler l'action du législateur, donnant de la sorte une pleine effectivité au principe d'égalité ainsi décliné³⁵.

³¹ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 557 à 559.

³² Kelsen écrivait déjà, en 1928, que « l'idée politique de l'état fédéral n'est pleinement réalisée qu'avec l'institution d'un tribunal constitutionnel » (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Rev. dr. pub.*, 1928, pp. 253 et 254). Voy., à ce sujet, N. B. BERNARD et C. PIETQUIN, « Les méthodes d'interprétation et la politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle », in M. EL BEHROUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 82-85.

³³ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 38-42 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 67-70.

³⁴ L'article 17, § 4, de la Constitution originelle va même jusqu'à ancrer dans le texte constitutionnel le concept d'action positive. À ce sujet, voy. *infra*, n° 14.

³⁵ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 562 et 563.

11. Par un arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, la Cour d'arbitrage met pour la première fois en œuvre sa compétence de contrôle de ce principe et lui donne corps dans des termes qui n'ont guère changé depuis lors : elle juge en effet que « les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »³⁶. Ce considérant, qui deviendra une antienne dans la jurisprudence de la Cour³⁷, est repris presque textuellement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 14 de la Convention éponyme, lequel consacre également le principe d'égalité et de non-discrimination, et notamment de son arrêt du 23 juillet 1961 sur l'affaire relative à certains aspects linguistiques de l'enseignement en Belgique³⁸.

12. La portée substantielle du principe d'égalité et de non-discrimination se matérialise notamment par l'interdiction des discriminations passives et des discriminations indirectes. La discrimination passive « consiste à traiter tout le monde de manière identique alors que le respect du principe d'égalité commanderait d'établir des différences de traitement pour les catégories de personnes essentiellement différentes »³⁹, tandis que la discrimination indirecte « consiste à adopter un critère, une disposition ou une pratique apparemment neutre qui est susceptible d'entraîner, par rapport aux membres d'un groupe déterminé caractérisés par un critère qui peut être isolé, un désavantage particulier »⁴⁰. Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a fini par condamner ces deux formes de discrimination⁴¹.

³⁶ C.C., 13 octobre 1989, n° 23/89, B.1.3.

³⁷ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 339 ; J.-C. SHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1991, pp. 773 et 774.

³⁸ Cour eur. D.H., 23 juillet 1961, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, pt 10, al. 2. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 (art. 14) est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »

³⁹ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », op. cit., pp. 597 et 598.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 598.

⁴¹ Voy. not. pour la discrimination indirecte, C.C., 23 mai 2011, n° 89/2011 et, pour la discrimination passive, C.A., 16 juin 2004, n° 106/2004.

Sous-section 4

L'égalité par la loi

13. En 2002, le principe d'égalité connaît une dernière mutation par l'ajout d'un troisième alinéa dans l'article 10 de la Constitution, qui dispose que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie », et surtout par l'insertion d'un article 11*bis* dans la Constitution, dont l'alinéa 1^{er} dispose que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics » et dont les alinéas suivants prévoient des obligations minimales de mixité au sein des organes mentionnés. Si l'article 10, alinéa 3, peut paraître redondant par rapport au principe « général » d'égalité et de non-discrimination consacré par ses alinéas 1^{er} et 2, l'article 11*bis* a ceci de particulier qu'il impose aux législateurs ni plus ni moins que d'adopter des mesures particulières en vue de garantir l'égalité des sexes⁴². La Cour d'arbitrage a d'ailleurs jugé que « par les articles 10, alinéa 3, et 11*bis*, le Constituant a voulu, d'une part, inscrire expressément le principe de l'égalité des hommes et des femmes dans la Constitution et, d'autre part, fournir un fondement constitutionnel aux mesures visant à combattre les inégalités entre femmes et hommes »⁴³.

14. Ainsi, le principe d'égalité en vient à exiger explicitement, à certains égards, une égalité « par la loi », « réelle », à charge pour le législateur de corriger les inégalités existantes. Cette forme d'égalité requiert, par nature, le recours à des « actions positives »⁴⁴ qui ont pour but de résorber une discrimination passée ou présente dont les effets sont encore prégnants, par le recours à un traitement juridique inégalitaire temporairement admis⁴⁵. Bien avant l'insertion de l'article 11*bis* dans la Constitution, la Cour constitutionnelle avait déjà toléré le recours à de telles différences de traitement pourvu « qu'elles soient appliquées dans les seuls cas où une inégalité manifeste est constatée, que la disparition de cette inégalité soit désignée par le législateur comme un objectif à promouvoir, que les mesures soient de nature temporaire, étant destinées à disparaître dès que l'objectif visé par le législateur est atteint, et qu'elles ne restreignent pas inutilement les droits d'autrui »⁴⁶.

⁴² B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 563 et 564.

⁴³ C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, B.5.6.

⁴⁴ Aussi dénommées discriminations positives, même si le terme est ambigu, puisque, d'un point de vue juridique, il n'y a pas de discrimination.

⁴⁵ Voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 599 et 600 et M. BOSSUYT, « Prevention of Discrimination. The Concept and Practice of Affirmative Action », *Commission des droits de l'Homme des Nations Unies. Sous-Commission sur la promotion et la protection des droits de l'Homme*, E/CN.4/Sub.2/2002/21.

⁴⁶ C.A., 27 janvier 1994, n° 9/94, B.6.2.

15. La récente insertion d'un article 22^{ter} dans la Constitution constitue un autre exemple de ce passage à l'égalité « par la loi ». Celui-ci dispose sans équivoque que « chaque personne en situation de handicap a le droit à une pleine inclusion dans la société, y compris le droit à des aménagements raisonnables », étant entendu que les différents législateurs de la fédération belge « garantissent la protection de ce droit »⁴⁷.

Section 2

La portée actuelle du principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

16. Les développements qui précèdent mettent en évidence le rôle moteur que la Cour constitutionnelle exerce dans l'interprétation du principe d'égalité et de non-discrimination. Partant, et à des fins de concision, les développements qui suivent se concentrent principalement sur la jurisprudence constitutionnelle⁴⁸. L'exposé se veut synthétique. Il examine, successivement, la portée « formelle » du principe d'égalité et de non-discrimination, à savoir sa place au sein de la hiérarchie des normes et la valeur que les juges constitutionnels lui octroient (Sous-section 1) puis, brièvement, la portée « matérielle » dudit principe, c'est-à-dire son contenu substantiel (Sous-section 2).

Sous-section 1

La portée formelle

17. D'un point de vue formel, le principe d'égalité et de non-discrimination reçoit, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une *portée constitutionnelle* (A), une portée *irradiante* en ce qu'il permet à la Cour d'étendre le champ de son contrôle (B) et une portée *neutralisante* en ce qu'il est utilisé pour neutraliser les effets de certaines autres normes de contrôle (C).

⁴⁷ Sur cette modification constitutionnelle, voy. I. HACHEZ, « La consécration constitutionnelle du droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap (art. 22^{ter}). De la duplication du cadre juridique au dessin de politiques publiques », *J.T.*, 2022, pp. 17 à 24.

⁴⁸ On précisera simplement que la section du contentieux administratif du Conseil d'État semble se calquer sur la jurisprudence classique de la Cour constitutionnelle en la matière, du moins en reprenant substantiellement l'antienne de la Cour (voy., parmi beaucoup d'autres, C.E., 21 février 2022, n° 253.039 et C.E., 18 novembre 2021, n° 252.152). Quant à la Cour de cassation, on observe qu'elle s'écarte parfois de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant à l'application concrète du principe en utilisant la jurisprudence *Le Ski*. Voy. C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination », obs. sous Cass., 15 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1126-1137.

A. Une portée constitutionnelle

18. J. Velaers classe le principe d'égalité et de non-discrimination parmi les principes généraux du droit « à valeur constitutionnelle », repris dans la Constitution elle-même⁴⁹. À ce titre, le principe d'égalité et de non-discrimination se distingue des autres principes généraux du droit examinés dans le présent ouvrage, qui sont quant à eux induits de dispositions légales et, partant, dépourvus de portée constitutionnelle. La conséquence principale et logique de ce statut juridique propre est que le législateur, qu'il soit fédéral, décrétal ou ordonnanciel, ne peut pas y déroger. Le contrôle de la Cour constitutionnelle assure la pleine effectivité de cette interdiction. À l'inverse, sous l'angle du droit constitutionnel, le Constituant peut aménager comme bon lui semble ce principe et prévoir des différences de traitement ponctuelles, frappées du brevet de constitutionnalité⁵⁰, en principe dans le texte constitutionnel lui-même⁵¹. Ces aménagements échappent alors, logiquement, au contrôle de la Cour⁵².

Dès lors que le principe d'égalité et de non-discrimination se trouve explicitement consacré dans plusieurs dispositions constitutionnelles, notamment les articles 10 et 11 de la Constitution, qui relèvent du contrôle de la Cour⁵³, la juridiction constitutionnelle peut en examiner directement le respect⁵⁴. Partant, on ne saurait raisonnablement nier qu'il s'agit d'une « règle » – pour reprendre le terme d'une jurisprudence ancienne de la Place Royale⁵⁵ – pourvue d'une portée constitutionnelle. Elle n'en demeure pas moins un *principe*, et non la simple addition de plusieurs dispositions normatives. En effet,

⁴⁹ J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in I. HACHEZ, I. CARTUYVELS, H. DUMONT et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 545-554 et les références citées.

⁵⁰ Voy. not. le décret du 24 novembre 1830 sur l'exclusion des Nassau, B.O., 1831, n° XLI (indépendamment des controverses qui entourent sa portée, sur ce sujet, voy. N. B. BERNARD, « Les membres de la famille d'Orange-Nassau sont à perpétuité exclus de tout pouvoir en Belgique », A.D.L., 2020, pp. 307 à 329) et les art. 8, 10, 31, 58, 59, 88, 103, 101, al. 2, 120, 124, 125 et 150 de la Constitution.

⁵¹ Voy. toutefois la jurisprudence de la Cour relative aux choix du Constituant, qui aboutit à tolérer que ces dérogations soient logées dans les travaux préparatoires de révision et non dans le texte constitutionnel (voy., à ce sujet, F. BOUHON, « L'immunisation des normes législatives par le choix du Constituant », obs. sous C.C., 28 mai 2015, n° 81/2015, *Rev. Dr. ULg*, 2015, pp. 618-637 et N. B. BERNARD, « Les choix légistiques du Constituant comme limites formelles au contrôle de la Cour constitutionnelle », R.B.D.C., 2018, pp. 459-482).

⁵² Voy. C.A., 22 septembre 1994, n° 68/94 et C.A., 9 février 1994, n° 16/94.

⁵³ Les articles 11bis (égalité des sexes), 24, § 4, (égalité dans l'enseignement) et 172 (égalité en matière fiscale) de la Constitution sont des consécutions particulières de ce principe. Ces dispositions relèvent aussi de la compétence de la Cour constitutionnelle.

⁵⁴ À l'inverse, la Cour n'accepte de contrôler la compatibilité à d'autres principes généraux du droit, notamment le principe de non-rétroactivité des lois ou le principe de sécurité juridique, que lorsque ceux-ci sont combinés avec les dispositions constitutionnelles qui relèvent de sa compétence (voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 164 et 165, et les références citées).

⁵⁵ Voy. not. C.A., 9 décembre 1998, n° 132/98, B.3. Le terme « principe » est désormais privilégié. Voy., parmi beaucoup d'autres, C.C., 14 juillet 2022, n° 97/2022, B.19 et B.20.

la Cour constitutionnelle lui a donné, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶, une portée particulière⁵⁷.

B. Une portée irradiante

19. Très vite, la Cour d'arbitrage a utilisé le principe d'égalité et de non-discrimination, qui relève de sa compétence depuis 1988, pour étendre son contrôle. Par un arrêt du 13 octobre 1989, elle a en effet estimé que « la règle constitutionnelle de non-discrimination est applicable à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges »⁵⁸, alors que, formellement, il ne lui revient alors que de contrôler le respect des articles 10, 11 et 24 de la Constitution et des règles répartitrices de compétences⁵⁹. De manière prétorienne, la juridiction constitutionnelle étend ainsi indirectement le champ de son contrôle, par la combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, à l'ensemble des droits fondamentaux consacrés par la Constitution. Le législateur spécial finit par valider cet accroissement des compétences en 2003, en ajoutant explicitement les dispositions du Titre II ainsi que les articles 170, 172 et 191 de la Constitution aux normes de référence de la Cour⁶⁰.

Par un arrêt du 23 mai 1990, la juridiction constitutionnelle précise que « parmi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 6bis [aujourd'hui article 11] de la Constitution figurent bien les droits et libertés *résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment*. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct »⁶¹. Dans un arrêt du 22 juillet 2003, la Cour abandonne l'exigence d'effet direct⁶². Depuis, il est certain que son contrôle s'étend également à l'ensemble des droits et libertés issus du droit international conventionnel.

20. Il ressort des arrêts précités que, par la combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, certaines normes qui ne relèvent en principe pas de la compétence de la Cour constitutionnelle sont néanmoins utilisées par celle-ci dans le cadre de son contrôle. Cette technique est couramment dénommée « méthode combinatoire »⁶³. Autrement dit, le principe d'égalité et de non-discrimination

⁵⁶ Voy. *supra*, n° 11.

⁵⁷ Voy. *infra*, n° 23 et s.

⁵⁸ C.A., 13 octobre 1989, n° 23/89, B.1.2.

⁵⁹ Voy. *supra*, n° 9.

⁶⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 70.

⁶¹ C.A., 23 mai 1990, n° 18/90, B.11.3. C'est nous qui soulignons.

⁶² C.A., 22 juillet 2003, n° 106/2003, B.4.2.

⁶³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 126 et s. Sur l'évolution du raisonnement combinatoire, voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 165 et s. Il convient de ne pas confondre la méthode combinatoire avec la méthode « conciliatoire » (voy. *infra*, n° 27).

irradie d'autres instruments juridiques que la Cour utilise comme normes de référence, pour, le cas échéant, censurer l'action législative. De la sorte, ce principe apparaît comme un véritable sésame dans la jurisprudence constitutionnelle.

C. Une portée neutralisante

21. Par un arrêt du 12 février 2009, la Cour constitutionnelle a jugé que « le principe d'égalité et de non-discrimination n'est [...] pas un simple principe de bonne législation et de bonne administration. Il est l'un des fondements d'un État de droit démocratique »⁶⁴. La Cour semble donc en déduire une portée *supérieure*⁶⁵.

22. Sans qu'il présente nécessairement une valeur « supra-constitutionnelle », le principe d'égalité et de non-discrimination revêt une portée neutralisante en ce qu'il en vient à court-circuiter certaines autres normes de contrôle. Ainsi, la Cour constitutionnelle a déjà utilisé celui-ci pour neutraliser la portée de la finale de l'article 191 de la Constitution⁶⁶. Comme nous l'avons vu plus haut, cette disposition tend à octroyer un blanc-seing au législateur lorsqu'il limite les droits des étrangers⁶⁷. *A priori*, cette disposition particulière déroge aux prescriptions générales des articles 10 et 11 de la Constitution, qui ne visent d'ailleurs que les « Belges ». Néanmoins, la Cour a jugé, par un arrêt du 14 juillet 1994, que « [l']article 191 n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une [différence de traitement qui défavorise un étranger], d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution [...] ». Il ne résulte donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause »⁶⁸. Autrement dit, la juridiction constitutionnelle applique à l'article 191 sa jurisprudence relative aux articles 10 et 11 de la Constitution alors que cette disposition tend au contraire à autoriser le législateur à déroger à leurs prescriptions. De la sorte, au nom du principe d'égalité et de non-discrimination, la finale de l'article 191 est, de manière prétorienne⁶⁹, privée de tout effet utile⁷⁰.

⁶⁴ C.C., 13 février 2009, n° 17/2009, B.10.3.

⁶⁵ Voy. not. P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann. Dr.*, 1996, p. 313.

⁶⁶ À ce sujet, voy. not. M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., pp. 614-617.

⁶⁷ Voy. *supra*, n° 22.

⁶⁸ C.A., 14 juillet 1994, n° 61/94, B.2. *Comp. C.C.*, 27 mai 2008, n° 81/2008, B.18.4 qui, concernant la finale de l'article 145 de la Constitution, rédigée en des termes identiques à celle de l'article 191, privilégie le raisonnement opposé, de sorte que la finale de l'article 145 n'apparaît pas neutralisée par le principe d'égalité et de non-discrimination.

⁶⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 191 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 305-311.

⁷⁰ H. DUMONT et M. EL BEHROUMI, *Droit constitutionnel. Approche critique et interdisciplinaire*, t. 1, L'État, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 554.

Sous-section 2

La portée matérielle

23. Après avoir identifié la portée formelle du principe d'égalité et de non-discrimination, il convient d'en examiner brièvement les contours matériels. Ceux-ci varient selon qu'ils sont invoqués isolément (A), dans le contexte du fédéralisme (B) ou en combinaison avec un ou plusieurs autres droits fondamentaux (C). Il faut préciser que, depuis 1997, la Cour constitutionnelle évoque *le* principe d'égalité et de non-discrimination et non plus *les* principes d'égalité et de non-discrimination. Elle estime en effet que les articles 10 et 11 de la Constitution sont l'expression d'un seul et même principe, de sorte qu'elle fusionne ces dispositions constitutionnelles à l'occasion de son contrôle⁷¹.

A. L'invocation autonome

24. Pris isolément, le principe d'égalité s'oppose, d'une part, à ce que le législateur crée des différences de traitement injustifiées. La Cour constitutionnelle juge en effet que « le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée »⁷². D'autre part, ce principe interdit aussi les identités de traitement dépourvues de justification. Selon la Cour, en effet, « ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure critiquée, sont essentiellement différentes »⁷³. Dans les deux cas, « l'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁷⁴. Ces considérants constituent des antennes dans la jurisprudence constitutionnelle.

Passons en revue les différents « éléments constitutifs » du principe d'égalité et de non-discrimination, tels que mis en évidence par la jurisprudence constitutionnelle⁷⁵, qui entretient une relation particulière avec le droit privé⁷⁶.

⁷¹ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 337 et les références citées.

⁷² Voy., pour un ex. récent, C.C., 25 mai 2022, n° 73/2022, B.5.

⁷³ Voy., pour un ex. récent, C.C., 13 octobre 2022, n° 124/2022, B.4.

⁷⁴ Voy., pour un ex. récent, C.C., 12 mai 2022, n° 64/2022, B.6.1.

⁷⁵ L'analyse qui suit se concentre sur le cas des *discriminations actives*, qui est le plus fréquent. Elle n'examine pas les cas des *discriminations passives* et des *discriminations indirectes*, plus rares. À ce sujet, voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 596 et s.

⁷⁶ Cette relation se développe sous deux angles. D'une part, on constate que le principe d'égalité et de non-discrimination a abouti à la modification d'un nombre de règles importantes de droit privé par la Cour

Au préalable, il y a lieu de préciser que ceux-ci se présentent comme plusieurs étapes d'un raisonnement⁷⁷. Le principe d'égalité et de non-discrimination apparaît dès lors comme un principe dynamique et non figé, qui permet à la Cour de s'adapter aux évolutions sociétales⁷⁸. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, la formulation retenue par le juge constitutionnel est inspirée dans une grande mesure de celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁹. De la sorte, les termes « justification objective et raisonnable », « but et effets de la norme » et de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » sont des reprises textuelles de la jurisprudence strasbourgeoise relative à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par contre, la Cour constitutionnelle évoque « la nature des principes en cause » et ne fait pas référence aux « principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques »⁸⁰.

25. En ce qui concerne les discriminations actives⁸¹, la première étape du contrôle de la Cour est l'examen de la comparabilité des personnes entre lesquelles une différence de traitement est alléguée⁸² (1). Dans ce cadre, il semble que la Cour ne soit actuellement pas fort encline à conclure à l'absence de comparabilité⁸³. Elle juge en effet qu'« il ne faut pas confondre différence de traitement et non-comparabilité »⁸⁴. Souvent, le critère de distinction entre les

constitutionnelle, par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière de filiation (voy., à ce sujet, B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation », note sous C.A., 9 octobre 1992, n° 63/92 et sous Trib. Nivelles, 16 décembre 1992, J.T., 1993, pp. 308-312 et J. DE GRAVE, « Le principe d'égalité dans le droit de la filiation : limites, exceptions et contrôle », *Rev. dr. U.L.B.*, 1990, pp. 11-36 ainsi que les références citées). D'autre part, on peut observer que le principe d'égalité et de non-discrimination a contribué à la « privatisation » ou à la « dépublicisation » de régimes de droit public, le juge concluant à la violation du principe d'égalité par rapport à une catégorie de droit privée jugée comparable (voy., à ce sujet, J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa ni divisio* ? », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, Th. LÉONARD et B. LOMBAERT (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé. Pertinence, influences croisées et questions transversales*, Limal, Anthemis, 2019, p. 52 et les références citées).

⁷⁷ Pour un aperçu synthétique de ces différentes étapes, voy. not. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 94 et 95 et M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 386-387. Pour faciliter la lecture et leur identification, les différentes étapes du raisonnement sont numérotées dans les lignes qui suivent.

⁷⁸ M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 83.

⁷⁹ Voy. *supra*, n° 11.

⁸⁰ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 339 et 340.

⁸¹ À des fins de concision, le cas des discriminations passives n'est pas examiné ici. À ce sujet, voy. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 596-598.

⁸² Voy. not. C.C., 28 octobre 2022, n° 137/2022, B.5 : « Pour apprécier la compatibilité d'une norme législative avec les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour examine en premier lieu si les catégories de personnes entre lesquelles une inégalité est alléguée sont suffisamment comparables. » À l'occasion de cet examen, il arrive que la Cour fasse intervenir le contexte ou l'objectif de la législation, de sorte que des catégories de personnes peuvent apparaître plus ou moins comparables selon l'objectif ou le contexte, J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : ni *summa ni divisio* ? », *op. cit.*, pp. 52 et 53.

⁸³ Voy., à ce sujet, G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 354 et 355.

⁸⁴ Voy., pour un ex. récent, C.C., 25 mai 2022, n° 72/2022, B.4.3.

catégories de personnes « peut certes constituer un élément dans l'appréciation d'une différence de traitement, mais il ne saurait suffire pour conclure à la non-comparabilité, au risque de vider de sa substance le contrôle exercé au regard du principe d'égalité et de non-discrimination »⁸⁵. La Cour doit ensuite vérifier si le critère de distinction entre les catégories de personnes est objectif (2). Cette condition paraît presque toujours remplie. À vrai dire, sauf à employer un critère relevant de la pure appréciation de l'autorité, cette exigence est très généralement satisfaite⁸⁶. Par ailleurs, le juge constitutionnel examine généralement si ce critère objectif est pertinent au regard du but poursuivi par le législateur⁸⁷ (3).

L'examen porte en outre sur la justification de la mesure, au regard du but et de ses effets ainsi que de la nature des principes en cause ; même s'il faut toutefois préciser que, concrètement, la Cour ne se penche pas distinctement sur ces trois éléments (4). Dans la recherche de cette justification, il y a lieu de se référer principalement – mais pas uniquement – aux travaux préparatoires de la disposition législative⁸⁸. Le juge constitutionnel accepte aussi que la *ratio legis* ressorte des écrits de procédure déposés par les parties⁸⁹.

Enfin, la dernière étape du raisonnement renvoie à la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (5). Il y a alors lieu d'examiner les conséquences de la norme en opérant une balance des intérêts. La frontière entre le contrôle objectif et l'appréciation de l'opportunité de la mesure peut, dans ce cadre, apparaître bien tenue⁹⁰. À l'inverse, la Cour octroie au législateur une large marge d'appréciation dans certains domaines, notamment en matière socio-économique ou dans les matières éthiques⁹¹. Il faut, pour terminer, souligner que ces différentes étapes ne sont pas toujours systématiquement mentionnées dans la jurisprudence constitutionnelle⁹².

⁸⁵ Voy., pour un ex. récent, C.C., 18 février 2022, n° 8/2022, B.8.

⁸⁶ B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *op. cit.*, p. 585. Jusqu'il y a peu, on prenait classiquement comme exemple d'un tel critère celui visé par la section de législation du Conseil d'État dans son avis n° 5792 du 4 juillet 1957 : « Par souci de clarté, il conviendrait de déterminer la limite d'âge des orphelins mentionnés à l'article 7, § 1^{er}, 1^o. Dans cette même disposition, il est en outre fait mention d'"orphelins d'Israélites". La notion d'"Israélites" n'est définie par aucun texte légal ou réglementaire. Outre son imprécision, cette notion présente l'inconvénient d'être un critère purement subjectif alors que notre droit constitutionnel, notamment l'article 6 de la Constitution, interdit l'octroi de droits spéciaux autrement que d'après des critères objectifs » (p. 13). Un arrêt récent de la Cour a néanmoins conclu au caractère discriminatoire d'une différence de traitement au motif que celle-ci ne reposait pas sur un critère objectif : voy. C.C., 28 janvier 2021, n° 11/2021, B.22.1 à B.22.4.

⁸⁷ Pour un ex. d'absence de pertinence, voy. C.C., 19 octobre 2022, n° 121/2022, B.6 et s.

⁸⁸ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 340 à 342.

⁸⁹ Voy. par ex. C.A., 22 juillet 2003, n° 102/2003, B.23.4.2.

⁹⁰ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 343.

⁹¹ F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, *op. cit.*, p. 96 et P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle pratique-t-elle l'auto-restriction ? », in A. ALEN, F. DAOÛT, P. NIHOUL et al. (dir.), *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 506-508.

⁹² Il arrive aussi que les étapes 3 à 5 précitées soient synthétisées en deux étapes par la Cour, à savoir, d'une part, le contrôle de la pertinence du critère de distinction au regard du but poursuivi et, d'autre part, le

B. L'invocation dans le cadre du fédéralisme

26. Le principe d'égalité et de non-discrimination reçoit une application particulière lorsque sa violation est invoquée dans le cadre du fédéralisme. Selon la Cour constitutionnelle, « une différence de traitement dans des matières où les communautés et les régions disposent de compétences propres est la conséquence possible de politiques distinctes permises par l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de celle-ci ; une telle différence de traitement ne peut en soi être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Cette autonomie serait dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière dans les diverses communautés et régions était jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution »⁹³.

En effet, le fédéralisme implique par nature une certaine autonomie des composantes de la fédération, qui peuvent, dans les matières relevant de leurs compétences, mener des politiques différentes. Ainsi, le caractère fédéral de l'État belge joue un rôle d'écran au principe constitutionnel d'égalité⁹⁴. Autrement dit, il en amoindrit la portée en constituant un obstacle à la comparabilité des situations dont il est question ci-dessus⁹⁵. Cette autonomie revêt une réelle portée en droit privé, eu égard aux compétences dont les entités fédérées disposent en ce domaine. La Cour a d'ailleurs eu l'occasion d'appliquer la jurisprudence précitée dans le domaine de la copropriété⁹⁶ et du bornage⁹⁷, pour ne citer que deux exemples parmi les plus manifestes.

C. L'invocation combinée avec d'autres droits fondamentaux

27. Le raisonnement de l'arrêt du 13 octobre 1989 précité est, aujourd'hui, devenu une antienne dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. De jurisprudence constante, elle juge en effet que « les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la

contrôle du caractère proportionné de la limitation des droits des personnes concernées. Voy., par ex., C.C., 26 novembre 2020, n° 157/2020, B.7 et s.

⁹³ C.A., 15 juillet 1999, n° 85/99, B.2.2.

⁹⁴ T. MOONEN, J. RIEMSLAGH et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'égalité et la non-discrimination », in M. EL BEHROUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Principes de la répartition des compétences*, op. cit., pp. 373-375.

⁹⁵ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 360.

⁹⁶ C.A., 14 décembre 2005, n° 190/2005.

⁹⁷ C.C., 4 octobre 2021, n° 130/2021.

Belgique »⁹⁸. Il est donc possible, voire utile, d'alléguer la violation du principe d'égalité en combinaison avec un autre droit fondamental⁹⁹.

Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire de passer par les différentes étapes propres à l'invocation autonome du principe, notamment celle de l'identification des catégories de personnes à comparer. La Cour constitutionnelle juge en effet que « lorsqu'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination est alléguée en combinaison avec un autre droit fondamental, le cas échéant résultant d'une convention internationale liant la Belgique, il suffit de préciser en quoi ce droit fondamental est violé. La catégorie de personnes pour lesquelles ce droit fondamental est violé doit être comparée à la catégorie de personnes envers lesquelles ce droit fondamental est garanti »¹⁰⁰.

Section 3

Le principe d'égalité et de non-discrimination dans les rapports entre personnes privées

28. Bien que la Cour de cassation ait jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution n'imposent « aucune obligation directe entre les citoyens »¹⁰¹, nous verrons que le principe d'égalité et de non-discrimination trouve néanmoins à s'appliquer aux relations entre les personnes privées. Ce principe limite notamment la liberté contractuelle, qui, aussi fondamentale qu'elle soit, n'est pas absolue, comme le soulignent la jurisprudence¹⁰² et, désormais, les premiers mots de l'article 5.14 du (nouveau) Code civil¹⁰³. Ainsi que les travaux préparatoires de cette disposition le rappellent¹⁰⁴, la liberté contractuelle – et notamment la liberté de choisir son cocontractant – est restreinte,

⁹⁸ Voy., pour un ex. récent, C.C., 13 octobre 2022, n° 124/2022, B.4.

⁹⁹ Cette « méthode combinatoire » ne doit pas être confondue avec la « méthode conciliatoire », par laquelle la Cour use de la technique du « tout indissociable » pour examiner la conformité d'une disposition législative notamment au droit de l'Union européenne (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 132-138). Selon cette technique, « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause », de sorte que « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (C.A., 22 juillet 2004, n° 136/2004, B.5.3 et B.5.4).

¹⁰⁰ Voy., pour un ex. récent, C.C., 21 novembre 2022, n° 149/2022, B.6.2.

¹⁰¹ Cass. (3^e ch.), 29 mars 2010, R.G. n° S.08.0147.N, disponible sur <https://juportal.be>.

¹⁰² C.C., 10 novembre 2011, n° 166/2011, B.10 ; C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.29.2.

¹⁰³ Consacrant la liberté contractuelle, l'article 5.14 du (nouveau) Code civil dispose : « Hors les cas prévus par la loi, chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter et de choisir son cocontractant, sans avoir à justifier les raisons de son choix.

Les parties sont libres de donner le contenu de leur choix au contrat, pourvu qu'il satisfasse aux conditions de validité prévues par la loi » (nous soulignons).

¹⁰⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 24 et 25.

entre autres¹⁰⁵, par les législations anti-discrimination¹⁰⁶ (Sous-section 1) et par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'abus de droit. Cette jurisprudence, tout comme celles de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice de l'Union européenne, tend à aussi imposer dans une certaine mesure le respect du principe d'égalité et de non-discrimination au-delà¹⁰⁷ du champ d'application des législations anti-discrimination (Sous-section 2).

Sous-section 1

La concrétisation du principe d'égalité et de non-discrimination dans les législations anti-discrimination

29. Chacun dans les limites de leurs propres compétences¹⁰⁸, les différents législateurs belges ont été amenés à transposer plusieurs directives européennes¹⁰⁹

¹⁰⁵ Sur les limites à la liberté contractuelle en général, voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 132-136 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 558-590. Sur les règles du droit de la concurrence participant à la mise en œuvre du principe d'égalité et de non-discrimination, voy. F. WIJCKMANS et S. DE KEER, « Discriminatie en het mededingingsrecht: een korte verkenning », in *Le droit des affaires en évolution 20. L'égalité de traitement dans le monde de l'entreprise – Tendances in het bedrijfsrecht 20. Gelijke behandeling in de bedrijfswereld*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 35-75.

¹⁰⁶ Sur les législations anti-discrimination en général, voy. not., parmi une doctrine abondante, les ouvrages collectifs suivants : J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège, Anthemis, 2018 ; E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination – Actuele topics discriminatierecht*, Bruges, die Keure, 2010 ; P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Liège, Anthemis, 2009 ; C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, die Keure, 2008.

¹⁰⁷ Voy. la contribution introductive du présent ouvrage, pt 21.

¹⁰⁸ Comme le soulignent S. Van Drooghenbroeck et J. Velaers, « [l]a règle de base qui gouverne la répartition des compétences dans le domaine de la mise en œuvre du principe d'égalité, est qu'il appartient à chaque législateur, dans les matières qui ressortissent de sa compétence, de garantir le respect de l'exigence de non-discrimination » (S. VAN DROOGENBROECK et J. VELAERS, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., p. 106).

¹⁰⁹ Concernant le droit actuellement en vigueur, il s'agit en particulier (i) de plusieurs directives visant à lutter contre les discriminations entre hommes et femmes dans divers domaines (emploi et travail, accès aux biens et services, etc.) (directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE du Conseil, J.O.U.E., L180, 15 juillet 2010 ; directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), J.O.U.E., L204, 26 juillet 2006 ; directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, J.O.U.E., L373, 21 décembre 2004 ; directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, J.O.C.E., L6, 10 janvier 1979), (ii) d'une directive visant à lutter contre les discriminations sur la base de la race ou de l'origine ethnique dans plusieurs

qui imposent le respect du principe d'égalité et de non-discrimination dans les relations entre personnes privées¹¹⁰ et qui participent ainsi à « l'horizontalisation »¹¹¹ de ce principe. Dans les lignes qui suivent, nous nous concentrerons sur les trois lois adoptées au niveau fédéral (loi générale anti-discrimination¹¹² ; loi « genre »¹¹³ et loi anti-racisme¹¹⁴)¹¹⁵, auxquelles les législations fédérées sont assez semblables¹¹⁶.

30. Pour déterminer le champ d'application des lois anti-discrimination, il convient d'avoir égard, d'une part, aux critères sur la base desquels la discrimination est interdite (« critères protégés ») et, d'autre part, aux domaines dans lesquels la discrimination est interdite. D'une part, les critères protégés sont l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique¹¹⁷, la conviction politique, la conviction syndicale¹¹⁸, la langue, l'état de santé, un handicap, une caractéristique

domaines (emploi et travail, accès aux biens et services, etc.) (directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, L180, 19 juillet 2000) et (iii) d'une directive visant à lutter, dans le domaine de l'emploi et du travail, contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, sur le handicap, sur l'âge ou sur l'orientation sexuelle (directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L303, 2 décembre 2000).

¹¹⁰ Précisons d'emblée que l'interdiction de discrimination prévue par ces directives s'applique à la fois au secteur privé et au secteur public.

¹¹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, Fr. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 368.

¹¹² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, modifiée par la loi du 20 juillet 2022, *M.B.*, 17 octobre 2022.

¹¹³ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, modifiée par la loi du 4 février 2020, *M.B.*, 28 février 2020. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de juger que les dispositions de cette loi sont d'ordre public (Cass. (3^e ch.), 16 septembre 2013, R.G. n° C.12.0032.F, disponible sur <https://juportal.be>).

¹¹⁴ Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981, modifiée par la loi du 5 mai 2019, *M.B.*, 24 mai 2019.

¹¹⁵ Les trois abréviations que nous employons sont celles de la Cour constitutionnelle (C.C., 12 février 2009, n°17/2009, B.1).

¹¹⁶ Ch. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit de la non-discrimination. Avancées et enjeux*, op. cit., p. 24.

¹¹⁷ La Cour de justice considère que « la notion de "religion" [...] doit être interprétée comme couvrant tant le forum internum, à savoir le fait d'avoir des convictions religieuses, que le forum externum, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse » (C.J. (gde ch.), arrêt IX c. *WABE et MH Müller Handels c. MJ*, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 45). Elle juge également que, dans la directive 2000/78/CE, « les termes "religion" et "convictions" s'analysent comme les deux faces d'un même et unique motif de discrimination » et que ce motif unique de discrimination « couvre donc tant les convictions religieuses que les convictions philosophiques ou spirituelles » (C.J. (gde ch.), arrêt IX c. *WABE et MH Müller Handels c. MJ*, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 47 ; dans le même sens, C.J., arrêt L.F. c. *S.C.R.L.*, 13 octobre 2022, C-344/20, EU:C:2022:774, pts 26-27). Elle ajoute que les États membres ne peuvent pas scinder ce motif unique de discrimination en plusieurs motifs distincts (C.J., arrêt L.F. c. *S.C.R.L.*, 13 octobre 2022, C-344/20, EU:C:2022:774, pts 53-55).

¹¹⁸ À l'origine, la loi générale anti-discrimination n'érigeait pas la conviction syndicale en critère protégé, ce que la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnel (C.C., 2 avril 2009, n° 64/2009) et ce à quoi le législateur a ensuite

physique ou génétique, l'origine sociale (art. 3 et 4, 4°, de la loi générale anti-discrimination), le sexe, auquel la loi « genre » assimile les critères de la grossesse, l'accouchement, l'allaitement, la maternité, l'adoption, la procréation médicalement assistée, le changement de sexe, l'identité de genre, l'expression de genre, les caractéristiques sexuelles, la paternité ou la comaternité (art. 3 et 4 de la loi « genre ») et la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique¹¹⁹ (art. 3 et 4, 4°, de la loi anti-racisme). D'autre part, les domaines dans lesquels la discrimination est interdite sont « l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public »¹²⁰ ; « la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé » ; « les avantages sociaux » ; « les régimes complémentaires de sécurité sociale » ; « les relations de travail » ; « la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal » ; « l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations » et « l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public »¹²¹. Les lois anti-discrimination se caractérisent ainsi par un champ d'application plus large que les directives européennes¹²², tant pour

remédié (art. 107 et 108 de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses, M.B., 31 décembre 2009). Pour un exemple de discrimination sur la base de la conviction syndicale, voy. C. trav. Anvers, 28 janvier 2021, R.A.G.B., 2021, pp. 1160-1180, note M. DECONYNCK, « De vele risico's van de strijd tegen asbest », pp. 1180-1184.

¹¹⁹ Selon la Cour de justice, « la notion d'« origine ethnique » procède de l'idée selon laquelle les groupes sociétaux sont marqués notamment par une communauté de nationalité, de foi religieuse, de langue, d'origine culturelle et traditionnelle et de milieu de vie » (C.J., arrêt *Jyske Finans c. Ligebehandlingsnævnet*, 6 avril 2017, C-668/15, EU:C:2017:278, pt 17 ; dans le même sens, C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 46). Elle ajoute qu'« une origine ethnique ne saurait être déterminée sur le fondement d'un seul critère, mais doit, au contraire, reposer sur un faisceau d'éléments, dont certains sont de nature objective et d'autres de nature subjective » (C.J., arrêt *Jyske Finans c. Ligebehandlingsnævnet*, 6 avril 2017, C-668/15, EU:C:2017:278, pt 19).

¹²⁰ Il ressort du considérant 4 de la directive 2000/43/CE et du considérant 13 et de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/113/CE que les termes « à la disposition du public » visent à exclure ce qui relève du domaine de la vie privée et familiale. Dans le même sens, les travaux préparatoires des lois anti-discrimination indiquent que les termes « à la disposition du public » et « accessible au public » confirment que ces trois lois ne s'appliquent pas aux « affaires strictement privées » (Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2720/001, p. 21 ; Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2721/001, pp. 20-21 ; Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, pp. 20-21). En ce sens, voy. aussi un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles qui constate que la législation anti-discrimination est applicable au cas d'espèce dès lors que les activités concernées « sont exercées à titre professionnel, en dehors de toute sphère privée ou familiale » (Civ. fr. Bruxelles, 16 juillet 2014, R.G. n° 13/13580/A, disponible sur <https://www.unia.be/fr>).

¹²¹ Art. 5, § 1^{er}, de la loi générale anti-discrimination, art. 6, § 1^{er}, de la loi « genre » et art. 5, § 1^{er}, de la loi anti-racisme. Ces dispositions ajoutent que les trois lois fédérales ne s'appliquent que dans le cadre des compétences fédérales.

¹²² Cela étant, la Cour de justice a déjà jugé que le champ d'application des directives anti-discrimination ne peut pas être interprété de façon restrictive (C.J., arrêt *Maniero c. Studienstiftung des deutschen Volkes*,

les critères protégés¹²³ que pour les domaines concernés¹²⁴. Relevons enfin que le fait qu'une relation juridique concerne deux personnes morales n'exclut pas en soi l'application des lois anti-discrimination¹²⁵.

31. Les lois anti-discrimination interdisent « la discrimination directe », « la discrimination indirecte », « l'injonction de discriminer » et « le harcèlement »¹²⁶, ainsi que « le harcèlement sexuel »¹²⁷ et le « refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée »¹²⁸. Notre analyse se concentrera sur les discriminations directes et indirectes¹²⁹, notions que nous avons déjà abordées dans notre Section 2.

32. Une discrimination directe est une distinction directe qui n'est pas justifiée aux conditions prévues par les lois anti-discrimination¹³⁰. Pour déterminer s'il y a une discrimination directe, la première question est donc celle de savoir si on a affaire à une distinction directe, qui est définie comme une « situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »¹³¹. Si tel est le cas, la seconde question est celle de savoir si cette distinction directe est justifiée ou non.

La distinction directe requiert la réunion de trois conditions cumulatives¹³². La première condition est qu'une différence de traitement¹³³ soit

15 novembre 2018, C-457/17, EU:C:2018:912, pt 36 ; C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 66).

¹²³ À titre d'exemple, la législation fédérale interdit non seulement les discriminations fondées sur la conviction religieuse ou philosophique, mais aussi celles fondées sur la conviction politique et sur la conviction syndicale.

¹²⁴ Tel est en particulier le cas de « l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public ».

¹²⁵ Voy. le considérant 16 de la directive 2000/43/CE. Dans la jurisprudence belge, voy., à propos de la notion de « relations de travail », C. trav. Bruxelles (9^e ch.), 4 janvier 2022, disponible sur <https://www.unia.be/fr> et C. trav. Bruxelles (9^e ch.), 27 juin 2016, R.G. n° 2014/AB/1162, disponible sur <https://www.unia.be/fr>.

¹²⁶ Art. 14 de la loi générale anti-discrimination, art. 19 de la loi « genre » et art. 12 de la loi anti-racisme.

¹²⁷ Art. 19 de la loi « genre ».

¹²⁸ Art. 14 de la loi générale anti-discrimination.

¹²⁹ Sur l'injonction de discriminer, le harcèlement, le harcèlement sexuel et le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée, que les limites de notre contribution ne nous permettent pas d'aborder, voy. not. J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, op. cit., pp. 64-67 ; V. GHESQUIÈRE, I. HACHEZ et C. VAN BASSELAERE, « La discrimination fondée sur le handicap », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *ibid.*, pp. 111-123 ; Ch. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », op. cit., pp. 71-85.

¹³⁰ Art. 4, 7^e, de la loi générale anti-discrimination, art. 5, 6^e, de la loi « genre » et art. 4, 7^e, de la loi anti-racisme.

¹³¹ Art. 4, 6^e, de la loi générale anti-discrimination. Dans le même sens, art. 5, 5^e, de la loi « genre » et art. 4, 6^e, de la loi anti-racisme.

¹³² Voy. not. M. SPINOY et S. SOTTIAUX, « Discriminatiewetgeving revisited. Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017) », in S. SOTTIAUX (dir.), *Publiekrecht – Themis 103*, Bruges, die Keure, 2017, pp. 139-147.

¹³³ Il ressort de la définition de la distinction directe que, dans le cadre des législations anti-discrimination, seules les discriminations actives sont susceptibles de constituer des discriminations directes et que les

établie sur la base d'un critère protégé. Autrement dit, il doit exister « un *lien de causalité* entre le traitement subi par une personne et un critère protégé »¹³⁴. Cette condition est également remplie si la différence de traitement, sans être fondée sur un critère protégé, repose néanmoins sur un critère qui y est « indissociablement lié »¹³⁵. En revanche, il n'y a pas de distinction directe lorsqu'il est établi que la différence de traitement repose « exclusivement sur des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur [le critère protégé] »¹³⁶. À noter que cette première condition requiert seulement que la personne subisse un traitement défavorable en raison d'un critère protégé, sans qu'elle doive elle-même relever de ce critère¹³⁷. Ensuite, la deuxième condition est que la personne concernée subisse un traitement moins favorable par comparaison à d'autres personnes¹³⁸⁻¹³⁹. Enfin, la troisième condition est que les deux catégories de personnes comparées soient dans des situations comparables¹⁴⁰. À titre d'illustration, il y a distinction directe lorsqu'une entreprise propose, sur les biens ou services qu'elle commercialise, des réductions qui varient en fonction de l'âge du client¹⁴¹. De même, une distinction directe

discriminations passives ne peuvent être appréhendées qu'à travers la notion de discrimination indirecte (voy. C.J., arrêt *KM c. INSS*, 30 juin 2022, C-625/20, EU:C:2022:508, pt 32 et C.J., arrêt *Ypourgos Esoterikon et Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton c. Kalliri*, 18 octobre 2017, C-409/16, EU:C:2017:767, pts 28-29).

¹³⁴ J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 43.

¹³⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ*, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 73 ; C.J., arrêt *Jyske Finans c. Ligebehandlingsnævnet*, 6 avril 2017, C-668/15, EU:C:2017:278, pt 16.

¹³⁶ C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 85. Dans le même sens, voy. not. C.J., arrêt *Asociația Accept contre Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013, C-81/12, EU:C:2013:275, pt 56 et C.J.C.E. (gde ch.), arrêt *Coleman c. Law et Law*, 17 juillet 2008, C-303/06, EU:C:2008:415, pt 55.

¹³⁷ C.J.C.E. (gde ch.), arrêt *Coleman c. Law et Law*, 17 juillet 2008, C-303/06, EU:C:2008:415, dispositif : « Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe [...] ». Voy. aussi C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 56. La doctrine qualifie une telle situation de « discrimination par association » (J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 69).

¹³⁸ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.45.2.

¹³⁹ Selon le considérant 17 de la directive 2004/113/CE, « [l]e principe de l'égalité de traitement dans l'accès à des biens et services n'exige pas que les installations fournies soient toujours partagées entre les hommes et les femmes, pour autant que cette fourniture ne soit pas plus favorable aux membres d'un sexe ». À ce sujet, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Fitness "Ladies Only" et répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination. Vérité à Liège, erreur à Bruxelles ? », note sous Liège, 4 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 46.

¹⁴⁰ Selon la Cour de justice, « l'exigence tenant au caractère comparable des situations [...] doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent » (C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 89). Elle ajoute « que, d'une part, il est requis non pas que les situations soient identiques, mais seulement qu'elles soient comparables et que, d'autre part, l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée » (C.J. (gde ch.), arrêt *Cresco Investigation c. Achatzi*, 22 janvier 2019, C-193/17, EU:C:2019:43, pt 43).

¹⁴¹ Comm. Bruxelles, 17 septembre 2008, disponible sur <https://www.unia.be/fr> ; Comm. Bruges, 7 juin 2007, disponible sur <https://www.unia.be/fr> (sous l'empire de l'ancienne législation anti-discrimination) ; Anvers,

fondée sur l'origine sociale et la naissance a été constatée dans une affaire où un candidat à un emploi n'avait pas « pu bénéficier que l'on envisage même sa candidature du fait de son appartenance à une famille particulière »¹⁴².

En présence d'une distinction directe, il convient de se demander à quelles conditions celle-ci peut être justifiée. Cet examen repose sur un système assez complexe prévu par les lois anti-discrimination¹⁴³, les justifications admissibles pouvant varier selon les critères protégés et selon les domaines concernés¹⁴⁴. Nous nous limitons ici à en présenter les éléments essentiels¹⁴⁵. Premièrement, toute distinction directe, quel que soit le critère protégé et quel que soit le domaine concerné, est justifiée si elle constitue une mesure d'action positive¹⁴⁶ ou si elle est imposée par ou en vertu de la loi¹⁴⁷ et toute distinction directe sur la base du sexe est également justifiée si elle relève de la protection de la grossesse et de la maternité¹⁴⁸. Deuxièmement, outre ces trois motifs généraux de justification, seule une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »¹⁴⁹ peut justifier, dans le domaine des relations de

26 avril 2007, R.G. n° 2004/AR/1793, disponible sur <https://www.unia.be/fr> (sous l'empire de l'ancienne législation anti-discrimination). Dans ces trois affaires, il a été conclu à une discrimination directe. Voy. aussi S. SOMERS, « De contractvrijheid in het verbintenisrecht van de 21e eeuw: van een formele vrijheid voor de wet, naar een feitelijke vrijheid door de wet », in *Entre tradition et pragmatisme : liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 608.

¹⁴² Trib. trav. Liège, div. Liège (9^e ch.), 10 novembre 2016, disponible sur <https://www.unia.be/fr>. Dans cette affaire, il a été conclu à une discrimination directe.

¹⁴³ Art. 7, 8 et 10 à 13 de la loi générale anti-discrimination, art. 8 à 14 et 16 à 18 de la loi « genre » et art. 7, 8, 10 et 11 de la loi anti-racisme.

¹⁴⁴ Pour une description exhaustive de ce système, voy. J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 51-64.

¹⁴⁵ Notamment, nous n'examinons pas les règles particulières applicables aux distinctions directes fondées sur l'âge dans les domaines des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale (art. 12 de la loi générale anti-discrimination), aux distinctions directes fondées sur le sexe en matière d'assurances (art. 10 de la loi « genre ») et en matière de régimes complémentaires de sécurité sociale (art. 12 de la loi « genre »).

¹⁴⁶ Les lois anti-discrimination définissent l'action positive comme des « mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des critères protégés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique » (art. 4, 11°, de la loi générale anti-discrimination ; dans le même sens, art. 5, 11°, de la loi « genre » et art. 4, 11°, de la loi anti-racisme). Le recours à une mesure d'action positive nécessite la réunion de quatre conditions cumulatives : « il doit exister une inégalité manifeste » ; « la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir » ; « la mesure d'action positive doit être de nature temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint » et « la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui » (art. 10 de la loi générale anti-discrimination, art. 16 de la loi « genre » et art. 10 de la loi anti-racisme). Voy. aussi l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive, *M.B.*, 1^{er} mars 2019. Voy. aussi, reconnaissant aux États membres la faculté d'autoriser des mesures d'action positive, l'article 5 de la directive 2000/43/CE, l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78/CE, l'article 6 de la directive 2004/113/CE, l'article 3 de la directive 2006/54/CE et l'article 5 de la directive 2010/41/UE.

¹⁴⁷ Art. 11 de la loi générale anti-discrimination, art. 18 de la loi « genre » et art. 11 de la loi anti-racisme. Ces dispositions précisent que ce motif de justification « ne préjuge cependant en rien de la conformité des distinctions directes ou indirectes imposées par ou en vertu d'une loi avec la Constitution, le droit de l'Union européenne et le droit international en vigueur en Belgique ».

¹⁴⁸ Art. 17 de la loi « genre ». Voy. aussi l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7/CEE, l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2004/113/CE et l'article 28, paragraphe 1^{er}, de la directive 2006/54/CE.

¹⁴⁹ Art. 8 de la loi générale anti-discrimination, art. 13 de la loi « genre », art. 8 de la loi anti-racisme.

travail¹⁵⁰, une distinction directe fondée sur l'âge¹⁵¹, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique¹⁵², le handicap, le sexe, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique. Pour qu'il soit question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, notion qui doit être interprétée strictement¹⁵³, il faut qu'une caractéristique déterminée, liée au critère protégé, soit « essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées » et que « l'exigence repose sur un objectif légitime et [soit] proportionnée par rapport à celui-ci »¹⁵⁴⁻¹⁵⁵. À titre d'exemple, « il peut être envisagé, dans le secteur culturel, l'industrie des loisirs ou le monde publicitaire, que des personnes aux caractéristiques déterminées (âge déterminé...) soient recherchées pour des programmes ou des productions spécifiques »¹⁵⁶. Troisièmement, l'article 9, paragraphe 1^{er}, de

¹⁵⁰ En ce qui concerne les critères de l'âge, de l'orientation sexuelle, de la conviction religieuse ou philosophique et du handicap, outre le domaine des relations de travail, sont également concernés les domaines des « régimes complémentaires de sécurité sociale » et de « l'affiliation à et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations » (art. 8, § 1^{er}, de la loi générale anti-discrimination).

¹⁵¹ En ce qui concerne le critère de l'âge, il faut ajouter que l'article 12 de loi générale anti-discrimination prévoit un régime spécifique de justification pour les distinctions directes fondées sur l'âge dans les domaines des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale.

¹⁵² En ce qui concerne le critère de la conviction religieuse ou philosophique, il faut ajouter que l'article 13 de la loi générale anti-discrimination prévoit également un régime spécifique de justification pour les « entreprises de "tendance" » (Exposé des motifs préc., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, p. 48). Selon cette disposition, « [d]ans le cas des activités professionnelles des organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique », une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique est admise « lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation ». En prévoyant ce motif de justification, cette disposition met en œuvre la faculté reconnue aux États membres par l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78/CE. Sur ce motif de justification, voy. C.J. (gde ch.), arrêt *IR c. JQ*, 11 septembre 2018, C-68/17, EU:C:2018:696 et C.J. (gde ch.), arrêt *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*, 17 avril 2018, C-414/16, EU:C:2018:257.

¹⁵³ C.J., arrêt *TC et UB c. Komisija za zaščita ot diskriminatsia et VA*, 21 octobre 2021, C-824/19, EU:C:2021:862, pt 45.

¹⁵⁴ Art. 8, § 2, de la loi générale anti-discrimination et, de manière similaire, art. 13, § 2, de la loi « genre » et art. 8, § 2, de la loi anti-racisme. Voy. aussi, reconnaissant aux États membres la faculté d'ériger l'exigence professionnelle essentielle et déterminante en motif de justification, l'article 4 de la directive 2000/43/CE, l'article 4, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/78/CE et l'article 14, paragraphe 2, de la directive 2006/54/CE.

¹⁵⁵ Selon la Cour de justice, « la notion d'"exigence professionnelle essentielle et déterminante" [...] renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client » (C.J. (gde ch.), arrêt *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole*, 14 mars 2017, C-188/15, EU:C:2017:204, pt 40). Sur la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, voy. aussi C.J., arrêt *TC et UB c. Komisija za zaščita ot diskriminatsia et VA*, 21 octobre 2021, C-824/19, EU:C:2021:862 ; C.J., arrêt *XX c. Tartu Vangla*, 15 juillet 2021, C-795/19, EU:C:2021:606 ; C.J., arrêt *Vital Pérez c. Ayuntamiento de Oviedo*, 13 novembre 2014, C-416/13, EU:C:2014:2371 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Prigge et autres c. Deutsche Lufthansa*, 13 septembre 2011, C-447/09, EU:C:2011:573 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, 12 janvier 2010, C-229/08, EU:C:2010:3.

¹⁵⁶ Exposé des motifs préc., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2722/001, p. 48.

la loi « genre » prévoit que, dans le domaine de la fourniture de biens et services, une distinction directe sur la base du sexe est justifiée « si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires »¹⁵⁷. Cela étant, au niveau fédéral, en l'absence d'arrêtés d'exécution, il n'est actuellement pas possible de se prévaloir de ce motif de justification¹⁵⁸. Enfin, quatrième, les distinctions directes rentrant dans le champ d'application de la loi générale anti-discrimination (excepté celles qui ne peuvent être justifiées que par une exigence professionnelle essentielle et déterminante)¹⁵⁹, les distinctions directes fondées sur le sexe dans le domaine de l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public¹⁶⁰ et les distinctions directes fondées sur la nationalité¹⁶¹ sont admises si elles sont objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. Il s'agit ici d'un motif de justification identique à celui qui s'applique aux discriminations indirectes et que nous détaillons ci-après.

33. Une discrimination indirecte est une distinction indirecte qui n'est pas justifiée aux conditions prévues par les lois anti-discrimination¹⁶². Par conséquent, il convient de d'abord déterminer si on a affaire à une distinction indirecte, qui est définie comme une « situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés »¹⁶³. Si tel est le cas, il convient ensuite d'apprécier si cette distinction indirecte est justifiée ou non.

¹⁵⁷ Cette disposition vise à transposer l'article 4, paragraphe 5, de la directive 2004/113/CE. Voy. aussi le considérant 16 de cette directive.

¹⁵⁸ En effet, dans l'attente des arrêtés d'exécution déterminant de manière limitative les biens et services pouvant être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe, il était prévu que le juge puisse examiner au cas par cas les conditions de ce motif de justification, et ce, « au plus tard jusqu'au 21 décembre 2007 » (art. 9, § 3, de la loi « genre »). Depuis cette date, dès lors que les arrêtés d'exécution se font toujours attendre, il n'est plus possible, au niveau fédéral, de recourir à ce motif de justification (J. RINGELHEIM, « Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 63, où l'auteur relève toutefois que ce motif de justification est applicable dans les législations anti-discrimination de certaines entités fédérées).

¹⁵⁹ Art. 7 de la loi générale anti-discrimination.

¹⁶⁰ Outre ce domaine, est également concernée la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal (art. 14 de la loi « genre »).

¹⁶¹ Art. 7, § 2, de la loi anti-racisme, qui précise que cela « ne permet cependant en aucun cas de justifier une distinction directe fondée sur la nationalité qui serait interdite par le droit de l'Union européenne ».

¹⁶² Art. 4, 9°, de la loi générale anti-discrimination, art. 5, 8°, de la loi « genre » et art. 4, 9°, de la loi anti-racisme.

¹⁶³ Art. 4, 8°, de la loi générale anti-discrimination. Dans le même sens, art. 5, 7°, de la loi « genre » et art. 4, 8°, de la loi anti-racisme.

La distinction indirecte implique tout d'abord le recours à une disposition, un critère ou une pratique « apparemment neutre », c'est-à-dire « qui [est] formul[é] ou appliqu[é], en apparence, de manière neutre, c'est-à-dire en considération de facteurs différents de la caractéristique protégée et non équipollents à celle-ci »¹⁶⁴. Ensuite, il faut que cette mesure apparemment neutre ait pour effet¹⁶⁵ que ce soient surtout les personnes caractérisées par le critère protégé¹⁶⁶ qui soient désavantagées¹⁶⁷. Ainsi, une distinction indirecte sur la base du sexe pourra être établie lorsqu'une mesure indistinctement applicable aux personnes des deux sexes « affecte négativement une proportion significativement plus importante des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe »¹⁶⁸. De même, on a affaire à une distinction indirecte sur la base de la religion « lorsqu'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'une règle contient aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données »¹⁶⁹. Tel est le cas d'« une règle interne d'une entreprise interdisant aux travailleurs de porter tout signe visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses sur le lieu de travail » à partir du moment où il est constaté que cette règle « touche, sur le plan statistique, presque exclusivement les travailleurs féminins qui portent un foulard en raison de leur foi musulmane »¹⁷⁰.

Outre les trois motifs généraux de justification en cas d'action positive, de mesure imposée par ou en vertu de la loi ou de dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité, une distinction indirecte est justifiée si la mesure apparemment neutre en cause « [est] objectivement

¹⁶⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, dispositif.

¹⁶⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 96.

¹⁶⁶ Il semble que la discrimination par association (voy. *supra*, n° 32) soit également visée dans le cadre des discriminations indirectes (voy. C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 60, où il est aussi fait référence à la notion de « désavantage particulier »).

¹⁶⁷ À propos de la directive 2000/43/CE, la Cour de justice a jugé que la notion de « désavantage particulier » « ne désigne pas le cas d'inégalité grave, flagrant ou particulièrement significatif, mais signifie que ce sont particulièrement les personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée qui, du fait de la disposition, du critère ou de la pratique en cause, se trouvent désavantagées » (C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, dispositif). Sur cette notion, voy. aussi C.J., arrêt *Maniero c. Studienstiftung des deutschen Volkes*, 15 novembre 2018, C-457/17, EU:C:2018:912, pt 48 ; C.J., arrêt *Jyske Finans c. Ligebehandlingsnævnet*, 6 avril 2017, C-668/15, EU:C:2017:278, pts 30-31.

¹⁶⁸ C.J., arrêt *KM c. INSS*, 30 juin 2022, C-625/20, EU:C:2022:508, pt 38.

¹⁶⁹ C.J. (gde ch.), arrêt *IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ*, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 59. Dans le même sens, C.J. (gde ch.), arrêt *Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions*, 14 mars 2017, C-157/15, EU:C:2017:203, pt 34.

¹⁷⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ*, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pts 56 et 59.

justifi[ée] par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but [sont] appropriés et nécessaires »¹⁷¹. Ce motif de justification est d'interprétation stricte¹⁷². Son examen implique de raisonner en cinq étapes, qui présentent d'importantes similitudes avec le raisonnement suivi par la Cour constitutionnelle pour contrôler le respect du principe d'égalité et non-discrimination¹⁷³, même si certaines nuances s'imposent¹⁷⁴. Premièrement, il faut que la mesure en cause poursuive un objectif légitime. Ont par exemple été jugés légitimes l'objectif de lutter contre des fraudes¹⁷⁵, l'objectif « d'un employeur d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse »¹⁷⁶ et l'objectif d'un opérateur économique de « poursuivre une certaine rentabilité »¹⁷⁷. Deuxièmement, la mesure en cause doit être « objectivement » justifiée par cet objectif. Cela signifie, par exemple, que si l'auteur d'une distinction indirecte entend justifier celle-ci par l'objectif de lutter contre des fraudes, il lui appartient de démontrer objectivement l'existence du risque de fraude¹⁷⁸. De même, si un employeur entend justifier par un objectif de neutralité une règle interdisant le port de tout signe convictionnel visible, il doit démontrer que cette règle répond à un « besoin véritable »¹⁷⁹. Pour ce faire, l'employeur peut démontrer que la règle vise au respect « des droits et des attentes *légitimes* des clients ou des usagers »¹⁸⁰ et que l'absence de cette règle porterait « atteinte à sa liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte [des droits fondamen-

¹⁷¹ Art. 9 de la loi générale anti-discrimination ; dans le même sens, art. 15 de la loi « genre » et art. 9 de la loi anti-racisme. À noter que l'article 9 de la loi générale anti-discrimination prévoit aussi qu'une distinction indirecte sur la base du handicap est justifiée s'il est « démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place ».

¹⁷² C.J. (gde ch.), arrêt IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 61 ; C.J. (gde ch.), arrêt CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 112.

¹⁷³ Voy. *supra*, nos 24 et 25. Voy. aussi C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.45.3.

¹⁷⁴ Voy. N. VAN LEUVEN et L. VANCRAVEBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 271 et 272 ; Ch. HOREVOETS et S. VINCENT, « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 15 et 16 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 378.

¹⁷⁵ C.J. (gde ch.), arrêt CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pts 113 et 114.

¹⁷⁶ C.J. (gde ch.), arrêt IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 63 ; C.J., arrêt L.F. c. S.C.R.L., 13 octobre 2022, C-344/20, EU:C:2022:774, pt 39.

¹⁷⁷ Comm. fr. Bruxelles, 8 juin 2017, R.G. n° A/161005917, disponible sur <https://www.unia.be/fr> (à propos d'une distinction directe sur la base de l'état de santé). De manière plus générale, S. Van Drooghenbroeck écrit que « [l]a poursuite d'intérêts lucratifs [...] n'est sans doute pas nécessairement illégitime pour le [particulier] » (S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 378).

¹⁷⁸ Voy. C.J. (gde ch.), arrêt CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 115-117.

¹⁷⁹ C.J. (gde ch.), arrêt IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 64 ; C.J., arrêt L.F. c. S.C.R.L., 13 octobre 2022, C-344/20, EU:C:2022:774, pt 40.

¹⁸⁰ C.J. (gde ch.), arrêt IX c. WABE et MH Müller Handels c. MJ, 15 juillet 2021, C-804/18 et C-341/19, EU:C:2021:594, pt 65 (nous soulignons).

taux], en ce que, compte tenu de la nature de ses activités ou du contexte dans lequel celles-ci s'inscrivent, il subirait des conséquences défavorables »¹⁸¹. Troisièmement, la mesure en cause doit être appropriée, c'est-à-dire qu'elle doit être « *de nature* à permettre d'atteindre l'objectif légitime poursuivi »¹⁸². Quatrièmement, la mesure en cause doit être nécessaire, ce qui signifie que l'objectif légitime poursuivi ne peut pas être atteint par « d'autres mesures appropriées et moins contraignantes »¹⁸³. Enfin, cinquièmement, la mesure en cause ne doit pas entraîner des inconvénients « démesurés par rapport aux objectifs poursuivis » et ne doit pas porter une « atteinte excessive aux intérêts légitimes des personnes [concernées] »¹⁸⁴.

34. Les législations anti-discrimination prévoient, sauf dans les procédures pénales, un « aménagement de la charge de la preuve »¹⁸⁵. Dans un premier temps, c'est à la personne qui se prétend victime d'une discrimination (directe ou indirecte) qu'il appartient d'établir¹⁸⁶ « des faits qui permettent de *présu-*mer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés »¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Ibid.*, pt 67.

¹⁸² Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:170, pt 121. Voy. aussi le point 119 dudit arrêt de la Cour de justice.

¹⁸³ C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 120. Dans cette affaire, l'avocate générale précise que, pour pouvoir être prise en considération en tant que mesure aussi appropriée et moins contraignante, une mesure alternative doit être « techniquement et financièrement réaliste » (Av. gén. J. KOKOTT, concl. préc. C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:170, pt 130).

¹⁸⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pt 123.

¹⁸⁵ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », in J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, op. cit., p. 139 ; I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., p. 418. Sur la preuve en matière de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice, voy. C.J., arrêt *Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien*, 3 octobre 2019, C-274/18, EU:C:2019:828, pts 51-57 ; C.J. (gde ch.), arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 16 juillet 2015, C-83/14, EU:C:2015:480, pts 77-85 ; C.J., arrêt *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 25 avril 2013, C-81/12, EU:C:2013:275, pts 54-59 ; C.J., arrêt *Meister c. Speech Design Carrier Systems*, 19 avril 2012, C-415/10, EU:C:2012:217 ; C.J.C.E., arrêt *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn*, 10 juillet 2008, C-54/07, EU:C:2008:397, pts 29-34. Sur les potentialités que les règles de droit privé commun (notamment l'obligation de collaboration à l'administration de la preuve) peuvent offrir au niveau de la preuve de la discrimination, voy. S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden? », *R.W.*, 2021-2022, pp. 1224-1229.

¹⁸⁶ Selon la Cour constitutionnelle, « [l]es faits allégués par la personne qui s'estime victime d'une discrimination [...] ne bénéficient pas par eux-mêmes d'une force probante particulière » et « [l]e juge doit apprécier conformément aux règles du droit commun la réalité des éléments qui lui seront soumis » (C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.93.4). Sur l'exigence que les faits invoqués par la victime soient « établis et pas simplement allégués », voy. J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », op. cit., p. 141.

¹⁸⁷ Art. 28, § 1^{er}, de la loi générale anti-discrimination (nous soulignons) ; dans le même sens, art. 33, § 1^{er}, de la loi « genre » et art. 30, § 1^{er}, de la loi anti-racisme. Selon la Cour constitutionnelle, cela signifie qu'il

Si tel est le cas, c'est alors au défendeur qu'incombe la charge de prouver l'absence de discrimination.

35. En cas de constat de discrimination, les législations anti-discrimination prévoient différents types de sanctions civiles¹⁸⁸ : nullité de la disposition discriminatoire¹⁸⁹ ; indemnisation de la victime par l'auteur de la discrimination, la victime pouvant opter pour une indemnisation forfaitaire ou pour l'indemnisation de son dommage réel (dont il lui appartient alors de démontrer l'existence et l'étendue)¹⁹⁰⁻¹⁹¹ ; astreinte¹⁹² ; action en cessation¹⁹³. Par ailleurs, certains comportements discriminatoires sont réprimés pénalement¹⁹⁴.

appartient à la victime de « démontrer que le défendeur a commis des actes ou a donné des instructions qui pourraient, de prime abord, être discriminatoires » (C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.93.3). Elle précise aussi que « [l]es faits avancés doivent être suffisamment graves et pertinents. Il ne suffit pas qu'une personne prouve qu'elle a fait l'objet d'un traitement qui lui est défavorable. Cette personne doit également prouver les faits qui semblent indiquer que ce traitement défavorable a été dicté par des motifs illicites » (*ibid.*). Elle ajoute que « [l]es faits précités ne peuvent [...] avoir un caractère général, mais doivent pouvoir être imputés spécifiquement à l'auteur de la distinction » (*ibid.*).

¹⁸⁸ À ce sujet, voy. not. P. WAUTELET, « Les garanties de la non-discrimination : sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination », in P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, op. cit., pp. 215-247 ; J.-Fr. GERMAIN et C. EYBEN, « Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, op. cit., pp. 332-359. Sur les potentialités que les règles de droit privé commun peuvent offrir au niveau des sanctions (notamment la réparation en nature), voy. S. DE REY, I. SAMOY et P. FOUBERT, « Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden? », op. cit., pp. 1229-1233.

¹⁸⁹ Art. 15 de la loi générale anti-discrimination, art. 20 de la loi « genre » et art. 13 de la loi « anti-racisme ».
¹⁹⁰ Art. 18 de la loi générale anti-discrimination, art. 23 de la loi « genre » et art. 16 de la loi « anti-racisme ». En ce qui concerne l'indemnisation forfaitaire, celle-ci est en principe de 650 euros, ce montant étant porté à 1 300 euros soit lorsque l'auteur de la discrimination « ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination », soit « en raison d'autres circonstances » comme « la gravité du préjudice moral subi ». Lorsque la discrimination a lieu dans le cadre des relations de travail (loi générale anti-discrimination, loi « genre » et la loi « anti-racisme ») ou dans le cadre des régimes complémentaires de sécurité sociale (loi générale anti-discrimination et la loi « anti-racisme »), l'indemnisation forfaitaire est en principe de six mois de rémunération brute, ce montant étant réduit à trois mois de rémunération brute lorsque l'employeur démontre « que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination ».

¹⁹¹ À noter que la Cour de justice a jugé que les directives 2000/78/CE et 2006/54/CE doivent être interprétées « en ce sens qu'une situation dans laquelle une personne qui, en présentant sa candidature à un emploi, vise à obtenir non pas cet emploi, mais uniquement le statut formel de candidat, dans le seul but de réclamer une indemnisation, ne relève pas de la notion d'"accès à l'emploi ou au travail" [...] et peut, si les éléments requis en vertu du droit de l'Union sont réunis, être qualifiée d'abus de droit » (C.J., arrêt *Kratzer* c. R+V *Allgemeine Versicherung*, 28 juillet 2016, C-423/15, EU:C:2016:604, pt 44).

¹⁹² Art. 19 de la loi générale anti-discrimination, art. 24 de la loi « genre » et art. 17 de la loi anti-racisme.

¹⁹³ Art. 20 de la loi générale anti-discrimination, art. 25 de la loi « genre » et art. 18 de la loi anti-racisme.

¹⁹⁴ Art. 21 à 26 de la loi générale anti-discrimination, art. 26 à 31 de la loi « genre » et art. 19 à 28 de la loi anti-racisme.

Sous-section 2

L'application du principe d'égalité et de non-discrimination au-delà du champ d'application des législations anti-discrimination

36. Dans les lignes qui suivent, nous verrons que tant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que celle de la Cour de cassation et que celle de la Cour de justice de l'Union européenne tendent dans une certaine mesure à imposer le respect du principe d'égalité et de non-discrimination dans les relations entre les personnes privées qui tombent en dehors du champ d'application des législations anti-discrimination.

37. Dans son arrêt n° 17/2009, rendu sur un recours en annulation dirigé contre les trois lois anti-discrimination, la Cour constitutionnelle a jugé constitutionnel le fait que les personnes privées soient aussi, comme le sont les personnes publiques, soumises au champ d'application des lois anti-discrimination. En effet, selon la juridiction constitutionnelle, « [l]e critère déterminant pour être soumis à l'interdiction de discrimination n'est [...] pas l'action normative, mais la position dominante, en fait ou en droit, qu'occupe une personne dans les relations juridiques et qui lui donne l'occasion de porter atteinte de manière discriminatoire aux droits d'autrui »¹⁹⁵. Or, le critère de la position dominante, que la Cour juge ainsi déterminant pour identifier les débiteurs de l'interdiction de discrimination¹⁹⁶, peut aussi se rencontrer dans des relations juridiques entre personnes privées. Ce même critère est mobilisé par la Cour pour juger qu'il est justifié que l'interdiction de discrimination prévue par les législations anti-discrimination s'applique aux employeurs mais pas aux travailleurs ; aux personnes qui offrent des biens et des services mais pas aux preneurs de biens et services ; aux dispensateurs de soins de santé mais pas aux bénéficiaires de soins de santé ; aux personnes qui organisent des activités à caractère économique, social, culturel ou politique mais pas aux participants à ces activités¹⁹⁷. Dans le même arrêt, la Cour juge aussi qu'il est admissible que les législations anti-discrimination ne s'appliquent qu'aux discriminations fondées sur certains critères (les critères protégés). En effet, la Cour constate que les discriminations ne relevant pas du champ d'application des législations anti-discrimination peuvent tout de même être sanctionnées à l'aide des mécanismes de droit civil commun : « En effet, tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut

¹⁹⁵ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.10.4.

¹⁹⁶ Sur ce critère de la position dominante, voy. N. VAN LEUVEN et L. VANCRAVEBECK, « L'effet horizontal des droits et libertés », *op. cit.*, p. 266 ; R. DEBEL, « Het Grondwettelijk Hof interpreteert de federale antidiscriminatie wetten », *T.v.M.R.*, 2009, pp. 10 et 11.

¹⁹⁷ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.17.2, B.18.2, B.19.2 et B.20.2.

être donnée constitue une discrimination et, dès lors, un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile, notamment à une indemnisation. En outre, le juge peut annuler une clause contractuelle discriminatoire sur la base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil au motif qu'elle est contraire à l'ordre public¹⁹⁸. Selon plusieurs auteurs¹⁹⁹, ce considérant doit être lu en combinaison avec le critère de la position dominante mis en évidence dans le même arrêt. Ainsi, selon ces auteurs, seules les personnes se trouvant en position dominante sont tenues au respect du principe d'égalité et de non-discrimination et peuvent, en cas de non-respect de celui-ci, faire l'objet des sanctions civiles de droit commun précitées, notamment la mise en cause de leur responsabilité extracontractuelle. Dans cette lecture, l'on peut s'interroger sur l'incidence des autres considérants où la Cour constitutionnelle mobilise le critère de la position dominante. Faudrait-il, par exemple, considérer que les preneurs de biens et services ne sont jamais tenus au respect de l'obligation de non-discrimination au motif qu'il a été jugé qu'ils ne se trouvent pas *in abstracto* en position dominante ? Une telle conclusion prêterait assurément à discussion. À notre sens, le fait que les preneurs de biens et services ne soient pas *in abstracto* en position dominante n'exclut pas qu'un preneur de biens et services puisse être tenu au respect du principe d'égalité et non-discrimination s'il est constaté *in concreto* qu'il est en position dominante²⁰⁰. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne les preneurs de biens et services, la portée pratique de cette interrogation pourrait devoir être fortement relativisée. En effet, dès lors que les législations anti-discrimination définissent très largement la notion de « relations de travail » et y incluent notamment « le travail non salarié »²⁰¹, il pourrait être considéré que les preneurs de biens et services sont soumis aux législations anti-discrimination en tant que « preneurs de travail non salarié ». La Cour de justice de l'Union européenne est actuellement saisie d'une question préjudicielle qui devrait lui permettre de faire la lumière sur ce point²⁰².

¹⁹⁸ C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.14.7.

¹⁹⁹ S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, « Verschillende gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie », in A. ALEN, G. MAES et S. SOTTIAUX (dir.), *Publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2012, p. 29 ; D. DE PRINS, « Het Grondwettelijk Hof en de federale discriminatiewetten », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination – Actuele topics discriminatierecht*, op. cit., pp. 30 et 31 ; J. VRIELINK et D. DE PRINS, « Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving », *T.B.P.*, 2009, pp. 590 et 599.

²⁰⁰ Une telle situation pourrait par exemple se rencontrer dans les cas où le service fourni nécessite peu de qualifications.

²⁰¹ Art. 4, 1°, deuxième tiret, de la loi générale anti-discrimination, art. 5, 1°, deuxième tiret, de la loi « genre » et art. 4, 1°, deuxième tiret, de la loi anti-racisme.

²⁰² Aff. pendante C-356/21. Dans ses conclusions déjà disponibles, l'avocate générale considère que « [l]es termes "activité non-salariée", au sens de la directive 2000/78, couvrent la fourniture de biens et de services lorsque le prestataire effectue un travail personnel » et que « [d]ans une telle situation, un bénéficiaire potentiel de biens ou de services ne saurait refuser de signer un contrat en raison de l'orientation sexuelle du prestataire » (Av. gén. T. ČAPETA, aff. pendante C-356/21, EU:C:2022:653, pt 88).

38. Dans une certaine mesure, la jurisprudence de la Cour de cassation aboutit également à interdire aux personnes privées de discriminer. En 2011²⁰³, la Cour de cassation a jugé que « [l]e refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente »²⁰⁴. Ainsi, le refus de contracter peut être constitutif d'abus de droit²⁰⁵. Ici aussi, tout comme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le recours à une figure générale de droit privé – en l'occurrence, l'abus de droit²⁰⁶, dont les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil sont généralement considérés comme le fondement dans le domaine extracontractuel²⁰⁷ – peut permettre de sanctionner des refus de contracter discriminatoires²⁰⁸. Examinant dans

²⁰³ Dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, voy. Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049 ; Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1394. Cette jurisprudence doit être conciliée avec un arrêt du 13 septembre 1991 par lequel la Cour de cassation a jugé « que celui à qui l'on fait une offre et qui ne souhaite pas l'accepter ne doit pas faire connaître les raisons de son refus » (Cass. (1^{re} ch.), 13 septembre 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 33).

²⁰⁴ Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, R.G. n° C.10.0227.F, disponible sur <https://juportal.be>. Pour une confirmation récente de l'application de la théorie de l'abus de droit au refus de contracter, voy. Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, R.G. n° C.19.0435.N, disponible sur <https://juportal.be>.

²⁰⁵ Sur le refus de contracter, voy. not., en jurisprudence, Gand (12^e ch.), 28 avril 2010, R.G. n° 2009-AR-2608, disponible sur <https://juportal.be> ; Gand (12^e ch.), 11 mars 2009, R.G. n° 2004/AR/2935, disponible sur <https://juportal.be> ; Bruxelles (9^e ch.), 9 janvier 2004, *J.L.M.B.*, 2004/37, pp. 1636 et 1637 ; Liège (14^e ch.), 27 mars 2014, R.G. n° 2012/rg/1519, disponible sur <https://juportal.be>. En doctrine, voy. not. S. SOMERS, « De contractvrijheid in het verbintenissenrecht van de 21e eeuw: van een formele vrijheid voor de wet, naar een feitelijke vrijheid door de wet », *op. cit.*, pp. 619 et 620 ; T. HICK et Fr. VAN DEN ABELE, « Gevolgen van abusieve contractweigering », note sous Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, *R.W.*, 2020-2021, pp. 1500-1505 ; S. JANSEN et S. STIJNS, « Misbruik van contractweigering revisited: het droeve verhaal van een stacaravan », note sous Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, *R.G.D.C.*, 2021, pp. 156-166 ; FL. VAVOURAKIS, « Discriminatoire contractweigering bij Woninghuur. Hoe perkt het discriminatieverbod de contractvrijheid van verhuurders in? », *Jura Falc.*, 2019-2020, pp. 552 et 553 ; P.-Fr. VAN DEN DRIESCHE, « La liberté d'entreprendre dans le contentieux commercial : une source de solutions pratiques », in *Actualités en droit économique. La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 56 et 57 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 580-585 ; Th. LÉONARD, « L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 542-593 ; A. DE BOECK, « Contractweigering en het verbod van rechtsmisbruik; de contractvrijheid onder druk », note sous Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 491-495 ; S. STIJNS et S. JANSEN, « De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 4-9 ; J.-Fr. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter) », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, pp. 185-256.

²⁰⁶ Voy., dans le présent ouvrage, la contribution relative à l'abus de droit.

²⁰⁷ Liège (14^e ch.), 27 mars 2014, R.G. n° 2012/rg/1519, disponible sur <https://juportal.be> ; S. SOMERS, « De contractvrijheid in het verbintenissenrecht van de 21e eeuw: van een formele vrijheid voor de wet, naar een feitelijke vrijheid door de wet », *op. cit.*, p. 620 ; S. JANSEN et S. STIJNS, « Misbruik van contractweigering revisited: het droeve verhaal van een stacaravan », *op. cit.*, pp. 164-165 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 581.

²⁰⁸ À ce sujet, voy. S. STIJNS et S. JANSEN, « De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties », *op. cit.*, p. 13.

ce contexte l'incidence du caractère *intuitu personae* d'un contrat, P. Bazier souligne que « la présence d'un haut degré de confiance réduit certes la marge d'appréciation dont disposent les juridictions pour sanctionner le refus de contracter » mais que « [l']*intuitu personae* ne confère [...] jamais une liberté totale de contracter »²⁰⁹.

39. Enfin, en ce qui concerne la Cour de justice de l'Union européenne, soulignons qu'elle a jugé à plusieurs reprises que les particuliers peuvent être tenus au respect du principe d'égalité et de non-discrimination sur la base d'un principe général du droit de l'Union et de l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux²¹⁰.

Conclusion

40. Nous commençons notre contribution en nous interrogeant sur la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2010²¹¹. Il convient dès lors de conclure par les réponses qu'à l'issue de notre analyse, nous pouvons tenter d'apporter à ces interrogations.

La première affirmation de la Cour de cassation, selon laquelle « [l]e principe de l'égalité consacré à l'article 10 de la Constitution et le principe de la non-discrimination consacré à l'article 11 de la Constitution régissent les relations de droit public entre les pouvoirs publics et les citoyens »²¹², ne saurait prêter à discussion. Dans la première section de notre contribution, nous avons pu souligner l'approfondissement progressif du principe d'égalité et de non-discrimination en tant qu'il s'impose aux personnes publiques. Cet approfondissement s'est manifesté par l'insertion de nouvelles dispositions constitutionnelles consacrant ce principe. Il s'est également manifesté par l'élargissement de la portée que la pratique juridique donne au principe d'égalité et de non-discrimination, ajoutant, à l'égalité devant la loi qui était la seule initialement envisagée, l'égalité dans la loi et l'égalité par la loi. Enfin, si le principe d'égalité et de non-discrimination est consacré par plusieurs dispositions constitutionnelles, au premier rang desquelles figurent les articles 10 et 11 de la Constitution, la portée neutralisante qui lui est reconnue dans

²⁰⁹ P. BAZIER, « L'*intuitus personae* dans le contrat : une notion à redéfinir ? », R.G.D.C., 2020, p. 409.

²¹⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *Cresco Investigation c. Achatzi*, 22 janvier 2019, C-193/17, EU:C:2019:43, pts 76 et 85 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften c. Shimizu*, 6 novembre 2018, C-684/16, EU:C:2018:874, pts 76 et 78 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Stadt Wuppertal c. Bauer et Volker Willmeroth c. Broßonn*, 6 novembre 2018, C-569/16 et C-570/16, EU:C:2018:871, pts 87 et 89 ; C.J. (gde ch.), arrêt *IR c. JQ*, 11 septembre 2018, C-68/17, EU:C:2018:696, pt 69 ; C.J. (gde ch.), arrêt *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*, 17 avril 2018, C-414/16, EU:C:2018:257, pts 76-77.

²¹¹ Cass. (3^e ch.), 29 mars 2010, R.G. n° S.08.0147.N, disponible sur <https://juportal.be>.

²¹² *Ibid.*

certain cas signifie qu'il occupe une place particulière, voire supérieure, dans la hiérarchie des normes.

La seconde affirmation de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2010, selon laquelle le principe d'égalité et de non-discrimination consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution n'implique « aucune obligation directe entre les citoyens »²¹³, mérite un commentaire nuancé. S'il est exact qu'il peut être considéré que les articles 10 et 11 de la Constitution eux-mêmes n'imposent pas d'obligation à charge des particuliers, l'on ne peut pas en dire autant du principe d'égalité et de non-discrimination. Tout d'abord, nous avons vu que, à l'instigation du droit de l'Union européenne mais sans se limiter aux minima imposés par celui-ci, les législateurs belges ont adopté plusieurs législations qui imposent aussi aux personnes privées de respecter le principe d'égalité et de non-discrimination. Enfin, au-delà du champ d'application des législations anti-discrimination, ce principe peut s'imposer aux personnes privées en prenant appui sur des figures générales de droit privé, telles que la responsabilité extracontractuelle.

²¹³ *Ibid.*

La bonne foi, ou l'art de la prudence et du raisonnable ?

Sarah LARIELLE

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et à l'Université de Namur

1. Introduction. S'il est un principe qui traverse toutes les branches du droit¹, c'est bien la bonne foi. Le sens courant généralement entendu implique une tendance à se dispenser de la définir, non sans moins l'invoquer dans nombre d'affaires. On plaidera qu'il faut se comporter « de bonne foi », à différents stades d'une relation ou d'un litige, et on va brandir cet argument pour réclamer sanction contre celui qui n'aurait pas respecté cet impératif.

Une de ses applications particulières, le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, a connu un essor sans pareil², les cocontractants étant notamment tenus de collaborer loyalement. Elle occupe donc une partie de notre propos, lequel ne se limite pas à la sphère contractuelle. À cet égard, nous nous questionnons sur les termes utilisés par le législateur, similaires à ceux usités en matière extracontractuelle (le comportement de la personne normalement prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances), matière qui fait peu usage des termes de « bonne foi »³.

¹ S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 1990, pp. 9-11.

² Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 141-143.

³ Le propos se veut général afin que chacun puisse y trouver la théorie relative à la bonne foi ainsi que des illustrations actuelles. Il n'est toutefois pas exhaustif, étant limité par le cadre donné. Nous renvoyons pour le surplus aux nombreuses contributions écrites sur le sujet ; ainsi S. PARSA et P. SAERENS, « L'exécution de bonne foi », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2022, II.1.1., pp. 17-31 ; S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 203-207 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, *ibid.* ; N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », in Fl. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 259-301 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », in R. JAFFERALI (dir.), *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 231-301 ; J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *A.D.L.*, 2011, pp. 265 et 345 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in P. A. FORIERS (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 45-146 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *J.T.*, 1996, pp. 701-708 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, pp. 292-295 ; S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, *op. cit.* ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution

2. Plan de l'exposé. Principe de bonne foi, devoir de bonne foi, obligation de bonne foi, les formules varient. Nous nous attachons, dans une première partie, à exposer la notion de bonne foi, en distinguant notamment les devoirs et obligations de bonne foi. Il est précisé d'emblée que la présente contribution se limite à la bonne foi objective, qui caractérise des normes de comportement (la distinction avec la bonne foi subjective est précisée *infra* n° 7). Nous nous questionnons ensuite sur l'existence d'un principe général de bonne foi, évoqué par plusieurs auteurs.

La seconde partie énonce les fonctions habituellement attribuées à la bonne foi et fait état des déclinaisons de celle-ci⁴. La contribution se voulant tournée vers la pratique, les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses⁵.

Enfin, nous précisons d'emblée que, si la bonne foi est logiquement souvent couplée avec l'abus de droit, nous traitons principalement de celle-ci dans son sens « positif ». Nous renvoyons à la contribution de Thierry Léonard dans le présent ouvrage pour tout ce qui concerne l'abus de droit. En ce sens, les décisions que nous citons font mention expresse de la notion de bonne foi.

de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 33-44 ; F. BAERT, « De goede trouw: van schone slaapster tot toverfee », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1479-1485 ; H. BOCKEN, « De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1041-1049 ; E. DIRIX, « Over de beperkende werking van de goede trouw », *T.B.H.*, 1988, pp. 660-666 ; P. VAN OMMESELAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101-110 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285-316 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, liv. 3, Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 458-461 ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, « Théorie générale des obligations », *Novelles*, t. IV, vol. II, 1958, pp. 57-60 ; F. BAERT, « De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten », *R.W.*, 1956, pp. 489-516 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1935. Sur les origines de la bonne foi, voy. not. L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, *op. cit.*, pp. 21-32.

⁴ L. Cornelis écrit que l'absence de définition de la bonne foi « n'empêche pas que la doctrine ait raison de chercher les cas d'application en jurisprudence et, dans la mesure du possible, de les classer par catégories en fonction de leurs caractéristiques particulières. Les juges qui, par la suite, seront confrontés à la même problématique pourront s'en inspirer » (*ibid.*, p. 39).

⁵ Les décisions faisant référence à la bonne foi sont particulièrement abondantes. Nous avons donc délibérément opéré une sélection parmi des décisions récentes (en remontant jusqu'en 2010). L'objectif n'est en effet pas de rédiger une chronique de jurisprudence mais d'éclairer le lecteur à l'aide de diverses applications jurisprudentielles. Pour des illustrations plus anciennes, voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Introduction. *Source des obligations (première partie)*, *op. cit.*, pp. 180-185. Enfin, les décisions relatives à l'abus de droit n'ont pas été reprises puisque celui-ci fait l'objet d'une contribution spécifique (par Th. Léonard) dans le présent ouvrage (les juridictions font toutefois parfois mention de la bonne foi sans mentionner un abus de droit, par exemple dans le cas d'une inexécution contractuelle). Nous avons fait le choix de suivre les termes utilisés. Dès lors, les décisions mentionnant spécifiquement la bonne foi sont reprises.

Section 1

Contours d'un concept multiforme

Sous-section 1

Notion, distinctions et fondements

3. Norme objective de comportement. Si l'on s'accorde sur le fait que la bonne foi objective caractérise des normes de comportement⁶, la définir avec précision s'avère plus périlleux⁷ et « ferait obstacle à sa malléabilité »⁸.

Et pour cause, il s'agit d'un « concept ouvert et évolutif » (comme les bonnes mœurs)⁹, « d'une rare plasticité, posséd[ant] une force d'expansion pratiquement illimitée »¹⁰, de sorte qu'« il est impossible de lui donner un contenu théorique définitif et qu'il appartient au juge d'en apprécier la signification exacte dans chaque cas d'espèce et au fil de l'évolution des mœurs et des conceptions sociales »¹¹. Il s'agit, comme d'autres, d'une « notion-cadre, volontairement floue [...], dont le juge est implicitement chargé d'éclairer le contenu »¹². L'utilité de ces concepts « vagues et indéterminés » « réside en effet dans l'élasticité du concept grâce à laquelle notre système juridique, qui par nature risque de s'écarter d'une réalité aux multiples facettes, reste ouvert aux faits et aux jugements de valeur en vigueur dans la société »¹³. Une absence de définition figée permet donc d'en déterminer le contenu en fonction de chaque cas d'espèce, des circonstances de lieu et de temps¹⁴.

Il peut en tout cas être noté d'emblée que ce « principe de bonne foi gouverne le comportement de tout sujet de droit au sein ou en dehors du contrat, et nous pouvons dire, dans tous les types de droits et libertés »¹⁵.

⁶ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 169-171 ; Liège (3^e ch.), 29 mars 2010, *Entr. et dr.*, 2012, p. 88, note B. KHOL et R. SALZBURGER ; *R.D.C.*, 2011, p. 154.

⁷ Les travaux préparatoires du Code civil se bornent ainsi à parler de norme de comportement : « Dans un sens objectif, il s'agit de la norme de comportement consistant à agir de bonne foi, par exemple l'obligation de loyauté et de collaboration d'une partie contractante dans l'exécution d'un contrat (ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, article 5.73 du Code civil) » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Développements, Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 21). Voy. par ailleurs L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 34 et 35.

⁸ S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », *op. cit.*, p. 12.

⁹ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 169 et 170. Voy. ég. L. CORNELIS, *op. cit.*, p. 39 ; S. DAVID-CONSTANT, « Des vivants et des morts dans le droit des obligations », *J.T.*, 1977, p. 653.

¹⁰ *Ibid.*, p. 653.

¹¹ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 169 et 170.

¹² S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », *op. cit.*, p. 12.

¹³ L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 39.

¹⁴ N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, p. 266.

¹⁵ J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 235 et 236.

Enfin, l'objet de la bonne foi est « incontestablement l'introduction, dans les rapports juridiques existants, de nouvelles règles de comportement, grâce auxquelles on obtient des solutions "meilleures, plus équitables, plus loyales et plus raisonnables" que celles obtenues par l'application des règles juridiques existantes »¹⁶.

4. Renvoi à une même idée. La bonne foi caractérise une norme de comportement recommandant d'agir de façon honnête, loyale et raisonnable (les adjectifs varient)¹⁷. Il est ajouté que ce comportement est celui d'une personne « qui se soucie normalement des conséquences de sa conduite pour un tiers »¹⁸.

Dans sa préface aux actes du colloque consacré à la bonne foi en 1990, P. Henry confiait avoir envisagé comme sous-titre « vers une (re)naissance de l'éthique en droit positif », ces questions relatives à la bonne foi menant à « une réflexion sur notre culture en général, qui se modifie à une étonnante vitesse sous la pression de l'internationalisation de la société mondiale, de la technicisation croissante des moyens de production, de la collectivisation grandissante des enjeux de la vie économique. La bonne foi n'est-elle pas l'héritière du "fair comportement" des juristes anglais, un produit de cette civilisation des droits de l'homme au sein de laquelle les individus cherchent à se tisser un cocon à leur dimension, un havre sans contrat d'adhésion, ni chausse-trape, où les partenaires agiraient en bon père de famille et non en Rastapopoulos prêts à vous croquer à la moindre inattention »¹⁹.

Auteur d'une thèse sur le sujet, J.-Fr. Romain propose de définir la bonne foi comme « la concordance entre la pensée et les actes de l'homme de bien, dans le respect conjoint et équilibré de l'intérêt d'autrui et de son intérêt propre »²⁰.

¹⁶ L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 41 et 42.

¹⁷ N. WOUTERS, *op. cit.*, pp. 265 et 266 ; S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, Bruges, la Charte, 2007, p. 56 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 838 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 701 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 292 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 33 et 34 ; S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », *op. cit.*, p. 11 ; L. CORNELIS, *ibid.*, pp. 34 et 35 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, pp. 102 et 103.

¹⁸ P. DEMOLIN, « La notion de comportement loyal et de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats d'agence d'assurance », *For. ass.*, 2011, p. 78.

¹⁹ P. HENRY, « Préface », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, *op. cit.*, pp. 5 et 6. S. David-Constant fait également référence à la morale et à l'éthique et indique qu'« il est incontestable que l'impératif de bonne foi fournit un précieux instrument de moralisation du droit et que sa résonance éthique lui vaut une sympathie générale » (« La bonne foi... », *op. cit.*, pp. 9 à 11 et 15). M. Storme indique quant à lui que la bonne foi n'est pas l'expression de la morale en matière contractuelle (M. STORME, « La bonne foi : expression de la postmodernité en droit », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, *op. cit.*, p. 4).

²⁰ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 964.

Dans la jurisprudence en matière contractuelle, il est indiqué que le principe d'exécution de bonne foi des conventions « implique pour les parties à un contrat un devoir de loyauté, de pondération et de collaboration non seulement lors de la conclusion du contrat, mais encore pendant toute la durée de l'exécution de celui-ci. Ce principe sous-tend la prise en compte de l'intérêt d'autrui et l'obligation d'exécuter loyalement le contrat en évitant de faire en sorte que le cocontractant soit privé des avantages qu'il peut légitimement espérer en retirer »²¹. D'autres juridictions font, quant à elles, référence à un comportement correct conformément aux exigences de la (vie en) société²².

Enfin, le Livre 5 du Code civil vient apporter une « définition générale »²³ de la bonne foi objective en matière contractuelle. En effet, à l'article 5.73, après avoir disposé que « le contrat doit être exécuté de bonne foi », il précise qu'en vertu de ce premier alinéa « 1° chacune des parties doit, dans l'exécution du contrat, se comporter comme le ferait une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances » (le point 2° précise ensuite que « nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat »). Il ajoute que « toute dérogation au présent article est réputée non écrite », soulignant l'importance donnée à la bonne foi.

À cet égard, les travaux préparatoires précisent que « cette disposition cardinale du Code civil mérite, eu égard aux développements considérables dont elle a fait l'objet en jurisprudence et en doctrine, d'être consacrée dans un article spécifique »²⁴.

5. Comparaison avec le comportement de la personne prudente et raisonnable. La doctrine et la jurisprudence indiquaient déjà qu'afin d'apprécier si une personne a agi de bonne foi, on compare son comportement avec celui d'une personne (par exemple un cocontractant) normalement prudente et raisonnable, placée dans les mêmes circonstances de fait²⁵ (ces dernières peuvent ainsi être, en matière contractuelle, la nature

²¹ C. trav. Mons (5^e ch.), 3 janvier 2013, R.G. n° 2012/AM/59 ; C. trav. Mons (5^e ch.), 6 mars 2013, R.G. n° 11/3292/A ; C. trav. Mons, 4^e ch., 20 mars 2013, R.G. n° 2012/AM/197 cités par D. AGUILAR Y CRUZ et B. SCHRETTTER, « La bonne foi en matière de chômage », *Le Pli jur.*, 2013, pp. 31 et 32. Dans le même sens : Anvers, 2 mars 2020, *NjW*, 2021, p. 494, note J. WAELEKENS. Voy. ég. Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1498, qui rappelle que le juge doit confronter le principe de l'exécution de bonne foi des conventions « à des faits concrets ». Il doit donc examiner les circonstances de fait pour déterminer ce qu'exige la bonne foi dans ce cas précis (M.-E. STORME, « La lampe magique de Saladin ou comment la Cour de cassation veut-elle contrôler l'effet restrictif de la bonne foi ? », note sous Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 1462 et 1463).

²² Gand (1^{re} ch.ter), 25 février 2021, *Bull. ass.*, 2021, p. 377 ; Gand (1^{re} ch.ter), 5 mars 2020, *Bull. ass.*, 2020, p. 397 ; Liège (3^e ch.), 29 mars 2010, *Entr. et dr.*, 2012, p. 88, note B. KHOL et R. SALZBURGER ; *R.D.C.*, 2011, p. 154.

²³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 83.

²⁴ *Ibid.*, p. 83.

²⁵ P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 276 ; P. DEMOLIN, « La notion de comportement loyal et de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats

de l'accord, le degré d'expertise des parties ou la durée du contrat²⁶). C'est désormais consacré par le législateur (encore que le terme « normalement » n'a pas été conservé).

Il n'échappera à personne que la formule est similaire à celle utilisée en matière extracontractuelle, où il est fait référence à la personne normalement prudente et diligente, à l'aune de laquelle on apprécie le caractère fautif des faits commis, tenant compte des mêmes circonstances. Est-ce à considérer que celle-ci doit avoir agi de bonne foi et que l'appréciation est donc identique²⁷ (voy. é.g. *infra*, n° 11) ?

J. Van Ryn et X. Dieux estiment qu'« il existe des devoirs généraux s'imposant à chacun et qu'il appartient à la jurisprudence de définir à chaque époque sur la base du critère de l'homme normalement vigilant et prévoyant. On y distingue ceux que justifient des considérations d'utilité sociale [...] et ceux que des motivations morales inspirent, parmi lesquels figurent en première place la bonne foi et le respect d'autrui qui en est le corollaire naturel »²⁸. Ils poursuivent en précisant que ces devoirs généraux s'appliquent également entre parties contractantes et concluent que ce qu'on « identifie à la bonne foi "objective" n'est rien d'autre qu'un reflet des règles traditionnelles de la responsabilité aquilienne »²⁹.

P. Van Ommeslaghe estime que ces normes de comportement (contractuelle et extracontractuelle) sont « analogues sinon identiques »³⁰.

Selon J.-Fr. Romain, la bonne foi objective « impos[e] la prise en compte de l'intérêt d'autrui » et vient « préciser le *standard de comportement du bonus vir* »³¹. Cela étant, il indique qu'« il n'existe pas fondamentalement de différence entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle, sous l'angle de la permanence de l'obligation de bonne foi »³². Il expose par ailleurs qu'à la base du devoir de bonne foi (qu'il soit de nature contractuelle ou extracontractuelle) se trouve la norme de bonne foi. Cette norme ne peut, selon lui, être issue que des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil. En effet, la norme de bon comportement visée par

d'agence d'assurance », *op. cit.*, pp. 78 et 79 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 35.

²⁶ Anvers, 2 mars 2020, *NjW*, 2021, p. 494, note J. WAELEKENS (traduction libre).

²⁷ Voy. les études de N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, p. 272 ; J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *op. cit.*, pp. 265-345 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 82-85.

²⁸ J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 292.

²⁹ *Ibid.*, p. 293. Au sujet du comportement au cours des négociations précontractuelles, voy. p. 294.

³⁰ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 106.

³¹ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 208, nous soulignons.

³² *Ibid.*, p. 215.

l'article 1383 de l'ancien Code civil ne comprend pas seulement les devoirs de prudence et de diligence, mais aussi le devoir de bonne foi, lesquels sont toutefois différents³³.

Dans son étude, J. van Zuylen expose que les exigences ne sont pas superposables, notamment dans la prise en compte de certaines circonstances externes (temps, lieu, profession) dans le cadre de la faute extracontractuelle, tandis que la bonne foi permettrait de prendre en compte toutes les circonstances (en ce compris le niveau d'éducation de la personne, ses compétences, son expérience), ou encore par le fait que la bonne foi implique la prise en compte des attentes et intérêts de l'autre partie³⁴.

Au surplus, il ressort de la jurisprudence, à la lecture des nombreuses décisions citées, une appréciation de plus en plus semblable en matière contractuelle et en matière extracontractuelle.

Une volonté d'aligner les deux notions semble ressortir des termes utilisés dans la réforme adoptée en droit des obligations, d'une part (art. 5.73 C. civ.), et dans l'avant-projet de loi relatif à la responsabilité extracontractuelle, d'autre part. Ce dernier dispose que lorsque la norme de conduite n'impose pas un comportement déterminé, on apprécie le manquement en référence « au comportement qu'aurait eu *une personne prudente et raisonnable dans les mêmes circonstances* »³⁵ (la formule est donc identique). Ce qui diffère, c'est que plusieurs critères exemplatifs sont proposés pour réaliser cette appréciation. Au sujet des attentes légitimes évoquées ci-dessus, l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi indique qu'elles ne figurent pas parmi ces critères, car on ne peut pas « de façon générale » faire dépendre la norme de conduite des attentes de la victime. Il précise tout de même que celles-ci peuvent être prises en considération dans des cas particuliers, comme pour l'appréciation de la faute du gestionnaire de la voirie ou de la faute précontractuelle³⁶.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que l'appréciation du comportement de bonne foi se veut tout à fait similaire à celui de la personne prudente et raisonnable en responsabilité civile extracontractuelle, placée dans les mêmes circonstances.

³³ J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 235, 236, 243 et 269 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 85 et 86.

³⁴ J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *op. cit.*, pp. 342 et 343.

³⁵ Avant-projet de loi du 1^{er} septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, art. 5.148, nous soulignons.

³⁶ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi du 1^{er} septembre 2019 portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 69. C'est à l'article 5.16 du Code civil que figure la prise en compte des attentes raisonnables en période précontractuelle.

6. Renvoi à l'interdiction d'abus de droit. La bonne foi est également parfois définie par la négative (ainsi en est-il à l'article 5.73 du Code civil cité *supra*, n° 4), à savoir l'interdiction d'abuser de son/ses droit(s), lequel abus est défini comme le fait d'exercer un droit d'une façon « qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances »³⁷. Ce principe général du droit de l'interdiction de l'abus de droit est le corollaire de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, et trouvait également son fondement dans l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil³⁸. Il est désormais expressément consacré à l'article 1.10 du Code civil.

7. Distinction avec la bonne foi subjective (ou la croyance de bonne foi). La bonne foi objective (qui caractérise des normes de comportement) doit être distinguée de la bonne foi qualifiée de subjective, qui renvoie à « l'intention d'agir en honnête homme »³⁹ ou à « la croyance que peut avoir légitimement le titulaire du droit en la réalité et en la légalité du titre ou de l'opération juridique qu'il invoque, dont il ignore les vices éventuels »⁴⁰. La bonne foi subjective renvoie donc à la croyance légitime de l'auteur⁴¹.

L'article 1.9 du Code civil, relatif à la bonne foi subjective, dispose que « la bonne foi est présumée » et qu'« une personne est de mauvaise foi, lorsqu'elle connaît les faits ou l'acte juridique auxquels doit se rapporter sa bonne foi ou lorsqu'elle aurait dû les connaître, eu égard aux circonstances concrètes ».

La présomption générale de bonne foi « revient, de façon positive, à supposer une capacité minimale de bonté, ou du moins de respect et de

³⁷ Art. 1.10 C. civ. Voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F ; J.L.M.B., 2022, p. 104 ; R.G.D.C., 2021, p. 477 ; R.D.C., 2021, p. 660. Pour ce qui concerne l'abus de droit, nous renvoyons à la contribution du même nom rédigée par Th. Léonard dans le présent ouvrage.

³⁸ Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F ; J.L.M.B., 2022, p. 104 ; R.G.D.C., 2021, p. 477 ; R.D.C., 2021, p. 660 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, p. 257 ; S. DUFRENE, Obs. sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, J.T., 1985, p. 57.

³⁹ S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 33. Voy. ég. not. J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 292, S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », *op. cit.*, p. 11 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 41 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, p. 288.

⁴⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 169 et 170. Les travaux préparatoires du Code civil évoquent « le fait de "ne pas connaître" ou "de ne pas avoir dû connaître" certains faits juridiques ou actes juridiques » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 21).

⁴¹ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 91-93 (encore que les intentions puissent être prises en compte dans l'appréciation de la faute intentionnelle) ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 207 et 208 ; M. STORME, *op. cit.*, p. 10.

cohérence raisonnable, dans les rapports avec autrui, présente chez le *bonus vir*, et à l'exprimer dans le domaine du droit »⁴².

8. Distinction entre devoir et obligation. Il est acquis que la bonne foi impose des devoirs (ou des charges⁴³), qui peuvent s'ajouter aux obligations existant entre les parties. Ainsi, les cocontractants doivent se comporter loyalement et fournir les informations nécessaires à l'autre, faciliter l'exécution des obligations de l'autre partie, agir avec modération, etc.⁴⁴.

J.-Fr. Romain invite à distinguer le devoir de bonne foi de l'obligation de bonne foi⁴⁵. Le *devoir* implique de se comporter d'une certaine façon, tenant compte d'une attente, mais sans impliquer de droit subjectif dans le chef d'autrui (contrairement à l'*obligation*). Le *bonus vir* aurait ainsi, selon lui, trois devoirs : prudence, diligence et bonne foi. Le devoir naît dans la sphère extracontractuelle pour ensuite s'introduire dans le contrat. Le devoir de bonne foi peut impliquer « d'autres devoirs plus spécifiques, comme le devoir de loyauté ou de collaboration »⁴⁶. Ce n'est qu'en cas de manquement fautif à ce devoir, causant un dommage, que naîtra une obligation de réparation⁴⁷.

Concernant l'*obligation* de bonne foi (au sens large – telle que l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions), elle prescrit des *devoirs* de comportement généraux. Ces devoirs peuvent *soit* impliquer une responsabilité en cas de manquement fautif, *soit* donner lieu à de véritables *obligations* de bonne foi (au sens strict)⁴⁸.

9. Fondements (extracontractuel – contractuel). En matière extracontractuelle, la bonne foi trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil. Il peut être noté qu'au stade précontractuel et au

⁴² J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *ibid.*, pp. 217-219. Voy. ég. l'analyse critique de L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 70-74. Pour des applications, voy. Bruxelles (20^e ch.), 30 mars 2010, *Res jur. imm.*, 2011, p. 181 ; T.B.O., 2010, p. 265 ; Bruxelles (1^{re} ch.), 16 mars 2010, *Res jur. imm.* 2010, p. 263 (somm.). Voy. ég. Liège (3^e ch.), 23 mars 2015, *Bull. ass.*, 2014, p. 293.

⁴³ Selon le vocable de P. Van Ommeslaghe (P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 176).

⁴⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 141-143. Voy. par exemple : Liège (3^e ch.), 29 mars 2010, *Entr. et dr.*, 2012, p. 88, note B. KHOL et R. SALZBURGER ; R.D.C., 2011, p. 154.

⁴⁵ Voy. son étude complète : J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 238-252.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 238 à 240 et p. 243. À noter qu'il distingue encore ces notions de celles de prérogative individuelle et d'incombance (charge individuelle, qui est distincte selon lui de la norme de comportement).

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 243, 244, 252, 274 et 275. Il réalise encore une distinction selon la nature de l'obligation (faire ou ne pas faire) et son intensité (de moyens – obligation secondaire – ou de résultat – obligation primaire). Il relève que « les obligations de moyens, liées à la bonne foi, seront très proches des devoirs de bonne foi puisque les unes et les autres feront intervenir le standard de bon comportement du *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi » (p. 275). Voy. ég. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 170 et 171.

stade post-contractuel, le manquement à cette norme de comportement est également de nature extracontractuelle⁴⁹.

En matière contractuelle, le fondement de la bonne foi se trouve dans le Code civil, prescrivant à chaque cocontractant d'exécuter de bonne foi les conventions qu'il conclut⁵⁰.

Sous-section 2

Un principe général du droit ?

10. Notion de principes généraux du droit. Il s'agit d'une notion difficilement saisissable. P. Van Ommeslaghe les définit comme des « normes de droit positif, obligatoires comme telles et susceptibles de sanctions juridiques, pour autant naturellement qu'ils soient suffisamment précis pour pouvoir être appliqués par les cours et tribunaux » et appelés à « régir une série indéfinie d'applications »⁵¹.

11. La bonne foi non reconnue comme tel. Si plusieurs auteurs ont estimé que la bonne foi constitue un principe général du droit⁵², aucune consécration n'en a été faite par la Cour de cassation⁵³.

En 1987, P. Van Ommeslaghe a suggéré qu'il puisse s'agir là d'un véritable principe général de droit, à savoir une règle qui ne figure pas comme telle dans la loi, mais dont on trouve des applications particulières dans la loi, ce qui peut induire la reconnaissance d'un principe général de droit par le juge. Il a notamment comparé la période précontractuelle à l'exécution du contrat,

⁴⁹ P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, pp. 276 et 277 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *ibid.*, p. 298 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 105 ; S. DAVID-CONSTANT, « Des vivants et des morts dans le droit des obligations », *op. cit.*, pp. 653 et 654.

⁵⁰ Voy. art. 1134, al. 3, C. civ. (ancien) ; désormais art. 5.73 C. civ. (nouveau). J.-Fr. ROMAIN, *ibid.*, p. 298. Pour une réflexion critique, voy. L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 62 à 65, 85 et 86.

⁵¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 90, 93 et 94. Pour un point complet sur la notion de principe général du droit, voy. pp. 84-114, ainsi que les références citées. Il en faisait déjà état dans P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, pp. 101 et 102. Sur cette notion, nous renvoyons également à la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBECK dans le présent ouvrage.

⁵² Not. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *ibid.*, pp. 169 et 173 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 81-91 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 216 et 217 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, pp. 102, 105 à 109.

⁵³ Cass. (1^{re} ch.), 22 février 2018, *Pas.*, 2018, p. 396. Voy. par ailleurs l'analyse de S. Stijns : S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 701. Quant au fait que la Cour de cassation utilise le terme « principe » pour parler de l'exécution de bonne foi des conventions, il ne faut pas y avoir un principe général de droit. En effet, quand tel est le cas, elle le mentionne expressément (voy. not. Cass. (1^{re} ch.), 20 février 1992, *Pas.*, 1992, p. 549 ; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1061).

l'obligation de limiter son dommage en matière contractuelle et extracontractuelle, l'abus de droit dans le cadre d'un contrat et hors cadre contractuel, a évoqué l'obligation de collaboration à la charge de la preuve, pour conclure que les obligations sont les mêmes de part et d'autre, qu'il s'agit de la même norme de comportement, de sorte qu'elle « doit trouver son explication et sa justification dans la même source qui ne saurait être que le principe de l'exécution de bonne foi, applicable même en dehors du cadre strict du droit des contrats ». Il « paraît difficile que ces normes de comportement [...] ne procèdent pas d'un même principe général commun »⁵⁴. Plus récemment, il a réitéré que la bonne foi constitue un principe général du droit, vu le nombre d'applications possible, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle ou en droit judiciaire (loyauté procédurale, collaboration à l'administration de la preuve...) ⁵⁵.

R. Kruithof hésite à suivre ce point de vue « car le raisonnement mène en fin de compte au remplacement de l'obligation générale de prudence et diligence des articles 1382 et 1383 du Code civil par le principe général de l'exécution de bonne foi. On ne voit pas très bien quel peut être l'intérêt pratique et même théorique d'une telle réforme, bien qu'un rapprochement entre les règles de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle soit certainement souhaitable »⁵⁶.

J. Van Ryn et X. Dieux étaient toutefois d'avis que dans « l'acception objective que l'on prétend lui attribuer », on perd de vue que « la bonne foi est déjà un devoir général sanctionné dans notre droit au moyen des articles 1382 ou 1383 du Code civil. L'extension artificielle conférée de la sorte à la notion de bonne foi est donc superflue ; c'est elle, pourtant, qui conduit à l'ériger en principe général autonome ». Ils précisent encore

⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, pp. 102, 105 à 109. Son propos est réitéré dans P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 169 et 173. Il cite également une décision allant en ce sens : Liège, 9 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 130.

⁵⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *ibid.*, pp. 173-175. Voy. not. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 132 ; FL. GEORGE et G. DE LEVAL, « La bonne foi procédurale, prévention de l'abus de droit de défense », in B. MAES et M.-L. STORME (dir.), *Les perversions du droit de la défense*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 60-66 ; D. BOVY et S. HUMBLET, « La bonne foi contractuelle, l'organisation d'insolvabilité et la bonne foi procédurale sous l'angle de l'admissibilité et le règlement collectif de dettes », *Ann. jur. créd.*, 2008, pp. 176-179 ; G. DE LEVAL et A. KOHL, « Aspects actuels de la bonne foi en droit judiciaire privé », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi*, *op. cit.*, pp. 409-458 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 108 ; C. trav. Bruxelles (1^{re} ch.), 7 mai 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 140. Par exemple, l'attitude d'un demandeur (puis intimé) a été jugée contraire à la bonne foi. En effet, il estimait que la partie adverse ne pouvait pas opposer de déclinatoire de juridiction, car elle était tierce au contrat contenant la clause d'arbitrage. Or, il fondait sa demande sur ce même contrat, ce qui signifie qu'il estimait la partie assignée liée par celui-ci : Bruxelles (18^e ch. fr.), 25 octobre 2018, *b-Arbitra*, 2019, p. 20, note M. BERLINGIN.

⁵⁶ R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 29.

qu'« en réalité, toutes les obligations que l'on déduit de la bonne foi en son sens le plus extensif rentrent dans le cadre du devoir d'attention normale aux intérêts d'autrui, sanctionné par les articles 1382 ou 1383 du Code civil »⁵⁷. À leur estime, « le fait que, dans le domaine du droit des contrats comme en toutes autres matières, l'on puisse identifier à la bonne foi le comportement loyal et honnête de celui qui se soucie normalement des conséquences pour autrui de sa conduite, comparé aux standards admis à un moment déterminé de la vie en société, ne nous paraît pas justifier l'élévation de la bonne foi au rang d'un principe général de droit autonome ». Si la bonne foi peut être considérée comme une « norme supérieure de la morale sociale », cela ne constitue pas une « source formelle de droit positif et jusqu'à présent, les principes généraux de la responsabilité aquilienne ont permis de munir d'une sanction civile les devoirs moraux jugés dignes d'accession au droit positif »⁵⁸.

Analysant tour à tour les qualifications juridiques de la bonne foi, L. Cornelis expose qu'elle ne peut être considérée comme une application particulière des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, car on ne recherche pas si les trois conditions d'application sont réunies, ni ne trouve son fondement dans les articles 1134, alinéa 3, et 1135 de l'ancien Code civil puisque la bonne foi peut déroger à une règle de droit et que cela impliquerait en outre de reconnaître une force normative au principe général de l'autonomie de la volonté. Il fait ensuite état de la thèse selon laquelle la bonne foi serait un principe général de droit et se demande quelles autres règles de droit seraient l'expression de cette notion. Il pointe également la difficulté du rapport avec le principe d'autonomie de la volonté. Évoquant enfin une « norme fondamentale », il conclut au caractère incertain du fondement juridique de la bonne foi. Poursuivant ses réflexions, il lui semble « improbable que la bonne foi constitue une règle de droit » car, en se référant aux règles de comportement, « on quitte le terrain du droit et l'on élabore des règles religieuses, morales ou philosophiques qui peuvent peut-être se trouver à l'origine d'une règle de droit mais qui ne constituent pas elles-mêmes des règles de droit ». Enfin, dès lors que la bonne foi s'apprécie en fonction « des circonstances de fait actuelles, des jugements de valeur et des besoins sociaux », elle ne présente pas, selon lui, de caractère abstrait et n'offre pas de garanties quant à sa généralité, qui caractérisent une règle de droit⁵⁹.

Quant à J.-Fr. Romain, il revient notamment sur un arrêt rendu par la Cour de cassation du 19 septembre 1983, dans lequel elle indique que le

⁵⁷ J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 292.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 295.

⁵⁹ L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 62 à 66, 76 à 77 et 85 à 91.

« *principe* de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134 du Code civil » interdit à une personne d'abuser des droits tirés du contrat⁶⁰. Il en déduit que l'utilisation du terme « consacré » signifie que « pour la Cour de cassation, le principe d'exécution de bonne foi des conventions constitue un véritable principe général du droit indépendant du texte de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Il s'agit donc d'une norme de droit privé à caractère fondamental, qui contribue à l'existence et à la richesse du système juridique, et est à l'origine de certaines dispositions légales, comme c'est le cas de l'article 1134, alinéa 3, du Code, tout en étant une source indépendante de droit »⁶¹. Il indique en outre que la transformation du devoir de bonne foi au stade précontractuel (de nature extracontractuelle) en devoir contractuel et ensuite, dans certains cas, en obligations spécifiques s'explique par « le principe général du droit qui requiert la bonne foi entre sujets de droit »⁶². Selon lui, ce principe « requiert que des personnes normalement prudentes, diligentes et de bonne foi, se comportent entre elles de bonne foi, c'est-à-dire respectent de façon réciproque leur intérêt mutuel, en faisant en sorte que leur intérêt légitime propre soit respecté au même titre que l'intérêt légitime d'autrui ou – d'un point de vue négatif – en ne portant pas atteinte, de façon manifeste et à la suite d'une faute, à l'intérêt légitime d'autrui »⁶³. Il expose les trois éléments constitutifs du principe, à savoir le devoir général de se comporter de bonne foi qui précise et complète le standard du *bonus vir*, lequel s'applique tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, et qui relève du droit de la responsabilité pour faute. Il lui paraît nécessaire de reconnaître ce principe général puisque les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil ne prévoient pas cette obligation de se comporter de bonne foi. Bien que la Cour de cassation n'ait pas encore reconnu le principe dans sa portée générale, il estime qu'une reconnaissance « progresse et fait son chemin »⁶⁴.

Concernant l'obligation d'information précontractuelle, N. Wouters se demande par ailleurs si la bonne foi est encore une source autonome pertinente vu la multiplication des législations spécifiques. Il relève toutefois

⁶⁰ Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE ; *J.T.T.*, 1984, p. 57 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART ; *R.D.C.*, 1986, p. 276, note W. RAUWS ; *R.D.S.*, 1983, p. 486 ; *R.G.A.R.*, 1985, n° 10945 ; *R.W.*, 1983-1984, p. 1480.

⁶¹ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 81-91.

⁶² J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 234 et 235.

⁶³ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 83 et 84 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 964.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 85-87. Il propose par ailleurs une distinction entre les principes généraux du droit primaires et les principes généraux du droit secondaires, la bonne foi entre sujets de droit appartenant à la première catégorie (pp. 88-91).

qu'elle est applicable dans tous les cas non visés par des régimes particuliers et qu'elle offre des solutions pratiques⁶⁵.

La position récente de la Cour de cassation est toutefois explicite : « Il n'existe pas de principe général [...] de la bonne foi »⁶⁶.

12. Quel avenir ? Le principe général du droit de la bonne foi est-il promis à une reconnaissance ? Ce n'est manifestement pas à l'ordre du jour.

Cela étant, la bonne foi a été récemment intégrée dans nombre de dispositions légales – aussi bien en matière contractuelle qu'en période pré et post-contractuelle ou en droit judiciaire⁶⁷ – et est définie dans le Code civil de la même façon qu'en matière de responsabilité civile extracontractuelle (voy. *supra*), de sorte qu'elle trouve de multiples applications.

Ce n'est pas pour autant que la reconnaissance ne pourrait pas un jour avoir lieu. Comme le rappellent R. Jafferali et J. Van Meerbeeck, en référence à W. J. Ganshof van der Meersch, si l'existence des principes généraux du droit n'est pas subordonnée à l'existence d'un écrit, cela ne signifie pas qu'ils ne peuvent être consacrés dans une loi⁶⁸.

Les travaux préparatoires du Livre 1^{er} du Code civil indiquent en effet que « cette recodification a offert l'occasion de conférer une place dans le Code à un certain nombre de principes généraux du droit fondamentaux. Ainsi, le projet relatif au Droit des obligations (Livre 5) confère une base légale à l'enrichissement injustifié, à l'exécution de bonne foi des contrats et à l'exception d'inexécution pour les obligations synallagmatiques. Par ailleurs, les principes généraux du droit suivants figurent dans le présent projet de Livre 1^{er} : l'interdiction de l'abus de droit (article 1.10), *Fraus omnia corrumpit* (article 1.11) et la règle selon laquelle la renonciation à un droit ne se présume pas et doit être interprétée de manière restrictive (article 1.12). Cette option n'a pas été retenue pour d'autres principes, ce pour deux raisons. Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de manière générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent, en effet, être reconnus par la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation adopte une attitude stricte quant à la reconnaissance de nouveaux

⁶⁵ N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, pp. 262 et 266.

⁶⁶ Cass. (1^{re} ch.), 22 février 2018, *Pas.*, 2018, p. 396.

⁶⁷ En ce sens, art 8.4 C. civ.

⁶⁸ R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, dans le présent ouvrage, se référant à W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 588.

principes. À titre d'exemples, n'ont pas été reconnus ces dernières années : le principe de la bonne foi (Cass., 22 février 2018, C.17.0302.N) [...]. Cette approche stricte n'exclut pas qu'à l'avenir, de nouveaux principes généraux du droit puissent malgré tout être reconnus et que l'on aspire à une telle reconnaissance »⁶⁹.

Il reste peut-être la question de la « définition » donnée à la bonne foi dans le Code civil (en utilisant les termes « prudent et raisonnable »), laquelle paraît plutôt être un devoir découlant du respect de l'obligation générale de bonne foi (renvoyant, elle, aux termes « honnête » et « loyal », bien que ceux-ci ne figurent pas dans le texte). Sans doute faut-il y voir une volonté de rapprochement des deux ordres de responsabilités, d'harmonisation, voire même de simplification, plutôt qu'une volonté d'évolution. En toute hypothèse, en l'absence de principe général de bonne foi, en cas de malhonnêteté et de déloyauté, la victime peut avoir recours, dans une certaine mesure, aux dispositions relatives au dol, à l'abus de droit, à *Fraus omnia corrumpit*...

Section 2

Fonctions et déclinaisons

Sous-section 1

Fonctions de la bonne foi

13. Classement en trois fonctions. Classiquement, on reconnaît plusieurs fonctions à la bonne foi : interprétative, complétive et modératrice⁷⁰. Celles-ci sont développées ci-après.

14. Interprétation du contrat. Par sa fonction interprétative, le juge est invité à interpréter le contrat à la lumière de la volonté réelle des parties « et, le cas échéant, voir quelle est la portée raisonnable des clauses, et ce

⁶⁹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 7 et 8.

⁷⁰ Not. P. VAN OMMESLAGHE, *ibid.*, p. 175 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 47 ; F. BAERT, « De goede trouw bij de uitvoering », *op. cit.*, pp. 489-516. Des fonctions adaptatrice (voire extinctive) ou interprétative normatrice (en ce sens que « la bonne foi objective interprète les rapports juridiques d'une manière normative » puisqu'elle amène à déterminer les règles de comportement en fonction des circonstances de fait) ont été envisagées mais non retenues. Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 144 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, pp. 702-705 ; L. CORNELIS, *ibid.*, pp. 47 et 50 ; M. STORME, *op. cit.*, p. 9 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 34 et 35. P. Van Ommeslaghe notamment trouve cette classification quelque peu artificielle en pratique car il est fréquent que plusieurs fonctions s'appliquent dans un même cas. Ainsi, l'interprétation du contrat pourra impliquer des obligations complémentaires dans le chef du cocontractant (P. VAN OMMESLAGHE, *ibid.*, pp. 175, 176 et 179).

que les parties ont voulu réellement *en bonne foi* (cf. article 1134, alinéa 3, du Code civil) eu égard au contenu de la convention, à son esprit et aux objectifs poursuivis par celle-ci »⁷¹. Le juge peut donc se référer à « ce qui est “raisonnable” ou conforme à la “nature des choses” ou encore à l’utilité sociale de la convention »⁷², soit à « la volonté d’un cocontractant de bonne foi » dans ces circonstances⁷³. La Cour de cassation a confirmé que le juge « peut interpréter la convention existant entre les parties et en déterminer les conséquences à la lumière de l’obligation de l’exécution de bonne foi », mais qu’il ne peut pas, « sur la base d’une telle interprétation, imposer aux parties des obligations complémentaires qui sont inconciliables avec la commune intention des parties »⁷⁴ (cela renvoie à la fonction complétive).

15. Possibilité d’obligations complémentaires. Sa fonction complétive renforce de plein droit les obligations contractuelles avec plusieurs devoirs, lesquels vont de la phase précontractuelle à la phase post-contractuelle⁷⁵ (voy. les art. 5.15, 5.16 et 5.114, al. 2, C. civ.). Il s’agit pour le créancier et le débiteur de se comporter comme des cocontractants raisonnables, placés dans la même situation⁷⁶. Le juge peut donc ajouter ce qui est souvent appelé obligations⁷⁷ (plutôt des devoirs) à celles figurant dans le contrat, alors même qu’elles sont

⁷¹ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 93 et 94. Voy. ég. S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L’interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », *op. cit.*, pp. 203 et 204 ; M. Houbben, « Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l’exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *Ann. dr.*, 2015, p. 37 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 702 ; L. CORNELIS, *ibid.*, pp. 48-51 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 34 et 35. À noter qu’H. De Page n’y voyait qu’une fonction interprétative (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, liv. 3, *op. cit.*, p. 459).

⁷² P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 175, 176, 179 et 180. Selon J. Van Ryn et X. Dieux, cela fait souvent double emploi avec l’article 1156 de l’ancien Code civil et la nature des choses : J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 292.

⁷³ J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 94.

⁷⁴ Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2014, R.G. n° C.13.0549.N ; *Pas.*, 2014, p. 1422 ; R.G.D.C., 2016, p. 281. Voy. ég. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 440.

⁷⁵ P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, pp. 270, 271 et 526 à 528 ; N. GODIN et P. KILESTE, *Contrat d’agence commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 27 et 28 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 94-96 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 51 et 52.

⁷⁶ M. Houbben, « Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l’exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *op. cit.*, pp. 38 et 39 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, pp. 702 et 703 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 35.

⁷⁷ Outre ce qui a été mentionné ci-avant, certains auteurs (dont notamment M. Houbben qui s’est intéressé de près à la question) invitent en effet à distinguer les véritables obligations – dont l’exécution forcée peut être poursuivie et qui peut donner lieu à des dommages et intérêts – de ce qui est qualifié d’incombance. Voy. en ce sens notamment M. Houbben, « Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l’exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *op. cit.*, pp. 40-68. Voy. ég. P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 176.

indépendantes de la volonté des parties⁷⁸. Selon M. Demogue, elles sont fondées sur la solidarité qui existe entre les parties à la convention, celles-ci se devant loyauté et collaboration⁷⁹. Elles doivent donc s'aider mutuellement en vue de l'exécution du contrat et ne peuvent se désintéresser l'une de l'autre⁸⁰.

Les cocontractants sont dès lors notamment tenus d'informer leur cocontractant dans la période précontractuelle, mais aussi durant toute la vie du contrat – voire après –, d'exécuter loyalement le contrat pour ne pas priver l'autre partie des avantages qu'elle peut en attendre, de collaborer à son exécution, de limiter son préjudice, de prendre des mesures raisonnables en cas d'inexécution⁸¹...

Cette fonction s'applique également en dehors de toute convention. Ainsi, en matière de responsabilité extracontractuelle également, la victime est tenue de modérer son dommage, de la même façon⁸².

Le Code civil confirme cette fonction puisqu'il mentionne, à l'article 5.71, que « le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée » (le terme « équité » de l'article 1135 de l'ancien Code civil est donc remplacé par ceux de « bonne foi »). Les travaux préparatoires confirment cette volonté d'ancrer la fonction complétive, en précisant qu'ainsi, « les parties contractantes sont tenues des obligations (positives et négatives) qu'une partie contractante raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait assumées, même si ces obligations n'étaient pas

⁷⁸ I. EKIERMAN et M. L. JORDENS, « Entre équité et bonne foi, l'harmonie s'impose pour un contrat heureux », obs. sous Liège (7^e ch.), 20 avril 2017, *Entr. et dr.*, 2018, pp. 384-386 ; M. HOUUBEN, « Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l'exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *op. cit.*, p. 38 ; P. DEMOLIN, « La notion de comportement loyal et de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats d'agence d'assurance », *op. cit.*, p. 78 ; Cass., 5 juin 2014, *R.W.*, 2014-2015, p. 1543.

⁷⁹ M. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, *op. cit.*, pp. 5 et s. Voy. ég. le point de vue critique de S. PARSÀ et P. SAERENS, « L'exécution de bonne foi », *op. cit.*, II.1.1., pp. 23 et 24 et de J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 290-308.

⁸⁰ I. EKIERMAN et M. L. JORDENS, *ibid.*, p. 386 ; S. DUFRENE, *op. cit.*, p. 57 ; S. DAVID-CONSTANT, « Des vivants et des morts dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 653 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, liv. 3, *op. cit.*, p. 461 ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, « Théorie générale des obligations », *op. cit.*, p. 59.

⁸¹ S. PARSÀ et P. SAERENS, *op. cit.*, II.1.1., pp. 21-24 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 144, 418 à 420 ; I. EKIERMAN et M. L. JORDENS, *ibid.*, pp. 385 et 386 ; P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, pp. 176-178 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 95 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 31, 37 et 52 (relevant que les champs d'application de ces dispositions n'est pas limité à la sphère contractuelle) ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 35 ; S. DUFRENE, *ibid.*, p. 57 ; P. VAN OMMELAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, pp. 103 et 104 ; E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART et R. VAN DER MADE, « Théorie générale des obligations », *op. cit.*, pp. 59 et 60.

⁸² P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *ibid.*, p. 176 ; P. VAN OMMELAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *ibid.*, p. 106.

exprimées dans leur contrat »⁸³. On ne peut toutefois pas imposer aux parties, sous couvert de bonne foi, « des obligations qui seraient inconciliables avec la nature et la portée du contrat »⁸⁴.

16. Demeurer dans la limite de ses droits. Sa fonction modératrice, quant à elle, invite chacun à agir dans les limites de ses droits, à les exercer de façon raisonnable et à ne pas en abuser⁸⁵, en ce compris lors de la mise en œuvre de sanctions face à l'inexécution de son cocontractant⁸⁶.

Elle a été consacrée par la Cour de cassation pour la première fois dans un arrêt du 19 septembre 1983, laquelle a également établi le lien entre le principe d'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droit, ce dernier trouvant son fondement dans l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil (et étant donc de nature contractuelle)⁸⁷. La Cour rappelle fréquemment que ce principe interdit à chaque partie d'abuser des droits que lui confère le contrat, puisqu'en agissant de la sorte, elle ne se comporte pas comme une personne prudente et diligente⁸⁸. Par contre, lorsqu'une partie fait usage de

⁸³ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 82. S. Benzidi et C. Legrand auraient trouvé plus à propos d'utiliser le terme « convenues » plutôt qu'« exprimées », pour inclure les éventuelles obligations tacites (S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », *op. cit.*, p. 204).

⁸⁴ Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 84.

⁸⁵ Sur l'abus de droit, voy. la contribution de Th. Léonard dans le présent ouvrage.

⁸⁶ Voy. not. X. THUNIS, « Théorie de la faute civile », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre 2, liv. 20, Bruxelles, Kluwer, 2017, p. 30 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 144 à 148, 708 et 709, 500 à 510 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 178 ; P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, pp. 270, 271 et 526 à 528 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 96-97 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, pp. 704-707 (analysent également le lien entre la bonne foi et l'abus de droit) ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, p. 35 ; L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 52-55 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 299-304 ; P. VAN OMMESSLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 104.

⁸⁷ Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE ; *J.T.T.*, 1984, p. 57 ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART ; *R.D.C.*, 1986, p. 276, note W. RAUWS ; *R.D.S.*, 1983, p. 486 ; *R.G.A.R.*, 1985, n° 10945 ; *R.W.*, 1983-1984, p. 1480. Voy. ég. S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », *op. cit.*, p. 206 et l'analyse de S. Stijns dans S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *ibid.*, pp. 704 et 705 et S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *op. cit.*, pp. 35 et 36.

⁸⁸ Cass. (3^e ch.), 20 décembre 2021, R.G. n° S.18.0089.N ; *J.L.M.B.*, 2022, p. 834 ; *J.T.T.*, 2022, p. 834 ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2021, R.G. n° C.20.0404.F ; *J.L.M.B.*, 2022, p. 104 ; *R.G.D.C.*, 2021, p. 477 ; *R.D.C.*, 2021, p. 660 ; Cass. (3^e ch.), 27 avril 2020, R.G. n° C.19.0435.N ; *R.W.*, 2020-2021, p. 1500, note T. HICK et F. VAN DEN ABEEL ; *R.G.D.C.*, 2021, p. 155, note S. JANSEN et S. STIJNS ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 2019, R.G. n° C.19.0127.N ; *J.T.*, 2021, p. 199, note G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE ; *R.A.B.G.*, 2020, p. 617, note S. VAN SCHEL ; *R.G.D.C.*, 2021, p. 379, note T. HICK ; Cass. (1^{re} ch.), 18 octobre 2019, R.G. n° C.19.0136.F ; Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 2018, *R.G.D.C.*, 2021, p. 378 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 mars 2015, R.G. n° C.13.0218.F ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 836 ; *Pas.*, 2015, p. 774 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2011, R.G. n° C.10.0227.F ; *Pas.*, 2011, p. 2148 ; *R.C.J.B.*, 2013, p. 537, note Th. LÉONARD ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1181, note S. JANSEN et S. STIJNS ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 489, note

son droit, dans son intérêt, sans en abuser, elle ne méconnaît pas l'exigence de bonne foi dans l'exécution de la convention⁸⁹.

La fonction modératrice de la bonne foi est désormais consacrée par l'article 5.73, alinéa 2, 2°, du Code civil⁹⁰. L'interdiction de l'abus de droit figure également dans le Livre 1^{er} du Code civil contenant les dispositions générales, à l'article 1.10 (qui définit l'abus de droit et en précise la sanction).

Sous-section 2

Déclinaisons

17. Présentation générale. À la suite de ce qui a été développé ci-dessus, nous pouvons relever dans la jurisprudence plusieurs déclinaisons récurrentes de l'obligation de bonne foi que nous développons ci-après : obligation d'information, exécution loyale du contrat, comportement raisonnable face à un manquement contractuel, en cas de résiliation et de résolution, prise de mesures raisonnables pour limiter le préjudice, outre l'interdiction de l'abus de droit qui vient d'être mentionnée.

Elles n'ont pas été classées par devoir de loyauté ou de collaboration, car la frontière entre ceux-ci n'est pas nette. Ces termes sont souvent employés ensemble (on parle même parfois de collaboration loyale). Elles ont plutôt été classées par « types », encore que certains types se recoupent, comme par exemple l'obligation d'information générale et le fait de collaborer dans la mise en œuvre du contrat en communiquant, l'obligation d'information générale et le comportement en cas de manquement pouvant impliquer une mise en demeure, etc.

Outre ceci, on peut noter que le devoir de bonne foi intervient aussi en matière de dol incident, de lésion qualifiée (désormais nommée

A. DE BOECK ; Cass. (1^{re} ch.), 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 44 ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 388, note P. BAZIER ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} octobre 2010, *R.G.* n° C.09.0565.N ; *Pas.*, 2010, p. 2470 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 142, note S. JANSEN et S. STIJNS ; *R.G.D.C.*, 2012, p. 387, note P. BAZIER ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 2010, *R.G.* n° C.08.0324.N ; *Pas.*, 2010, p. 688 ; *R.A.B.G.*, 2010, p. 699 ; *R.D.C.*, 2010, p. 685 ; Cass. (3^e ch.), 8 février 2010, *R.G.* n° C.09.0416.F ; *Pas.*, 2010, p. 402 ; *T.B.O.*, 2011, p. 163. Pour un retour aux sources, voy. Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 56, note S. DUFRENE.

⁸⁹ Ainsi, une banque attendait le remboursement d'un crédit par une société X, laquelle attendait elle-même d'être payée par l'un de ses débiteurs (elle venait d'obtenir gain de cause en première instance). Face à l'impossibilité de paiement immédiat, le débiteur en question a interpellé la banque (qui était par ailleurs l'une de ses importantes créancières) pour solliciter un accord de principe pour une procédure de réorganisation judiciaire. Le plan déposé et accepté était toutefois défavorable à la société X, qui reprochait à la banque de l'avoir accepté, en connaissant cet élément. Le comportement de la banque n'a pas été jugé contraire à la bonne foi : Liège, 20 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2018, p. 111.

⁹⁰ Voy. Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 83 et 84.

« abus de circonstances » par l'article 5.37 du Code civil)⁹¹, de rupture de négociations, dans l'interdiction d'agir en conflit d'intérêts, ou à la phase post-contractuelle⁹².

Dans la suite de la contribution, il est fait référence génériquement au terme « *obligation* », dès lors que c'est le plus usité, par les juridictions notamment, sans distinction (avec le devoir/la charge/l'incombrance – voy. *supra*, n° 8).

A. Obligation générale d'information

18. S'informer et informer son cocontractant dès le stade pré-contractuel. Déjà sous l'ancien Code civil⁹³, un comportement loyal et un devoir de collaboration au stade précontractuel (de nature extracontractuelle à ce stade⁹⁴) impliquait de communiquer à son futur cocontractant toutes les informations dont on dispose pour lui permettre de décider – ou non – de contracter, et à quelles conditions. C'est ainsi qu'un entrepreneur envisageant d'utiliser des terres décontaminées pour du remblai se doit d'en informer son cocontractant, lors des pourparlers contractuels car cela peut engendrer une moins-value du fonds⁹⁵. Il en va de même du vendeur connaissant l'irrégularité affectant son immeuble⁹⁶.

Dorénavant, c'est l'article 5.16 du Code civil qui est d'application. Il dispose que « les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat ».

Il peut être noté que la bonne foi commande également, à ce stade, de respecter la confidentialité des échanges et de ne pas rompre abusivement les négociations⁹⁷. L'article 5.15 du Code civil prévoit ainsi que « les parties sont

⁹¹ Voy. la contribution de L. Malhaize et G. Schultz dans le présent ouvrage.

⁹² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 150, 151, 267 et 268 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 276-284 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, pp. 101-111.

⁹³ L'analyse des travaux préparatoires par J.-Fr. Romain indique que le législateur avait entendu viser la phase précontractuelle (voy. J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *ibid.*, pp. 233-136). Par ailleurs, pour une étude approfondie de l'obligation d'information précontractuelle, voy. N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, pp. 259-301. Pour l'obligation générale d'information, voy. not. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, pp. 702 et 703 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 295 et 296.

⁹⁴ S. PARSA et P. SAERENS, « L'exécution de bonne foi », *op. cit.*, II.1.1., pp. 26 et 27 ; P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *op. cit.*, pp. 276 et 277 ; J.-Fr. ROMAIN, *ibid.*, pp. 234 et 235.

⁹⁵ Mons, 28 mai 2018, *M.C.P.*, 2019, p. 296 (somm.).

⁹⁶ Bruxelles (1^{re} ch.), 2 octobre 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 1188. Voy. ég. Bruxelles (1^{re} ch.), 18 juin 2013, *T. Not.*, 2014, p. 252.

⁹⁷ N. GODIN et P. KILESTE, *Contrat d'agence commerciale*, *op. cit.*, p. 30.

libres d'entamer, de mener et de rompre des négociations précontractuelles. Elles agissent à cet égard conformément aux exigences de la bonne foi ».

Ainsi, lorsque les parties signent un document appelé « promesse de compromis de vente », elles s'engagent à mener des négociations de bonne foi en vue de la conclusion du contrat définitif. En rompant les négociations avancées (depuis trois ans), alors qu'il a autorisé l'acheteur à faire des travaux à ses frais, qu'il n'a pas émis de réticence par rapport aux modifications à faire dans le compromis et qu'il s'est engagé à faire modifier l'acte de base, le vendeur a manqué à son obligation de bonne foi. Le contrat n'étant pas encore conclu, des dommages et intérêts sont octroyés⁹⁸.

Quant à la responsabilité précontractuelle, l'alinéa 1^{er} de l'article 5.17 confirme qu'elle est de nature extracontractuelle. L'alinéa 2 indique qu'« en cas de rupture fautive des négociations, cette responsabilité implique que la personne lésée soit remise dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociations. Lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée, cette responsabilité peut impliquer la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu ».

Revenant à l'obligation d'information, toutes les informations essentielles doivent donc être communiquées et doivent être exactes⁹⁹. Certains qualifient cela d'obligation de *renseignement*¹⁰⁰. Ils retiennent à côté de celle-ci une obligation de *conseil*, par laquelle une partie dirige l'autre vers les choix les plus adaptés à ses besoins, ainsi qu'une obligation de *mise en garde*, qui consiste à attirer l'attention du client vers les risques – matériels ou juridiques – qui peuvent se présenter¹⁰¹.

Outre l'impératif général de bonne foi, il peut être noté que l'obligation d'information est consacrée dans de nombreuses législations particulières (telles que le Code de droit économique par exemple)¹⁰².

19. Circonstances et compétence. Cette obligation générale d'information existe dans le chef de chaque partie, chacun étant en outre tenu de s'informer¹⁰³. L'appréciation de cette obligation tient compte des circonstances

⁹⁸ Liège (3^e ch. B), 24 mars 2014, *R.G.D.C.*, 2017, p. 195. En ce sens également : Bruxelles, 23 juin 2011, *T.B.O.*, 2013, p. 180, note J. CALLEBAUT.

⁹⁹ N. GODIN et P. KILESTE, *op. cit.*, pp. 29 et 30.

¹⁰⁰ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, p. 296 ; J.-P. MASSON, note sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 540.

¹⁰¹ P. LIMBRÉE, *op. cit.*, p. 66 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 162 et 163.

¹⁰² P. WÉRY, *ibid.*, pp. 160-163.

¹⁰³ C'est ainsi que, dans le cadre de l'octroi d'un crédit, il appartient en premier lieu à l'emprunteur de vérifier le risque qu'il prend (en l'espèce, la situation de la société qu'il rachetait) : Comm. Tongres (3^e ch.), 16 novembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 102 ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 1121, note J. BENOÛT.

de l'espèce (notamment des relations des parties, des conditions de la signature de la convention, etc.) ainsi que de la compétence particulière de chacune. Ainsi, l'obligation sera plus forte dans le chef d'un professionnel ou si une partie est assistée par un mandataire spécialisé¹⁰⁴. Le devoir d'information est ainsi renforcé dans le chef d'une société de logements sociaux par rapport aux candidats locataires¹⁰⁵.

De même, le client doit pouvoir se fier à l'analyse d'une société professionnelle de l'informatique. Celle-ci est tenue de s'informer de ses besoins et lui proposer le service le plus adapté¹⁰⁶. L'article 5.17, alinéa 3, du Code civil dispose d'ailleurs spécifiquement qu'« outre la responsabilité précontractuelle, la violation d'un devoir d'information peut conduire à la nullité du contrat s'il est satisfait aux exigences prévues à l'article 5.33 [relatif aux vices de consentement] ».

B. Mise en œuvre du contrat

20. Prendre les mesures suffisantes pour que les conditions suspensives se réalisent et passer l'acte authentique. L'exécution de bonne foi du contrat est légalement prévue à l'article 5.73 du Code civil. Cela commence par prendre les mesures suffisantes pour que les conditions suspensives se réalisent, comme le ferait un acheteur prudent et diligent¹⁰⁷. À l'inverse,

¹⁰⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 162 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 177 ; Comm. Tongres (3^e ch.), 13 novembre 2013, D.A.O.R., 2014, p. 102 ; R.A.B.G., 2014, p. 1121, note J. BENOÛT. Sur les contours précis du devoir d'information, voy. J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, pp. 853-863 et N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, pp. 267-270.

¹⁰⁵ Civ. Bruxelles (75^e ch.), 9 mai 2015, J.T., 2014, p. 504.

¹⁰⁶ En l'espèce, le système était présenté par le professionnel comme *ready-to-business* (80 % des besoins métiers étant préconfigurés, ce qui permettait une offre concurrentielle) et aucun développement complémentaire n'était pointé d'emblée (une part du budget était tout de même prévue). Or, le coût complémentaire des écarts qui ont dû être réalisés a plus que fait doubler le montant total de la facture. La cour d'appel en a conclu que l'offre n'était en réalité pas du tout adaptée au client. En outre, la société informatique a mentionné à plusieurs reprises comme client principal une société au fonctionnement proche de celui du client. Cela lui a donné confiance en l'expérience du prestataire. Or, celui-ci n'avait pas développé une solution pour ce client mais uniquement participé à son déploiement. La Cour a aussi retenu un manquement à l'obligation d'information et de conseil, et à la bonne foi. Ces éléments ayant induit en erreur le client sur la substance, la nullité du contrat a été prononcée (Bruxelles, 14 mai 2020, D.A.O.R., 2021, p. 56, note P. LIMBRÉE). Un manquement à l'obligation d'information a également été retenu chez un professionnel de l'informatique qui conclut un contrat de quatre ans avec un profane pour du stockage de données informatiques et dont le serveur a été saturé moins d'un an après. Cela signifie qu'il n'a pas rempli son devoir de bonne foi, lequel incluait la prise de renseignements des besoins du client pour lui proposer le système le plus adapté et l'information à donner quant à l'espace de stockage, et aux remèdes en cas de surcharge (Bruxelles (18^e ch.), 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574).

¹⁰⁷ Ainsi, un acheteur n'établit pas avoir pris les mesures suffisantes pour obtenir un permis d'environnement pour exploiter un haras ni pour obtenir la régularisation des infractions urbanistiques. Par conséquent, la condition est réputée remplie. Vu son refus d'acheter, il est tenu de payer les dommages et intérêts fixés : Anvers, 7 janvier 2016, NjW, 2017, p. 116, note J. WAELEKENS.

l'acheteur qui fait ce qui est raisonnablement possible pour que la condition d'obtention d'un permis de démolir et de bâtir se réalise (obligation de moyens) se comporte de bonne foi¹⁰⁸. Si le permis est refusé, la bonne foi ne commande pas d'introduire un recours¹⁰⁹. Le promoteur qui sollicite un avis préalable de la Commune sur son avant-projet et informe le vendeur de l'avis très défavorable de celle-ci se comporte également de bonne foi. Il ne peut lui être imposé d'introduire une demande de permis d'urbanisation à perte¹¹⁰.

Par ailleurs, les acheteurs ayant signé un compromis de vente d'un immeuble divisé en plusieurs logements en étant informés de l'absence de permis d'urbanisme doivent assumer le risque d'irrégularité urbanistique et ne peuvent refuser de passer l'acte authentique ou d'en négocier les termes, sous peine de manquer à l'exigence de bonne foi¹¹¹.

Dans un autre registre, un employeur, s'engageant à payer une commission de maximum 1 500 euros par mois à son employé, à la condition qu'il remplisse les objectifs qui lui auront été fixés, ne se comporte pas de bonne foi en ne transmettant pas de plan de commission à son employé, empêchant la réalisation de la condition. Celle-ci est donc réputée remplie¹¹².

21. S'exécuter correctement. Les cas d'application de l'exécution de contrats de bonne foi ou, au contraire, en violation de celle-ci sont multiples.

À titre d'exemples, une société de leasing exécute le contrat de bonne foi lorsqu'elle sollicite des appels d'offres pour la revente d'un véhicule et le vend pour un prix raisonnable¹¹³, un garagiste qui s'engage à réparer le

¹⁰⁸ En l'occurrence, une modification du plan de secteur était nécessaire pour obtenir un permis de bâtir. L'avis préalable de la commission de concertation a été unanimement défavorable et le plan régional de développement n'a pas modifié la situation de la zone concernée, pas plus que le plan régional d'affectation du sol. On ne peut reprocher à l'acheteur la non-réalisation de la condition résultant de décisions politiques, relative à l'aménagement du territoire, alors qu'il a été impliqué dans les différentes phases dont l'enquête publique et a introduit des réclamations : Mons (16^e ch.), 26 mai 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 1605.

¹⁰⁹ La condition suspensive consistait en l'octroi d'un permis (pour une véranda). La bonne foi implique d'introduire le permis, pas de former un recours contre la décision de refus de celui-ci : Liège, 1^{er} octobre 2015, *Entr. et dr.*, 2017, p. 100.

¹¹⁰ L'avis ne permettait pas d'envisager une implantation au sein d'un îlot, ce qui était le cœur du projet. Il a été jugé que le promoteur s'exécute de bonne foi en sollicitant un avis préalable de la Commune et en informant immédiatement le vendeur, afin que le bien puisse être remis sur le marché. Il ne peut en effet pas lui être imposé d'introduire une demande de permis d'urbanisation à perte puisque le projet ne sera manifestement pas accepté : Civ. Brabant wallon, 30 janvier 2020, *R.C.D.I.*, 2020, p. 56. Lorsque la condition suspensive ne se réalise pas car la Commune indique qu'elle n'autorisera pas la construction d'un ensemble d'appartements, l'agent immobilier ne peut exiger le paiement de ses honoraires (Civ. Flandre orientale, section Termonde, 16 octobre 2014, *R.C.D.I.*, 2015, p. 41). Pour le cas d'une obligation de bâtir d'un acheteur vis-à-vis d'un promoteur, voy. Civ. Gand (14^e ch.), 29 mai 2012, *T.B.O.*, 2012, p. 209 ; *T. Not.*, 2015, p. 246, note L. WEYTS.

¹¹¹ Bruxelles (7^e ch.), 8 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 388.

¹¹² L'employé a donc droit au montant maximal de la commission : C. trav. Anvers (3^e ch.), 19 juin 2019, *R.A.B.G.*, 2020, p. 140, note D. RYCKX ; *Chron. D.S.*, 2020, p. 339.

¹¹³ Gand (7^e ch.bis), 7 novembre 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 55.

véhicule fixe lui-même le prix de la prestation, de bonne foi (en fonction des réparations à réaliser)¹¹⁴.

Par contre, un opérateur télécom qui ne donne aucune suite valable aux doléances spécifiques de son client manque à cette obligation¹¹⁵. Il en va de même du fournisseur d'énergie qui adresse la facture de régularisation annuelle tardivement à son client¹¹⁶ ou du pouvoir adjudicateur qui ne passe aucune commande à l'adjudicataire (mais auprès d'un autre fournisseur)¹¹⁷. C'est également le cas d'une société qui continue à avoir recours à des documents payants pour l'importation de marchandises, alors qu'il n'existe plus d'obligation légale en ce sens¹¹⁸.

22. Collaborer en communiquant, s'aidant, rectifiant... Les parties sont également tenues de collaborer durant la durée de leur contrat¹¹⁹. Cela va de la transmission de conditions générales lisibles¹²⁰ à la communication entre les parties, le maître de l'ouvrage devant informer l'architecte de la réalisation ou non du projet¹²¹, la société de leasing devant avertir le preneur de l'expiration du délai et de son option d'achat¹²², le bailleur devant communiquer sa nouvelle adresse à son locataire¹²³.

Il est également attendu d'un cocontractant de bonne foi qu'il mentionne, au fur et à mesure de l'exécution du chantier, les éléments qui nécessitent une intervention/réparation. S'abstenir de tout commentaire sur certains défauts visibles, pour ensuite contester la qualité de l'ensemble des travaux, après leur achèvement, est contraire à la bonne foi¹²⁴.

¹¹⁴ Civ. Bruxelles (fr.), 3 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2018, p. 171.

¹¹⁵ J.P. Zomergem, 15 avril 2011, *NjW*, 2011, p. 737, note R. STEENNOT ; *J.J.P.*, 2012, p. 624.

¹¹⁶ J.P. Sprimont, 19 décembre 2017, *J.J.P.*, 2018, p. 635. Quant au devoir d'information du fournisseur, voy. J.P. Sprimont, 7 novembre 2017, *J.J.P.*, 2018, p. 584. Quant à l'établissement des décomptes et aux procédures de recouvrement, voy. J.P. Bruges (4^e canton), 12 avril 2012, *J.J.P.*, 2013, p. 491 (somm.). Quant au fait d'informer le client d'une consommation anormale d'eau, voy. J.P. Tournai, 12 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 970. En cas de réclamation malgré l'absence de consommation d'eau, voy. J.P. Tournai, 8 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1720.

¹¹⁷ Civ. Bruxelles, 3 mai 2019, *M.C.P.*, 2020, p. 803 (somm.).

¹¹⁸ Anvers, 2 mars 2020, *NjW*, 2021, p. 494, note J. WAELENS.

¹¹⁹ Not. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 304-308.

¹²⁰ Ainsi, il a été jugé que la société dont les conditions générales sont écrites en très petits caractères, quasiment illisibles, manque à la bonne foi, ce qui justifie *a fortiori* leur écartement. La société ne pouvait pas, au demeurant, leur transmission et leur acceptation par le client : J.P. Tournai (2^e canton), 24 avril 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2107.

¹²¹ Anvers (7^e ch.), 2 mars 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 146.

¹²² Comm. Gand (div Ypres) (1^{re} ch.), 22 mai 2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 1189.

¹²³ À défaut, le congé notifié à son ancienne adresse sort ses effets : J.P. Boussu-Colfontaine, 5 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1308. Voy. ég. J.P. Gand (1^{re} canton), 6 juin 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 231.

¹²⁴ Bruxelles, 4 mars 2019, *R.A.B.G.*, 2019, p. 1396 (somm.). Sur le fait de solliciter des travaux complémentaires dans un marché à forfait, voy. Gand (17^e ch. B), 7 septembre 2012, *Entr. et dr.*, 2016, p. 92.

En cas de contrat au long cours, la bonne foi commande également que l'entrepreneur communique des décomptes justifiés des heures prestées. Le maître de l'ouvrage doit, de son côté, enregistrer les prestations réalisées et contrôler les décomptes fournis. À défaut de le faire, seul un décompte manifestement déraisonnable ou inexact peut être contesté¹²⁵. De même, lorsque l'émission de factures est soumise à l'approbation de l'état d'avancement du projet, il convient de se positionner (dans un sens favorable ou non) dans un délai raisonnable¹²⁶.

Face aux mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la lutte contre le coronavirus, et plus particulièrement la fermeture des établissements, il a été jugé que les parties devaient collaborer loyalement, en vertu du devoir de bonne foi. Par conséquent, le montant du loyer a été divisé par deux durant cette période, afin que chaque partie en supporte le poids¹²⁷.

Par ailleurs, en application de l'exécution de bonne foi des conventions, une erreur de calcul doit pouvoir être rectifiée¹²⁸. De même, les parties doivent collaborer lorsqu'une erreur s'est glissée dans un acte notarié lors d'une donation (intersion de deux appartements situés à la même adresse, donnés à chaque fils – dont l'un vivait dedans)¹²⁹.

En application de cette obligation de collaboration, le propriétaire qui a refusé que de l'asphalte soit posé sur son chemin pour remettre les lieux en état après la construction d'un immeuble sur le terrain voisin (au motif que les travaux ne seraient pas satisfaisants) ne peut pas, ensuite, ester en justice en invoquant l'inexécution de l'accord de remise en état. Ce faisant, il n'exécute pas de bonne foi la convention, ce qui est en lien causal exclusif avec l'échec de cet accord¹³⁰.

23. Respecter la confidentialité. Même en l'absence d'accord écrit, la bonne foi commande en effet qu'un consultant en recherche et développement d'innovations ne divulgue et ne copie pas les connaissances qu'il a acquises¹³¹.

¹²⁵ Bruxelles (20^e ch.), 18 mars 2014, *T.B.O.*, 2016, p. 43, note G. DE BUYZER. Voy. ég. J.P. Audenarde-Kruishoutem, 4 novembre 2015, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2016, p. 103.

¹²⁶ Comm. Gand (section Ypres) (6^e ch.), 12 octobre 2015, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2016, p. 135.

¹²⁷ Civ. Anvers (div. Anvers), 15 novembre 2021, *R.A.B.G.*, 2022, p. 100 ; *R.W.*, 2021-2022, p. 1319, note J. DEL CORRAL, *R.D.C.*, 2021, p. 2044 (la décision querellée du juge de paix était davantage favorable au bailleur, estimant qu'il était de bonne foi en réclamant le paiement du loyer. Il relevait tout de même que la fonction modératrice de la bonne foi pouvait permettre de rétablir un équilibre : J.P. Anvers (3^e canton), 19 novembre 2020, *Huur*, 2021, p. 28). Voy. ég. J.P. Sprimont, 17 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 294 ; J.P. Genk, 13 avril 2021, *J.J.P.*, 2021, p. 339.

¹²⁸ Anvers, 13 novembre 2014, *NjW*, 2016, p. 220, note C. LEBON. Voy. ég. la contribution de Fr. Cuvelier dans le présent ouvrage.

¹²⁹ Civ. Gand (14^e ch.), 4 décembre 2012, *R.W.*, 2014-2015, p. 152 ; *R.G.D.C.*, 2016, p. 24, note L. PHANG et M. MASSCHELEIN ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2014, p. 31.

¹³⁰ Liège (23^e ch.), 1^{er} décembre 2016, *R.G.D.C.*, 2018, p. 490.

¹³¹ Trib. entr. Anvers (18^e ch.), 9 mai 2019, *R.D.C.*, 2020, p. 380, note V. DE LE COUR et N. HEREMANS.

C. En cas d'inexécution contractuelle, de résiliation ou de résolution

24. Comportement raisonnable face à un manquement contractuel. Lorsqu'un cocontractant fait face à un manquement contractuel de la part de son cocontractant, cela ne le dispense pas de poursuivre, de son côté, l'exécution de bonne foi de la convention, ce qui inclut notamment un usage raisonné de la faculté d'exception d'inexécution¹³².

En cas d'espace de stockage informatique insuffisant, le fournisseur doit agir de bonne foi et ne pas se borner à proposer comme seules solutions d'effacer des données (ce qui était incompatible avec l'activité) ou de payer un supplément de prix pour augmenter l'espace de stockage¹³³.

En matière d'exception d'inexécution, lorsqu'une partie ne remplit pas ses engagements, l'autre peut suspendre l'exécution de ses propres obligations, sans devoir, en principe, le lui notifier. Il doit toutefois se comporter de bonne foi. Dès lors, en fonction des circonstances et notamment si la mission confiée doit être réalisée dans un certain délai, il convient d'adresser une notification à son cocontractant, en précisant les risques en cas de non-respect de ce délai. Il en va ainsi de l'avocat mandaté pour effectuer une déclaration de créance dans le cadre d'une faillite, qui suspend son intervention car la provision n'a pas été payée, sans avoir informé son client des conséquences dommageables de l'absence d'exécution¹³⁴. De même, le locataire, qui ne paie pas son loyer au nouveau propriétaire sans l'informer qu'il ne comptait plus le faire en raison de l'inexécution des obligations contractuelles, n'agit pas de bonne foi¹³⁵.

En outre, il convient d'agir avec modération. Pour des factures payées tardivement, le cocontractant ne s'est pas contenté de suspendre l'exécution de ses obligations (à savoir, pour une société informatique, arrêter le développement ou ne plus assurer le support), mais a posé des actes positifs consistant à bloquer l'accès de son cocontractant aux sites hébergés « off-site », c'est-à-dire à paralyser l'entreprise puisqu'aucun membre du personnel n'avait plus accès à ses e-mails ni aux sites Internet. Il n'a donc pas agi de bonne foi.

¹³² S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », *op. cit.*, p. 206 ; I. EKIEMAN et M. L. JORDENS, « Entre équité et bonne foi, l'harmonie s'impose pour un contrat heureux », *op. cit.*, pp. 387 et 388 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 703 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 301-304.

¹³³ Bruxelles (18^e ch.), 29 juin 2017, R.G.D.C., 2017, p. 574.

¹³⁴ Cass. (1^{re} ch.), 13 janvier 2017, R.G. n° C.15.0417.N ; J.T., 2017, p. 483 ; R.G.D.C., 2017, p. 354 et les notes : Fr. GLANSDORFF, « L'exception d'inexécution et les droits et obligations de l'avocat impayé », J.T., 2017, p. 484 ; S. JANSEN, « De enac, de goede trouw en de kennisgeving », R.G.D.C., 2017, pp. 355-360. Pour une application en matière de contrat d'entreprise, voy. Civ. Brabant wallon, 15 mai 2015, *Res jur. imm.*, 2015, p. 251.

¹³⁵ Civ. Louvain, 13 mai 2015, *Huur*, 2015, p. 139, (somm.). Voy. ég., en matière de factures, Anvers (2^e ch. *quater*), 28 avril 2010, R.G.D.C., 2014, p. 85.

Son cocontractant était dès lors fondé à se prévaloir de la clause permettant la résolution de la convention¹³⁶.

La Cour de cassation a précisé qu'il ne ressort pas de l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil une règle générale selon laquelle un cocontractant qui poursuit l'exécution, par l'autre partie, de ses engagements devrait prouver à l'autre, qui le lui demanderait, qu'il sera en mesure d'exécuter lui-même ses obligations¹³⁷.

Dans un cas de suspension de contrat, un agent immobilier dont le contrat d'exclusivité a été suspendu le temps que l'un des vendeurs trouve une nouvelle habitation et que la maison soit vidée, qui ne reprend pas contact avec eux durant deux ans et demi, a pu donner l'impression qu'il n'entendait plus exécuter ce contrat. Dès lors, il manque à l'exécution de bonne foi de la convention en réclamant des dommages et intérêts pour non-respect de l'exclusivité, ayant appris la vente par une autre agence¹³⁸.

Le Code civil, relatif à la mise en demeure, précise désormais que « la loi, le contrat ou la bonne foi peuvent exiger que le créancier accorde au débiteur un délai afin qu'il exécute l'obligation en souffrance » (art. 5.231, al. 3). En outre, au sujet de l'exception d'inexécution, la suspension de l'exécution de l'obligation du créancier jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne « doit être appliquée de bonne foi » (art. 5.239, § 1)¹³⁹. Il est également requis d'adresser une notification écrite de la suspension, reprenant les causes de celle-ci et les circonstances qui la justifient, « lorsque l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que la bonne foi l'impose » (art. 5.239, § 3).

25. Prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

En application de l'exécution de bonne foi des conventions, le créancier doit également, face à une inexécution contractuelle, prendre, comme le ferait une personne normalement prudente et diligente, « les mesures raisonnables qui s'imposent afin de réduire l'ampleur du dommage résultant de cette inexécution »¹⁴⁰.

¹³⁶ Bruxelles (18^e ch.), 8 septembre 2017, D.A.O.R., 2018, p. 74.

¹³⁷ Cass. (1^{re} ch.), 7 juin 2018, R.G. n° C.17.0543.N.

¹³⁸ Bruxelles, 12 février 2018, *Res jur. imm.*, 2018, p. 90, note A. CLABOTS.

¹³⁹ Droit prévu par l'article 5.98 du Code civil.

¹⁴⁰ M. HOUBBEN, « Le devoir de modération du dommage, expression particulière de l'exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *op. cit.*, pp. 35-68, spéc. p. 48. Voy. ég. Cass., 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 509 et 510 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1603-1606 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 703 ; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *op. cit.*, pp. 12-55. Ceci est confirmé dans les travaux préparatoires du livre 5 du Code civil : Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 84 et 273.

Il convient de préciser qu'il n'existe pas d'obligation générale de minimiser autant que possible le dommage mais bien de prendre des mesures *raisonnables*. On peut préciser que cette obligation n'implique pas pour la victime de prendre des risques déraisonnables pour modérer son dommage ni de devoir opter pour la réparation la moins chère. Elle ne peut par ailleurs pas abuser de son droit dans le choix des mesures¹⁴¹. Il en va de même en matière extracontractuelle, la victime devant également prendre des mesures raisonnables pour limiter son dommage¹⁴².

Les mesures raisonnables donneront lieu à indemnisation intégrale (même si elles n'ont pas eu l'effet escompté – voire qu'elles ont aggravé le dommage, pourvu qu'elles étaient raisonnables). Quant au dommage que la prise de ces mesures aura permis d'éviter, il ne sera pas pris en compte. Les mesures déraisonnables ne seront, quant à elles, pas indemnisées¹⁴³.

Ainsi, lorsqu'un cocontractant invoque l'urgence, il doit prendre des mesures pour limiter son préjudice (telles qu'envoyer une mise en demeure ou agir en justice)¹⁴⁴. Le prêteur qui attend dix ans avant d'agir en justice après la « résiliation aux torts de l'emprunteur » manque à la bonne foi¹⁴⁵.

Dans certains cas, il est du devoir du cocontractant, victime d'inexécution contractuelle, de procéder au remplacement unilatéral. L'urgence doit alors être établie, de même que le constat des manquements de l'entrepreneur. Celui-ci doit en principe être contradictoire, sauf si l'entrepreneur ne s'est pas présenté aux réunions fixées et que d'autres documents probants sont produits¹⁴⁶.

La doctrine confirme qu'en cas de défection de son cocontractant dans une vente commerciale relative à l'achat de biens ayant un prix fluctuant rapidement et intensément, il est attendu de l'acheteur qu'il se comporte comme un homme raisonnable (pour respecter l'exigence de bonne foi) et qu'il acquière la même quantité de ces biens à quelqu'un d'autre, dans les meilleurs délais, afin de modérer son dommage, dans l'intérêt des deux parties¹⁴⁷.

Ainsi, en cas de résolution de la vente, le cocontractant qui se réapprovisionne dans le même port pour éviter de nouveaux frais d'escale doit se voir indemniser, puisqu'il prend des mesures raisonnables pour limiter son dommage¹⁴⁸.

¹⁴¹ M. HOUBBEN, *ibid.*, pp. 49-54. Voy. ég. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *ibid.*, p. 703.

¹⁴² M. HOUBBEN, *ibid.*, p. 48 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *op. cit.*, pp. 1603-1606.

¹⁴³ M. HOUBBEN, *op. cit.*, pp. 54-58 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, *ibid.*, pp. 1603-1606 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique », *op. cit.*, p. 703.

¹⁴⁴ Voy. les décisions citées par M. HOUBBEN, *op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁵ J.P. Verviers-Herve, 15 octobre 2013, *Ann. jur. créd.*, 2013, p. 83 (somm.).

¹⁴⁶ Liège (20^e ch.), 9 janvier 2014, *J.T.*, 2014, p. 153 ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 496.

¹⁴⁷ M. HOUBBEN, *op. cit.*, pp. 60 et 61.

¹⁴⁸ Anvers, 17 décembre 2012, *Dr. europ. transport*, 2014, p. 73 (somm.).

Par contre, lorsqu'en cas d'inexécution contractuelle de son cocontractant, le créancier manque à la bonne foi en faisant exécuter cette obligation par un tiers sans autorisation préalable du juge, sans justification ou de façon négligente, la seule indemnisation qu'il pourra réclamer sera celle du dommage résultant du manquement (c'est-à-dire le montant facturé par le tiers sous déduction de sa marge bénéficiaire)¹⁴⁹.

Le Code civil récemment adopté, sans faire spécifiquement référence à la bonne foi, confirme que « le créancier doit prendre les mesures raisonnables pour limiter et prévenir les conséquences dommageables de l'inexécution. Les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouvrés auprès du débiteur. Si le créancier ne prend pas ces mesures, le dommage qui en découle est alors à sa charge » (art. 5.238).

26. Résiliation du contrat. Les cocontractants se doivent d'agir de bonne foi également dans le cadre de la fin du contrat. Ils ne peuvent y mettre un terme de façon brutale et sans motif sérieux¹⁵⁰. Lorsqu'un consommateur fait usage de son droit de résiliation, l'opérateur télécom doit se comporter avec loyauté. Lorsqu'il se contredit, continue à envoyer des factures après la résiliation, ne donne pas suite aux contestations, etc., il manque gravement à la bonne foi. Il ne peut donc pas obtenir les montants réclamés après la résiliation et doit en outre payer une indemnité de 500 euros à titre de réparation du préjudice subi en raison de ses pratiques¹⁵¹.

Dans un autre cas de figure, lorsqu'il ressort des échanges d'e-mails entre les parties que celles-ci ont pointé des difficultés, ont cherché des solutions, que l'une d'elles a fait part de sa volonté de mettre fin à la collaboration, qu'elles ont fait des propositions, on ne peut pas parler de résiliation inattendue et intempestive¹⁵².

27. En cas de résolution. La bonne foi reste de mise tout au long de la vie du contrat¹⁵³. Un cocontractant ne peut donc pas appliquer une clause résolutoire expresse alors qu'il a poursuivi l'exécution du contrat durant six ans (convention d'exploitation d'éoliennes) sans aucune réserve par rapport à l'obligation d'ancrage local (pour une participation citoyenne) qui avait été convenue par les parties. Il est donc privé du bénéfice de la clause¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 2020, R.G. n° C.18.0357.N ; J.L.M.B., 2021, p. 846, note S. RAXHON ; R.C.J.B., 2021, p. 457, note P. WÉRY ; R.G.D.C., 2020, note S. DE REY ; R.D.C., 2021, p. 1057, note C. LAMBERT ; T.B.O., 2020, p. 504, note S. BUSSCHER et G. VAN HOEYWEGHEN.

¹⁵⁰ S. PARSA et P. SAERENS, « L'exécution de bonne foi », *op. cit.*, II.1.1., p. 22 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, pp. 293-295 (faisant référence à l'obligation de loyauté et examinant différents types de contrats).

¹⁵¹ J.P. Bruges, 22 mai 2014, T.G.R.-T.W.V.R., 2015, p. 33, note F. DANCET ; J.J.P., 2017, p. 548, note A. DE BOECK.

¹⁵² Anvers, 4 octobre 2021, D.A.O.R., 2022, p. 118.

¹⁵³ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *op. cit.*, p. 301.

¹⁵⁴ Trib. entr. Hainaut (div. Tournai), 16 juillet 2019, R.G.D.C., 2020, p. 108.

Un prêteur ne peut pas davantage réclamer le paiement immédiat du solde du crédit, outre intérêts et indemnités, alors que l'emprunteur a payé l'arriéré avant la fin du délai d'un mois fixé dans la mise en demeure (un vendredi). Le solde a été apuré deux jours après l'échéance. En outre, il n'y a plus eu de défaut de paiement depuis lors¹⁵⁵. Une banque ne peut pas non plus reprocher à ses clients un manquement à la bonne foi et demander le remboursement des sommes lorsqu'elle sait que l'ouverture de crédit n'a pas été utilisée aux fins convenues et que les remboursements sont effectués tous les mois depuis trois ans¹⁵⁶.

Sous-section 3

Applications spécifiques

28. Prélude. Outre les cas probablement plus « classiques » d'application de la bonne foi en matière contractuelle, notre recherche a mis en évidence une série de décisions en matière assurantielle et concurrentielle. Celles-ci constituent des applications des déclinaisons développées ci-dessus, dans des thématiques particulières, qu'il nous a paru pertinent de regrouper.

A. Bonne foi en matière d'assurances¹⁵⁷

29. Informer son cocontractant. Lorsque l'assuré, qui entend souscrire à l'assurance hospitalisation collective de sa banque, signale d'emblée être atteint d'une sclérose en plaques, la banque (preneur d'assurance) doit l'informer de ce qu'elle modifie la police, afin qu'il puisse se positionner. Tant qu'elle ne le fait pas, l'assuré peut se prévaloir des conditions initiales de la police¹⁵⁸.

Au contraire, le preneur manque à l'exécution de bonne foi des conventions en répondant de façon inexacte aux questions relatives aux procédures pénales le concernant en matière d'alcoolémie. S'agissant d'un élément ayant une influence sur le risque – ce qu'il devait savoir –, le contrat est nul¹⁵⁹.

30. Absence de devoir d'information continue au regard des conditions contractuelles. En l'espèce, un contrat d'assurance portait sur un immeuble en cours de rénovation. Outre une mention dans les conditions générales, les conditions particulières spécifiaient l'absence d'application de

¹⁵⁵ J.P. Mol, 24 novembre 2015, *Ann. jur. créd.*, 2015, p. 30 (somm.).

¹⁵⁶ J.P. Bruges (4^e canton), 11 mars 2021, *J.J.P.*, 2021, p. 538.

¹⁵⁷ Voy. ég. quelques références à la bonne foi dans G. VAN DESSEL (dir.), *Vade-mecum. Droit des assurances. Branches particulières*, Liège, Kluwer, 2021, pp. 31 à 42, 219 et 226. Voy. aussi H. DE RODE, « La bonne foi et l'assurance », in S. DAVID-CONSTANT (dir.), *La bonne foi, op. cit.*, pp. 155-195.

¹⁵⁸ Bruxelles (5^e ch.), 13 mai 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 858, note I. VRANCKEN.

¹⁵⁹ Pol. Liège (div. Liège), 22 juin 2017, *C.R.A.*, 2020, p. 23.

la règle proportionnelle car une expertise avait été réalisée – pour autant que les données ayant fondé l'évaluation soient inchangées. Une révision du contrat après exécution des travaux de transformation était en outre contractuellement prévue. L'immeuble a été sinistré en cours de travaux. L'assureur a réclamé l'application de la règle proportionnelle, au motif que les données sur lesquelles s'était basée l'évaluation avaient changé et qu'il n'avait pas été informé des travaux exécutés. La cour d'appel estime cependant que l'assureur savait, à la conclusion du contrat, que des travaux étaient réalisés. En outre, les assurés n'ont pas manqué à leur devoir de bonne foi dans l'exécution de la convention puisque les conditions contractuelles prévoyaient une révision du contrat *après* la fin des travaux. Aucune obligation d'information continue n'était imposée par contrat¹⁶⁰.

31. Comportement lors d'une déclaration de sinistre – désigner un expert sans réserve. En application du principe de bonne foi, l'assureur qui reçoit une déclaration de sinistre doit fournir à son assuré des informations « correctes, précises, complètes, pertinentes et efficaces ». « Efficace » signifie notamment que l'information doit être fournie en temps utile, pour permettre à l'assuré de déterminer la suite à donner. Dès lors, l'assureur qui sait qu'il y a un problème au niveau de la garantie doit en avertir son assuré lorsqu'il désigne un expert, pour qu'il puisse prendre des mesures en conséquence¹⁶¹.

32. Informer loyalement au sujet de l'expert désigné et prendre en compte des mesures de sauvetage. Lorsque le conseil technique de la compagnie prescrit lui-même des travaux de sauvetage, cette dernière ne peut pas ensuite contester la prise en charge du montant desdits travaux. En effet, le conseil technique a dû être mandaté par la compagnie, de sorte que l'assuré a légitimement pu croire qu'elle était d'accord avec la réalisation de ces travaux. La Cour indique qu'il n'est pas nécessaire d'établir une faute de l'assureur, puisque la bonne foi lui impose des devoirs, comme une communication loyale vis-à-vis de son assuré (par rapport au mandat du conseil technique) et, en toute hypothèse, un devoir de modération (lorsque l'assuré remplit ses obligations)¹⁶².

33. Induire fautivement l'assuré en erreur. Afin que la couverture d'assurance d'un centre de loisirs soit effective, les conditions contractuelles prévoyaient un contrôle par le service régional d'incendie dans les trente jours de l'offre. Or, le document produit après le sinistre, sur demande de l'assureur, était bien antérieur, de sorte que l'assureur a déclaré ne pas couvrir

¹⁶⁰ Liège (3^e ch. B), 9 novembre 2015, *Bull. ass.*, 2017, p. 302.

¹⁶¹ Gand (1^{re} ch.ter), 5 mars 2020, *Bull. ass.*, 2020, p. 397.

¹⁶² Liège (3^e ch.), 29 mars 2010, *Entr. et dr.*, 2012, p. 88, note B. KHOL et R. SALZBURGER ; *R.D.C.*, 2011, p. 154.

celui-ci. La Cour a toutefois relevé qu'entretemps, l'assureur avait couvert deux sinistres sans demander la production du rapport du service régional d'incendie. Même si ceux-ci étaient d'ampleur minime, en ne demandant pas ledit rapport, l'assureur a induit son assuré en erreur, puisque celui-ci pensait que le risque était couvert. Par conséquent, la Cour a estimé que, dans ces conditions (c'est-à-dire en se rendant compte qu'il avait couvert deux sinistres sans demander le document et sans explication aucune à son assuré sur sa décision de couvrir ces sinistres), l'assureur qui voulait appliquer la clause (de suspension) ne s'était pas comporté comme un assureur prudent et diligent. Manquant à son obligation d'exécution de bonne foi des conventions, il n'a pas pu se prévaloir de cette clause¹⁶³.

34. Invoquer une cause d'exclusion non clairement définie. Lorsqu'une intervention est demandée à l'assureur suite à un acte de vandalisme, celui-ci ne peut se retrancher derrière un terme peu clair du contrat pour refuser d'intervenir. Ce faisant, il méconnaît le principe d'exécution de bonne foi des conventions. Il est rappelé que le devoir d'information repose sur le professionnel¹⁶⁴.

35. Laisser penser que le cocontractant n'est pas responsable puis le mettre en cause. Un incendie est survenu dans un café au rez-de-chaussée d'un immeuble. L'expert désigné par le Parquet a noté que le feu avait pris dans le coffret électrique suite à une infiltration d'eau après de fortes pluies. Le tribunal relève que ce n'est qu'après cinq ans que le propriétaire a mis en cause sa locataire (qui n'a pas été impliquée dans la recherche de la cause de l'incendie ni dans l'évaluation des dommages). Dans ce contexte, cette attitude est contraire à la bonne foi. Il en va de même de l'assureur de la sous-locataire, qui n'a mis en cause la responsabilité de la locataire qu'après six ans, en lui réclamant 93 000 euros, alors qu'on lui avait laissé penser qu'elle n'était pas responsable¹⁶⁵.

36. Pour un assureur, intervenir aux côtés de son assuré. L'assureur, qui refuse de prendre part aux procédures judiciaires et aux réunions de négociations annoncées par son assuré, et qui refuse de prendre position clairement et définitivement malgré les demandes de son assuré, n'exécute pas le contrat de bonne foi. La Cour de cassation entérine la décision du juge qui déclare que ce comportement justifie l'opposabilité des transactions conclues par son assuré¹⁶⁶.

¹⁶³ Mons (16^e ch.), 12 novembre 2015, *Bull. ass.*, 2017, p. 53.

¹⁶⁴ J.P. Charleroi (3^e canton), 21 septembre 2016, *J.J.P.*, 2018, p. 52.

¹⁶⁵ Comm. Louvain (2^e ch.), 7 octobre 2014, *R.W.*, 2016-2017, p. 353 ; *T.B.O.*, 2016, p. 366.

¹⁶⁶ Cass. (1^{re} ch.), 30 septembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2452.

37. Payer les indemnités dues et faire le nécessaire pour l'évaluation finale. Après un incendie ayant rendu une maison inhabitable, un assureur ne se comporte pas de bonne foi lorsque, contrairement à ses conditions générales, il paie seulement 5 000 euros directement alors que son propre expert évaluait le dommage à plus de 44 000 euros, veut faire avancer les frais d'un troisième expert par l'assuré, refuse de payer le montant de l'indemnisation fixée par l'expert judiciaire et ne le fait qu'après signification du jugement. Il doit dès lors indemniser le dommage causé par son attitude, dont notamment la perte de jouissance du logement jusqu'au paiement de la somme intégrale (sept ans après)¹⁶⁷.

38. Récupérer le paiement indu à l'assuré. La bonne foi doit présider aux relations entre assuré et assureur. Lorsque ce dernier verse l'indemnité à son assuré et qu'il apparaît ensuite que sa déclaration était inexacte (il avait déclaré à la police avoir évité un sanglier et percuté un poteau, tandis que, dans sa déclaration de sinistre, il avait dit avoir touché un sanglier – ce qui rentrait cette fois dans le cadre de la garantie), l'assureur est fondé à récupérer le montant indûment payé¹⁶⁸.

39. Résilier brutalement un contrat. La résiliation brutale et immédiate d'un contrat d'assurance par l'assureur a été jugée contraire au principe de l'exécution de bonne foi des conventions¹⁶⁹. Ce faisant, il abuse du droit qui lui est conféré par la convention (quand bien même il respectait, au sens strict, les conditions de l'ancienne loi sur le contrat d'assurance terrestre)¹⁷⁰.

B. Bonne foi et concurrence

40. Employé et concurrence. Un employeur peut limiter ou interdire à un employé d'exercer une activité complémentaire concurrente ou susceptible d'entrer en concurrence ou en conflit d'intérêts avec ce qui l'occupe dans le cadre de son contrat de travail, en vertu du principe d'exécution de bonne foi des conventions et de l'article 17, 3°, de la loi du 3 juillet 1978 selon lequel « le travailleur a l'obligation de s'abstenir, tant au cours du contrat qu'après la cessation de celui-ci de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence

¹⁶⁷ Gand (1^{re} ch.ter), 25 février 2021, *Bull. ass.*, 2021, p. 377.

¹⁶⁸ Liège (3^e ch.), 23 mars 2015, *Bull. ass.*, 2014, p. 293.

¹⁶⁹ Cass. (2^e ch.), 12 février 2014, R.G. n° P.13.1304.F (le fait de laisser courir la suspension de la garantie à l'encontre du preneur, en lui réclamant ensuite le paiement de la prime, tout en n'ayant, dans l'intervalle, supporté aucun risque allait à l'encontre du principe de loyauté contractuelle. En outre, l'assuré a pu perdre de vue le risque de résiliation vu le long délai de 122 jours de suspension. Enfin, la résiliation a été presque instantanée puisqu'elle a eu effet le lendemain du dépôt de la lettre à la poste).

¹⁷⁰ J. MUYLDERMANS, « La bonne foi et la résiliation pour motif de non-paiement des primes », *Obs. sous Cass.* (2^e ch.), 12 février 2014, R.G. n° P.13.1304.F, *Bull. ass.*, 2014, pp. 178 et 179.

déloyale, toute concurrence accomplie pendant la durée du contrat étant par elle-même déloyale »¹⁷¹.

Il en va *a fortiori* de même de l'employé qui exerce une autre activité (réalisation de devis et de certificats énergétiques) pour son compte ou celui d'un concurrent durant son temps de travail, et tente de débaucher une partie de la clientèle¹⁷².

Par ailleurs, est contraire au principe d'exécution de bonne foi des conventions le fait qu'une personne salariée sollicite ou débauche, pour son compte, le personnel de son employeur¹⁷³.

En outre, alors qu'il a été convenu qu'aucun travail ne devait être presté pendant le préavis, l'employé qui commence à travailler pour un concurrent durant cette période peut être licencié pour motif grave¹⁷⁴.

Après la fin du contrat, l'employé peut prendre contact avec les clients de son ancien employeur, pourvu que les moyens soient licites¹⁷⁵.

41. Collaborateur indépendant et concurrence. Les parties concluent généralement des conventions dans lesquelles figurent des clauses spécifiques en matière de concurrence. En l'absence de telles clauses, la concurrence exercée pendant la relation de travail n'est pas automatiquement déloyale. La convention doit toutefois être exercée de bonne foi¹⁷⁶.

42. Par un administrateur de société. Un administrateur se doit d'exercer son mandat de bonne foi. En ce sens, la Cour de cassation a récemment confirmé qu'il doit être loyal vis-à-vis de ladite société et ne peut exercer d'activité concurrente à celle-ci (sauf clause contraire). Dans cet arrêt de principe, elle a toutefois considéré que cette obligation prend fin en même temps que le mandat (sauf convention contraire et pour autant qu'il ne s'agisse pas de concurrence déloyale¹⁷⁷). L'administrateur peut dès lors exercer une activité concurrente après la fin de son mandat, sans qu'un manquement à

¹⁷¹ C. trav. Liège (div. Namur) (6^e ch.), 24 août 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1874. Voy. ég. C. trav. Mons (3^e ch.), 9 juillet 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 485. Voy. ég. nombre d'illustrations jurisprudentielles citées par Fr. SHAPIRA, *op. cit.*, pp. 27-31.

¹⁷² C. trav. Liège (div. Namur) (13^e ch.), 17 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1164 ; *J.T.T.*, 2016, p. 1238 ; *Chron. D.S.*, 2016, p. 204.

¹⁷³ Pour des illustrations jurisprudentielles, voy. Fr. SHAPIRA, *ibidem*, pp. 26 et 27.

¹⁷⁴ C. trav. Gand (8^e ch.), 11 février 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 305.

¹⁷⁵ C. trav. Mons (3^e ch.), 9 juillet 2014, *J.T.T.*, 2014, p. 485. Sur la période postérieure au contrat de travail ou à la collaboration (sans plus spécifiquement renvoyer à la bonne foi), voy. Fr. SHAPIRA, *op. cit.*, pp. 31-68.

¹⁷⁶ Sur ces questions et pour des illustrations jurisprudentielles, voy. Fr. SHAPIRA, *Sollicitation et débauchage de personnel et de clientèle*, Liège, Kluwer, 2021, pp. 11-22, 26 et 27. Il y aborde également la période postérieure au contrat de travail ou à la collaboration (sans plus spécifiquement renvoyer à la bonne foi) aux pages 31 à 68. Voy. ég. Comm. Anvers (21^e ch.), 26 février 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 912.

¹⁷⁷ Voy. Gand (7^e ch.), 13 octobre 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 4 (somm.).

son devoir de loyauté (compris dans l'obligation d'exécution de bonne foi de son mandat) ne puisse lui être reproché¹⁷⁸.

C. Cas particuliers

43. Notre propos se voulant généraliste, nous renvoyons vers des contributions spécialisées ou des décisions de jurisprudence pour les applications particulières, notamment en matière de :

- droit du travail (autres que concurrence)¹⁷⁹ ;
- chômage¹⁸⁰ ;
- règlement collectif de dettes¹⁸¹ ;
- droit familial et liquidation-partage¹⁸² ;
- contrats d'agence d'assurance¹⁸³ ;
- contrats de distribution commerciale (notamment agence)¹⁸⁴ ;

¹⁷⁸ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2020, R.G. n° C.18.0144.N., R.G.D.C., 2021, p. 79. Pour aller plus loin sur cette question, voy. M. SERVAIS, « Friction entre libre concurrence et exécution de bonne foi des conventions : la Cour de cassation fixe les limites de l'obligation de non-concurrence », R.G.D.C., 2021, pp. 83-92 ; H. CULOT, « Un administrateur peut-il faire concurrence à la société qu'il dirige ? », *Les Pages*, 2020, n° 85 ; Prés. Trib. entr. Bruxelles, 29 juillet 2020, *Ann. prat. marché*, 2020, p. 582 (somm.) ; Anvers (5^e ch. B), 9 novembre 2017, J.D.S.C., 2019, p. 71, note M. COIPEL ; T.R.V., 2018, p. 418, note N. HALLEMEESCH.

¹⁷⁹ Fr. SHAPIRA, *op. cit.*, pp. 27-68 ; Q. CORDIER, « L'incidence du principe d'exécution de bonne foi des conventions dans les relations de travail », in S. GILSON et C. BEDORET (dir.), *Les mécanismes civilistes dans la relation de travail*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 205-258 ; O. DEPRINCE et J. TASSET, « La concurrence du salarié à son employeur et l'obligation de bonne foi : quelques réflexions », in Ch-E. CLESSE et S. GILSON (dir.), *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 11-38 ; C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 8 janvier 2019, J.T.T., 2020, p. 370 ; C. trav. Liège (div. Namur) (6^e ch.), 24 avril 2018, J.L.M.B., 2018, p. 1863 ; J.T.T., 2018, p. 431 ; C. trav. Liège (div. Namur) (6^e ch.), 6 novembre 2015, J.T.T., 2016, p. 44 ; *Chron. D.S.*, 2016, p. 198 ; C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 24 octobre 2014, J.T.T., 2015, p. 46 ; C. trav. Liège (6^e ch.), 25 juin 2010, J.T.T., 2010, p. 423 ; *Chron. D.S.*, 2013, p. 194, note C. CLESSE.

¹⁸⁰ Voy. D. AGUILAR Y CRUZ et B. SCHRETTET, « La bonne foi en matière de chômage », *op. cit.*, pp. 31-38 ; C. trav. Liège (6^e ch.), 14 décembre 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 248.

¹⁸¹ D. BOVY et S. HUMBLET, « La bonne foi contractuelle, l'organisation d'insolvabilité et la bonne foi procédurale sous l'angle de l'admissibilité et le règlement collectif de dettes », *op. cit.*, pp. 176-179 ; C. trav. Bruxelles (11^e ch.), 7 mai 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 140.

¹⁸² Anvers, 20 janvier 2018, NjW, 2019, p. 339, note G. DEGEEST ; Civ. Namur (div. Dinant), 18 janvier 2018, R.G.D.C., 2021, p. 272 (recl successoral – absence de preuve de bonne foi) ; Bruxelles (43^e ch.), 25 février 2016, *Rev. trim. dr. fam.*, 2018, p. 927 ; Civ. Limbourg, 17 novembre 2014, R.A.B.G., 2015, p. 260 (pension alimentaire) ; Liège (14^e ch. a), 4 septembre 2014, R.G.D.C., 2016, p. 175 ; Civ. Bruxelles (9^e ch.), 11 octobre 2013, R.G.D.C., 2016, p. 370 (donation entre époux) ; Civ. Bruges (10^e ch.), 6 juin 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 720 (pension alimentaire).

¹⁸³ P. DEMOLIN, « La notion de comportement loyal et de bonne foi dans le cadre de l'exécution des contrats d'agence d'assurance », *op. cit.*, pp. 77 à 81.

¹⁸⁴ N. GODIN et P. KILESTE, *Contrat d'agence commerciale*, *op. cit.*, pp. 27-31 ; P. KILESTE et C. STAUDT, « Rôles de l'équité, de la bonne foi et des usages dans les contrats de distribution commerciale », in D. PUTZEYS (dir.), *Regards croisés sur la distribution : concession, agence et franchise*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 3-50 ; Trib. entr. Bruxelles, 8 janvier 2019, R.A.B.G., 2019, p. 1450 (faute de la société de bourse qui a manqué à la bonne foi et faute de l'agent bancaire engageant la responsabilité extracontractuelle de son commettant) ; Anvers, 19 novembre 2019, R.A.B.G., 2020, p. 354 ; Liège (7^e ch.), 12 mai 2016, D.A.O.R., 2017, p. 61 ; Liège (14^e ch.), 4 juin 2015, J.L.M.B., 2017, p. 564, note A. DEJOLLIET et P. KILESTE ; Liège (14^e ch.), 27 novembre 2014, J.L.M.B., 2017, p. 909 (somm.), note P. KILESTE et C. STAUDT. Plus spécifiquement concernant la phase précontractuelle des accords de partenariat commercial, voy. N. WOUTERS, « Obligation d'information précontractuelle : la bonne foi plus actuelle que jamais », *op. cit.*, pp. 281-300.

- sociétés commerciales¹⁸⁵ et actionnariat¹⁸⁶ ;
- droits réels¹⁸⁷.

Conclusion

À la fin du xx^e siècle, M. Storme écrivait que la bonne foi était devenue « l'expression par excellence de la postmodernité » et « probablement l'une des conquêtes les plus importantes de ce dernier quart de siècle ». Il soulignait l'importance d'en élargir le domaine d'application vers un « macrocosme »¹⁸⁸.

Si la consécration d'un principe général du droit n'est pas à l'ordre du jour, une consécration légale est intervenue, dans la lignée des solutions retenues en doctrine et en jurisprudence.

Il ressort en outre de la volonté des rédacteurs du Code civil (encore en projet pour la responsabilité civile extracontractuelle) d'aligner les notions puisque, sur les deux plans, on utilise les termes « personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

Les nombreuses illustrations témoignent enfin de la multiplicité des applications de la bonne foi ainsi que de l'appréciation opérée par les juridictions de ce que doit être cette personne, prudente et raisonnable, dans les circonstances données, dans l'époque dans laquelle nous vivons. Elle n'aura donc de cesse d'évoluer.

¹⁸⁵ Comm. Bruxelles, 15 janvier 2014, *R.A.B.G.*, 2015, p. 347 ; Gand (12^e ch.), 19 septembre 2012, *T.R.V.*, 2015, p. 732, note J. VANANROYE et R. FORIERS ; Liège (14^e ch.), 16 février 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1493 ; *T.R.V.*, 2012, p. 669, note C. CLOTTENS ; Bruxelles (8^e ch.), 14 décembre 2010, *T.R.V.*, 2015, p. 762, note J. VANANROYE et R. FORIERS.

¹⁸⁶ Bruxelles (8^e ch.), 25 mars 2019, *T.R.V.*, 2019, p. 784, note L. DE MEULEMEESTER ; Civ. Anvers, 26 avril 2019, *R.A.B.G.*, 2019, p. 1428.

¹⁸⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 369 et 370 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le devoir et l'obligation de bonne foi dans les droits de créance et les droits réels », *op. cit.*, pp. 252 à 273, et 294 à 298. Voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 2 octobre 2018, R.G. n° P.17.0854.N, disponible sur www.juportal.be ; Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 2011, R.G. n° C.10.0479.N, *Pas.*, 2011, p. 1333 ; Gand, 20 décembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 1303, note J. BAECK et H. VAN CAUWENBERGE ; Liège (3^e ch.), 18 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 36 ; Liège (3^e ch. A), 3 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 77 ; Mons (7^e ch.), 16 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 176 ; Civ. Bruxelles (11^e ch.), 2 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2016, p. 495 (clause de réserve de propriété) ; J.P. Tournai, 3 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1862 (droit de préemption).

¹⁸⁸ À savoir « la société commerciale, la communauté des citoyens, l'entreprise [...], le macroprocès, [...] un événement social, [...] la communauté nationale, européenne et internationale » : M. STORME, *op. cit.*, p. 17.

La rectification des erreurs matérielles

François CUVELIER

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

« L'esprit français répugnant aux formules législatives trop abstraites [...], les tribunaux sont conduits à des généralisations, quelquefois par la seule force de la logique, force toujours puissante pour nos mentalités latines, souvent par l'équité, plus souvent encore par l'utilité pratique. »
(E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923)

Introduction

1. Propos liminaires. Alors que, pour les Anciens, l'erreur était simplement humaine, pour les juristes, elle est tantôt unilatérale ou commune, légitime ou non, manifeste, invincible, spontanée ou provoquée, judiciaire, de fait ou de droit, d'appréciation, excusable ou non. Elle peut porter sur la substance, la personne, les motifs, la cause, le prix, ou encore sur la valeur. Dans le contexte juridique, l'erreur fait donc partie de ces concepts multiformes pour lesquels il est particulièrement malaisé de regrouper, en une théorie unique, les règles de droit qui les appréhendent. Ces règles ont toutefois pour point commun de s'intéresser à l'erreur afin d'analyser ses effets sur la validité de l'acte qui en est entaché. En droit des contrats par exemple, l'erreur – dont le régime et les conséquences ont été largement commentés¹ – est appréhendée comme l'un des trois vices de consentement susceptibles de conduire à l'annulation de la convention qui en est affectée.

Un autre type d'erreur a, assez logiquement, beaucoup moins retenu l'attention de la doctrine et de la jurisprudence. Il s'agit de l'erreur dite « matérielle », que l'on pourrait définir à ce stade comme l'inexactitude résultant d'un défaut d'attention du rédacteur d'un acte qui, bien qu'elle n'en affecte pas la validité ou l'économie, altère la lettre, l'expression de la pensée de son

* L'auteur remercie vivement le Professeur R. Jafferali pour sa relecture attentive et ses commentaires éclairés.

¹ Voy. not. R. CÉLICE, *L'erreur dans les contrats*, thèse, Université de Paris, 1922 ; J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., 1972 ; C. JASSOGNE, « Réflexions à propos de l'erreur », *R.G.D.C.*, 1994/2, p. 105 et C. BRENNER « L'erreur dans la théorie des vices de consentement », in J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER (dir.), *L'erreur*, Cahiers de sciences morales et politiques, Paris, PUF, 2007, pp. 33-50.

rédacteur et appelle à être rectifiée. Autrement dit, c'est l'erreur de rédaction grossière que l'on décèle sans peine, et à laquelle le droit refuse d'attacher des conséquences juridiques, si ce n'est pour en admettre le redressement.

Le législateur prévoit, en différentes matières, la possibilité de faire rectifier de telles erreurs, qu'il s'agisse d'erreurs « de plume » ou de calcul. Sans chercher à être exhaustif², l'on peut citer les régimes de rectification de l'erreur matérielle affectant la volonté des parties (art. 5.32 C. civ.), une décision de justice (art. 794 C. jud.), une sentence arbitrale (art. 1715, § 1^{er}, a), C. jud.), des comptes arrêtés en justice (art. 1368 C. jud.), un acte de l'état civil (art. 33 anc. C. civ.), l'impôt sur le revenu (art. 376 C.I.R.), les comptes des sociétés (art. 3:19, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.S.A.) ou encore l'offre d'un soumissionnaire dans le cadre de la passation de marchés publics (art. 34, § 1^{er}, A.R. du 18 avril 2017). Ces dispositions procèdent toutes de l'idée selon laquelle l'erreur matérielle qui résulte de l'inadvertance du rédacteur d'un acte juridique ne peut en affecter la validité, mais seulement être « corrigée », « réparée », « rectifiée », « révisée » ou encore « redressée » selon la terminologie employée par la disposition applicable. Outre ces habilitations légales expresses, la Cour de cassation a admis que le juge puisse rectifier l'erreur matérielle glissée dans des actes juridiques aussi variés que des actes notariés³, un réquisitoire du ministère public⁴, un rapport d'expertise⁵ ou encore une disposition législative ou réglementaire⁶.

Compte tenu de la diversité des régimes légaux et jurisprudentiels prévoyant la possibilité de rectifier les erreurs matérielles, il est légitime de s'interroger sur l'existence d'un principe général du droit admettant que ces erreurs puissent, en toute matière et pour tout acte, être corrigées sans affecter leur validité, et dont les différents régimes de notre droit positif ne seraient que des applications purement énonciatives. Si un tel principe général du droit n'a pas été reconnu par notre Cour de cassation⁷ – à qui revient la tâche de les

² D'autres régimes légaux ou jurisprudentiels prévoient en effet la rectification d'erreurs matérielles. On citera encore la rectification de l'erreur matérielle contenue dans un certificat établi par le juge en application d'un règlement européen (art. 801bis C. jud.), la rectification des erreurs matérielles affectant l'identité des jurés figurant sur la liste des jurés à l'occasion d'un procès d'assises (art. 240bis C. jud.), la rectification d'une erreur matérielle contenue dans une décision émanant d'une institution de sécurité sociale (art. 17, al. 1^{er} de la Charte de l'assuré social) ou encore le pouvoir de la Cour de cassation de rectifier des erreurs matérielles dans la décision soumise à sa censure (Cass., 21 novembre 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 480).

³ Cass., 18 décembre 1947, *Pas.*, 1947, p. 553.

⁴ Cass., 22 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2123.

⁵ Cass., 2 novembre 2022, n° P.22.0838.F/1, disponible sur www.juportal.be.

⁶ Cass., 22 septembre 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 378.

⁷ Comme l'observe notamment W. GOOSSENS dans son ouvrage *Aanneming van werk – Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Bruges, la Charte, 2003, p. 601, n° 706 : « *Al heeft het Hof van Cassatie dit beginsel nog niet formeel als een algemeen rechtsbeginsel erkend, [...].* » Voy. également B. KOHL, *Droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 106.

« découvrir »⁸ –, il a été qualifié comme tel par la doctrine la plus éminente, tant en Belgique qu'en France⁹. Ainsi, selon H. De Page, le « principe » selon lequel les erreurs matérielles ne donnent jamais lieu qu'à rectification « est d'ailleurs général »¹⁰. Plus récemment, P. Van Ommeslaghe faisait observer que le « principe » suivant lequel l'erreur matérielle ou de calcul peut toujours être rectifiée est « une règle à caractère tout à fait général »¹¹.

D'un autre côté, on sait toute la prudence dont la Cour de cassation fait preuve dans la consécration de principes généraux du droit¹², notamment lorsqu'elle constate qu'un principe ne jouit pas d'une autonomie suffisante par rapport à d'autres. En ce sens, on serait tenté de voir dans certains régimes de droit privé admettant la rectification d'erreurs matérielles une simple application d'autres principes, plus ou moins généraux, que sont l'exécution de bonne foi des conventions ou la prééminence de la volonté réelle des parties¹³. Du reste, on considère volontiers que le recours aux principes généraux du droit ne se justifie qu'en l'absence de dispositions applicables à la situation soumise à l'appréciation du juge¹⁴. Or, de tels textes légaux ne semblent *a priori* pas manquer en l'espèce et, lorsque le juge procède à la rectification d'une erreur matérielle en dehors des hypothèses légalement prévues, aucun détour par un principe général qui le lui autoriserait n'est jugé nécessaire – la solution semblant être guidée par des considérations relevant du « bon sens ». Enfin, l'existence de régimes admettant la rectification dans la quasi-totalité des branches du droit rend particulièrement difficile de circonscrire le champ d'application et la portée exacte d'un principe général qui admettrait, de manière transversale, pour tout acte et dans toute matière, la rectification des erreurs matérielles.

⁸ À propos de la « découverte » des principes généraux du droit, voy. la contribution de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck dans le présent ouvrage : R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », in Y. NINANE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, nos 12 et s.

⁹ Pour une référence récente de droit français, voy. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., p. 290, n° 307.3°) : « C'est ainsi que les articles 1269 du Code de procédure civile pour les redditions de compte, et 2058 du Code civil pour les transactions, disent que les erreurs purement arithmétiques doivent être rectifiées. Ce ne sont que les applications d'un principe général. »

¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 53, n° 41bis.

¹¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 244. Voy. également l'ensemble des références citées *infra*, n° 29.

¹² Voire la « méfiance » dont elle fait preuve, selon P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1108. Voy. également R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », *op. cit.*, n° 19.

¹³ On rappellera que la Cour de cassation a refusé de reconnaître comme principe général du droit l'affirmation de la prééminence de la volonté réelle des parties sur la volonté déclarée, dans l'interprétation des écrits (Cass., 19 février 1987, *Pas.*, I, n° 367). À propos de la différence (supposée ?) entre la rectification et l'interprétation du contrat, voy. *infra*, n° 28.

¹⁴ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69 et E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, n° 5559, p. 547.

2. Objet et plan de la contribution. Partant de ces considérations, cette contribution cherche à répondre à la question qu'impose le constat de la diversité des régimes de rectification de l'erreur matérielle : existe-t-il un principe général du droit en vertu duquel toute erreur matérielle (ne) pourrait (qu')être rectifiée ? Quoique d'un intérêt pratique limité, il nous a paru utile de réserver à cette question la présente contribution en raison, notamment, de la consécration – désormais expresse – d'une sanction juridique propre aux erreurs matérielles en matière contractuelle à l'article 5.32 du Code civil.

Répondre à cette question appelle une démarche en deux temps. Il s'agit, d'abord, d'examiner et de rapprocher les principaux régimes de droit privé admettant la rectification des erreurs matérielles (Section 1), pour ensuite confronter le principe qu'ils semblent tous traduire, chacun dans les matières qui les intéressent, aux caractéristiques essentielles des principes généraux du droit (Section 2).

Section 1

L'erreur matérielle et sa rectification en droit privé

3. Plan. Un bref détour historique (Sous-section 1) est nécessaire à la compréhension de l'émergence progressive des régimes de droit privé admettant la rectification des erreurs matérielles (Sous-section 2), et dont l'examen et la comparaison permettent, ensuite, d'esquisser les grandes lignes d'une théorie générale de l'erreur matérielle (Sous-section 3).

Sous-section 1

Retour aux sources de la rectification de l'erreur matérielle

4. Le droit romain. Assurément, les régimes légaux modernes prévoyant la rectification des erreurs matérielles plongent leurs racines dans le droit romain. Celui-ci comprenait quatre lois¹⁵ en matière d'erreurs de calcul dans l'établissement des comptes¹⁶, au premier chef desquelles la loi I, C, *De errore*

¹⁵ Ph.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 3^e éd., t. I, Paris, Garnery, 1829, p. 523, « Compte ». Il s'agit de la loi 8, D de *administratione rerum ad civitates pertienium*, de la loi I, C de *errore calculi*, de la loi 2, C de *res judicata* ainsi que de la loi 1, § 1, D, *quae sententiae sine appellatione rescidantur*.

¹⁶ Les comptes sont un état détaillé de recettes et de dépenses, de sommes dues ou de sommes payées, établissant la situation, comme débiteur ou comme créancier, de celui qui le présente (le « rendant ») vis-à-vis de celui à qui le compte est rendu (l'« oyant »). Ainsi, *rendre compte*, c'est présenter à celui dont on a géré les affaires un état détaillé des opérations auxquelles la gestion a donné lieu, en vue de déterminer les droits et obligations réciproques qui en sont issus et, partant, la créance définitive de l'une des parties au compte envers l'autre. Voy. D. STERCK, « Redditions de compte », *Rép. not.*, t. XIII, La procédure notariale, Livre 5/2, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 29.

calculi, qui déclarait que « l'erreur de calcul ne nuit jamais à la vérité, [...] ; qu'ainsi, on peut toujours revenir sur un compte, quelque nombreux que soient les règlements qui ont été faits, à moins qu'il n'y soit intervenu un jugement ou une transaction »¹⁷. Au premier abord, il semblait résulter de ce texte que l'on ne pouvait jamais revenir sur une erreur de calcul glissée dans un compte arrêté en justice ou dans une transaction, ce que la loi D, C, *De res judicata* paraissait confirmer en défendant de rétracter les jugements sous prétexte d'erreurs de calcul¹⁸. Toutefois, la loi 1, § 1 D, *Quae sententiae sine appellatione rescidantur*, expliquait que si l'erreur de calcul se rencontrait en toutes lettres dans le jugement même, elle pouvait alors être corrigée.

5. La doctrine des romanistes, la coutume et la réforme de la procédure civile. À partir de la lecture combinée de ces lois, les romanistes du Moyen Âge ont enseigné que les jugements et transactions intervenant sur comptes litigieux pouvaient être redressés pour cause d'erreur de calcul, à la condition que l'erreur y soit exprimée en toutes lettres, c'est-à-dire qu'elle soit « matérielle et patente »¹⁹. C'est en ce sens que Pothier déclarait que si l'autorité de chose jugée attachée aux décisions de justice défendait qu'une partie puisse, en principe, « offrir de justifier que le juge est tombé dans quelque erreur, même de simple calcul », c'était exception faite de l'hypothèse où « l'erreur de calcul se rencontrait dans le jugement même, [auquel cas] cette erreur se réformerait »²⁰, sans qu'il eût été nécessaire de former appel de la décision. Ainsi, poursuivait-il, « si le jugement portait : “Nous avons déclaré Jacques débiteur envers Pierre d'une somme de 50 liv. pour telle cause ; plus d'une somme de 25 liv. pour telle autre cause ; lesdites sommes faisant ensemble 100 liv., que nous avons condamné Jacques de payer à Pierre” ; l'erreur de calcul se trouvant, en ce cas, dans le jugement, se réformerait d'elle-même, et Pierre ne pourrait pas exiger la somme de 100 liv., mais seulement celle de 75 »²¹. Ces solutions étaient, du reste, constantes en droit coutumier – dans sa maxime n° 208 aux *Institutes coutumières* de 1607, Loysel déclarait ainsi que « [v]ice ou erreur de calcul et de compte se purge en tout temps », de la même manière que sa maxime n° 872 énonçait, en matière de jugements, qu'« [e]rreur de calcul ne passe jamais en force de chose jugée »²².

¹⁷ En latin : *Errorum calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerit, veritati non adferre praeiudicium saepe constitutum est ; unde rationes etiam saepe computatas denuo retractari posse, si res iudicatae non sunt vel transactio non intervenit, explorati iuris est.*

¹⁸ *Res judicata, si sub praetextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis.*

¹⁹ Selon les enseignements des jurisconsultes GODEFROY, TULDEN et BRUNNEMANN, cités par Ph.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, op. cit., p. 523.

²⁰ R.-J. POTHIER, *Traité du droit français. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin*, t. I, *Traité des obligations*, Paris, Ainé Bechet, 1824, pp. 511-512, n° 887.

²¹ *Ibid.*

²² Voy. A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, t. I, (avec les notes d'E. LABOULAYE), Paris, Durand, 1846. À condition toutefois, ici encore, que l'erreur de calcul se rencontre en toutes lettres dans la décision litigieuse.

Pour la bonne compréhension des développements qui suivent, il faut encore observer qu'outre l'action en redressement de comptes pour erreur de calcul, il était également offert aux parties de faire corriger, par une action en *révision* (c'est-à-dire quant au fond), toute erreur *substantielle* commise dans l'établissement des comptes. La partie à laquelle cette erreur pouvait porter préjudice avait ainsi le droit de solliciter un examen nouveau et détaillé de tous les articles qui composaient le compte²³. De telles demandes, « source d'embarras pour les tribunaux et de ruine pour les plaideurs »²⁴, furent toutefois prohibées par l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye du 20 avril 1667, dont l'article 21, titre 29, énonçait qu'il ne serait désormais plus « procédé à la révision d'aucun compte », exception faite seulement des « erreurs [matérielles], omissions de recette ou faux emplois ».

6. Les Codes napoléoniens. Qu'en est-il du système recueilli et énoncé par les Codes napoléoniens ? Sur la lignée de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye, l'article 541 du Code de procédure civile de 1806 maintenait l'interdiction des *actions en révision* (quant au fond) en matière de comptes arrêtés en justice²⁵, qualifiées dans les travaux préparatoires de « ruineuses et plus inextricables souvent que les comptes mêmes »²⁶, et laissait uniquement subsister l'*action en redressement* en cas d'erreurs matérielles, omissions, faux ou doubles emplois²⁷. Dans le Code civil de 1804, l'article 2058 fut rédigé afin de prévenir toute difficulté liée à la commission d'erreurs de calcul dans les transactions sur comptes litigieux²⁸ – et, plus largement, dans tout type de transaction, dont on sait qu'elles impliquent le plus souvent une obligation pécuniaire à charge de l'une des parties. L'article 2058 énonçait en ce sens que « [l]'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée », ce qui signifie deux choses : la première, que l'erreur de calcul ne peut conduire à

²³ F.-A. SEBIRE et F. CARTERET, *Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et jurisprudence en matière civile, administrative*, t. V, Paris, Videococq, 1836, p. 380.

²⁴ *Ibid.*, p. 359.

²⁵ La doctrine s'est très rapidement accordée à étendre les règles de l'article 541 du Code de procédure civile, édictées pour les comptes rendus en justice, aux comptes amiables ou conventionnels. Voy. A. CARPENTIER et al., *Répertoire général alphabétique du droit français : contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridiques l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence*, t. 12, (dir. E. FUZIER-HERMAN), Paris, L. Larose, 1894, p. 898.

²⁶ Discours de G.-J. FAVARD, repris dans J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. X, 1827, p. 206, n° 7, cité par H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 54, n° 41ter. Ce dernier poursuit que l'établissement des comptes est déjà « chose fort laborieuse et complexe » et que, partant, s'il était possible d'en poursuivre par après la révision quant au fond, « il ne servirait pratiquement plus à rien de faire un compte ; ou tout au moins faudrait-il toujours, pour apurer réellement et définitivement une situation, y ajouter un élément de transaction ».

²⁷ À propos de la révision des comptes, voy. *infra*, n° 14.

²⁸ L'on a toutefois très tôt admis que tous types d'erreurs matérielles – et non pas uniquement celles de calcul – pouvaient être rectifiés et, d'autre part, que le régime ainsi posé à l'article 2058 n'était pas propre aux transactions, mais bien applicable à tous les contrats (voy. *infra*, n° 11).

l'annulation de la transaction ; la seconde, qu'elle ne constitue pas un droit pour la partie qui pourrait en bénéficier, mais qu'elle doit être rectifiée²⁹. Il faut aussi observer qu'à l'initiative du Conseil d'État, la rédaction primitive de l'article 2058 était originellement nuancée par un second alinéa, rédigé comme suit : « Mais la transaction sur un compte litigieux ne peut être attaquée pour cause d'erreur ou d'inexactitude dans les articles du compte. » Cette phrase fut toutefois rapidement abandonnée à l'initiative du sénateur F.-D. Tronchet, qui rappela qu'elle « blessait le *principe généralement reçu*, qu'on est admis, dans tous les cas, à revenir contre les erreurs de calcul »³⁰. Quelque sacrée que soit donc la transaction – qui, dès lors qu'elle vise à mettre fin ou à prévenir un litige, ne doit pas pouvoir être remise en question par les parties avec trop de facilité³¹ –, elle ne peut toutefois pas empêcher la correction des erreurs de calcul, par nature toujours rectifiables.

7. Premières tentatives de déduction d'un principe général au départ des articles 541 du Code de procédure civile et 2058 de l'ancien Code civil. La lecture des premiers commentaires et décisions de justice faisant application de ces deux articles est instructive. Elle nous apprend que l'on admettait déjà volontiers, au début du XIX^e siècle, que ces dispositions n'étaient que deux cas d'application, en matière de comptes arrêtés en justice et de transactions, d'un principe plus général voulant que l'erreur de calcul (et plus largement, toute erreur matérielle) ne puisse conduire à la nullité de l'acte juridique qui en était entaché, mais uniquement être rectifiée. Par exemple, dans un arrêt du 28 mars 1815³², la Cour de cassation de France avait-elle déjà confirmé que l'article 541 du Code de procédure civile ne s'appliquait pas uniquement aux comptes à rendre par les personnes ayant administré les affaires d'autrui³³, mais également et « par extension », aux comptes courants entre commerçants³⁴. C'est cette solution qu'impliquait en effet le constat que « l'article 541 ne fait qu'appliquer aux jugements qui interviennent sur

²⁹ L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement & des transactions : livre III, titres XIV et XV du Code civil*, Paris, Pedone-Lauriel, 1894, n° 161 : « Ces deux idées sont également faciles à justifier. Il est évident, d'abord, que l'erreur de calcul ne peut profiter à l'une des parties ; ce serait, de la part de celle-ci, un acte malhonnête que la loi ne peut tolérer. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire, pour réparer l'erreur commise, d'annuler la transaction, il suffit de rectifier l'erreur, et c'est ce que prescrit l'article 2058. »

³⁰ Intervention de F.-D. TRONCHET, cité par R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Du mandat, du cautionnement et des transactions*, Bruxelles, Société typographique belge A. Wahlen, 1846, p. 681.

³¹ Ce qui a conduit le législateur à exclure toute possibilité d'annulation de la transaction pour erreur de droit. (Voy. A. RIGOLET, *Le contrat de transaction*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 94, n° 128).

³² Cass. fr., 28 mars 1815, cité par Ph.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, op. cit., p. 537.

³³ En droit civil, l'obligation de rendre compte est, en général, la conséquence d'une gestion antérieure que l'on a eue des affaires d'autrui. Voy. F.-A. SEBIRE et F. CARTERET, *Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et jurisprudence en matière civile, administrative*, op. cit., p. 358.

³⁴ En droit commercial, le compte présente le tableau des opérations faites entre deux entreprises, les sommes dues et les sommes payées.

les comptes proprement dits, *un principe commun à tous les jugements, à tous les traités, à tous les actes possibles*, à savoir, que l'erreur de calcul est toujours réparable »³⁵, propos que l'on peut d'ailleurs relier à ceux de R.-T. Troplong qui, commentant la solution posée à l'article 2058 du Code Napoléon, explique qu'« *en quelque lieu, en quelque acte* que se trouve une erreur de calcul, erreur matérielle, erreur toujours involontaire, il faut qu'elle disparaisse. Elle est perpétuellement sujette à réparation »³⁶.

8. Premières tentatives de déduction d'un principe général – suite.

C'est surtout la manière dont ces deux dispositions ont été invoquées pour justifier la validité de l'action en rectification des jugements et arrêts – laquelle n'a été expressément consacrée par un texte de loi que tardivement, tant en droit belge³⁷ qu'en droit français³⁸ – qui éclaire sur la généralité du principe de rectification. On ne trouvait en effet dans le Code de procédure civile de 1806 aucune disposition autorisant, de manière générale, la rectification des erreurs matérielles dans les décisions de justice ; toutefois, la règle, héritée du droit romain³⁹, selon laquelle l'épuisement des pouvoirs du juge, une fois sa décision rendue, ne l'empêchait pas de la rectifier ou de l'interpréter, était passée dans l'ancien droit, puis le droit moderne, sans qu'aucun texte de loi ne la consacre⁴⁰. La Cour de cassation de France avait d'ailleurs très tôt admis la validité de l'action en rectification des jugements et arrêts⁴¹, dont le principe était « justifi[é] par cette *maxime* que les erreurs de calcul sont des erreurs matérielles qui sont toujours réparables »⁴². À l'examen, il apparaît que les cours

³⁵ Ph.-A. MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, op. cit., p. 537, commentant la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 mars 1815. Voy. également E. DE GRANGES, *Encyclopédie du commerçant. Dictionnaire du commerce et des marchandises*, t. I, Paris, Hachette, 1855, p. 422 qui, à propos de l'erreur de calcul dans les jugements commerciaux statuant sur des comptes litigieux, défend que c'est « par induction » et au départ de l'article 541 du Code de procédure civile qu'il faut admettre que les tribunaux de commerce puissent revenir eux aussi sur les erreurs de calcul qui se sont glissées dans leurs jugements rendus sur comptes litigieux.

³⁶ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, op. cit., p. 194.

³⁷ En droit belge, à l'article 794 du Code judiciaire de 1967. Voy. *infra*, n° 13.

³⁸ En droit français, cette action est prévue à l'article 462 du Code de procédure civile, qui a été inséré par l'article 109 du décret n° 72-684 du 20 juillet 1972.

³⁹ Loi 1, §1 D, *Quae sententiae sine appellatione rescidantur*. Voy. *supra*, n° 4.

⁴⁰ Ch. DEMANGEAT, Fr. MOURON, Ch. BALLOT et E. OLLIVIER, *Revue pratique du droit français*, t. VII, Paris, A. Marecq Ainé, 1859, p. 35. Voy. également Bruxelles, 4 janvier 1862, *Pas.*, II, 1862, p. 145 : « Attendu que le recours [...] est recevable sous le code de procédure civile, quoique ce code ne contienne aucune disposition explicite à cet égard, tout comme il était recevable sous l'ordonnance de 1667 qui ne s'en occupait pas davantage ; que le silence du code de procédure s'explique par cette considération que le recours en interprétation [et en rectification] n'est en définitive qu'une contestation qui surgit sur l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt et dont la connaissance, aux termes de l'article 554 du code de procédure civile, appartient au tribunal d'exécution ».

⁴¹ Cass. fr., 30 juillet 1828, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, t. XVIII, 1828, première partie, p. 414 : « qu'une erreur matérielle commise dans un acte judiciaire est réparable par les juges qui ont concouru à ce même acte ».

⁴² E. D'AUVILLIERS, A.-F. TEULET et M. SULPICY, *Les Codes français annotés*, Paris, Librairie Videcoq, 1856, p. 280.

et tribunaux rectifiaient les décisions qu'ils avaient rendues sans toutefois se fonder sur une quelconque base légale ou principe qui les y autorisait, sauf parfois à faire référence à l'enseignement précité de la Cour de cassation. Mais certains juges – et là réside l'intérêt de notre propos – semblent néanmoins avoir voulu asseoir la rectification de l'erreur matérielle à laquelle ils procédaient sur une autorité légale les y autorisant expressément, en dégageant, au départ des articles 2058 du Code Napoléon et 541 du Code de procédure civile de 1806, un principe général du droit en la matière.

Aussi loin que l'on puisse remonter, un arrêt de la cour d'appel de Lyon rendu le 9 novembre 1854 mérite particulièrement l'attention. Pour justifier sa décision de rectifier l'erreur de calcul contenue dans le dispositif d'un précédent jugement, la cour d'appel s'est fondée sur le « principe général » voulant que « l'erreur de calcul doit toujours être réparée »⁴³. En l'espèce, les parties sollicitaient de la cour d'appel qu'elle rectifie un jugement rendu en première instance par le tribunal civil de Saint-Étienne et dont le dispositif fixait erronément le montant des dommages et intérêts dus au demandeur. Au terme d'un remarquable exercice d'induction-dédution, que l'on sait propre à la méthodologie de « découverte » des principes généraux du droit⁴⁴, la cour d'appel a déduit l'existence d'un principe général admettant la rectification des erreurs matérielles de calcul au départ de l'article 2058 de l'ancien Code civil, pour ensuite en faire application à la rectification d'une erreur de calcul contenue dans une décision de justice ne statuant pas en matière de transaction, ni d'ailleurs en matière de comptes :

« Attendu, toutefois, que [les parties] sollicite[nt] de la cour la fixation du véritable sens du jugement rendu par le tribunal civil de Saint-Étienne [...] et que, dès lors, il y a lieu d'examiner : 1° si la rectification d'une erreur de calcul commise dans le dispositif d'une sentence, peut être demandée ; 2° si cette erreur existe véritablement et quelle est sa quotité ;

Attendu que, suivant l'article 2058 du Code Napoléon, l'erreur de calcul doit toujours être réparée ; *que si ce principe n'est formellement posé que dans le rapport des transactions, il n'en a pas moins été toujours considéré comme un principe général, par la raison qu'aucun droit ne peut être établi par une méprise*

⁴³ Cour d'appel de Lyon (1^{re} ch.), *Sauzéas c. Mines de Monthieux*, 9 novembre 1854, *Jurisprudence de la Cour impériale de Lyon*, Mougin-Rusand, 1854, p. 384. Pour un autre exemple, voy. également le jugement du tribunal civil de Sélestat, *De Querrieu c. Commune de Mülbach*, 14 août 1861, *Répertoire de législation et de jurisprudence forestières : recueil périodique et critique*, vol. 1, 1863, pp. 147 et 148 : « L'ordonnance de 1667 [...] établit le principe que l'erreur de calcul, fût-elle renfermée dans un jugement, peut et doit toujours être réformée, principe confirmé par les dispositions du Code de procédure, article 541, et exprimé avec une grande énergie par M. Troplong (sur l'art. 2058) [...] Qu'il en devait être ainsi, puisque l'équité, qui est la base de la loi civile, défend de s'enrichir aux dépens d'autrui ».

⁴⁴ R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », *op. cit.*, n° 13.

ou par une inexactitude de chiffre ; que, surtout, son application ne saurait être déniée, lorsque la réparation de cette erreur est empruntée à l'acte lui-même et qu'il fournit les éléments à l'aide desquels elle est corrigée ; Attendu, dans la cause, que [...] l'erreur commise est de 475 fr., et qu'elle sera rectifiée en déclarant que la condamnation obtenue par [le demandeur], doit rester fixée à 12,000 fr. en principal ».

Si, comme on l'a dit, un tel détour par un supposé principe général du droit n'était, en soi, pas nécessaire à la solution retenue par la cour d'appel de Lyon, son raisonnement n'en reste pas moins instructif. Elle énonce en effet que la rectification des erreurs matérielles était, déjà à l'époque, « considérée » comme un principe général », dont l'article 2058 du Code Napoléon n'était qu'une expression « formelle » en matière de transactions. Ce faisant, la cour d'appel fait passer la rectification des erreurs matérielles de la simple « maxime », dépourvue de portée juridique, au rang de principe général du droit, dont on pourrait admettre l'application en dehors des deux hypothèses prévues par la loi. L'intérêt de cet arrêt réside également dans le fondement que la cour d'appel assigne au principe général ainsi dégagé, à savoir qu'« aucun droit ne peut être établi par méprise ». Il nous semble que cette justification principielle ne concerne d'ailleurs pas uniquement l'inexactitude de chiffre, mais bien tout type d'inexactitude purement matérielle contenue dans un acte juridique, dont il faut bien admettre qu'elle ne pourrait « nuire à la vérité » ; l'on pense ainsi à l'hypothèse où un juge, après avoir conclu à la responsabilité civile de Primus envers Secundus, aurait, par un défaut d'attention lors de la rédaction du nom des parties dans le dispositif de son jugement, condamné Secundus à payer des dommages et intérêts à Primus. Dans cette hypothèse, le bon sens répugne à ce que cette erreur matérielle ait une quelconque incidence sur la solution décidée par le juge et, partant, sur les droits des parties. L'erreur doit être neutralisée et reste sans effet : Secundus ne pourrait solliciter le paiement de dommages et intérêts à charge de Primus. Il faut enfin souligner la précision de la cour d'appel selon laquelle la rectification de l'erreur matérielle qui s'est glissée dans la décision doit être « empruntée à l'acte lui-même », qui fournit les éléments à l'aide desquels l'erreur doit être corrigée. Il s'agit là, nous y reviendrons⁴⁵, d'une caractéristique essentielle de l'erreur matérielle que l'on retrouve en toute matière.

9. Synthèse. Au terme de cette introduction historique, on retiendra que c'est à la lumière des lois romaines en matière d'erreurs de calcul dans l'établissement des comptes qu'il faut comprendre l'émergence des articles 2058 du Code Napoléon et 541 du Code de procédure civile. L'on a ensuite

⁴⁵ Voy. *infra*, n° 19.

progressivement induit, au départ de ces deux dispositions, la faculté pour les parties de réclamer la rectification des erreurs de calcul dans toute espèce de comptes, et même de toute erreur matérielle quelconque, dans les contrats et les jugements et arrêts⁴⁶. Consacrant encore plus avant le principe général en la matière, notre droit positif s'est progressivement étoffé de dispositions admettant, dans les différentes branches du droit privé qui les intéressent, que les erreurs matérielles doivent être rectifiées et ne puissent exercer une quelconque influence sur la validité de l'acte juridique qui en est affecté, ni sur l'étendue des droits qui y sont établis.

Sous-section 2

Les régimes de rectification de l'erreur matérielle en droit positif

10. L'absence de définition générique de l'erreur matérielle. Avant toute chose, il faut constater que, pas plus que la notion d'« erreur » ne reçoit d'acception unique en droit, l'on peine aussi à trouver de définition générique de l'« erreur matérielle »⁴⁷. Lorsqu'il s'essaie à définir l'erreur matérielle, le législateur fait d'ailleurs montre de prudence ; la plupart des dispositions légales pertinentes ne la définissent pas, ou à tout le moins pas de manière claire, préférant souvent indiquer qu'il s'agit là d'une notion globale incluant tant les erreurs de calcul que les « erreurs de plume »⁴⁸. C'est donc essentiellement à la doctrine et à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de circonscrire les contours de l'erreur matérielle dans les branches du droit qui les intéressent. Malgré la diversité des termes employés pour caractériser l'erreur matérielle – erreur de plume, erreur typographique, erreur de fait grossière, erreur de calcul, erreur arithmétique, erreur de pure forme, erreur purement matérielle, lapsus matériel, etc. –, il en résulte un ensemble de définitions relativement cohérent.

Avant d'en faire l'étude, nous proposons de nous livrer à un exercice d'homogénéisation du concept d'erreur matérielle au départ des définitions – légales, doctrinales et jurisprudentielles – qu'en donnent les principaux régimes de droit privé admettant sa rectification. Il sera successivement question de l'erreur matérielle affectant la volonté des parties, les décisions de

⁴⁶ Comme le résume très justement E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Rivière, 1923, p. 290. À propos de la rectification en matière contractuelle, voy. *infra*, n°s 11 et s.

⁴⁷ N. VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », *La Revue du Barreau*, 2006, vol. 66, p. 301. Le lecteur pourra toutefois se référer à la définition reprise au *Vocabulaire Cornu* (G. CORNU, *Dictionnaire juridique*, 4^e éd., Paris, Quadrige-PUF, 2003, v° Matérielle).

⁴⁸ Exception faite toutefois en matière de rectification des actes de l'état civil, que nous n'abordons pas dans le cadre de la présente contribution. L'article 34 de l'ancien Code civil reprend en effet une liste exhaustive des erreurs matérielles pouvant conduire à la rectification d'un acte de l'état civil.

justice, les comptes – au sens du droit commun, puis du droit des sociétés – et, enfin, l’offre des soumissionnaires dans le cadre de la passation de marchés publics. Nous exposerons, dans le même temps, le traitement juridique qui est chaque fois réservé à l’erreur matérielle par le régime envisagé.

11. L’erreur matérielle affectant la volonté des parties – notions.

L’article 5.32 du Code civil porte que « l’erreur matérielle qui procède d’une discordance involontaire entre la volonté réelle commune des parties et leur volonté déclarée ne rend pas le contrat nul mais peut toujours être rectifiée ». Ce faisant, l’article 5.32 consacre désormais *expressis verbis* la possibilité, quoiqu’admise depuis longtemps, de rectifier l’erreur matérielle affectant la volonté des parties (c’est-à-dire l’erreur matérielle glissée dans un contrat ou un acte juridique unilatéral⁴⁹), et précise qu’en tout état de cause une telle erreur ne peut conduire à la nullité de l’acte qui en est entaché⁵⁰. On l’a vu, dans le Code Napoléon, seul l’article 2058 prévoyait que les erreurs de calcul n’entraînaient pas la nullité des transactions, mais pouvaient être rectifiées. Sans qu’il soit nécessaire de retracer l’évolution doctrinale et jurisprudentielle à cet égard, il faut observer que l’on admettait très tôt, d’une part, que tous types d’erreurs matérielles – et non pas uniquement celles de calcul – puissent être rectifiés⁵¹ et, d’autre part, que le régime ainsi posé à l’article 2058 n’était pas propre aux transactions, mais bien applicable « par analogie »⁵² à toutes les conventions⁵³.

Les travaux préparatoires de l’article 5.32 donnent quelque peu corps à la notion d’erreur matérielle au sens de cette disposition, qui sera « généralement

⁴⁹ L’article 5.32 du Code civil est en effet rendu applicable aux actes juridiques unilatéraux en vertu de l’article 5.126 du même Code, qui précise que « [c]haque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n’y dérogent pas, aux règles qui s’appliquent aux contrats ainsi qu’au régime général de l’obligation ».

⁵⁰ Les travaux préparatoires de l’article 5.32 précisent en ce sens que cette disposition « codifie à droit constant la possibilité pour le juge de rectifier les erreurs matérielles », en renvoyant à un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1947 (*Pas.*, 1947, p. 553).

⁵¹ E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, op. cit., p. 290 : « Des articles 2058 C. civ. et 541 C. proc, on induit la faculté pour les parties de réclamer la rectification des erreurs de calcul dans toute espèce de comptes, et même de toute erreur matérielle quelconque, dans les contrats ». Voy. ég. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 301. Sur les particularités liées à la définition de l’erreur de calcul, particulièrement en matière de transactions, voy. B. SINDIC, « Le contrat de transaction », in *Le droit des contrats*, Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 117 et s.

⁵² Voy. par ex. Civ. Verviers, 1^{er} juin 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, p. 295, appliquant, par analogie, l’article 2058 de l’ancien Code civil à la rectification d’une erreur de calcul en matière de partage.

⁵³ Voy. not. P. DE PLACE, *De l’erreur dans les conventions de droit privé*, thèse, Faculté de droit de Paris, 1859, p. 50 : « C’est ce que l’art. 2058, en matière de transactions exprime ainsi : “L’erreur de calcul dans une transaction doit être réparée”. Cette disposition doit être appliquée pareillement à toutes les autres conventions » ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 557, n° 569 et I. CLAEYS, B. TILLEMANS, K. LOONTJENS et C. COUDRON, *Dating*, Gand, Kluwer, 2000, p. 215. Du reste, la Cour de cassation a, semble-t-il, consacré un pouvoir autonome du juge de rectifier les erreurs matérielles dans les contrats sur la base des règles gouvernant l’interprétation des conventions. Voy. Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 121 et Cass., 18 décembre 1947, *Pas.*, 1947, p. 553. À ce sujet, voy. *infra*, n° 28.

de portée limitée », en donnant pour exemples « l'omission d'un mot ou l'intervention de deux chiffres dans la désignation d'une parcelle »⁵⁴. Ils précisent également que l'erreur matérielle ne pourra toutefois être rectifiée que si elle a été commise *par les deux parties* (ou plus, dans l'hypothèse d'un contrat multipartite) au moment de conclure⁵⁵, ce que l'article 5.32 rappelle en énonçant que l'erreur matérielle fausse la « volonté réelle *commune* des parties »⁵⁶. Tel ne sera donc pas le cas de l'erreur matérielle unilatérale, commise par l'une des parties antérieurement à la conclusion de la convention et incorporée par la suite dans celle-ci⁵⁷.

Enfin, les travaux préparatoires précisent que l'erreur matérielle doit « ressortir à l'évidence du contrat lui-même ou de ses documents préparatoires »⁵⁸. Il faut comprendre cette exigence au regard du concept même d'erreur matérielle qui, comme nous nous en expliquerons ci-après, se construit par opposition à l'erreur intellectuelle, laquelle résulte d'une appréciation juridique erronée. Une caractéristique essentielle de l'erreur matérielle est, en effet, de pouvoir être aisément redressée sans qu'il y ait contestation possible sur la correction à opérer⁵⁹. Ainsi, lorsque l'erreur ressort à l'évidence de la lecture du contrat ou de ses documents préparatoires, sa rectification ne risquera pas d'altérer l'équilibre de l'acte qui en est entaché et l'étendue des droits que celui-ci a consacrés⁶⁰. Si, *a contrario*, la rectification nécessite d'avoir égard à des éléments extrinsèques au contrat ou à ses documents préparatoires, c'est au risque que sa correction ne tombe pas « sous l'évidence » et nécessite une nouvelle appréciation du juge susceptible d'altérer la portée de l'acte à redresser et, ainsi, d'élever une contestation nouvelle (et sérieuse) entre les parties quant

⁵⁴ Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 35.

⁵⁵ S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 111 ; Gand, 13 avril 2005, *N.j.W.*, 2005, liv. 121, p. 957, note K. VANHOVE. En d'autres termes, l'erreur matérielle doit nécessairement porter sur un élément entré dans le champ contractuel.

⁵⁶ Si, en revanche, la volonté réelle d'une des parties diffère involontairement en dépit d'une volonté déclarée commune, il s'agira d'un cas d'erreur-obstacle visé par l'article 5.31, alinéa 2, du Code civil (voy. S. DE REY, « Le consentement et la capacité », *op. cit.*, pp. 109 et 111).

⁵⁷ Ainsi, par exemple, on considère qu'un employeur ne peut valablement invoquer l'erreur de calcul commise par son secrétariat social relativement au montant de l'indemnité compensatoire de préavis due à un travailleur licencié, et ensuite incorporée dans la convention relative à l'indemnité de congé, négociée et signée par les deux parties. Voy. Trib. trav. Liège (9^e ch.), 17 septembre 2019, *Chron. D.S.*, 2020, 8-9, p. 372. De manière similaire, dans un jugement du 18 octobre 2016, le tribunal de première instance de Liège a jugé que le consentement d'une victime dépend du montant final offert par l'assureur et repris dans la transaction. En conséquence, l'erreur d'addition contenue dans le décompte précédemment transmis par l'assureur ne peut conduire à une correction du montant repris erronément dans la transaction (Civ. Liège, 18 octobre 2016, *E.P.C.*, 2019, p. 135).

⁵⁸ Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 35.

⁵⁹ D. STAVAU, note sous Civ. Gand, 27 septembre 1976, *T. ann.*, 1977, p. 328.

⁶⁰ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 610 : « la rectification ne modifie pas la portée de la convention ».

à l'étendue de leurs droits et obligations. Dans ce deuxième cas de figure, et comme le précisent d'ailleurs les travaux préparatoires de l'article 5.32, le sens véritable de ce dont les parties sont convenues devra être établi en application des règles en matière d'interprétation des conventions⁶¹. Précisons, enfin, que l'erreur matérielle étant une question de fait⁶², son existence peut être prouvée par toute voie de droit, en ce compris par témoignage⁶³. La rectification d'une erreur matérielle n'implique en effet nullement une preuve outre ou contre le contenu du contrat, mais lui restitue sa véritable portée⁶⁴. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1947⁶⁵ cassant un jugement qui avait, à tort, refusé de prendre en considération des présomptions pour établir l'existence d'une erreur matérielle.

12. L'erreur matérielle affectant la volonté des parties – illustration : le contrat d'entreprise. C'est en matière de contrat d'entreprise – et tout particulièrement de construction – que s'est essentiellement développé le contentieux de la rectification des erreurs matérielles. Il est en effet fréquent que des erreurs de calcul faussent le prix initial des prestations, tel qu'annoncé dans l'offre ou le devis fait par un entrepreneur à son maître d'ouvrage. La question est alors de savoir si l'entrepreneur est autorisé à revoir le prix de ses prestations à la hausse ou s'il doit supporter les surcoûts liés à l'erreur de calcul⁶⁶. En principe, lorsque

⁶¹ Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 35 : « [L'erreur matérielle] doit ressortir à l'évidence du contrat lui-même ou de ses documents préparatoires. Si tel n'est pas le cas, l'interprétation du contrat est encore possible mais elle doit intervenir conformément aux articles 5.64 et suivants. » Les travaux préparatoires semblent ainsi se rallier à l'enseignement traditionnel selon lequel la rectification d'une erreur matérielle est étrangère à l'interprétation de l'acte et que, partant, la preuve d'une telle erreur peut être rapportée par toute voie de droit, même en matière civile (voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, op. cit., n° 387, p. 610 et W. DE BONDT, « Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: Mogelijkheden, grenzen en alternatieven », *R.W.*, 1996-1997, n° 30, p. 1008). Voy. contra R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », *R.C.J.B.*, 2014/4, p. 700, note infrapaginale n° 215 et les développements *infra*, n° 28. Sur la preuve des erreurs matérielles et leur correction, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, « La charge de la preuve », in *La preuve, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987*, U.C.L., Faculté de droit, 1987, n° 336 et D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 102 et 103, n° 45.

⁶² P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, op. cit., n° 387.

⁶³ C'est ce que la Cour de cassation de France avait déjà décidé dans un arrêt du 19 janvier 1870 (*Dalloz*, 1870, 1, p. 302), admettant la preuve testimoniale de l'erreur matérielle commise par le rédacteur d'une police d'assurance. Il n'existait, en l'espèce, aucune incertitude entre les parties quant au contenu de la convention ; « elles étaient seulement en désaccord sur un fait, et ce fait, par sa nature, ne pouvait être prouvé que par témoin. » (Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 498).

⁶⁴ S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 111.

⁶⁵ Cass., 18 décembre 1947, *Pas.*, 1947, p. 553. Voy. ég. Cass., 4 avril 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 121.

⁶⁶ Ceci étant dit, dans la mesure où seule la volonté de l'entrepreneur est affectée par son erreur de calcul – et non la volonté commune des parties –, une troisième possibilité consisterait à considérer que son erreur n'est pas une erreur matérielle, mais bien une erreur-obstacle, d'une importance telle que les consentements des deux parties ne se sont en réalité jamais rencontrés. L'erreur-obstacle ne pourra toutefois conduire à l'annulation du contrat que si elle est excusable (art. 5.31 C. civ.) ; à défaut, l'entrepreneur sera effectivement lié par son erreur de calcul et devra supporter les surcoûts qui en résulteraient.

les parties conviennent d'un marché à forfait absolu – c'est-à-dire lorsque le prix des prestations est fixé de manière définitive et invariable –, l'entrepreneur n'est pas fondé à exiger un supplément de prix propre à corriger l'erreur de calcul⁶⁷, comme l'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt du 2 septembre 1976⁶⁸. En l'espèce, un entrepreneur s'était engagé à construire un immeuble à un prix forfaitaire de 851 682 francs. Ce montant était toutefois inférieur de 168 448 francs au prix « réel » du marché, par suite d'une erreur de multiplication commise par l'entrepreneur dans l'offre remise aux maîtres d'ouvrage. Tant en première instance qu'en degré d'appel, l'entrepreneur fut débouté de son action tendant à la rectification de son erreur et au paiement du supplément de prix. Devant la Cour de cassation, l'entrepreneur tirait argument du fait qu'en refusant de procéder à la rectification de l'erreur de calcul, le juge d'appel aurait notamment violé « le principe général de droit admettant la rectification des erreurs matérielles, consacré par [les] articles 2058 du Code civil, 794 et 1368 du Code judiciaire ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi, considérant que « dans son appréciation souveraine de tous les faits de la cause et en raison de ceux qu'il considère comme essentiels, le juge du fond a pu [...] décider légalement que le prix [mentionné dans l'offre] constituait un forfait absolu et liait [l'entrepreneur], en dépit de l'erreur de calcul à lui imputable ».

Cet arrêt mérite l'attention à plus d'un titre. D'abord, parce qu'à l'appui de son moyen unique, le demandeur en cassation invoquait la violation « du principe général en matière de rectification des erreurs matérielles », dégagé au départ « des articles 2058 du Code Napoléon ainsi que 794 et 1368 du Code judiciaire » ; rejetant le pourvoi, la Cour de cassation n'a toutefois pas dû prendre position sur la question de l'existence ou non d'un tel principe. Ensuite, parce qu'il faut nuancer l'enseignement apporté par la Cour de cassation ; il serait en effet erroné de déduire de cet arrêt que l'on ne pourrait, en aucun cas, revenir sur l'erreur matérielle de calcul contenue dans un marché à forfait⁶⁹. En effet, le caractère intangible et invariable du forfait ne remet aucunement en cause le droit de l'entrepreneur à la correction des erreurs

⁶⁷ B. KOHL, *Droit de la construction*, op. cit., p. 105. Voy. dans le même sens (erreur de calcul dans l'offre de prix) : Gand, 25 juin 1991, T.G.R., 1991, p. 122 (la cour d'appel décide que « dans un contrat d'entreprise pour un prix forfaitaire, l'entrepreneur prend en charge le risque d'augmentation du prix de revient ainsi que le risque d'erreurs, de fautes de frappe et d'erreurs de calcul dans l'offre de prix ») ; *adde* : Bruxelles, 5 novembre 1925, *Jur. comm. Brux.*, 1925, p. 140 ; Bruxelles, 20 janvier 1908, *J.P.A.*, 1908, p. 46 ; Civ. Bruxelles, 9 décembre 1865, *B.J.*, 1866, p. 20 ; voy. toutefois *contra* : Liège, 10 juillet 1957, *J.T.*, 1958, p. 435, note M.-A. FLAMME ; Bruxelles, 3 mars 1934, *Res jur. imm.*, 1934, p. 573.

⁶⁸ Cass., 2 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 3 : « Le prix forfaitaire convenu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur pour la construction d'un bâtiment ne peut pas être augmenté pour tenir compte d'une erreur de calcul commise par l'entrepreneur dans le devis qui lui a servi de base pour la fixation du coût des travaux. »

⁶⁹ W. GOOSSENS, *Aanneming van werk – Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, op. cit., p. 600. Voy. ég. S. MARYSSE, « Een incorrecte prijsofferte: nalatigheid in hoofde van de aannemer versus de (te verwachten) goede trouw in hoofde van de bouwheer », *R.A.B.G.*, 2009/19, p. 1349 et B. KOHL, *Droit de la construction*, op. cit., p. 106.

matérielles *communes* aux deux parties. Or, dans l'espèce ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation, il était seulement question (comme souvent dans cette matière) d'une erreur *unilatérale* de l'entrepreneur commise antérieurement à la conclusion de la convention – c'est-à-dire dans l'offre ensuite définitivement acceptée par les maîtres d'ouvrage. Comme on l'a expliqué ci-avant, de telles erreurs ne sont tout simplement pas des erreurs matérielles en matière contractuelle – lesquelles doivent nécessairement avoir été commises par les deux parties – et dont il est possible de postuler la rectification⁷⁰.

13. L'erreur matérielle affectant une décision de justice. Outre les contrats, « les jugements ne sont pas toujours parfaitement rédigés. C'est regrettable sans doute, mais c'est inévitable, aussi, car ils sont œuvre humaine »⁷¹. Consacrant le « droit de repentir »⁷² du juge, l'article 794, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire l'autorise à revenir sur « toute erreur manifeste de calcul ou matérielle » affectant sa décision afin d'en faire correspondre la lettre à la substance et, ainsi, prévenir d'éventuelles difficultés d'exécution⁷³. Ce faisant, le juge doit toutefois veiller à ne pas étendre, restreindre ou modifier les droits qu'il a consacrés⁷⁴ ; il ne s'agirait pas que la procédure en rectification soit dévoyée et conduite à modifier, en substance, le contenu de sa décision. La doctrine et la jurisprudence définissent classiquement l'erreur matérielle au sens de l'article 794, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire par opposition à l'erreur intellec-

⁷⁰ B. KOHL, *ibid.*, p. 106 : « Lorsque seul le prestataire de service a commis une erreur matérielle et qu'il peut se déduire des circonstances de fait que le maître de l'ouvrage pouvait légitimement croire que les prestations ou l'ouvrage seraient réalisés au prix erronément fixé, l'erreur de calcul ne sera pas corrigée, et le prestataire sera tenu par le prix mentionné dans le contrat. »

⁷¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 1045.

⁷² H. POUJADE, « La procédure en rectification d'erreur matérielle ne peut pas conduire à modifier la date de versement du premier dividende du plan de continuation », *RTD com.*, 2021, p. 201.

⁷³ Sur cette question, voy. A. KHALIL, *La rectification des jugements civils : contribution à l'étude de l'office du juge dans la décision juridictionnelle*, thèse, Grenoble II, 1987 ; A. FRY, « Interprétation, rectification d'erreurs et réparation des décisions judiciaires », *J.T.*, 2015, p. 166, n° 24 et 25 et C. DE BOE, « L'interprétation, la rectification et la réparation des décisions de justice, ou le service après-vente judiciaire », in H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Pot-pourri I et autres actualités de droit judiciaire*, CUP, vol. 164, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 351, n° 34. De manière similaire, l'article 747, § 2, al. 4, du Code judiciaire prévoit que l'ordonnance de mise en état et de fixation peut être rectifiée en cas d'erreur matérielle. Observons également que la rectification est également applicable aux sentences arbitrales (voy. not. art. 1715, § 1^{er}, a), C. jud.).

⁷⁴ Ce que la Cour de cassation a rappelé dans un récent arrêt à propos du pouvoir du juge, prévu à l'article 797 du Code judiciaire, de rectifier d'office la décision qu'il a rendue sans que cette question ne soit soumise à la contradiction : « [L'article 797 du Code judiciaire] ne saurait être considéré comme contraire à l'article 6.1 de la Convention [européenne des droits de l'homme]. En effet, le juge de la rectification ne statue ni sur la contestation d'un droit ou d'une obligation de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation pénale. Il se borne à redresser une erreur matérielle, c'est-à-dire une erreur dont la correction ne peut avoir pour effet d'étendre, de restreindre ou de modifier les droits consacrés par la décision à rectifier » (Cass., 21 septembre 2022, n° P22.0354.F, disponible sur www.juportal.be). Il faut bien constater qu'il s'agit toutefois là d'une règle qui tend vers l'absurde si on la prend littéralement : c'est en effet précisément dans le but de modifier l'étendue des droits erronément consacrés dans une décision de justice que l'on cherchera à la rectifier, sauf à présupposer que l'étendue des droits est fixée par la décision déjà rectifiée.

tuelle du juge. La première consiste en une « erreur de plume indépendante de toute appréciation juridictionnelle »⁷⁵, telle que la désignation erronée de l'identité d'une partie dans un jugement⁷⁶, une erreur dans le calcul d'un délai⁷⁷ ou encore la présentation inexacte des prétentions d'une partie dans les motifs du jugement⁷⁸. La seconde résulte plutôt d'une mauvaise appréciation juridictionnelle et devra, quant à elle, nécessairement être corrigée par l'exercice des voies de recours⁷⁹.

Deux autres précisions concernant la rectification des décisions de justice intéressent notre propos et permettent un premier rapprochement avec le régime posé à l'article 5.32 du Code civil en matière contractuelle. Premièrement, pour être rectifiée, l'erreur matérielle doit nécessairement avoir été commise *par le juge* (ou son greffier). Inversement, comme pour ce qui concerne la rectification d'un contrat, lorsque l'erreur matérielle est unilatérale, c'est-à-dire personnelle à la partie qui en sollicite la rectification, il n'y a pas lieu à rectification⁸⁰. Deuxièmement, de la même manière que l'erreur matérielle dans l'expression de la volonté des parties doit être corrigée au départ du contrat ou de ses documents préparatoires, l'erreur dans une décision de justice doit nécessairement pouvoir être corrigée à l'aide d'éléments contenus

⁷⁵ G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Liège, Larcier, 2015, p. 673 ; C. trav. Liège, (div. Namur), 6 octobre 2020, *Ius & actores*, n° 2-3/2020, p. 407.

⁷⁶ Cour trav. Liège, 27 avril 2020, *Sem. soc./Soc. Week.*, 2022/37, corrigeant une décision mentionnant erronément le CPAS de Liège comme défendeur à la procédure au lieu du CPAS de Flémalle.

⁷⁷ Bruxelles (30^e ch.), 7 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2020/34, pp. 1577-1584, à propos du calcul erroné de la phase préparatoire s'ouvrant à compter de la saisine du juge de la jeunesse par le Parquet. À propos des erreurs de calcul, on considère que seul est rectifiable le *résultat inexact d'une opération intellectuelle dont les données de base sont correctement posées* dans la décision, mais, *a contrario*, qu'est irrecevable la demande en rectification d'une erreur dans les éléments ayant servi de base au calcul, car cette demande remettrait nécessairement en cause la substance de la décision (voy. Cass. fr. (2^e civ.), 9 avril 1973, *Bull. civ.*, II, n° 140). Par ailleurs, il semble que, lorsque le juge tire des conséquences procédurales de son erreur de calcul en déclarant, par exemple, irrecevable une demande qu'il considère – par erreur donc – comme introduite trop tardivement, il ne s'agit plus là d'une erreur matérielle, mais bien d'une erreur de fond qu'il conviendra de rétablir par l'exercice des voies de recours.

⁷⁸ Trib. fam. Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), 14 septembre 2017, R.G. n° 17/19/A, inédit. En l'espèce, alors qu'une épouse en instance de divorce s'était référée à justice quant à la demande en divorce formulée par son mari, les motifs du jugement dont la rectification était poursuivie reprenaient erronément qu'elle marquait son accord quant à cette demande.

⁷⁹ Cour trav. Liège (ch. 6-B), 6 septembre 2020, *J.T.T.*, 2021/2, pp. 29-30.

⁸⁰ J.P. Lessines, 23 avril 1980, *J.J.P.*, 1981, p. 161 : « Lorsque l'erreur est due à la partie demanderesse qui sollicite la rectification du jugement et relative par exemple au nom d'une des parties erronément orthographiée à la citation introductive d'instance, elle est exclusive de l'erreur matérielle du juge et l'action en rectification ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 794 du Code judiciaire. » Cette solution est critiquable et on observera que la jurisprudence a parfois autorisé la correction de l'erreur commise initialement par une des parties seulement, en considérant que lorsque le juge reprend cette erreur en exerçant son contrôle sur celle-ci, il la fait sienne et, dès lors, la rend susceptible de rectification (voy. cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1^{er} mars 1984, *Gaz. Pal.* 1984/1, p. 380, note P. LATIL. Il s'agissait, en l'espèce, d'une erreur commise par une partie dans la conversion de devises étrangères en francs qu'il appartenait au juge de vérifier).

dans la décision elle-même, dans le dossier de procédure ou dans les pièces justificatives soumises au juge qui a prononcé la décision à rectifier⁸¹.

14. L'erreur matérielle affectant des comptes arrêtés. Selon l'article 1368 du Code judiciaire, qui reprend lui-même les termes de l'article 541 de l'ancien Code de procédure civile⁸², « il n'est procédé à la révision d'aucun compte, sauf s'il y a erreurs matérielles, omissions, faux ou doubles emplois, auquel cas les parties en forment la demande devant les mêmes juges ». Comme expliqué ci-avant, une fois un compte « arrêté » – c'est-à-dire approuvé –, il n'est plus permis de le réviser, de le remettre en cause quant au fond ; le compte est définitif. Il est toutefois fait exception à ce principe en admettant l'action en redressement de compte qui permet la rectification matérielle d'un ou de plusieurs articles déterminés du compte, clairement spécifiés. Sont généralement admises, en qualité d'actions en redressement, celles qui tendent à une simple rectification comptable⁸³. *A contrario*, l'article 1368 exclut l'action en redressement du chef de prétendues erreurs de droit⁸⁴, notamment en cas d'interprétation inexacte des conventions qui sous-tendent la reddition⁸⁵. Le recours à l'article 1368 du Code judiciaire suppose par ailleurs qu'un véritable compte ait été rendu entre les parties, c'est-à-dire que le compte ait été arrêté, discuté, approuvé ou ratifié dans des conditions qui impliquent une réelle reddition de compte et la volonté commune des parties de fixer définitivement leurs situations respectives⁸⁶.

⁸¹ Art. 794, al. 2, C. jud. ; Voy. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, « Le dessaisissement », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 1, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 933. Cette exigence s'applique toutefois avec souplesse, sous peine de rendre impossible la rectification de certaines erreurs. En effet, les éléments permettant de rectifier une erreur matérielle contenue dans une décision de justice peuvent ne pas être contenus dans le texte de cette décision, mais lui être extérieurs. Ainsi, le nom d'une partie peut, de manière systématique et récurrente, être mal orthographié dans un jugement, de sorte que les éléments permettant la correction doivent nécessairement être trouvés en dehors du jugement (par la consultation des données légales d'identification au registre national). Voy. E. LEROY, « L'interprétation, la rectification et la réparation des erreurs judiciaires », *Ius & Actores*, 2014/2, p. 79.

⁸² À propos de l'article 541 du Code de procédure civile, voy. *supra* n° 6. On observera que cette disposition, tout comme, avant elle, l'article 21 du titre 29 de l'ordonnance de 1667, faisait uniquement référence à la notion d'« erreur ». Mais, déjà à l'époque, il était acquis que cette notion devait être interprétée strictement : « [O]n ne peut pas raisonnablement supposer que, dans l'art. 21, de l'ordonnance de 1667 on ait entendu par le mot *erreurs*, toutes les erreurs possibles dont un plaideur obstiné aurait pu arguer l'arrêté de compte. Donner à ce mot une acception indéfinie, c'eût été autoriser à reproduire par une simple demande en redressement, des articles de recette ou de dépense qui auraient été rejetés après discussion spéciale ; c'eût été enlever à la chose jugée toute son autorité ». (Ph.-A MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit*, op. cit., p. 524).

⁸³ Comm. Anvers, 13 déc. 1921, *Jur. Anv.*, 1922, p. 234.

⁸⁴ Cass., 18 juillet 1831, *Pas.*, 1831, I, p. 208.

⁸⁵ *Rép. proc. civ. Dalloz*, v° Reddition de compte, n° 50.

⁸⁶ Cass., 29 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 634. Ce texte n'institue en revanche pas une voie pour attaquer une décision de justice et ne saurait, dès lors, servir à réparer une erreur commise dans une décision judiciaire statuant sur un litige opposant des parties qui ne se trouvent pas dans la situation particulière de l'oyant et du rendant, auquel cas, c'est par la voie de l'action en rectification des décisions de justice que l'on pourra en obtenir le redressement (voy. *supra*, n° 13).

15. L'erreur matérielle affectant les comptes annuels des sociétés et associations.

Les comptes annuels des sociétés et associations créent des droits individuels et contraignants dans le chef des administrateurs, des actionnaires et des tiers⁸⁷. Une fois approuvés, les comptes annuels sont donc définitifs et ne peuvent, en principe, plus être modifiés. Le législateur envisage toutefois à l'article 3:19, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés et associations la possibilité de faire rectifier les erreurs matérielles qui s'y seraient glissées⁸⁸. Cette disposition autorise tant la rectification des erreurs matérielles, c'est-à-dire toutes les « erreurs de calcul et autres erreurs de fait grossières non fondées sur une quelconque appréciation juridique »⁸⁹, que les erreurs de fait ou de droit⁹⁰. Les premières – qui seules intéressent véritablement notre propos – peuvent être rectifiées par l'organe d'administration de la société, tandis que les secondes doivent, dans la mesure où leur rectification emporte nécessairement un élément d'appréciation, l'être par les associés réunis en assemblée ou par l'assemblée générale⁹¹. Ce régime de rectification n'est qu'une application, en matière de comptes des personnes morales, des principes de droit commun exposés ci-avant en matière de comptes. La doctrine la plus établie précise en effet que la rectification des comptes annuels procède « [de] la règle contenue dans l'article 1368 du Code judiciaire, qui prévoit la possibilité de redresser les erreurs matérielles dans les comptes », ajoutant qu'il ne s'agit « d'ailleurs pas d'une règle propre au droit des comptes, mais d'un principe applicable à tous les actes juridiques »⁹². La faculté de rectification de l'erreur matérielle contenue dans les comptes annuels ne peut toutefois être détournée de sa finalité pour, par exemple, remettre en cause des décisions de gestion reflétées dans les comptes et jugées inopportunes par la suite⁹³. Partant, l'erreur matérielle est, ici encore, nécessairement de stricte interprétation, ce qui implique qu'elle doive apparaître à l'évidence

⁸⁷ Avis de la Commission des normes comptables n° 2014/4 du 23 avril 2014 sur la rectification des comptes annuels, n° 11.

⁸⁸ Un régime similaire est posé aux articles 3:48, § 1^{er}, al. 1^{er}, du CSA en ce qui concerne les ASBL et AISBL, tandis que l'article 3:53, al. 1^{er}, du CSA envisage la rectification des comptes annuels des fondations.

⁸⁹ Avis de la Commission des normes comptables n° 2020/12 du 3 juin 2020, n° 19. L'on pense, par exemple, à l'inscription d'un montant incorrect à la suite d'une erreur de plume, l'évaluation de stock erronée car fondée par distraction sur les prix de vente au lieu des prix d'achat, ou encore la comptabilisation par inadvertance d'un certain produit sur un compte incorrect, etc.

⁹⁰ Il s'agit toutefois d'un régime de rectification dit « facultatif » dans la mesure où ces erreurs ne sont pas de nature à fausser l'image du patrimoine, de la situation financière et du résultat de la société. L'article 3:19, § 1^{er}, al. 2, envisage des hypothèses de rectification « obligatoires » en cas d'infraction au droit comptable. Voy. Commission des normes comptables, « 2.1. – La tenue des comptabilités », in *Annuaire – Commission des normes comptables* 2022, 12^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 26-134.

⁹¹ Art. 3:19, § 2, C.S.A. Voy. ég. l'avis de la Commission des normes comptables n° 2020/12, préc., n° 29.

⁹² *Ibid.*, n° 30.

⁹³ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 110 et 111.

des comptes annuels approuvés eux-mêmes ou d'autres actes émanant de l'assemblée générale⁹⁴.

16. L'erreur matérielle affectant l'offre d'un soumissionnaire.

Malgré leur statut de contrats administratifs, les marchés publics restent régis, dans une mesure qu'il n'est pas nécessaire de détailler ici, par le droit privé⁹⁵. Faisant application des principes en matière contractuelle exposés ci-avant, l'article 34, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 autorise le pouvoir adjudicateur à rectifier les « erreurs dans les opérations arithmétiques », ainsi que les « erreurs purement matérielles » contenues dans les offres remises par les soumissionnaires⁹⁶. Le Conseil d'État définit l'erreur purement matérielle comme celle « qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat différent de celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire et dont la réalité ne peut prêter à discussion »⁹⁷. Il s'agit donc d'erreurs dont l'existence est évidente, qui peuvent être corrigées par une simple précision, et qui ne mettent pas en péril la comparabilité objective des offres⁹⁸. À l'inverse, l'erreur « dont la rectification impose au pouvoir adjudicateur de se livrer à des supputations » ne peut être considérée comme une erreur matérielle⁹⁹. La jurisprudence aborde la possibilité de faire rectifier les erreurs matérielles contenues dans les offres de manière restrictive, sous peine de violer le principe d'intangibilité des offres et celui d'égalité entre les soumissionnaires, qui leur sont sous-jacents¹⁰⁰.

Sous-section 3

Essai d'une théorie générale de l'erreur matérielle

17. **Quatre caractéristiques.** De l'examen de ces différents régimes de rectification et des définitions de l'erreur matérielle qu'ils proposent ressortent

⁹⁴ J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, « La rectification du bilan de la société anonyme en droit privé et en droit fiscal », note sous Cass., 12 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 329, n° 30.

⁹⁵ À ce sujet, voy. R. ANDERSEN, « Autorités et contrats dans l'Administration moderne en droit belge », *Annuaire européen d'Administration publique*, 1997, p. 37. L'article 1.1, al. 2, du Code civil précise à cet effet que ce dernier régit « le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique ».

⁹⁶ Pour une étude complète de la rectification des offres en la matière, voy. G. TILMAN, « De la frontière (parfois) tenue entre rectification et modification d'une offre », in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2021-2022/Chronique des marchés publics 2021-2022*, 1^{re} éd., Bruxelles, EBP Consulting, 2022, pp. 419-434. Voy. C.J.U.E., C-131/A6, 11 mai 2017, pts 28 et s. Voy. ég. J. COMMANS et K. POLET, « Erreurs arithmétiques et purement matérielles », *M.C.P.-O.O.O.*, 2020/1, pp. 77 et 78.

⁹⁷ C.E., 27 mars 2019, n° 244.037, S.A. Axo. Dans le même sens, voy. not. C.E., 10 juillet 2017, n° 238.797, S.A. Emil Palm.

⁹⁸ P. THIEL, G. MARTOU et T. MAES, « Chronique de jurisprudence du Conseil d'État et des juridictions judiciaires 2017-2018 », *M.C.P.-O.O.O.*, 2019/2, p. 66.

⁹⁹ C.E., 27 mars 2019, n° 244.037, S.A. Axo.

¹⁰⁰ G. TILMAN, « De la frontière (parfois) tenue entre rectification et modification d'une offre », *op. cit.*, p. 420.

quatre éléments caractéristiques, au départ desquels l'on peut s'essayer à esquisser les grandes lignes d'une théorie générale de l'erreur matérielle.

18. Matérialité de l'erreur. L'examen et la comparaison des différents régimes étudiés éclaire tout d'abord sur la nature même de l'erreur qu'ils cherchent à corriger, à savoir son caractère « matériel » ou « purement matériel ». Comme tout concept, l'erreur matérielle peut se déterminer au regard de son contraire : l'erreur intellectuelle. La première n'existe que dans la traduction matérielle (*id quod scriptum*) de la pensée du rédacteur de l'acte, tandis que la seconde procède du raisonnement ou de l'appréciation intellectuelle (*id quod significatum est*) erronés qui ont présidé au moment de sa formation¹⁰¹. L'erreur matérielle n'existe donc que sur le papier, et non dans l'esprit des parties ou du rédacteur de l'acte ; idée que certains auteurs expriment avec plus de force en lui préférant l'appellation de « lapsus matériel »¹⁰².

19. Caractère « auto-suffisant » de l'acte juridique à rectifier. Les différents régimes analysés mettent aussi en lumière le caractère plus ou moins « auto-suffisant » de l'acte juridique qui est entaché d'une erreur pour en permettre la rectification. En effet, ne semblent pouvoir être qualifiées de matérielles que les erreurs qui comportent « en elles-mêmes » la rectification qu'elles appellent. Ceci signifie que la rectification de l'erreur matérielle doit être empruntée à l'acte lui-même (le contrat, le jugement ou l'arrêt, les comptes, etc.) ou à tout autre document qui lui est intimement lié (documents préparatoires, dossier de procédure, décisions de l'assemblée générale, etc.) lesquels fournissent nécessairement les éléments à l'aide desquels l'erreur sera corrigée. Comme on s'en est expliqué ci-avant, une caractéristique essentielle de l'erreur matérielle est en effet de pouvoir être aisément redressée sans qu'il y ait contestation sérieuse possible sur la correction à opérer. Si la correction emporte une véritable contestation sérieuse entre les parties et nécessite d'avoir égard à des éléments extrinsèques à l'acte à rectifier et à ceux qui lui sont intimement liés (tels que les documents préparatoires à un contrat), c'est vraisemblablement qu'il ne s'agit pas d'une erreur purement matérielle au sens où nous l'entendons dans la présente contribution.

20. La nécessité d'une interprétation stricte de l'erreur matérielle. Sans doute faut-il également constater que chacun des régimes envisagés invite à retenir une interprétation la plus stricte possible de la notion d'erreur

¹⁰¹ Ainsi, en matière contractuelle, l'erreur matérielle se retrouve non pas dans l'acte juridique que constitue le contrat (le *negotium*), mais bien dans l'acte instrumentaire (l'*instrumentum*), qui est l'écrit constatant le contrat.

¹⁰² N. VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », *op. cit.*, p. 314 (en droit québécois) et Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 290, n° 307.3° (en droit français.)

matérielle, au risque que sa rectification conduise à remettre en cause les droits et obligations consacrés par l'acte juridique à rectifier. Le droit à la rectification des erreurs matérielles est effectivement nécessairement tempéré par des intérêts supérieurs avec lesquels il se heurte. Il s'agit, selon le régime étudié, de la force obligatoire du contrat¹⁰³, de l'autorité de chose jugée¹⁰⁴, de l'immutabilité des comptes arrêtés¹⁰⁵, du caractère définitif des comptes annuels des sociétés et associations¹⁰⁶ ou encore de l'intangibilité des offres des soumissionnaires¹⁰⁷, principes que l'on pourrait regrouper sous celui, plus global, de sécurité juridique¹⁰⁸ : les individus doivent en effet pouvoir légitimement croire en la fixité de leurs droits et obligations, une fois ceux-ci consacrés par un acte juridique. Il ne faudrait pas que, sous le couvert de rectification d'une erreur matérielle à laquelle l'on donnerait un contenu excessif, ces droits et obligations puissent être trop facilement remis en cause.

21. La neutralisation des effets de l'erreur matérielle. Les régimes étudiés doivent également être rapprochés sous l'angle des conséquences juridiques qu'ils attachent invariablement à l'erreur matérielle. En effet, à chaque fois qu'il est question d'une erreur purement matérielle, l'on s'accorde sur le fait qu'elle ne peut conduire à la nullité de l'acte juridique (ou plus largement, à la privation de ses effets de droit), mais peut seulement être rectifiée. Autrement dit, il ne faudrait pas que celui à qui elle pourrait bénéficier puisse s'en prévaloir ni, *a contrario*, que cette simple erreur de rédaction conduise à priver l'acte qui en est entaché de tous ses effets. C'est ce que l'article 5.32 du Code civil énonce clairement en matière contractuelle : « l'erreur matérielle [...] ne rend pas le contrat nul mais peut toujours être rectifiée. »

22. Synthèse. Au terme de cet examen, et afin de relier nos propos avec les développements qui suivent, on peut faire le constat que les régimes étudiés admettent tous que l'erreur matérielle – cette discordance entre la pensée du rédacteur d'un acte et l'expression dont il l'a revêtue – doit être rendue

¹⁰³ Ou principe de la « convention-loi ». Voy. D. MOUGENOT, « Rectification d'une erreur matérielle », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, livre 2, Preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 45, qui rappelle qu'il convient d'être strict dans l'appréciation de l'erreur matérielle.

¹⁰⁴ Voy. *supra*, n° 13. Lorsqu'il est appelé à rectifier l'erreur matérielle dans la décision qu'il a rendue, le juge ne doit pas, sous peine de violer l'autorité de chose jugée attachée à sa décision, ni modifier, ni restreindre ou étendre les droits qui y sont consacrés.

¹⁰⁵ D. STERCK, « Redditions de compte », *op. cit.*, n° 28.

¹⁰⁶ Avis de la Commission des normes comptables n° 2014/4, préc., n° 12.

¹⁰⁷ C.E., 6 novembre 2018, n° 242.845, S.A. Veolia : « Dès lors que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de corriger les "erreurs purement matérielles" fait figure de dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt, elle doit être interprétée strictement ».

¹⁰⁸ À propos du principe général de sécurité juridique, on consultera J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance : le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Presses de l'Université Saint-Louis, 2014.

inopérante, que ses effets sont neutralisés par sa rectification et que l'acte juridique qui en est entaché subsiste, laissant intacts les droits et obligations qu'il établit. À ce jour, toutefois, la rectification des erreurs matérielles n'a jamais été reconnue expressément comme principe général du droit par la Cour de cassation et celle-ci ne figure pas davantage parmi les inventaires des principes généraux établis en doctrine. Ce constat ne l'empêche toutefois pas d'exister comme tel ; nous nous en expliquerons dans la deuxième partie de cette contribution.

Section 2

La question de l'existence et de la portée d'un principe général du droit

23. Réflexion et plan. Les nombreux régimes de notre droit positif admettant la rectification des erreurs matérielles sont un fort indice, s'il en est, de l'existence d'un principe général du droit en la matière. La confrontation des impressions dégagées jusqu'ici à propos du statut qu'il convient de réserver à ce principe supposé aux caractéristiques des principes généraux du droit nous permet de conclure à l'existence d'un principe général en la matière (Sous-section 1), dont il conviendra, ensuite, d'étudier la portée et le caractère suffisamment autonome en droit des obligations (Sous-section 2) et, plus largement, en droit privé (Sous-section 3).

Sous-section 1

La rectification des erreurs matérielles confrontée aux caractéristiques des principes généraux du droit

24. Caractéristiques et formation des principes généraux du droit. Les caractéristiques des principes généraux du droit ont été résumées dans la contribution introductive de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck, à laquelle nous renvoyons le lecteur¹⁰⁹. L'on retiendra, en substance, que la reconnaissance d'un principe général du droit comme tel suppose, d'une part, qu'il repose sur un consensus quasi unanime, c'est-à-dire qu'il fasse l'objet d'une reconnaissance généralisée et, d'autre part, qu'il soit suffisamment autonome, tant par rapport aux éventuelles dispositions légales qui l'exprimeraient que par rapport à d'autres principes généraux du droit. Du point de vue de leur formation, on considère le plus souvent que les principes généraux se dégagent par la voie d'un raisonnement inductif-déductif consistant en « une généralisation à partir

¹⁰⁹ Voy. tout particulièrement les n^{os} 20 et s.

de textes »¹¹⁰. Dans un premier temps, sous l'impulsion de la doctrine, relayée par la jurisprudence et consacrée dans tel ou tel cas par le législateur, on aura induit l'existence d'un principe général du droit au départ d'un certain nombre de cas d'application de ce principe, existant généralement sous la forme de règles éparses¹¹¹. Il sera ensuite possible, dans un second temps, de déduire de nouvelles applications du principe à de nouvelles situations, à mesure des modifications ou développements de la législation ou de la jurisprudence¹¹².

25. L'existence d'un consensus quasi unanime. Pour qu'elle soit susceptible d'être caractérisée comme principe général du droit, il faut tout d'abord s'assurer que la rectification des erreurs matérielles fasse l'objet d'une reconnaissance généralisée¹¹³, laquelle puise souvent son origine dans un « sentiment collectif de justice » élémentaire que le principe traduit¹¹⁴. En pratique, la généralité que doivent revêtir les principes généraux du droit implique qu'ils comportent en eux une série indéfinie d'applications, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles de concerner n'importe quelle situation et de guider vers une solution dans n'importe quel cas d'espèce pour lequel une disposition légale ferait défaut.

Ce premier critère est manifestement rencontré pour ce qui concerne la rectification des erreurs matérielles ; cette faculté est en effet consacrée par le législateur dans les domaines les plus variés du droit privé et, en chaque hypothèse, les conséquences attachées à la découverte de l'erreur matérielle sont constantes. En outre, même en l'absence de texte prévoyant la rectification de l'erreur matérielle à la situation soumise à l'appréciation des cours et tribunaux, ce principe – ou à tout le moins les valeurs d'équité et de bon sens qui le sous-tendent – se retrouve en filigrane dans l'énoncé des quelques décisions de justice qui en font application. Et pour cause, l'on décèle sans peine le sentiment collectif de justice auquel ce principe général répond, à

¹¹⁰ L.-P. SUETENS, « Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht », *T.B.P.*, 1970, n° 28, p. 393, citant B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, pp. 120-141.

¹¹¹ J.-Fr. ROMAIN, « Le rôle et la portée des principes généraux du droit en droit civil », in St. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? : actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, n° 10.2, p. 35.

¹¹² Voy. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., n°s 14 et 15.

¹¹³ R. ANDERSEN et al., « Partie I. – Notions liminaires », in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 329. Voy. ég. « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », op. cit., p. 545, n° 14 : « [...] aussi la Cour a-t-elle toujours fait preuve de la plus grande réserve et ne reconnaît-elle l'existence d'un principe général du droit que lorsque celui-ci est susceptible de recevoir un consensus quasi unanime. »

¹¹⁴ W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents », in *Mélanges Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 573. Il existe, pour certains, un sens intuitif du juste sous-jacent aux principes généraux du droit. Voy. not. H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », in *Rapports belges au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1962, spéc. p. 70.

savoir qu'aucun droit ne peut être établi ou anéanti en raison d'une simple méprise du rédacteur de l'acte juridique qui le consacre ; il serait bien évidemment contraire au sentiment de justice le plus élémentaire qu'une partie puisse valablement requérir l'application stricte de termes ou de montants erronés repris dans un acte juridique¹¹⁵. Inversement, on ne saurait tolérer que ce même acte soit privé de ses effets (par la suite, par exemple, de son annulation s'agissant d'un contrat) et que les droits qui y sont reconnus soient anéantis en raison de la simple erreur purement matérielle qui s'y serait glissée. Ce « sens intuitif du juste »¹¹⁶ auquel la rectification des erreurs matérielles renvoie est d'ailleurs exprimé par la doctrine et la jurisprudence en la matière, dont la lecture nous apprend que le droit à la rectification repose sur le « bon sens »¹¹⁷, « est de droit naturel »¹¹⁸ et constitue un « principe de justice »¹¹⁹, procède d'un « sentiment d'équité auquel nous ne pouvons rester indifférents »¹²⁰, ou encore est « la conséquence d'une règle d'équité naturelle »¹²¹.

26. L'autonomie du principe général. Une fois vérifié le critère de la reconnaissance généralisée, encore faut-il s'assurer que la rectification des erreurs matérielles soit suffisamment autonome. L'autonomie propre aux principes généraux du droit revêt une double signification. D'une part, un principe général est autonome parce qu'il existe et s'applique même en l'absence de

¹¹⁵ Comment accepter, par exemple, qu'une partie ne puisse recevoir qu'un dixième de l'indemnité à laquelle elle a droit en raison d'une erreur typographique commise par le juge lors de la rédaction de son dispositif ?

¹¹⁶ S. SEYS, D. DE JONGHE et F. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Anthemis, 2013, p. 494.

¹¹⁷ M. GUILLAUMIN et al., *Dictionnaire du commerce et des marchandises*, t. I, Paris, Victor Lecou, 1852, p. 422.

¹¹⁸ *Repert. Dalloz*, v° *Compte*, n° 10, cité par E. PAIGNON, *Théorie légale des opérations de banque*, Paris, A. Durant, 1854, p. 248. Voy. ég. E. DELAMARRE, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. III, Paris, Charles Hingray, 1861, p. 414, à propos des erreurs de calcul dans les comptes : « Le principe de la rectification a sa raison et sa nécessité [...] ; c'est dire assez qu'il n'appartient pas plus au droit civil qu'au droit commercial ; il est de droit naturel. »

¹¹⁹ Propos tenus par E. LE GUEN, sénateur de la Troisième République, extrait des débats parlementaires du Sénat, séance du 17 février 1888, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat*, 1888, p. 158.

¹²⁰ Propos tenus par L. CLÉMENT, sénateur de la Troisième République, extrait des débats parlementaires du Sénat, séance du 17 février 1888, *op. cit.*, p. 155. Voy. ég. p. 156, à propos de l'erreur de calcul : « [Le législateur] admet ce principe d'équité, ce principe de droit [...], à savoir que toutes les fois qu'il y a une erreur de calcul on peut la redresser. »

¹²¹ Ch. DEMANGEAT, Fr. MOURON, Ch. BALLOT et E. OLLIVIER, *Revue pratique du droit français*, t. XXVIII, Paris, A. Marescq Ainé, 1869, p. 368. Voy. ég. Civ. Verviers, 1^{er} juin 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, p. 295 : « Attendu que si le partage ne peut être annulé que pour une erreur considérable (plus du quart), il est normal aussi, en vertu de l'équité [...] que la rectification du partage puisse être faite. » Selon d'autres auteurs, ce ne serait pas tant un impératif d'équité qui justifierait l'existence d'un principe général du droit en la matière, mais des motifs d'utilité pratique. E.-H. Perreau explique ainsi que ce sont des « considérations utilitaires » qui expliquent que l'on ait induit, « des articles 2058 C. civ. et 511 C. proc., [...] la faculté pour les parties de réclamer la rectification des erreurs de calcul dans toute espèce de comptes, et même de toute erreur matérielle quelconque, dans les contrats, les actes ou les jugements, voire dans les textes de lois » (E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, *op. cit.*, pp. 288 et 290).

texte¹²², ce qui n'empêche évidemment pas que certains textes l'énoncent, favorisant ainsi sa reconnaissance. On l'a vu, le silence du législateur n'a pas empêché les juges de procéder à la rectification d'erreurs matérielles en l'absence de toute disposition légale le leur autorisant, ce qui témoigne à suffisance du caractère autonome du principe de rectification. D'autre part, un principe général est autonome s'il se distingue d'autres qui lui sont proches, en ce sens qu'il n'est pas une simple composante de ces derniers¹²³. En l'espèce, fréquemment accolée aux principes de l'exécution de bonne foi des conventions et de la primauté de la volonté réelle des parties¹²⁴, la rectification des erreurs matérielles en matière contractuelle semble peiner à trouver son autonomie. Or, on sait que la Cour de cassation refuse de reconnaître l'existence de prétendus principes généraux trop facilement invoqués devant elle, considérant qu'ils ne sont pas suffisamment autonomes¹²⁵. Nous proposons dès lors d'examiner les relations qu'entretient la rectification des erreurs matérielles avec ces deux principes directeurs du droit des obligations, qui sont susceptibles d'influer sur son autonomie.

Sous-section 2

La portée du principe général de rectification en droit des obligations

27. Quelle autonomie pour un principe général ? – l'exécution de bonne foi des conventions. Il faut s'intéresser, tout d'abord, aux liens qu'entretient la rectification de l'erreur matérielle en matière contractuelle avec le principe général de l'exécution de bonne foi des conventions¹²⁶. Certains considèrent que, dans cette matière, la rectification des erreurs matérielles n'est qu'une simple application ou conséquence logique du principe précité. En ce sens, P. Wéry souligne que les erreurs matérielles peuvent toujours faire l'objet d'une rectification « conformément au principe de l'exécution de bonne

¹²² P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., n° 16.

¹²³ A. BOSSUYT et I. VEROUSTRATE, « Le principe (général) (de droit) de bonne administration », *J.T.*, 2020/28, n° 6824, p. 567.

¹²⁴ Voy. par ex. P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, op. cit., p. 263, n° 144 : « L'erreur matérielle ou de calcul peut toujours être rectifiée, en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions ou par application du principe de la prééminence de la volonté réelle, sans qu'il soit nécessaire d'annuler la convention. » Voy. ég. S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., p. 110.

¹²⁵ R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », op. cit., n° 19. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'il n'existe pas de principe général du contradictoire qui se distinguerait du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense (voy. Cass., 30 juin 2015, R.G. n° P.15.0277.N., disponible sur www.juportal.be).

¹²⁶ Consacré par l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil et à l'article 5.73 du Code civil. Voy. à ce sujet, la contribution de S. LARIELLE dans cet ouvrage : S. LARIELLE, « La bonne foi, ou l'art de la prudence et du raisonnable », in Y. NINANE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les principes généraux du droit privé*, op. cit., p. x.

foi des conventions »¹²⁷. Cette thèse trouve un large écho en jurisprudence. Ainsi, dans une affaire concernant l'erreur de calcul glissée dans un décompte établi par une banque, la cour d'appel d'Anvers a-t-elle rejeté les prétentions de l'appelant – qui s'estimait libéré de son obligation de paiement à l'égard de la banque – en énonçant que la rectification de l'erreur matérielle dans le contrat litigieux « *is een logisch gevolg van het feit dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd* »¹²⁸. Plus récemment, le tribunal du travail de Liège a encore relevé que l'erreur matérielle dans une convention relative à l'indemnité de congé due à un travailleur devait être rectifiée « en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions »¹²⁹.

Selon nous, ce rattachement de la rectification de l'erreur matérielle en matière contractuelle à l'exécution de bonne foi des conventions s'explique tant par l'absence de disposition dans l'ancien Code civil prévoyant expressément la rectification des contrats que par l'absence de consécration d'un principe général du droit en la matière par la Cour de cassation. Partant, il est bien légitime que certains juges aient cherché à justifier la rectification d'une erreur dans un contrat sur la base d'une disposition qui les y autoriserait ; à ce titre, l'exécution de bonne foi des conventions et l'article 1134, alinéa 3, de l'ancien Code civil constituaient vraisemblablement des palliatifs séduisants. On ne doute toutefois pas que, depuis l'entrée en vigueur de l'article 5.32 du Code civil, ce n'est plus sur la base de la bonne foi – à laquelle les travaux

¹²⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 249, n° 241. Voy. ég. B. DE CONINCK et V. CALLEWAERT, « La transaction et le règlement amiable des indemnités », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, qui expliquent que l'erreur matérielle « peut toujours être rectifiée, en vertu du principe d'exécution de bonne foi des conventions. C'est du reste ce que rappelle l'article 2058 du Code civil » (p. 898) ; G. CLOSSET-MARCHAL, « La transaction civile met-elle fin au litige ? », *R.G.D.C.*, 2017/7, p. 419, n° 8 : « L'article 2058 du Code civil, appliquant les principes d'efficacité et de bonne foi, prévoit que l'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée et n'est pas une cause de nullité », et Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXVIII, Bruxelles, Bruylant, 1877, n° 411, p. 399 : « l'erreur [matérielle] doit être corrigée. Il y aurait mauvaise foi de la part des parties à vouloir maintenir une inexactitude qui se trouve en opposition avec les bases mêmes de la transaction ; or, toute convention doit être exécutée de bonne foi (art. 1134). »

¹²⁸ Anvers, 13 novembre 2013, *N.j.W.*, 2016, p. 222. Traduction libre : « Cependant, une erreur mathématique ne doit pas seulement être corrigée dans le cas d'un accord de transaction. Cette règle est une conséquence logique du fait que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134 [anc.] Code civil). » Voy. ég. Cour. trav. Bruxelles, 6 novembre 2019, 2016/AB/957, inédit, disponible sur www.juportal.be : « l'erreur comme vice de consentement justifiant la nullité du contrat doit être distinguée de l'erreur matérielle ou de calcul qui peuvent toujours faire l'objet d'une rectification conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. »

¹²⁹ Trib. trav. Liège (9^e ch.), 17 septembre 2019, *Chron. D.S.*, 2020, 8-9, p. 372. Voy. ég. Civ. Gand (14^e ch.), 4 décembre 2012, *R.G.D.C.*, 2016/1, pp. 24-26 : « *De goede trouw in de zin van artikel 1134, derde lid BW impliceert dat contractspartijen bij een schenking spontaan hun medewerking verlenen bij de rechtzetting van een vergissing bij de redactie van de notariële akte* » et Civ. Verviers, 1^{er} juin 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, p. 295 : « Attendu que si le partage ne peut être annulé que pour une erreur considérable (plus du quart), il est normal aussi, en vertu de l'équité et de l'exécution de bonne foi des conventions, que la rectification du partage puisse être faite. »

préparatoires de l'article 5.32 ne font d'ailleurs aucunement référence – que les contrats seront rectifiés, mais bien sur la base de cette disposition nouvelle. Et pour cause, il nous semble que plus qu'une simple application de l'exécution de bonne foi des conventions, la rectification des contrats pourrait, à elle seule, constituer l'expression d'un autre principe général en la matière ; ce à quoi d'ailleurs rien ne s'oppose théoriquement dans la mesure où le rattachement d'un principe général à un autre n'exclut pas, pour autant, sa qualification en tant que principe général¹³⁰. C'est donc selon nous à juste titre que Fl. George, commentant l'article 2058 de l'ancien Code civil, expliquait que la rectification des erreurs matérielles est un « *principe* que l'on peut rattacher à l'article 1134, al. 3, de l'ancien Code civil *et au principe* d'exécution de bonne foi des conventions »¹³¹. La cour du travail de Bruxelles ne dit d'ailleurs pas autre chose dans un récent arrêt lorsqu'elle explique que l'article 2058 n'est « que l'application particulière d'un *principe plus général* qui veut qu'une erreur matérielle peut toujours faire l'objet d'une rectification, *conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions* »¹³².

28. Quelle autonomie pour un principe général du droit ? – suite : la primauté de la volonté réelle des parties. Sans doute faut-il aussi s'interroger sur les liens qu'entretient la rectification de l'erreur matérielle en matière contractuelle avec les règles qui président à l'interprétation des contrats, au premier rang desquelles l'article 5.64 du Code civil¹³³, qui oblige le juge à faire prévaloir la « commune intention » des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes qu'elles ont employés. En effet, lorsqu'il rectifie une erreur matérielle dans un contrat, en déclarant, par exemple, que c'est par inattention que les parties ont erronément désigné une parcelle dans un acte de vente, le juge ne fait-il pas nécessairement prévaloir leur volonté

¹³⁰ Ainsi, le principe de l'interdiction de l'abus de droit qui découle du principe (« plus général » ?) de l'exécution de bonne foi des conventions (P. MARCHAL, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 377 et s. et p. 409, respectivement). À propos du rôle fondamental et fédérateur du principe d'exécution de bonne foi, on consultera également J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, spéc. pp. 379 et 389 et P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s.

¹³¹ Fl. GEORGE, *La convention de transaction. Guide juridique de l'entreprise*, titre III, livre 40, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2020, p. 58.

¹³² Cour trav. Bruxelles, 25 avril 2022, R.G. n° 2019/AB/740, inédit, disponible sur www.juportal.be. On peut toutefois s'interroger sur la manière de relier la rectification des erreurs matérielles avec les deux fonctions classiquement attribuées à la bonne foi contractuelle et désormais codifiées à l'article 5.73, alinéa 2, du Code civil, à savoir la fonction complétive et la fonction restrictive.

¹³³ Qui reprend le contenu de l'article 1156 de l'ancien Code civil. L'alinéa 2 de l'article 5.64 du Code civil écarte la doctrine dite « du sens clair ». Dès lors, le texte d'une clause, même prétendument clair, peut recevoir une interprétation contraire à ses termes, pour autant que cette interprétation ne soit pas manifestement inconciliable avec la portée de l'acte, telle qu'elle se dégage non seulement de l'ensemble de ses clauses, mais également des circonstances dans lesquelles il a été rédigé et exécuté (voy. Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 75 et 76).

réelle ?¹³⁴ C'est ce que considèrent un certain nombre de décisions du fond, qui fondent le pouvoir du juge de rectifier les erreurs matérielles sur la base des règles en matière d'interprétation des conventions et du principe de la primauté de la volonté réelle des parties¹³⁵, détournement qui autorise alors le juge-rectificateur à se fonder sur des éléments extrinsèques à la convention et à ses documents préparatoires, tels que les suites que les parties ont réservées à son exécution¹³⁶. La Cour de cassation elle-même a d'ailleurs refusé de casser la décision du « juge du fond [qui] base ainsi sur des faits extrinsèques, dont il constate souverainement l'existence, des présomptions, dont il apprécie souverainement la force probante, pour rectifier une erreur matérielle qu'il avait relevée dans les actes, et attribuer à ceux-ci la portée voulue par les parties »¹³⁷, remplaçant de la sorte le pouvoir rectificatif du juge dans le contexte de son pouvoir interprétatif¹³⁸.

Selon un enseignement traditionnel, défendu notamment par P. Van Ommeslaghe, la rectification des erreurs matérielles ne relève toutefois pas du domaine de l'interprétation de ce dont les parties sont convenues¹³⁹. R. Jafferalli s'est interrogé sur le caractère quelque peu artificiel de cette distinction ainsi tracée entre la rectification et l'interprétation des conventions. Selon lui, en effet, « l'erreur matérielle suppose précisément que les termes de l'acte ne

¹³⁴ N. PORTUGAELS, « Commentaar bij art. 2058 BW », in *Bijzondere overeenkomsten: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, p. 220, à propos de l'article 2058 du Code Napoléon : « Het is echter de vraag waarom deze regel een plaats heeft gekregen in het wettelijk kader van de *dading*, aangezien deze bepaling eigenlijk een algemeen beginsel poneert dat kan worden gebaseerd op artikel 1156 Burgerlijk Wetboek en dat ook buiten de context van een *dading* wordt gevolgd » et A. RIGOLET, *Le contrat de transaction*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 100, note *infra*, n° 459 : « L'article 2058 du Code civil ne constitue, à cet égard, qu'une réitération du droit commun, l'intention des parties devant primer. » On notera à ce propos que la Cour de cassation a refusé d'élever le principe de la primauté de la volonté réelle des parties au rang des principes généraux du droit (Cass., 19 février 1987, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 817).

¹³⁵ Voy. not. Liège (3^e ch.), 10 juillet 1957, *J.T.*, 1958, pp. 435 et s. : « Une erreur simplement matérielle dans une soumission à une adjudication de travaux publics peut être rectifiée par le juge, même après la conclusion d'un marché à forfait, par application de la règle d'interprétation des conventions, qui en cas de discordance entre la volonté déclarée des parties et leur volonté réelle fait prévaloir cette dernière » ; Civ. Gand, 26 février 1975, cité par D. STAVAUX, note sous Civ. Gand, 27 septembre 1976, *op. cit.*, p. 328 et Mons (1^{re} ch.), 17 juin 2002, *J.L.M.B.*, 02/1193. Voy. ég. Comm. Bruxelles, 9 décembre 1960, *J.T.*, 1961, p. 593 : « la justification de l'erreur peut se faire au moyen d'éléments extrinsèques qui permettent de découvrir la volonté réelle des parties ; [...] Attendu que la justification de l'erreur peut se faire – et c'est le cas le plus courant – au moyen d'éléments extrinsèques qui permettent de découvrir la volonté réelle des parties (décisions précitées, spécialement, en ce qui concerne les faits d'exécution révélateurs de la volonté des parties [...]). »

¹³⁶ Voy. not., Comm. Bruxelles, 9 décembre 1960, *J.T.*, 1961, p. 594.

¹³⁷ Cass., 4 avril 1941, *préc.*, *Pas.*, 1941, I, p. 135.

¹³⁸ R. JAFFERALLI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », *R.C.J.B.*, 2014/4, p. 700, note *infrapaginale* n° 215.

¹³⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 610 : « La rectification des erreurs matérielles peut avoir lieu en cas de contestation, sans qu'il s'agisse d'une question d'interprétation et dès lors sans que s'appliquent les règles [en matière d'interprétation des conventions] » et W. DE BONDT, « Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: Mogelijkheden, grenzen en alternatieven », *op. cit.*, n° 30, p. 1008.

correspondent pas à la volonté réelle des parties. Dans cette mesure, elle ne me paraît pas devoir être traitée différemment des autres formes de discordance involontaire entre la volonté réelle et la volonté déclarée, comme le cas où les parties utilisent un terme juridique impropre dans leur accord (en prévoyant par exemple que le contrat sera “annulé”, plutôt que “résolu”, en cas de manquement grave du débiteur) »¹⁴⁰.

L'article 5.32 du Code civil semble toutefois se rallier à l'enseignement traditionnel selon lequel la rectification d'une erreur matérielle est étrangère à l'interprétation de l'acte¹⁴¹. En effet, même si l'erreur matérielle y est définie comme celle résultant d'une discordance entre la volonté réelle commune des parties et leur volonté déclarée, les travaux préparatoires expliquent que si l'erreur matérielle ne ressort pas « à l'évidence » du contrat ou de ses documents préparatoires, « l'interprétation du contrat est encore possible » (subsidiairement donc), conformément aux dispositions prévues dans une section distincte du Livre 5 du Code civil – les articles 5.64 et suivants. Et pour cause, l'erreur matérielle est certes une forme de discordance involontaire entre la volonté réelle et la volonté déclarée des parties, mais il s'agit d'une discordance de volonté d'une intensité telle qu'elle semble devoir échapper aux dispositions en matière d'interprétation des conventions. On l'a vu, en effet, l'erreur matérielle qui, rappelons-le, est de stricte interprétation, est une erreur criante, « matérielle et patente », dont l'évidence ne souffre aucune discussion et dont la rectification ne requiert aucun travail interprétatif du juge, lequel devra pouvoir la rectifier au départ – strictement – du contrat et de ses documents préparatoires. Si toutefois l'erreur ne peut être rectifiée sur la base de la lecture du contrat ou de ses documents préparatoires et que le juge-rectificateur doit avoir égard à des éléments qui leur sont extrinsèques, c'est-à-dire des circonstances de fait telles que le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat¹⁴², le juge doit alors se muer en un juge-interprète et rechercher la commune intention des parties en application des règles posées aux articles 5.64 et suivants du Code civil. Dans cette mesure, le droit à la rectification ne pourrait servir de prétexte, au gré d'une

¹⁴⁰ R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », *op. cit.*, p. 700, note infrapaginale n° 215.

¹⁴¹ S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 111 : « Ainsi, la rectification des erreurs matérielles n'est pas une question d'interprétation. Dès lors, les règles d'interprétation ne s'appliquent pas. » Le simple constat qu'une disposition ait été expressément réservée à la rectification des erreurs matérielles dans une section distincte de celle reprenant les règles en matière d'interprétation des conventions est déjà éclairant.

¹⁴² Auquel les travaux préparatoires de l'article 5.64 du Code civil font indirectement référence. Voy. *Développements*, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 65 et S. BENZIDI et C. LEGRAND, « L'interprétation, la qualification et les effets entre parties du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, *op. cit.*, p. 178.

interprétation trop large de l'erreur matérielle en matière contractuelle, pour éluder l'application des règles en matière d'interprétation des conventions¹⁴³.

Sous-section 3

La portée du principe de rectification des erreurs matérielles au-delà du Livre 5 du Code civil

29. Le principe général de rectification de l'erreur matérielle en droit privé. Plus intéressante pour notre propos est la réflexion visant à s'interroger sur l'existence d'un principe général de rectification des erreurs matérielles « survolant » toutes les branches du droit privé et dont la portée ne serait donc pas limitée au champ du droit des obligations. Au terme de notre contribution, on peut affirmer que l'article 5.32 du Code civil n'est que le reflet, en matière contractuelle, d'un principe dont la généralité d'application est telle que l'on admet, en toute matière du droit privé, que les erreurs matérielles demeurent sans incidence quelconque sur la validité ou l'efficacité de l'acte juridique (quel que soit sa nature) qu'elles entachent et peuvent uniquement être rectifiées. L'étude historique et comparative des différents régimes de droit privé admettant la rectification de l'erreur matérielle ne fait d'ailleurs que confirmer l'impression générale déjà partagée par certains auteurs dès le début du XIX^e siècle¹⁴⁴, puis dans la doctrine moderne¹⁴⁵, concernant le statut de la rectification des erreurs matérielles. Il faut en effet bien constater que c'est toujours cette « même idée fondamentale »¹⁴⁶ qui

¹⁴³ Et, en particulier, la limite fixée à l'alinéa 2 de l'article 5.64 du Code civil, qui interdit de donner du contrat une interprétation manifestement inconciliable avec la portée de l'écrit qui le constate, compte tenu des éléments intrinsèques à celui-ci et des circonstances dans lesquelles il a été établi et exécuté.

¹⁴⁴ A. ADAM, *Des transactions : thèse pour le doctorat soutenue à la faculté de droit de Strasbourg*, Strasbourg, E. Huder, 1852, p. 92 : « en quelque temps et en quelque acte que se rencontre une erreur matérielle, elle pourra être redressée. »

¹⁴⁵ Voy. not. R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE et K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, t. III, *Verbintenissen. Bewijsleer. Gebruikelijke contracten*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 29, n° 45 : « *materieële dwaling, hoofdzakelijk in de berekening (een dergelijke dwaling geeft slechts aanleiding tot verbetering). Die regel geldt niet enkel voor contracten, doch ook voor wetten, vonnissen, rekeningen in het algemeen.* » Traduction libre : la rectification des erreurs matérielles « s'applique non seulement aux contrats, mais aussi aux lois, aux jugements et aux comptes » ; P. MARCHAL, « La transaction », *Rép. not.*, t. IX, Livre 10, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 119 et A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, Fl. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2022, p. 560, n° 1019 : « Il [lire : l'article 2058 de l'ancien Code civil] s'agit plutôt d'une application d'un principe que l'on retrouve pour les jugements à l'article 794 du Code judiciaire et pour les redditions de compte à l'article 1368 du même Code. » Voy. ég. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk – Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, op. cit., p. 601, n° 705 : « *Het algemene beginsel van de verbetering van een rekenfout of een materiële vergissing vindt daarenboven uitdrukkelijk toepassing in een aantal wetsartikelen* » ; J.D.P. Hannut, 25 novembre 1980, R.G.A.R., n° 10422, obs. F.G. : « L'article 2058 du Code civil constitue, au titre de la transaction, l'expression d'un principe général applicable en tous les domaines. » Voy. ég. B. KOHL, *Droit de la construction*, op. cit., p. 106.

¹⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, op. cit., p. 53, n° 41bis. Voy. ég. : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 1048, n° 905 : « Les erreurs purement matérielles,

justifie que les erreurs matérielles ne donnent jamais lieu à la nullité de l'acte et puissent toujours être rectifiées tant en matière de contrats, de jugements et arrêts, que de comptes, *etc.*

30. Le principe général de rectification de l'erreur matérielle en droit. Pour les besoins de la présente contribution et de l'ouvrage collectif dans lequel elle s'inscrit, notre propos s'est volontairement limité aux régimes de rectification de l'erreur matérielle relevant, plus ou moins largement, du droit privé. Toutefois, un bref détour par les autres domaines du droit nous apprend que l'on admet la rectification des erreurs matérielles – et par conséquent, la neutralisation de leurs effets – dans une multitude d'actes juridiques. Il en va ainsi des erreurs matérielles contenues dans les décisions rendues en matière de sécurité sociale¹⁴⁷ – et, de manière plus générale, dans toute décision de l'autorité administrative¹⁴⁸ – dans les textes de loi et réglementaires publiés au Moniteur belge¹⁴⁹, dans l'impôt sur le revenu¹⁵⁰, dans les actes d'état civil¹⁵¹, dans les décisions soumises à la censure de la Cour de cassation¹⁵², dans les rapports rendus par les experts judiciaires¹⁵³, dans les réquisitoires du ministère public¹⁵⁴, *etc.* S'il est hors de notre propos de s'employer à comparer et à rapprocher ces différents régimes, cette énumération appelle toutefois deux observations. Premièrement, pour ceux de ces régimes qui sont d'origine prétorienne (tels que la rectification du texte de la loi ou des rapports d'expertise), il faut observer qu'aucun détour par un principe général fondant le pouvoir de rectification du juge n'est jugé nécessaire ; la solution semble, à chaque fois, s'imposer à l'évidence et être guidée par des considérations relevant du « bon sens ». Deuxièmement, le constat que l'on trouve des régimes prévoyant la rectification de l'erreur matérielle dans des

ou de calcul [...], doivent être rectifiées, conformément aux principes généraux. » Pareillement, à propos du pouvoir de la Cour de cassation de rectifier les erreurs matérielles qui se trouvent dans les jugements et arrêts soumis à sa censure, l'auteur explique que « ces solutions sont d'ailleurs conformes aux principes généraux admis en matière d'erreurs matérielles [...], tant en matière de contrats qu'en matière de lois et d'arrêts et jugements » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, *op. cit.*, p. 1048, n° 995bis).

¹⁴⁷ Art. 17, al. 1^{er}, de la Charte de l'assuré social.

¹⁴⁸ Le Conseil d'État admet ainsi que l'erreur matérielle commise dans la motivation formelle d'un acte administratif, qui n'a pas affecté la bonne compréhension des motifs de l'acte par son destinataire et a été sans incidence sur l'appréciation portée par l'administration, ne vicie pas la légalité de cette décision. Voy. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 509 et C.E., 8 juin 1998, n° 74.153, Leyssens ; 28 novembre 2008, n° 188.376, Couvreur.

¹⁴⁹ Voy. Cass., 22 septembre 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 378, concernant la rectification des textes publiés au Moniteur belge par voie d'*erratum*. À ce sujet, voy. D. BATSELÉ, *Initiation à la rédaction des textes législatifs, réglementaires et administratifs*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 105. Voy. ég. Cass. fr., 11 mai 1897, D. P., 1897, I, p. 367.

¹⁵⁰ Voy. art. 376 C.I.R. et Cass., 2 décembre 1999, *F.J.F.*, n° 2000/290. À ce sujet, voy. R. ROSOUX, « La notion d'erreur matérielle », *R.G.C.F.*, 2004/1, p. 5.

¹⁵¹ Voy. art. 33 et s. anc. C. civ.

¹⁵² Cass., 21 novembre 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 480.

¹⁵³ Cass., 2 novembre 2022, n° P.22.0838.F/1, disponible sur www.juportal.be.

¹⁵⁴ Cass., 22 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2123.

branches du droit aussi variées ne paraît pas s'opposer à la découverte d'un principe général. On sait d'ailleurs que certains principes généraux, tels que celui de la non-rétroactivité de la loi, ont un champ d'application très large et « survolent », pour ainsi dire, toutes les branches du droit¹⁵⁵. Au contraire, il nous semble que cette généralité absolue de la règle, présente dans tous les domaines du droit, est encore un autre indice du caractère éminemment général du principe de rectification des erreurs matérielles.

Conclusion

31. *Errare humanum est* – la recherche d'un équilibre entre vérité et sécurité. En droit, les nombreuses dispositions qui appréhendent l'erreur dans toutes ses formes et tous ses degrés sont ordonnées selon deux finalités, l'une préventive, l'autre corrective ; il s'agit, tout d'abord, de prévenir l'erreur et, ensuite, si on ne peut empêcher sa commission, de la réparer¹⁵⁶. Ces régimes de « réparation » de l'erreur et de ses conséquences sur la validité de l'acte juridique qui en est entaché sont autant de témoins de ces inévitables oscillations du droit entre, d'une part, la recherche de la vérité et, d'autre part, le respect de la sécurité nécessaire dans les relations juridiques¹⁵⁷. La rectification des simples erreurs matérielles n'y fait pas exception – il s'agit aussi de trouver un délicat point d'équilibre entre ce qu'exige la sécurité des situations acquises, c'est-à-dire la fixité des droits et obligations des individus établis dans un acte juridique, et la possibilité de pouvoir corriger les erreurs de rédaction grossières qui s'y seraient glissées – conséquences inévitables de la fragilité de l'homme, sans cesse exposé à l'erreur¹⁵⁸ – et dont on ne peut tolérer qu'elles puissent nuire la vérité.

32. Quel avenir pour un principe général de rectification des erreurs matérielles ? L'émergence progressive du principe de rectification des erreurs matérielles, au départ des premières lois romaines, ensuite consolidé en doctrine et en jurisprudence à partir du début du XIX^e siècle et, enfin, consacré par les très nombreuses dispositions légales qui admettent la rectification de l'erreur matérielle dans les domaines les plus variés du droit, répond certai-

¹⁵⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, op. cit., pp. 120 et 121. Voy. ég. A. LENAERTS, « Le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* : une analyse de sa portée et de sa fonction en droit privé belge », R.G.D.C., 2014, p. 108. Inversement, d'autres principes généraux sont, par nature, plus spécifiques et voient leur champ d'application restreint à une branche du droit. Ainsi, les principes *pacta sunt servanda* et la bonne foi dans l'exécution des obligations sont propres au droit des obligations, tandis que le principe dispositif est particulier au droit judiciaire privé.

¹⁵⁶ J. FOYER, « Avant-propos », in J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER (dir.), *L'erreur*, op. cit., p. 3.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵⁸ Ch. DEMANGEAT, Fr. MOURON et E. OLLIVIER, *Revue pratique du droit français*, t. XXVIII, op. cit., p. 368.

nement à la logique « sédimentaire » des principes généraux, dont l'apparition et le développement s'inscrit dans une logique temporelle longue¹⁵⁹.

Mais bien qu'on puisse conclure, au terme de cette contribution, à l'existence d'un principe général du droit admettant la rectification des erreurs matérielles, il faut toutefois bien reconnaître que s'interroger sur l'existence – ou l'inexistence – d'un tel principe, c'est aussi nécessairement se poser la question de la pertinence de sa consécration expresse et de la probabilité que celle-ci adienne. En effet, seul le juge peut constater l'existence d'un principe général du droit, ce qui nécessite nécessairement son intervention pour attribuer à un principe une telle valeur¹⁶⁰. Or, dès lors que se sont multipliés les régimes de rectification de l'erreur matérielle, on peine à imaginer une situation juridique dans laquelle, confronté au silence de la loi, le juge devrait fonder sa décision de rectifier une erreur matérielle sur un principe général en la matière qui le lui autoriserait. On l'a vu, de tels textes légaux ne semblent *a priori* pas manquer ; en droit privé tout particulièrement la plupart des hypothèses où le juge chercherait à rectifier une erreur matérielle trouvent déjà une assise dans une disposition légale particulière à laquelle il suffira de se référer. À l'examen d'ailleurs, les quelques invocations contentieuses récentes d'un principe général en la matière n'ont jamais été déterminantes ; la référence à un « principe général » admettant la rectification de l'erreur matérielle ne l'est jamais qu'à titre énonciatif, sans que cette digression théorique du juge n'exerce aucune influence sur la solution finalement apportée au litige¹⁶¹.

¹⁵⁹ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Panthéon-Assas, 1999, pp. 452 et s.

¹⁶⁰ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, p. 85.

¹⁶¹ Voy. par ex. Cour trav. Bruxelles, 25 avril 2022, R.G. n° 2019/AB/740, inédit, disponible sur www.juportal.be. Dans cet arrêt, la cour fait expressément référence à un « principe plus général qui veut qu'une erreur matérielle peut toujours faire l'objet d'une rectification », sans que cette énonciation soit par la suite utile à la solution qu'elle apporte au litige (la cour d'appel fait en effet application de l'article 2058 de l'ancien Code civil).

La lésion (re)qualifiée « abus de circonstances »

Lauriane MALHAIZE

*Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau du Brabant wallon*

Guillaume SCHULTZ

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. Introduction. La lésion qualifiée, désormais consacrée par le Code civil sous le vocable « abus de circonstances », passionne les auteurs autant qu'elle les intrigue depuis plusieurs décennies et ce, pour plusieurs raisons.

Sous l'ancien Code civil, cette théorie n'était consacrée par aucune disposition légale générale, contrairement aux autres vices de consentement¹. La seule allusion à ce mécanisme était contenue à l'article 1907*ter*, qui constituait l'unique cas d'application de la lésion qualifiée. Cette absence de consécration légale générale a notamment amené la doctrine à s'interroger sur la portée de cette théorie, et plus largement, sur l'existence d'un principe général du droit sous-jacent.

En l'absence de consécration légale générale et dans l'attente de l'intervention du législateur², la doctrine et les juridictions de fond ont fait « œuvre créatrice »³ pour définir la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances), en préciser les conditions d'application et la placer au rang d'« institution juridique »⁴. Elles ont en effet dû pallier le silence de la Cour de cassation, laquelle

¹ C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée : analyse et comparaison », in *La théorie générale des obligations*, coll. CUP, Liège, 1998, p. 17, n° 3 ; S. GOLDMAN, « Violence, lésion qualifiée et dominance économique », note sous Anvers, 25 avril 2015, *R.G.D.C.*, 2018, liv. 4, p. 220, n° 11 ; N. RÉSIMONT, « Le point sur... la lésion qualifiée », *J.T.*, 2007, p. 524.

² Sur cette question, voy. *infra*, n° 11.

³ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique », in H. JACQUEMIN et M. NIHOUL (dir.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 63, n° 19.

⁴ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *ibid.* ; G. FIÉVET, « Erreur, dol et lésion qualifiée. Chronique de jurisprudence (2006-2016) », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 94, n° 41 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE la qualifient de « figure juridique » (S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun », in R. JAFFERALI (dir.), *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 93, n° 21).

s'est montrée particulièrement réticente « à l'admettre et à en préciser les conditions d'application de manière expresse »⁵.

Enfin, la lésion qualifiée a ceci de singulier qu'elle met en évidence la tension entre, d'une part, l'impératif de justice contractuelle qui commande de « sanctionner tout comportement à l'origine d'une lésion, quelle qu'en soit l'intensité, qui viendrait fausser les règles du jeu à la base du contrat » et, d'autre part, l'exigence de sécurité juridique qui commande, au contraire, « de lutter contre la remise en question trop systématique des actes juridiques [...] et [de] n'admettre le développement d'un contentieux de la lésion que dans les cas d'abus les plus manifestes »⁶.

Par la loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « les obligations »⁷, le législateur a finalement offert à la théorie de la lésion qualifiée le fondement légal tant attendu par la doctrine⁸. L'article 5.37 du Code civil en clarifie désormais la portée, en énumère les conditions d'application et précise la manière dont elle doit être sanctionnée.

2. Objet et plan de la présente contribution. L'objectif de la présente contribution est de faire le point sur les enseignements dégagés par la doctrine et la jurisprudence au cours des dernières décennies, d'identifier les lacunes de l'ancien Code civil et de mettre en évidence la nécessité – devenue criante – de consacrer ces enseignements dans une disposition légale comme l'a récemment fait le législateur à l'occasion de la réforme du Code civil. La première section est dédiée à la notion de « lésion qualifiée », à sa portée et à son évolution vers le concept d'abus de circonstances. Dans la seconde section, nous procéderons à une analyse détaillée des conditions d'application, illustrées par des décisions jurisprudentielles rendues sous l'empire de l'ancien Code civil. La troisième section passera en revue les controverses qui ont déchiré la doctrine quant au fondement de la lésion qualifiée et analysera la solution retenue par le législateur en 2022.

Section 1 Notion

3. Définition et évolutions. La présente section poursuit un double objectif : celui, d'une part, de définir les contours de la théorie de la lésion qualifiée telle que développée par la doctrine sous l'ancien Code civil et celui, d'autre part, de mettre en lumière les évolutions doctrinales et jurisprudentielles

⁵ J.-Fr. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée », *J.T.*, 1993, p. 750, n° 2.

⁶ *Ibid.*, p. 749, n° 1.

⁷ Loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

⁸ Sur cette question, voy. *infra*, n° 11.

ayant conduit le législateur à lui attribuer un fondement légal. Dans la première sous-section, nous définirons la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances), mettrons en évidence les failles de l'ancien Code civil et analyserons l'accueil qui a été réservé à cette théorie par la doctrine. La seconde sous-section analysera la position adoptée par la Cour de cassation à l'égard de cette théorie essentiellement sous l'angle de deux arrêts emblématiques prononcés le 29 avril 1993⁹ et le 9 novembre 2012¹⁰.

Sous-section 1

De la lésion qualifiée à l'abus de circonstances

4. Définition de la lésion qualifiée sous l'ancien Code civil. La théorie de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) est une théorie doctrinale et jurisprudentielle¹¹ qui permet au juge de corriger l'équilibre du contrat lorsqu'« au moment de sa conclusion, il existe un *déséquilibre manifeste* entre les prestations réciproques des parties qui *résulte de l'abus*, par l'une des parties, de *l'état d'infériorité* de l'autre »¹².

La lésion qualifiée suppose la réunion de trois conditions cumulatives : (1) l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties ; (2) en lien causal avec (3) l'abus, par l'une des parties, des circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie¹³.

Elle sanctionne un déséquilibre contractuel¹⁴ « qui viendrait fausser les règles du jeu à la base du contrat »¹⁵. L'abus de circonstances, désormais consacré par le Code civil en son article 5.37, permet au juge de corriger le préjudice qui en résulte dans le chef du cocontractant¹⁶ en procédant, selon les circonstances, à la réduction des prestations ou à l'annulation du contrat¹⁷.

⁹ Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1994, p. 294, note J.-Fr. ROMAIN.

¹⁰ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

¹¹ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 63, n° 19 ; S. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 220, n° 11 ; N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 524 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 76.

¹² S. GOLDMAN, *ibid.*, p. 219, n° 1, c'est nous qui mettons en évidence.

¹³ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag? », note sous Cass., 9 novembre 2012, R.G.D.C., 2013, liv. 3, pp. 131 et 132 ; P. BAZIER, « L'interaction entre les vices de consentement et les pouvoirs du juge », in S. STIJNS et P. WÉRY (dir.), *Le juge et le contrat*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 260 ; pour un examen détaillé des conditions de l'abus de circonstances, voy. *infra*, Section 2.

¹⁴ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 63, n° 19 ; sur le déséquilibre contractuel, voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 749, n° 1.

¹⁶ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 41.

¹⁷ S. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 219, n° 11 ; sur les sanctions de la lésion qualifiée (sous l'ancien régime) et de l'abus de circonstances, voy. *infra*, Section 3.

5. Comparaison avec la lésion. La lésion qualifiée s'est développée en marge¹⁸ de la lésion « simple » ou « objective »¹⁹ – institution voisine qui était consacrée à l'article 1118 de l'ancien Code civil – ce qui explique qu'elle soit souvent définie au départ de la lésion²⁰.

La lésion est définie par H. De Page comme « le préjudice issu, dès la formation²¹ du contrat, d'une disproportion entre les obligations réciproques qui en sont nées »²². Contrairement à la lésion simple qui n'est pas un vice de consentement général²³, la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) requiert, outre l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques, que le déséquilibre trouve son *origine* dans l'*exploitation* par l'une des parties de l'*infériorité* de son cocontractant²⁴. Cette disproportion économique²⁵ doit « résulte[r] de l'abus par une partie de la faiblesse, de l'*inexpérience*, de la *légèreté*, de l'*ignorance*, des *besoins* ou des *passions* de l'autre partie »²⁶ (voy. *infra*, Section 2).

6. Un vice de consentement autonome. Il est quasi unanimement admis en droit belge que la lésion qualifiée constitue un vice de consentement autonome²⁷. C'est également la position du législateur, qui a consacré l'abus de circonstances (*i.e.* la lésion qualifiée) parmi les vices de consentement généraux à l'article 5.33 du Code civil²⁸.

¹⁸ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 751, n° 3.

¹⁹ A. DURIAU, « L'abus de dépendance économique et la théorie de la lésion qualifiée : deux faces d'une même médaille ? », *Le pli juridique*, octobre 2020, p. 8.

²⁰ La lésion « simple » ou « objective » fait l'objet d'applications particulières notamment aux articles 4.43 (en matière successorale), 4.105, § 1^{er}, et 4.231, § 1^{er} (en matière de partage), du Code civil ou encore à l'article 1674 de l'ancien Code civil (en matière de vente immobilière) ; sur la coexistence entre la lésion simple et la lésion qualifiée, voy. F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 64, n° 20.

²¹ Pour une comparaison entre la lésion qualifiée (laquelle requiert un déséquilibre au moment de la formation du contrat) et la théorie de l'imprévision (laquelle implique un déséquilibre qui naît lors de l'exécution du contrat), voy. *infra*, n° 17.

²² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, *Introduction. Théorie générale des droits et des lois. Les personnes – la famille*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 80, n° 67.

²³ Comme le rappelle l'article 5.38 du Code civil, « le déséquilibre entre les prestations des parties n'est une cause de nullité que dans les cas prévus par la loi ».

²⁴ C. GOUX, *op. cit.*, p. 16, n° 3, c'est nous qui mettons en évidence.

²⁵ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 291 ; pour une comparaison entre la lésion qualifiée, la dominance économique et la violence, voy. S. GOLDMAN, *op. cit.*, pp. 216-223.

²⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 291, c'est nous qui mettons en évidence.

²⁷ C. GOUX, *op. cit.*, p. 19 ; S. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 220, n° 11 ; A. DURIAU, *op. cit.*, p. 8 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *ibid.*, pp. 291-303 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 93 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 64, n° 20 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 81, n° 68 ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, n° 6.3 (J.-Fr. Romain nuance le propos en considérant que « la lésion qualifiée prend naturellement sa place à la marge du régime des vices de consentement ») ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 76 ; L. SIMONT et P. A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1992-2010) : Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2014, liv. 3, p. 580, n° 24 ; E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 225, n° 376.

²⁸ Les travaux préparatoires précisent d'ailleurs que « l'alinéa 1^{er} confirme les vices de consentement existants (art. 1109 C. civ. ; art. 1130 C. civ. fr.) tout en introduisant l'abus de circonstances comme vice du consentement général. Ce vice de consentement est déjà admis dans la jurisprudence et la doctrine sous l'appellation

C. Goux justifie ce rattachement comme suit : « Soit la victime d'une lésion qualifiée a accepté la situation *sans en être consciente* : dans ce cas, son consentement n'a pas été donné en connaissance de cause, il y a dans son esprit une représentation fautive de la réalité, une erreur. Soit la victime *est consciente* de sa situation d'infériorité et de l'abus qui en est fait par son cocontractant, mais elle n'a pas les moyens de s'y opposer : son consentement n'a pas été donné librement mais de manière forcée, il est donc atteint d'un vice »²⁹. Elle en déduit que « la personne qui subit une lésion qualifiée est ainsi victime d'un vice de consentement »³⁰.

Seul W. De Bondt semble se départir de cette thèse³¹. Ce dernier procède à une distinction entre la lésion qualifiée (qu'il associe à la *fout-theorie*³²) et la théorie des vices de consentement (qu'il associe à la *wilstheorie*³³). D'après lui, le législateur envisage la relation contractuelle sur la base de la volonté des parties, véritable « moteur » du lien contractuel. La théorie des vices de consentement se focalise sur la volonté (ou plutôt, l'absence de volonté) de la victime du vice tandis que, pour la lésion qualifiée, « c'est l'inverse » : c'est la faute de l'auteur de la lésion qualifiée qui est primordiale. Il conclut que « le principe de la force obligatoire du contrat est ici remis en cause, non pas du fait de la victime [du vice de consentement], mais en raison d'une faute du bénéficiaire [qui abuse de la position d'infériorité de son cocontractant] »³⁴.

7. L'article 1907ter de l'ancien Code civil : un cas d'application isolé. Seul l'article 1907ter de l'ancien Code civil, inséré en 1935³⁵, sanctionnait un cas de lésion qualifiée en matière de prêt à intérêt³⁶. Cette disposition prévoyait que, si le prêteur s'était fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt en abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le juge réduisait les obligations de ce dernier au remboursement du prêt et au paiement de l'intérêt légal³⁷. La sanction préconisée par l'ancien Code civil consistait donc déjà, pour

de "lésion qualifiée" » (Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, examen des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 35).

²⁹ C. GOUX, *op. cit.*, p. 21, c'est nous qui mettons en évidence.

³⁰ *Ibid.*

³¹ W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 252 et s.

³² « Théorie de la faute » (traduction libre).

³³ « Théorie de la volonté » (traduction libre).

³⁴ W. DE BONDT, *op. cit.*, p. 252, traduction libre ; voy. aussi E. SWAENEPOEL, *op. cit.*, p. 225, n° 377.

³⁵ Arrêté royal n° 148 relatif à l'usure du 18 mars 1935, *M.B.*, 20 mars 1935, art. 2.

³⁶ C. GOUX, *op. cit.*, p. 17, n° 3 ; A. DURIAU, *op. cit.*, p. 8 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 63, n° 19 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 291 ; M. BERLINGIN, « La lésion qualifiée : un cas d'école soumis à la Cour d'appel de Bruxelles », *Les Pages. Obligations, contrats et responsabilité*, 2015, n° 6, p. 1 ; S. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 220 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 259.

³⁷ Art. 1907ter, C. civ. ; voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *ibid.*, p. 291.

ce cas d'application particulier, dans la réduction de la prestation excessive³⁸ (voy. *infra*, n° 42).

8. Les lacunes de l'ancien Code civil. L'ancien Code civil s'est ainsi focalisé sur le « *consentement* [et] non [...] la *vulnérabilité* de certains cocontractants » (notamment des mineurs et des majeurs incapables) en délaissant les « autres types de faiblesses qui peuvent affecter une partie contractante »³⁹. Rapidement, la théorie des vices de consentement telle qu'elle est consacrée par l'ancien Code civil s'est avérée insuffisante pour protéger les plus vulnérables. Parallèlement aux lois particulières adoptées par le législateur⁴⁰, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de pallier ces lacunes en reconnaissant la lésion qualifiée comme une véritable « institution juridique »⁴¹. Ces évolutions jurisprudentielles seront mises en exergue dans la seconde section (voy. *infra*, n°s 12 et s.).

9. Accueil doctrinal. De manière générale, les auteurs de doctrine se sont montrés favorables à la reconnaissance de la lésion qualifiée en droit belge⁴². Le développement de la théorie de la lésion qualifiée a été rendu nécessaire compte tenu « de l'absence de consécration légale et du nombre limité de cas d'application de la lésion simple, strictement réglementés et insuffisants

³⁸ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525, note 41.

³⁹ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 62, n° 18, c'est nous qui mettons en évidence ; A.-S. COURDIER-CUISINIER remarque que le terme « vulnérabilité » est absent du Code civil de 1804 et tente d'expliquer cette absence (A.-S. COURDIER-CUISINIER, « La vulnérabilité et le vice de violence », in F. ROUVIÈRE (dir.), *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 341 et s.).

⁴⁰ Voy. notamment la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, M.B., 5 octobre 1961 (à ce jour intégrée dans le Livre X du Code de droit économique) ; loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, M.B., 22 août 1978 ; loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991 (à ce jour intégrée dans le Livre VII du Code de droit économique) ; loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur, M.B., 29 août 1991 (remplacée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, M.B., 12 avril 2010, à ce jour intégrée dans le Livre VI du Code de droit économique) ; loi du 4 août 1991 sur le crédit hypothécaire, M.B., 19 août 1992 (à ce jour intégrée dans le Livre VII du Code de droit économique) ; loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale, M.B., 2 juin 1995 (à ce jour intégrée dans le Livre X du Code de droit économique) ; loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit, M.B., 27 juin 2007 (ayant inséré les articles 2043bis à 2043octies de l'ancien Code civil) ; loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, M.B., 30 avril 2014 ; loi du 21 novembre 2017 relative à la vente de voyages à forfait, de prestations de voyage liées et de services de voyage, M.B., 1^{er} décembre 2017 ; voy. S. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 218, n° 6 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *ibid.*, p. 63, n° 19.

⁴¹ F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *idem* ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 41.

⁴² Parmi les auteurs favorables à la reconnaissance de la lésion qualifiée en droit belge, voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges Jean Dabin*, II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 487-518 ; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Comm. Bruxelles, 20 février 1970, R.C.J.B., 1977, pp. 10 et s. ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », R.W., 1979-1980, pp. 2467-2500 ; W. VAN GERVEN, « Beginselen van behoorlijk handelen », R.W., 1982-1983, pp. 961 et s. ; J. LIMPENS, « Les obligations – Examen de jurisprudence (1949 à 1952) », R.C.J.B., 1953, p. 53, n° 14 ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, pp. 749-764 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 77 et les références citées, note 30.

sur le plan technique »⁴³. Les éminentes contributions d'A. de Bersaques⁴⁴, W. De Bondt⁴⁵, H. De Page⁴⁶ et A. Kluyskens⁴⁷ ont largement contribué au développement de la théorie de la lésion qualifiée en droit belge⁴⁸.

Cependant, la doctrine s'est montrée divisée sur la question du fondement à attribuer à la lésion qualifiée⁴⁹. Trois fondements se dégagent : (1) la cause immorale ou illicite ; (2) la théorie de l'abus de droit⁵⁰ et (3) la responsabilité extracontractuelle. D'autres encore, comme W. Van Gerven, proposent de cumuler les trois fondements précités pour assimiler la lésion qualifiée à « un *usage inadéquat de la liberté contractuelle* constitutif d'une *faute* au sens de l'article 1382 du Code civil, et donnant naissance à un contrat dont la cause est *illicite*, car contraire aux *bonnes mœurs* »⁵¹. Cette dernière thèse est critiquable car elle implique le cumul de trois sanctions différentes (une par fondement évoqué), ce qui implique « des conséquences divergentes sur le contrat »⁵².

Ces réflexions doctrinales ne sont pas sans incidence puisque sous le régime de l'ancien Code civil, la sanction de la lésion qualifiée dépendait du fondement qui lui était attribué⁵³. Comme cela sera exposé dans la section 3 de la présente contribution (voy. *infra* n°s 36 et s.), la cause immorale ou illicite aboutit à la *nullité absolue* de la convention, la théorie de l'abus de droit conduit le juge à prononcer la *réduction du droit* à son usage normal (ou à condamner l'auteur de l'abus à réparer le dommage causé) et, enfin, la responsabilité extracontractuelle implique la *réparation* du dommage (en nature ou par équivalent). Si la controverse n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation⁵⁴, le Livre 5 du Code civil a le mérite de clarifier les sanctions de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) ainsi que le fondement retenu à ce jour.

⁴³ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag? », *op. cit.*, p. 131, traduction libre, et les références citées, note 8.

⁴⁴ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, pp. 515 et 516 ; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, pp. 10-37.

⁴⁵ W. DE BONDT, *op. cit.*, pp. 146-259.

⁴⁶ H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, coll. Actualités sociales. Nouvelle série, Bruxelles, Office de publicité, 1946, pp. 77 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, pp. 80-86, n°s 66 à 73.

⁴⁷ A. KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, pp. 49-51 cité par E. SWAENEPOEL, *op. cit.*, p. 180.

⁴⁸ E. SWAENEPOEL, *ibid.*, p. 183, n° 302 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 292 et 293 (pour une analyse en droit comparé, voy. spéc. pp. 291-293, n° 171).

⁴⁹ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 751, n° 3 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 42 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 89 et s. ; C. GOUX, *op. cit.*, pp. 50 et s.

⁵⁰ Voy. la contribution de Th. Léonard dans le présent ouvrage.

⁵¹ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 42, c'est nous qui mettons en évidence ; voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag? », *op. cit.*, p. 132, n° 4.

⁵² M. DE POTTER DE TEN BROECK, *ibid.*, p. 132, traduction libre.

⁵³ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 50 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 275.

⁵⁴ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *op. cit.*, p. 132 ; L. SIMONT et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 580.

10. Un principe général du droit ? Dès la fin des années 1970, A. De Bersaques plaide en faveur de la reconnaissance de la théorie de la lésion qualifiée en droit belge. Il constate que d'« innombrables dispositions légales [...] ont pour but de protéger les parties tenues pour économiquement faibles – ouvriers, employés, fermiers, locataires commerciaux, emprunteurs, acheteurs à tempérament, représentants de commerce – contre le risque de se voir édicter des clauses léonines par un partenaire plus puissant [et que celles-ci] reposent toutes sur le principe que pareille exploitation est contraire aux bonnes mœurs, à la morale sociale et partant illicite »⁵⁵. Il en déduit l'existence d'un principe général du droit selon lequel « nul dans un contrat ne peut exploiter l'infériorité de son partenaire pour en obtenir des engagements hors de toute proportion avec les siens propres »⁵⁶.

Cette réflexion avait déjà été initiée par A. Kluyskens, lequel a proposé une théorie générale dite « *theorie der uitbuiting* » (théorie de l'exploitation)⁵⁷. En 1938, il écrivait : « [...] en réalité, l'action en rescision trouve sa raison d'être dans un certain droit de contrôle exercé par le juge sur certains contrats, afin de prévenir l'apparition de situations injustes ou immorales, à savoir empêcher l'exploitation d'une partie par une autre. De même qu'il est immoral et antisocial pour un mineur de subir un quelconque désavantage dans un contrat conclu avec un adulte, il peut également, dans des circonstances données, s'avérer immoral et antisocial pour un contrat conclu entre adultes d'avantager excessivement une partie au détriment de l'autre »⁵⁸.

D'autres auteurs, comme P. Van Ommeslaghe, se sont interrogés sur la portée de l'article 1907^{ter} de l'ancien Code civil et l'opportunité d'« étendre cette institution à d'autres hypothèses que celle expressément consacrée par le Code malgré les termes de l'article 1118, [pour en] [...] faire une règle générale du droit des contrats »⁵⁹.

La question reste en suspens dès lors que la Cour de cassation n'a jamais érigé cette théorie au rang de principe général du droit, pas même à l'occasion des incontournables arrêts du 29 avril 1993 et du 9 novembre 2012⁶⁰ (voy. *infra*, nos 13 et 14). Nous estimons toutefois qu'il serait trop réducteur de rejeter l'existence d'un principe général du droit du seul fait que la Cour de cassation n'a jamais reconnu la théorie de la lésion qualifiée comme tel⁶¹.

⁵⁵ A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 18, n° 12, c'est nous qui mettons en évidence ; voy. E. SWAENEPOEL, *op. cit.*, p. 154, n° 249, p. 180, nos 296 à 304 et p. 220, n° 369.

⁵⁶ A. DE BERSAQUES, *ibid.*, p. 18, n° 12.

⁵⁷ Traduction libre.

⁵⁸ A. KLUYSKENS, *op. cit.*, p. 50 cité par E. SWAENEPOEL, *op. cit.*, p. 181, note 958, traduction libre.

⁵⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 291, n° 170.

⁶⁰ Pour un commentaire de ces arrêts, voy. *infra*, nos 13 et 14.

⁶¹ Contra M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 132.

À ce jour, seul A. De Bersaques semble avoir eu l'audace d'affirmer qu'il s'agirait d'un principe général du droit⁶². À l'aune des critères développés par J. Van Meerbeeck et R. Jafferali dans la contribution introductive du présent ouvrage⁶³, nous ne pouvons partager sa position. En effet, la lésion qualifiée doit, d'après nous, être assimilée à une *règle*, laquelle est « édictée en vue d'une situation juridique *déterminée* »⁶⁴ contrairement au *principe général du droit* qui « comporte une *série indéfinie d'applications* »⁶⁵. Nous sommes d'avis que la lésion qualifiée constitue une « norme dont les conditions sont soit réunies, soit absentes »⁶⁶. C'est d'ailleurs dans cette perspective que s'inscrivent les cours et tribunaux qui reconnaissent généralement cette théorie « soit pour en faire application dans un cas d'espèce, soit au contraire pour en refuser l'application par défaut de l'une des conditions requises »⁶⁷. La théorie de la lésion qualifiée suit ainsi la logique du tout ou rien (« *all-or-nothing fashion* ») : bien qu'elles aient fait l'objet de controverses, les conséquences juridiques qui s'attachent au non-respect de ses conditions d'application conduisent nécessairement à une « décision particulière » et non à « une direction à suivre »⁶⁸.

N. Résimont considère quant à lui qu'« il s'agirait plutôt d'une *application particulière* du *principe général de bonne foi*, qui s'impose également dans la formation et non seulement dans l'exécution du contrat »⁶⁹. Il convient toutefois de nuancer le propos eu égard aux développements contenus dans le présent ouvrage au sujet de la bonne foi⁷⁰.

11. Une consécration légale largement attendue. De nombreux auteurs ont regretté l'absence de disposition consacrant la théorie de la lésion qualifiée⁷¹.

Déjà en 1946, H. De Page proposait d'introduire dans le Code civil un article 1133*bis* dans le cadre de l'avant-projet de loi sur la lésion dans les contrats entre majeurs, rédigé par ses soins⁷². Le paragraphe 1^{er} de cette disposition était

⁶² J.-Fr. Romain s'est également rallié à cette thèse. Son propos est plus nuancé puisqu'il établit la hiérarchie suivante : « La lésion qualifiée, principe général du droit régi sur la base des conditions qui lui sont propres, est une application de la responsabilité aquilienne et sans doute plus fondamentalement encore du principe général de bonne foi qui requiert le respect de la bonne foi due au cocontractant » (J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, n° 6.2).

⁶³ Voy. la contribution de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck dans le présent ouvrage.

⁶⁴ C'est nous qui mettons en évidence.

⁶⁵ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du xx^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 56, c'est nous qui mettons en évidence ; voy. la contribution de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck dans le présent ouvrage, p. 22, n° 26.

⁶⁶ Voy. la contribution de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck dans le présent ouvrage, p. 22, n° 26.

⁶⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 176 ; pour des cas d'application, voy. *infra*, Section 2.

⁶⁸ Voy. la contribution de R. Jafferali et J. Van Meerbeeck dans le présent ouvrage, p. 22, n° 26.

⁶⁹ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 524, note 16, c'est nous qui mettons en évidence.

⁷⁰ Voy. la contribution de S. Larielle dans le présent ouvrage.

⁷¹ C. GOUX, *op. cit.*, p. 54, n° 38 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 42 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 76 et les références citées, note 25 ; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 36, n° 32.

⁷² H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 107-110 (texte de l'avant-projet) et pp. 110-133 (commentaire de l'avant-projet) ; voy. également E. SWAENEPOEL, *op. cit.*, p. 182, n° 301.

rédigé comme suit : « Sans préjudice aux cas où, en vertu du présent Code ou des lois particulières, la lésion est admise comme cause de nullité ou de rescission d'une convention, le juge peut *réduire* ou *modifier l'équivalence des prestations* telle qu'elle a été convenue entre parties, ou même *annuler* le contrat, lorsque celui-ci consacre une *disproportion anormale* entre les prestations corrélatives, ou une *prestation excessive* au profit de l'une des parties, et que celle d'entre elles qui a stipulé de pareils avantages a *profité* de l'état de besoin de l'autre partie, ou de l'état de nécessité qui obligeait celle-ci à contracter, ou de son ignorance ou de son inexpérience, dues à sa condition sociale ; ou spéculé, par des clauses insidieuses, sur son inattention ou sa légèreté ; ou, s'il s'agit d'un prêt à intérêt, abusé des faiblesses ou des passions de l'emprunteur »⁷³. Dans le commentaire de cet avant-projet, l'on peut d'ailleurs lire que « l'article 1133*bis* nouveau consacre donc la *lésion qualifiée*, basée sur l'exploitation d'autrui »⁷⁴.

Dans le même ordre d'idées, A. De Bersaques proposait, en 1977, l'adoption d'un article 1118*bis* – inspiré des articles 1244 et 1907*ter* de l'ancien Code civil – rédigé comme suit : « Lorsque les engagements d'une partie sont hors de proportion avec ceux de son cocontractant, et que cette disproportion résulte de l'abus des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'inexpérience de ce cocontractant, le juge peut, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, réduire les obligations de la partie lésée »⁷⁵.

Plusieurs décennies plus tard, le Code civil offre désormais un fondement légal⁷⁶ à la lésion qualifiée qu'il rebaptise « abus de circonstances ». L'article 5.37 du Code civil expose qu'« [i]l y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie. En ce cas, la partie faible peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative. »

Sous-section 2

Évolutions jurisprudentielles

12. La jurisprudence de la Cour de cassation, « sibylline » et « ambiguë »⁷⁷. La Cour de cassation s'est montrée particulièrement réticente à admettre la théorie de la lésion qualifiée⁷⁸. Cette réticence s'explique notamment par le fait que cette théorie implique, *ipso facto*, une ingérence du juge

⁷³ H. DE PAGE, *ibid.*, pp. 107 et 108.

⁷⁴ *Idem*, p. 111, c'est nous qui mettons en évidence.

⁷⁵ A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 36, n° 32 ; voy. C. GOUX, *op. cit.*, p. 54, note 231.

⁷⁶ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 293, n° 172.

⁷⁸ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 750, n° 2.

dans le contrat et, partant, risque de compromettre le principe de l'autonomie de la volonté⁷⁹ et de la convention-loi⁸⁰ (voy. *infra*, n° 18).

Comme le relève très justement le professeur P. Van Ommeslaghe, « la jurisprudence de la Cour de cassation est particulièrement sibylline, et cette ambiguïté est conservée au fil de ses arrêts successifs. D'une part, elle n'a jamais accueilli la théorie de la lésion qualifiée par un arrêt de principe. Mais, d'autre part, elle ne l'a jamais rejetée formellement non plus »⁸¹. En d'autres termes, la Cour a toujours refusé de consacrer expressément la lésion qualifiée, sans pour autant priver les juridictions de fond de l'appliquer⁸². Profitant de cette zone d'ombre, les juridictions de fond n'ont, elles, pas hésité à se prononcer en faveur de la lésion qualifiée, à tout le moins de manière implicite⁸³. Ainsi, du côté des cours et tribunaux, l'on constate « une nette tendance à accueillir la théorie de la lésion qualifiée soit pour en faire application, soit pour l'écarter dans tel ou tel cas d'espèce au motif que les conditions n'en sont pas remplies »⁸⁴ (voy. *supra*, n° 10).

Comme indiqué *supra*, la théorie de la lésion qualifiée a évolué de manière notable à l'occasion des arrêts prononcés par la Cour le 29 avril 1993⁸⁵ et le 9 novembre 2012⁸⁶.

13. L'arrêt du 29 avril 1993, l'amorce d'une consécration. C'est à l'occasion de cet arrêt, rendu en matière de vente d'immeuble, que la Cour de cassation fait référence pour la première fois⁸⁷ à la lésion qualifiée (qui deviendra près de trente ans plus tard, l'abus de circonstances).

Cet arrêt marque, d'après S. Goldman et S. Lagasse, « un premier pas vers une reconnaissance de la lésion qualifiée »⁸⁸. Il revêt une importance capitale

⁷⁹ J. LIMPENS, *op. cit.*, p. 54 ; ce principe fut récemment rappelé par la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 19 avril 2021 relatif à une convention de cession d'actions conclue entre deux frères (Anvers, 19 avril 2021, R.A.B.G., 2021, liv. 15, p. 1468, note C. DE KOKER). Le vendeur reprochait à l'acheteur (son frère) de l'avoir induit en erreur sur la valeur réelle des actions afin de pouvoir les acheter à un prix nettement inférieur à leur valeur. Le vendeur poursuivait ainsi la nullité de la convention sur la base de la lésion qualifiée (i.e. l'abus de circonstances). La cour a estimé que le vendeur ne prouvait pas que les conditions d'application étaient remplies, en l'espèce, tout en rappelant que « compte tenu du principe fondamental de l'autonomie de la volonté, il n'appartient pas au juge d'apprécier, [en principe], l'équivalence économique des engagements contractés. Après tout, les parties doivent respecter la force obligatoire de la convention ».

⁸⁰ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, n° 6.2.

⁸¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 293, n° 172, c'est nous qui mettons en évidence.

⁸² *Ibid.*

⁸³ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 750, n° 2.1 ; pour d'autres exemples, voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 77, note 31.

⁸⁴ P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, p. 293, n° 172 ; pour des cas d'application, voy. *infra*, Section 2.

⁸⁵ Cass., 29 avril 1993, J.T., 1994, p. 294, note J.-Fr. ROMAIN.

⁸⁶ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

⁸⁷ C. GOUX, *op. cit.*, p. 18, n° 4.

⁸⁸ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 77.

dans l'évolution jurisprudentielle⁸⁹ pour deux motifs. D'une part, la Cour de cassation se réfère expressément à la lésion qualifiée⁹⁰, ce qu'elle n'avait jamais fait auparavant. D'autre part, cet arrêt répond au plaidoyer de la doctrine en faveur de la reconnaissance d'une théorie indépendante et confirme la pratique des juridictions inférieures qui l'appliquaient déjà depuis plusieurs années⁹¹.

La doctrine a toutefois accueilli cet arrêt avec la plus grande circonspection dès lors « qu'il s'agit d'une décision de rejet pour défaut d'intérêt [c'est-à-dire pour un motif purement technique⁹²] »⁹³. La motivation de la Cour témoigne d'ailleurs une « prudence extrême [...] pour ne pas dire la volonté de distanciation lointaine »⁹⁴. Elle n'a en effet pas profité de « l'occasion rêvée »⁹⁵ qui se présentait à elle pour se prononcer sur le bien-fondé de la théorie, « malgré l'invitation qui lui était clairement adressée »⁹⁶. Elle s'est contentée de se référer aux conditions énoncées par la cour d'appel⁹⁷. Relevons que, même le parquet « n'a pas jugé devoir le publier à la Pasicrisis »⁹⁸, ce qui en dit long sur l'intérêt porté à cet arrêt au jour où il a été prononcé...

14. L'arrêt du 9 novembre 2012⁹⁹, la (timide) consécration de la lésion qualifiée en droit belge. Cet arrêt consacre, pour la première fois de manière *explicite*¹⁰⁰, l'existence de la lésion qualifiée¹⁰¹. Il marque une étape importante puisqu'à cette occasion, la Cour de cassation *affirme* et *accepte* la lésion qualifiée en droit positif belge¹⁰².

En l'espèce, les parties avaient conclu une convention préalable à divorce par consentement mutuel, qu'elles avaient qualifiée de « transaction ». En degré d'appel, l'une des parties avait sollicité – et obtenu – l'annulation de la convention sur la base de la lésion qualifiée. Le pourvoi en cassation reprochait à l'arrêt d'avoir exclu la qualification de « transaction » alors qu'elle n'avait pas été remise en cause. La partie défenderesse en cassation soutenait que ce type

⁸⁹ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 749, n° 1.

⁹⁰ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 93, n° 40.

⁹¹ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 131, traduction libre.

⁹² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 78.

⁹³ L. SIMONT et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 580.

⁹⁴ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 749, n° 1.

⁹⁵ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁶ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 295.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 294 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁸ L. SIMONT et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 580.

⁹⁹ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

¹⁰⁰ Notons que certains auteurs, comme le professeur P. Van Ommeslaghe, considèrent qu'il s'agit uniquement d'une consécration « implicite » (P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 295).

¹⁰¹ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 259 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 78 et 79.

¹⁰² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *ibid.*, p. 79.

de convention pouvait toujours être attaqué sur la base de la lésion qualifiée, indépendamment de la qualification donnée par les parties. La Cour de cassation a suivi ce raisonnement et a déclaré fondée la fin de non-recevoir au motif qu'« [...] une convention préalable au divorce par consentement mutuel reste soumise aux règles du droit des obligations comme toute convention de droit patrimonial. Une telle convention, fût-elle qualifiée de transaction, peut être attaquée sur la base de la lésion qualifiée, c'est-à-dire le préjudice qui consiste en une disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties et qui résulte du fait qu'une des parties abuse de la position de faiblesse de l'autre »¹⁰³. Sans le savoir, la Cour venait de citer les conditions d'application qui inspireront, dix ans plus tard, la rédaction de l'article 5.37 du Code civil (voy. *infra*, n° 16).

Bien qu'elle n'ait pas eu « besoin »¹⁰⁴ de le faire vu les moyens soulevés en cassation, il est regrettable que la Cour de cassation se soit contentée de rejeter le pourvoi pour défaut d'intérêt et n'ait pas profité de l'occasion pour préciser explicitement le fondement de la lésion qualifiée¹⁰⁵. D'après G. Fiévet, l'utilisation du terme « préjudice » par la Cour de cassation « laisse toutefois songer qu'elle fonde cette théorie sur l'article 1382 du Code civil »¹⁰⁶ (voy. *infra*, n°s 44 à 46).

Section 2

Conditions d'application

15. Des conditions déterminées par la doctrine et la jurisprudence des juges du fond. En l'absence de disposition légale dans l'ancien Code civil, les conditions d'application de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) ont été, au fil des années, élaborées par la doctrine et la jurisprudence des juges du fond¹⁰⁷ pour finalement être énoncées explicitement par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 novembre 2012¹⁰⁸ précité.

16. Des conditions désormais consacrées « par la loi ». Cet arrêt n'a pas manqué d'inspirer le législateur dans l'élaboration du Livre 5 du Code

¹⁰³ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

¹⁰⁴ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 132.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 132 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 90, note 101 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 106, n° 42.

¹⁰⁶ G. FIÉVET, *ibid.*, p. 106, n° 42.

¹⁰⁷ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁸ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

civil¹⁰⁹ qui élève la lésion qualifiée – rebaptisée « abus de circonstances » – en vice de consentement « général » tout en veillant à en formaliser les conditions d'application.

En ce sens, l'article 5.37 du Code civil dispose, en son alinéa 1^{er}, qu'« il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie ». L'on précisera, à toutes fins utiles, que l'article 5.33 du Code civil dispose que « le dol, la violence et l'*abus de circonstances* causés par le *complice* du cocontractant ou une *personne dont il doit répondre* sont assimilés à ceux du *cocontractant* »¹¹⁰.

Les conditions requises pour invoquer l'abus de circonstances demeurent néanmoins difficiles à prouver de sorte que les cours et tribunaux sont régulièrement amenés à déclarer non fondées les demandes formées sur cette base¹¹¹.

L'objectif de la présente section est d'explicitier ces conditions le plus intelligiblement possible et d'ainsi comprendre « dans quelle mesure le juge peut veiller à l'équilibre entre les prestations lors de la conclusion du contrat »¹¹².

17. Des conditions à apprécier « au moment de la conclusion du contrat ». Comme le rappelle l'alinéa 2 de l'article 5.27 du Code civil, « les conditions de validité [dont le consentement pouvant être vicié par un abus de circonstances] sont appréciées *au moment de la conclusion du contrat* »¹¹³, confirmant ainsi une jurisprudence constante de la Cour de cassation¹¹⁴. Partant, c'est également à ce moment qu'il convient de se placer pour apprécier les conditions d'application de l'abus de circonstances. À cet égard, les travaux préparatoires du Livre 5 du Code civil rappellent la distinction qu'il y a lieu de faire avec la théorie de « l'imprévision » (désormais consacrée par l'article 5.74 du Code civil sous le vocable « changement de circonstances »)¹¹⁵. Bien que cette seconde théorie vise à « corriger un déséquilibre qui n'existait pas dès le moment de la conclusion du contrat, mais qui apparaît par la suite dans le contrat »¹¹⁶,

¹⁰⁹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46.

¹¹⁰ C'est nous qui mettons en évidence ; à noter que sous l'ancien Code civil, seule la violence causée par un tiers constituait une cause de nullité du contrat (art. 1111 anc. C. civ.). En matière de dol, la jurisprudence a admis certaines exceptions (notamment lorsque le tiers était un représentant du cocontractant ou complice de ce dernier) (Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 37).

¹¹¹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., pp. 45 et 46.

¹¹² S. DE REY, « Le consentement et la capacité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 134.

¹¹³ C'est nous qui mettons en évidence ; bien que le juge du fond puisse « prendre également en considération, lors de l'appréciation de la réunion des conditions de validité, des éléments de preuve *postérieurs* à la conclusion du contrat » (Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 31, c'est nous qui mettons en évidence).

¹¹⁴ Cass., 12 février 2015, R.G. n° C.2014 0330.F, disponible sur www.juportal.be ; Cass., 12 décembre 2008, J.T., 2010, p. 335 ; Cass., 24 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1609 ; Cass., 11 octobre 1991, T.R.V., 1992, p. 83, note P. VAN HOOGTEN ; Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, p. 726.

¹¹⁵ Sur cette question, voy. J. VAN ZUYLEN, « Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 283-320.

¹¹⁶ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., pp. 47 et 48.

« les conséquences sont toutefois comparables dans les deux situations puisque le juge peut adapter le contrat si les parties ne sont pas d'accord »¹¹⁷.

Un jugement rendu le 17 novembre 2014¹¹⁸ par le tribunal de première instance du Limbourg permet d'illustrer cette distinction. Une convention préalable à divorce par consentement mutuel fut conclue en 1996. Aux termes de cette convention, Monsieur devait verser mensuellement une pension alimentaire à Madame. En 2012, Monsieur a saisi le tribunal car il ne désirait plus payer cette pension. Il soutenait que la situation financière de Madame était meilleure ou, du moins, qu'elle pouvait faire le nécessaire pour l'améliorer. Afin de voir la convention litigieuse annulée, Monsieur s'est notamment fondé sur la théorie de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances). En l'espèce, le tribunal, statuant en degré d'appel, a considéré que « c'est à juste titre que le premier juge a déclaré que le changement de situation de Madame depuis le divorce [...] n'est pas de nature à établir qu'il y avait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques stipulées à l'époque »¹¹⁹. En effet, les conditions d'application de l'abus de circonstances doivent être appréciées au moment de la conclusion de la convention.

Par ailleurs, le tribunal a relevé que « les conventions conclues avant le 1^{er} septembre 2007¹²⁰ ne [pouvaient] être modifiées, en ce qui concerne la pension alimentaire après divorce, que selon les modalités prévues dans la convention »¹²¹. En l'espèce, la convention prévoyait une renonciation des parties à la possibilité légale de révision ou d'ajustement « en cas de circonstances nouvelles et/ou imprévues survenant dans le futur ». Le tribunal a rappelé, en ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'imprévision selon laquelle, « la règle de l'exécution de bonne foi des conventions n'implique pas que, si des circonstances nouvelles et non prévues par les parties rendent l'exécution du contrat plus difficile pour le débiteur, le créancier ne puisse demander le paiement de sa créance »¹²². Bien que la théorie de l'imprévision (*i.e.* le changement de circonstances) soit, à ce jour, consacrée par l'article 5.74 du Code civil, il est néanmoins prévu que « le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque [...] la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité »¹²³. En l'espèce, même si la convention litigieuse avait été soumise au Livre 5

¹¹⁷ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 48 ; sur les sanctions de l'abus de circonstances, voy. la Section 3 de la présente contribution.

¹¹⁸ Civ. Limbourg, 17 novembre 2014, R.A.B.G., 2015, pp. 260-266.

¹¹⁹ Traduction libre ; c'est nous qui mettons en évidence.

¹²⁰ Date de l'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce, M.B., 7 juin 2007.

¹²¹ Traduction libre.

¹²² Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 150, voy. D. PHILIPPE, « Le point sur... l'imprévision », J.T., 2007, pp. 738-741 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: Quousque tandem abutere patientia nostra? », R.G.D.C., 2013, pp. 446-464.

¹²³ C'est nous qui mettons en évidence.

du Code civil¹²⁴, l'article 5.74 n'aurait pas pu être mobilisé puisque la convention excluait expressément son ajustement « en cas de circonstances nouvelles et/ou imprévues survenant dans le futur ».

La cour d'appel de Liège n'a pas non plus manqué de rappeler, dans un arrêt du 30 avril 2018¹²⁵, qu'il convient d'apprécier la réunion des conditions d'application de la lésion qualifiée « au moment de la conclusion du contrat ». Le cas d'espèce concernait une convention de cession de toutes les parts (au nombre de 750) d'une société spécialisée dans la vente d'équipements d'équitation. Lesdites parts sociales ont été cédées, le 19 janvier 2009, par Madame Véronique C. à Monsieur Henri D., son ex-mari, pour la somme de 230.000,00 euros. Une somme de 50.000,00 euros fut versée à Véronique C. le jour de la signature de la convention. Il était convenu que le solde de 180.000,00 euros soit payé par 60 mensualités de 3.000,00 euros dont la première devait être payée au mois de février 2009. Seule la première mensualité fut payée par Henri D. qui s'est suicidé le 28 mars 2009. Un administrateur provisoire fut désigné par le tribunal de commerce de Liège le 15 avril 2009 afin d'assurer provisoirement la gestion de la société. Il ressort de son rapport que les fonds propres de la société étaient négatifs et que le passif représentait environ 350.000,00 euros. La société a d'ailleurs été déclarée en faillite le 22 juin 2009. Dans le cadre de la liquidation de la succession d'Henri D., Véronique C. réclamait aux héritiers de ce dernier la somme de 177.000,00 euros (180.000,00 euros - 3.000,00 euros), à savoir le solde restant dû en vertu de la convention de cession du 19 janvier 2009. Les héritiers ont donc poursuivi la nullité de ladite convention sur la base de la lésion qualifiée. Le premier juge ayant fait droit à cette demande, Madame Véronique C. a interjeté appel du jugement. Il ressort de l'arrêt commenté que les héritiers d'Henri D. se prévalaient de l'état de santé de ce dernier, qui souffrait d'un état de dépression ayant nécessité la prise de médicaments depuis sa séparation avec Véronique C., ce qu'elle ne contestait pas. Le dossier médical d'Henri D. précisait toutefois qu'il avait été hospitalisé le 30 janvier 2009, soit plus de 10 jours après la conclusion de la convention de cession, pour « décompensation anxieuse, dans un contexte psychosocial difficile ». Il ressort également du dossier qu'Henri D. s'était rapidement rendu compte que la société qu'il avait reprise était au bord du gouffre et qu'il présentait depuis lors, « des troubles de sommeil majeurs, combinés à des troubles anxieux, prenant des proportions difficiles à gérer à l'extérieur ». La cour d'appel a toutefois constaté qu'Henri D. pratiquait le tir sportif, qu'il avait

¹²⁴ Loi du 28 avril 2022 préc., art. 65 (et 64 pour les dispositions transitoires) ; voy. à ce propos P. JADOUL, « À propos de l'entrée en vigueur des Livres 1 et 5 du Code civil », *Les pages. Obligations, contrats et responsabilités*, 2022, n° 127 et Y. NINANE, « Réforme du droit des obligations : les livres 1 et 5 du Code civil ont été adoptés », *Les pages. Obligations, contrats et responsabilités*, 2022, n° 125.

¹²⁵ Liège, 30 avril 2018, R.G. n° 2016/FA/664, disponible sur www.juportal.be

renouvelé son affiliation pour l'année 2009 et qu'un certificat médical attestait, en date du 17 décembre 2008, de son aptitude à manipuler et détenir des armes à feu, ce qui démontrait que sa situation psychiatrique, voire psychologique, n'était pas grave. La cour en a donc déduit que « que même si les rapports [...] constate[nt] un état dépressif dû à un problème lié à la société, il n'en demeure pas moins qu'il était dans un état de crise aiguë d'angoisse et de détresse quand il est arrivé le 30 janvier 2009 à l'hôpital. Tel n'était pas le cas quelques semaines plus tôt lorsqu'il a pris le temps de réfléchir et de conclure la convention avec Véronique C. Son état d'anxiété extrême durant cette courte période d'hospitalisation, survenue postérieurement à la signature de la convention, ne permet pas de déterminer un manque de consentement dû à une pression ou un abus de faiblesse qui l'aurait contraint à apposer sa signature sur l'acte du 19 janvier 2009 alors qu'aucun trouble grave n'avait été décelé à ce moment donné »¹²⁶.

18. Des conditions à apprécier « strictement ». En 1963 déjà, A. De Bersaques incitait les juges du fond à « faire preuve de beaucoup de prudence et de réserve dans la répression de la lésion qualifiée [*i.e.* l'abus de circonstances] »¹²⁷. Comme le rappelle la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 22 mai 2015¹²⁸, à propos de la vente d'une œuvre d'art, les conditions d'application de la lésion qualifiée « doivent être appréciées de manière stricte puisque [cette] théorie s'oppose à la rigueur du principe de la convention-loi, consacré par l'article 1134 [de l'ancien] Code civil [*i.e.* l'article 5.69 du Code civil]], de sorte que la seule existence d'un déséquilibre économique ne peut, en soi, constituer une disproportion pouvant justifier la lésion [*i.e.* l'abus] invoquée »¹²⁹.

Sous-section 1

Le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties

19. Une condition « complexe à appréhender ». Les travaux préparatoires du Livre 5 du Code civil ne sont guère loquaces quant à cette condition et se contentent de préciser que l'abus de circonstances doit ressortir « d'un déséquilibre manifeste entre les prestations stipulées entre les parties »¹³⁰.

¹²⁶ C'est nous qui mettons en évidence ; la cour rappelle ainsi que « c'est le jour de la signature de la convention que les engagements réciproques doivent être analysés. Au vu de l'ensemble des éléments repris ci-avant, il ressort que le jour de la signature de la convention du 19 janvier 2009, Henri D. avait toutes ses capacités de décision et de réflexion. Il n'a dès lors pas pu être influencé de quelque manière que ce soit par Véronique C. » (c'est nous qui mettons en évidence).

¹²⁷ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, pp. 515 et 516.

¹²⁸ Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 658 ; voy. M. BERLINGIN, *op. cit.*, n° 6, p. 1.

¹²⁹ Voy. en sens, Trib. trav. Bruxelles, 16 février 2017, R.G. n° 15/13880/A, disponible sur www.stradalex.be.

¹³⁰ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46.

Comme le soulignent S. Goldman et S. Lagasse, cette condition « est relativement complexe à appréhender puisqu'elle revêt plusieurs facettes »¹³¹ que nous aborderons dans la présente sous-section.

20. Les prestations doivent être « réciproques ». Le fait qu'un déséquilibre manifeste entre les prestations des parties soit requis suppose qu'il existe une forme de réciprocité entre ces prestations¹³². La doctrine majoritaire¹³³ en déduit que l'abus de circonstances ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques¹³⁴ et non pas aux contrats et actes juridiques unilatéraux¹³⁵ comme le soutiennent certains auteurs¹³⁶. En ce sens, la cour d'appel d'Anvers a rappelé, dans un arrêt du 27 avril 2015, que « le cautionnement est, par essence, un contrat unilatéral, en vertu duquel seule la caution s'engage vis-à-vis du créancier du débiteur principal [et que partant], dans la relation entre les parties, il n'est pas question de prestations réciproques [et qu'il ne peut pas [...] être question de déséquilibre entre [les prestations] »¹³⁷.

Le Livre 5 du Code civil semble abonder en ce sens dès lors que les travaux préparatoires énoncent que le déséquilibre doit exister « entre les prestations stipulées *entre les parties* »¹³⁸. En outre, l'article 5.37 se trouve dans le chapitre 1^{er} « Le contrat » du sous-titre 1^{er} « Les actes juridiques » du titre 2 « Les sources d'obligations » du Livre 5 du Code civil de sorte qu'il ne s'applique pas aux actes juridiques unilatéraux.

21. Les prestations réciproques doivent être « déséquilibrées ». Les prestations réciproques des parties doivent, en principe, être de même valeur¹³⁹. À défaut, un déséquilibre existera entre elles. Un tel déséquilibre implique

¹³¹ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 84.

¹³² *Ibid.*, p. 84.

¹³³ S. STIJNS et E. SWAENPOEL, « De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrechten geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht », in I. SAMOY (dir.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, coll. *Ius Commune Europaeum*, Bruxelles, Intersentia, 2010, p. 38 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Het contractuele (on)evenwicht naar Belgisch positief recht », in H. SNIJDERS et P. DE TAVERNIER (dir.), *Onvoorziene omstandigheden, verstoring en herstel van contractueel evenwicht. Algemene beschouwingen en beschouwingen op deelerreinen van het privaatrecht*, Anvers, Maklu, 2013, p. 49 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *ibid.*, p. 84.

¹³⁴ En vertu de l'article 5.6 du Code civil, « le contrat est synallagmatique lorsque les parties sont obligées réciproquement les unes envers les autres ».

¹³⁵ Au contraire du dol, voy. *infra*, n° 34.

¹³⁶ C. CAUFFMAN, « De gekwalificeerde benadeling », in R. ROODHOOFT (dir.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikels-gewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2007, p. 196 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 71 et 72.

¹³⁷ Anvers, 27 avril 2015, R.G.D.C., 2018, pp. 214-216 (somm.), note S. GOLDMAN ; cette situation n'est pas à confondre avec le contrat de cautionnement « rémunéré » dont il est question dans le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 11 juin 2013 (Civ. Bruxelles, 11 juin 2013, J.T., 2013, p. 611). Il s'agit bien là d'un contrat synallagmatique en ce que la cession est « rémunérée » en l'espèce.

¹³⁸ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46, c'est nous qui mettons en évidence.

¹³⁹ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 85.

« une atteinte (manifeste), actuelle ou future, au patrimoine de l'une des parties, dont l'existence ne peut être raisonnablement contestée »¹⁴⁰.

Afin d'apprécier la valeur des prestations et déceler un éventuel déséquilibre, différents critères peuvent être mobilisés comme la valeur d'acquisition ou la valeur vénale d'un bien¹⁴¹, le prix du marché¹⁴², l'existence d'une exclusivité¹⁴³. Des dispositions impératives propres à certaines branches du droit (comme le droit de la famille) peuvent également prévoir certains critères¹⁴⁴. S. Goldman et S. Lagasse ont, par ailleurs, constaté que la jurisprudence avait déjà été amenée à prendre en considération que « les prestations prévues en échange d'un certain prix sont particulièrement imprécises »¹⁴⁵.

L'on notera aussi que l'abus de circonstances ne pourra pas, par essence, s'appliquer aux contrats dits « aléatoires », à savoir les contrats dans lesquels « l'équivalence des prestations réciproques auxquelles les parties sont obligées est incertaine parce que l'existence ou l'étendue de l'une des prestations

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹⁴¹ Voy. Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 658 à propos d'une œuvre d'art vendue pour un prix de 26.000,00 euros alors qu'un expert avait évalué sa valeur à 65.000,00 euros (valeur vénale) et à 100.000,00 euros (valeur d'acquisition) ; Anvers, 1^{er} mars 2013, *R.W.*, 2013-2014, pp. 1509 et 1510 à propos de l'échange d'une Citroën C2 neuve contre une Honda CRX vétuste, le tout, sans contrepartie. Il existait également une différence de prix de 5.800,00 euros entre les deux véhicules.

¹⁴² Voy. Liège, 21 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1343 (somm.) : « Le fait qu'une partie était malade, avait une hygiène déplorable, empêchant des soins efficaces, se livrait à la boisson, avait provoqué des accidents de la circulation en état d'ébriété ou sous influence médicamenteuse et avait un côté asocial, ne suffit pas à démontrer l'absence ou le vice de consentement de celle-ci à un contrat de vente d'immeuble, spécialement lorsqu'il n'est pas démontré que le prix de la vente obtenu par le vendeur ne correspondait pas au *prix du marché* » (c'est nous qui mettons en évidence) ; Civ. Mons, 21 novembre 1990, *J.J.P.*, 1991, pp. 45 et 46 où il a été constaté que le prix de fourniture et de placement de sept volets en PVC était deux fois et demie à trois fois plus cher que celui de sept autres entrepreneurs (*i.e.* prix du marché).

¹⁴³ Liège, 28 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 821-825 à propos d'un contrat de service conclu entre un commissionnaire de transport et un petit transporteur indépendant. Ce dernier était totalement dépendant économiquement du commissionnaire. En effet, le transporteur ne pouvait travailler que pour le commissionnaire de sorte que les rentrées financières du transporteur dépendaient *exclusivement* des missions que le commissionnaire voulait bien lui confier.

¹⁴⁴ Bruxelles, 20 janvier 2015, *R.T.D.F.*, 2015, pp. 388-400 : « La contribution alimentaire [...] n'[était] donc manifestement pas proportionnelle aux facultés des parents » en ce que « le critère de proportionnalité inscrit aux articles 203, § 1^{er}, et 203bis, § 1^{er}, [de l'ancien] Code civil n'a pas été respecté ».

¹⁴⁵ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 85 ; voy. Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1995, p. 507 : « que les prestations que la défenderesse a effectuées pour ce prix demeurent *très vagues* » (c'est nous qui mettons en évidence) ; J.P. Anvers, 5 novembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, pp. 1446 et 1447 : « Il y a lésion qualifiée [*i.e.* abus de circonstances] lorsqu'une personne dans un état émotionnel extrêmement instable conclut un accord de médiation matrimoniale et accepte des lettres de change pour un montant de 25.000 francs [*i.e.* 619,73 €], alors que les engagements de l'autre partie résultant du contrat sont si *vagues et si peu définis* qu'ils ne sont guère exécutoires » (c'est nous qui mettons en évidence). En l'espèce, le juge de paix a également relevé « qu'au moment où la demanderesse s'est adressée à la défenderesse et a signé le contrat, elle venait tout juste d'être quittée par son mari alors qu'elle était enceinte, de sorte qu'il est évident qu'elle se trouvait à ce moment-là dans un état émotionnel extrêmement instable, et que ce n'est qu'à partir de cette situation difficile et de la faiblesse qui en a résulté que la demanderesse en est venue à signer l'accord » (traduction libre).

dépend d'un événement incertain »¹⁴⁶. Un tel contrat « suppose l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte »¹⁴⁷. La cour d'appel de Liège a donc logiquement considéré, en matière de contrat de rente viagère immédiate, que la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) ne pouvait pas être invoquée en ce que « dans ce type de contrat, l'équivalence des prestations n'est pas certaine, les parties ayant subordonné le bénéfice du contrat à la réalisation d'un événement incertain, à savoir, en l'espèce, le décès des bénéficiaires de la rente ». Les parties « assument un risque et ne peuvent se plaindre du déséquilibre résultant de la réalisation de celui-ci »¹⁴⁸. Ce raisonnement est à valider dès lors que le déséquilibre entre les prestations réciproques dépend exclusivement d'un risque, à savoir la date de décès du crédientier en l'espèce. L'on pourrait toutefois imaginer que, dans un contrat de rente viagère (et donc dans un contrat aléatoire), le déséquilibre émane de l'abus du débientier – des circonstances concrètes d'infériorité du crédientier – s'il est démontré que, même si le crédientier avait vécu jusqu'à un âge canonique, il n'aurait jamais perçu qu'un montant largement inférieur à la valeur vénale du bien. À cette fin, les ayants droit du crédientier pourraient s'inspirer du critère numérique prévu à l'article 1674 de l'ancien Code civil qui traite de lésion en matière de vente immobilière. Il conviendrait ainsi de démontrer que, même si le crédientier avait vécu jusqu'à un âge très avancé, il aurait tout au plus perçu un montant inférieur à 5/12^e de la valeur vénale du bien.

22. Le déséquilibre entre les prestations réciproques doit être « manifeste ». La sécurité juridique commande que le déséquilibre soit « flagrant, grave et dépourvu de toute justification »¹⁴⁹ dans le sens où « le jeu des relations économiques implique souvent qu'une personne noue une opération défavorable »¹⁵⁰. Le fait que le déséquilibre doive être « manifeste » est « un garde-fou contre une application trop extensive de la théorie de la lésion qualifiée [*i.e.* l'abus de circonstances] qui pourrait mener à une dénaturation du principe de la liberté contractuelle »¹⁵¹.

Cette condition est laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond¹⁵² qui devra prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce. En effet, le législateur n'a pas fixé de *quantum*¹⁵³ comme en matière de lésion « simple »¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Art. 5.8, al. 2, C. civ.

¹⁴⁷ Art. 5.8, al. 2, C. civ., *in fine*.

¹⁴⁸ Liège, 12 novembre 2002, *Bull. Ass.*, 2003, pp. 138-146, note F. DOFFAGNE.

¹⁴⁹ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 516 ; voy. Civ. Tournai, 3 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1054-1059.

¹⁵⁰ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵¹ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁵² N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 524.

¹⁵³ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 297.

¹⁵⁴ Voy. l'article 4.43 du Code civil en matière successorale ; les articles 4.105, § 1^{er}, et 4.231, § 1^{er}, du Code civil en matière de partage ou encore l'article 1674 de l'ancien Code civil en matière de vente immobilière.

Dans un jugement du 17 mars 1995¹⁵⁵, le tribunal de première instance de Bruxelles a considéré qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties en ce que « du 17 décembre 1986 au 21 décembre 1994, soit sur une période de 8 ans, le demandeur a payé en exécution du contrat de réparation et d'entretien, la somme de 447.771 F TVA incluse [*i.e.* 11.099,96 euros], soit plus que le prix de la fourniture de l'installation »¹⁵⁶. En l'espèce, le demandeur avait commandé à la défenderesse un système de téléphonie pour son cabinet d'avocat et son domicile pour un prix total de 321.680,00 francs belges HTVA (*i.e.* 7.974,24 euros). Le demandeur était, par ailleurs, obligé de conclure un contrat de réparation et d'entretien de cette installation avec la défenderesse.

En matière de contrat d'approvisionnement, la cour d'appel de Bruxelles a considéré, dans un arrêt du 2 octobre 2002¹⁵⁷, qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties dès lors qu'en contrepartie d'un prêt relativement modeste, les emprunteurs « ont accepté simultanément de fixer à trois ans le délai de remboursement de cet emprunt moyennant un intérêt de 8,5 %, de s'approvisionner auprès de la brasserie de manière irréaliste [...] eu égard à la taille modeste de l'établissement et à sa rentabilité probable, le tout sous peine de sanctions sévères en cas de défaillance »¹⁵⁸.

Confrontée à un contrat d'échange, la cour d'appel de Liège a décidé, dans un arrêt du 1^{er} mars 2013¹⁵⁹, qu'il existait un déséquilibre manifeste dès lors qu'une personne en situation de handicap mental a procédé à l'échange de sa Citroën C2 neuve contre une Honda CRX vétuste, le tout, sans contrepartie aucune alors qu'il existait une différence de prix de 5.800,00 euros entre les deux véhicules.

En matière familiale, la cour d'appel de Bruxelles a considéré, dans un arrêt du 20 janvier 2015¹⁶⁰, que la contribution alimentaire du père aux frais d'éducation et d'entretien des enfants et fixée dans une convention sous seing privé « gén[é]r[ait] [...] une disproportion économique manifeste entre les prestations des parties ». Cette contribution représentait en effet 95,7 %

¹⁵⁵ Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, R.G.D.C., 1995, p. 507.

¹⁵⁶ Dans le même sens, voy. Civ. Mons, 21 novembre 1990, J.J.P., 1991, pp. 45 et 46.

¹⁵⁷ Bruxelles, 2 octobre 2002, R.G. n° 1997/AR/1664, disponible sur www.juportal.be.

¹⁵⁸ Néanmoins, les autres conditions d'application de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) n'étaient pas remplies en l'espèce ; voy. dans le même sens, Bruxelles, 26 novembre 1980, J.C.B., 1982, pp. 162-164 (somm.) : « Le contrat suivant lequel un commerçant s'engage vis-à-vis d'une société à acheter 192.000 litres d'essence, 24.000 kg/l de lubrifiant, 48.000 litres de gasoil par an dans une station, dont le fonctionnement dépend de nombreux facteurs imprévisibles, contient une disproportion entre les [prestations] réciproques, qui trouve son origine dans l'exploitation de la situation inférieure et de l'inexpérience de ce commerçant » ; Comm. Bruxelles, 16 avril 1974, J.C.B., 1974, pp. 229-235.

¹⁵⁹ Anvers, 1^{er} mars 2013, R.W., 2013-2014, pp. 1509 et 1510.

¹⁶⁰ Bruxelles, 20 janvier 2015, R.T.D.F., 2015, pp. 388-400.

de ce que coûtaient mensuellement les enfants de sorte que seuls 4,3 % de ce budget était à charge de la mère. La cour en a donc conclu que « la contribution alimentaire [...] n'[était] manifestement pas proportionnelle aux facultés des parents » et que « le critère de proportionnalité inscrit aux articles 203, § 1^{er}, et 203bis, § 1^{er}, [de l'ancien] Code civil n'a pas été respecté »¹⁶¹. En ce qui concerne une convention sous seing privé de liquidation et partage du patrimoine commun de deux ex-époux, le tribunal de première instance de Malines a été amené, dans un jugement du 27 novembre 2013, à annuler cette convention au motif qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations des deux ex-époux dès lors que « l'ex-épouse cédait à son ex-mari ses droits indivis dans les biens immobiliers du patrimoine commun et l'ex-mari s'engageait à lui payer une pension après divorce de 300 euros par mois »¹⁶², et ce, pour 10 ans au maximum. Le notaire consulté avait d'ailleurs décidé de se retirer du dossier car, selon lui, la convention n'était pas équilibrée¹⁶³.

S'agissant de la vente immobilière, le tribunal de première instance de Louvain a annulé, dans un jugement du 27 avril 2018¹⁶⁴, la vente à réméré (art. 1659 et s. anc. C. civ.) d'une maison pour lésion qualifiée (*i.e.* abus de circonstances). La vente était intervenue entre un particulier et une SPRL. Afin d'établir qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties, le tribunal a relevé que : (1) la maison a été vendue à un prix largement inférieur à sa valeur réelle (115.000,00 euros au lieu de 230.000,00 euros¹⁶⁵ ; (2) le vendeur s'était engagé à payer tous les frais de la vente (taxes et honoraires du notaire en ce que compris les frais d'inventaire et d'enquête éventuels), ce qui est, par ailleurs, inhabituel ; (3) le vendeur

¹⁶¹ La cour rappelle aussi que « l'autonomie de la volonté des parties est limitée par le respect des règles légales impératives ».

¹⁶² Civ. Malines, 27 novembre 2013, *R.T.D.F.*, 2016, p. 779 (somm.) ; pour la version complète, voy. Civ. Malines, 27 novembre 2013, *R.W.*, 2015-2016, pp. 1110-1112.

¹⁶³ Dans le même sens, voy. Gand, 4 mai 2017, *R.T.D.F.*, 2018, pp. 739 et 740 (somm.) : « Il y a lésion qualifiée [*i.e.* abus de circonstances] lorsqu'il apparaît qu'un des ex-époux a accepté une transaction mettant fin à la liquidation du régime matrimonial à des conditions nettement défavorables, à savoir renoncer à une part substantielle de sa part dans l'immeuble commun et renoncer à une garantie hypothécaire contre son ex-époux, alors qu'au moment de cette transaction, l'ex-époux lésé n'était pas accompagné par un avocat et connaissait de graves difficultés sur le plan psychologique, ce que l'autre partie savait pertinemment » ; pour la version complète, voy. Gand, 4 mai 2017, *R.A.B.G.*, 2017, pp. 1203-1209 ; pour une décision de rejet, voy. Liège, 19 mars 2018, *R.T.D.F.*, 2019, pp. 590-596 : « M. C. ne démontr[e] pas l'existence d'une disproportion manifeste dans l'équilibre réalisé par les conventions de divorce, à savoir l'attribution de l'immeuble à I. H. [son ex-épouse] moyennant le paiement [par cette dernière] d'une soulte de 68.660 EUR et la reprise de la créance hypothécaire. »

¹⁶⁴ Civ. Louvain, 27 avril 2018, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 38-41.

¹⁶⁵ Dans le même sens, voy. Civ. Luxembourg (div. Neufchâteau), 18 novembre 2016, *R.G.* n° 06/132/A, disponible sur www.stradalex.be à propos d'une convention « portant engagement de passer acte de vente » : « La disproportion des prestations est manifeste en l'espèce. L'immeuble a été évalué au plus bas, à la somme de 217.883 € par les experts. Le prix de vente était de 100.000 €, soit moins de la moitié de la valeur de l'immeuble. Il convient de relever que la lésion prévue par l'article 1674 [de l'ancien] Code civil était pratiquement réalisée. »

disposait d'une faculté de rachat à un prix de 1,5 million d'euros, prix substantiellement plus élevé que le prix de vente ; (4) s'il avait usé de sa faculté de rachat, le vendeur aurait dû contracter un prêt avec une société-sœur de la société acquéreuse¹⁶⁶. En revanche, dans un arrêt du 11 octobre 2016, la cour d'appel de Mons a considéré qu'une vente à réméré d'un groupe d'immeubles ne pouvait être annulée sur le fondement de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) au motif « qu'il n'est pas anormal que le prix soit moins élevé que dans le cadre de ventes séparées sans faculté de rachat, spécialement en raison du fait que, pendant la durée du pacte de réméré, l'acquéreur se trouv[ait] dans l'impossibilité de disposer réellement de l'immeuble acheté, dans la mesure où le vendeur [était] à tout moment susceptible de mettre en œuvre sa faculté de rachat »¹⁶⁷.

En matière de cession de parts sociales, la cour d'appel Liège a estimé, dans son arrêt du 30 avril 2018 commenté *supra* (voy. n° 17), que « la cession de parts sociales [du 19 janvier 2009] pour la somme convenue de 230.000 € n'apparaissait pas déséquilibrée au regard de son [*i.e.* de Henri D.] train de vie global durant cette période, des achats qu'il a effectués pendant celle-ci et de la connaissance qu'il avait de la société qu'il reprenait, qu'il avait créée dans ce secteur spécifique [...] ». En l'espèce, il fut relevé qu'Henri D. avait, à la même période (que celle de la cession litigieuse), accompli et signé plusieurs actes de disposition et cela, pour des sommes substantiellement supérieures à la cession de parts litigieuse (achat d'un bateau à 310.000,00 euros le 22 novembre 2008 ; vente d'une maison pour 795.000,00 euros et achat d'une autre pour 300.000,00 euros le 10 mars 2009¹⁶⁸). En ce qui concerne la connaissance de la situation de la société, il était stipulé dans la convention de cession qu'Henri D. reconnaissait avoir pris connaissance des statuts de la société et parfaitement connaître sa situation financière. La cour a également relevé que, « même si les parties ne disposaient pas d'un bilan comptable définitif relatif à l'année 2008, Henri D. connaissait parfaitement la situation de la [société] aussi bien avant qu'après la cession, société qu'il a créée et gérée pendant des années. Il connaissait les forces et les faiblesses de cette société (voy. compte annuel 2006 et 2007) et son caractère saisonnier (l'essentiel

¹⁶⁶ À propos de la vente de la nue-propriété d'un appartement, la cour d'appel de Gand (Gand, 27 février 2014, R.G.D.C., 2018, pp. 43-45) a considéré qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties en ce que « le contrat de gré à gré stipulait un prix des 120.000,00 EUR. Indépendamment du fait que ce prix se référait uniquement à la nue-propriété de l'appartement, il apparaît néanmoins qu'il s'agit d'un prix très défavorable pour C.D. Les appelants produisent un rapport d'expertise estimant l'appartement à 445.000,00 EUR. En acceptant une offre d'à peine 120.000 EUR, C.D. a indéniablement été gravement désavantagé » (traduction libre).

¹⁶⁷ Mons, 11 octobre 2016, J.L.M.B., 2017, pp. 1614-1625.

¹⁶⁸ Bien que l'alinéa 2 de l'article 5.27 du Code civil énonce que les conditions de validité doivent être appréciées « au moment de la conclusion du contrat », le juge du fond peut tenir compte « d'éléments de preuve postérieurs à la conclusion du contrat » (Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 31).

des achats se concentrant au début de la belle saison) ». En effet, la société appartenait à Henri D. avant d'être cédée en 2004 à Véronique C.¹⁶⁹.

En matière de bail enfin, le tribunal de première instance de Marche-en-Famenne a considéré, dans un jugement du 18 octobre 2018¹⁷⁰, qu'il n'existait pas de disproportion manifeste entre les prestations réciproques des parties dès lors que le loyer s'élevait à 350,00 euros pour une ferme qui ne contenait ni eau courante ni électricité au moment de la conclusion du contrat. Le tribunal a également relevé qu'un tel loyer s'expliquait par le fait que la locataire s'était engagée à effectuer des travaux d'amélioration dans la ferme. Par ailleurs, la propriétaire estimait que la disproportion manifeste trouvait également sa source dans le fait qu'aucune garantie locative n'avait été constituée et qu'elle ne disposait pas de faculté de résiliation unilatérale anticipée du contrat. Sur cette question, le tribunal a rappelé « que les dispositions légales concernant le bail (tant les anciennes dispositions¹⁷¹ que celles prévues par le décret du 15 mars 2018¹⁷²) prévoient que les parties peuvent librement convenir d'exclure ou de limiter la faculté de résiliation anticipée du propriétaire ou l'établissement d'une garantie ». En effet, « la possibilité de modaliser le contrat de bail procède de la liberté contractuelle des parties et n'établit pas en soi une disproportion manifeste entre prestations réciproques ». Enfin, le tribunal souligne le fait qu'en l'espèce, le bail a fait l'objet d'une relecture par une étude de notaire et que ladite relecture « est un gage de ce qu'aucune disproportion excessive ou inhabituelle n'est établie dans les rapports entre parties ». À suivre cet argument – qui n'est guère convaincant –, il faudrait considérer qu'il n'y a jamais de lésion en matière de vente immobilière lorsque le compromis a été signé en présence d'un notaire ou relu par celui-ci avant signature.

23. Le déséquilibre manifeste n'est pas une opération « simplement défavorable ». Il convient toutefois de noter que « la disproportion économique entre les prestations des parties doit être *importante* et *certaine* et ne peut s'apparenter à une opération simplement défavorable pouvant survenir du jeu normal des relations économiques » comme l'a rappelé la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 22 mai 2015¹⁷³. En l'espèce, la cour a estimé qu'un déséquilibre manifeste existait en ce que le prix convenu entre les parties (26.000,00 euros) « correspond[ait] à un peu plus des cinq douzièmes seulement de la valeur vénale fixée à 65.000 EUR et à un peu

¹⁶⁹ Par la convention litigieuse du 19 janvier 2009, Henri D. entendait récupérer les parts de la société qu'il détenait initialement.

¹⁷⁰ Civ. Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), 18 octobre 2018, *R.G.D.C.*, 2020, pp. 251-253.

¹⁷¹ Loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale, *M.B.*, 22 février 1991.

¹⁷² Décret wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, *M.B.*, 28 mars 2018.

¹⁷³ Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 658, c'est nous qui mettons en évidence.

plus d'un quart de la valeur d'acquisition auprès d'un marchand de tableaux fixée à 100.000 EUR »¹⁷⁴.

24. Le déséquilibre manifeste n'est pas toujours « apparent ». Comme le soulève G. Fiévet, commentant un arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 octobre 2008¹⁷⁵, le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties n'est pas toujours apparent¹⁷⁶. En l'espèce, « un courtier en assurances se présente chez des époux et leur fait signer une proposition d'assurance décès. L'un des époux décède malheureusement le lendemain, sans que la première prime n'ait été payée ni le contrat conclu. La compagnie d'assurances propose alors de tout de même payer le capital de 19.831,48 € au conjoint survivant, sous prétexte de ne pas vouloir hypothéquer la carrière du courtier. En contrepartie, le courtier s'engage vis-à-vis de la compagnie d'assurances à atteindre une production telle qu'il puisse accéder au "club or", auquel cas il bénéficierait des commissions et avantages obtenus comme tout producteur ayant librement accédé à ce statut. À défaut, ledit courtier se trouverait pénalisé financièrement à raison de 750 F [18,59 euros] par point manquant (sachant qu'il faut 350 points par an pour accéder au "club or"). La compagnie récupère donc à tout le moins partiellement le capital versé à la veuve dans tous les cas, que ce soit par le biais de l'augmentation de ses gains grâce au bon travail du courtier, ou via la pénalisation financière de ce dernier, qui pouvait aboutir à le rendre débiteur vis-à-vis de la compagnie de la somme de 52.057,64 €. La cour d'appel de Liège a vu dans cette situation un déséquilibre manifeste et contemporain à la formation du contrat entre les prestations réciproques des parties, résultant d'un abus par la compagnie de l'infériorité intellectuelle et économique [du courtier] qui avait uniquement un diplôme d'électricien »¹⁷⁷.

25. L'impact des « concessions réciproques ». Les cours et tribunaux ont tendance à conclure à l'absence de déséquilibre manifeste lorsqu'il apparaît que les parties ont réalisé des « concessions réciproques » dans leur convention. Dans un jugement du 14 juin 2010, le tribunal du travail de Mons a considéré « qu'il n'y a pas de disproportion manifeste entre les prestations réciproques

¹⁷⁴ Pour une décision où le critère du déséquilibre manifeste n'a pas été considéré comme établi, voy. Bruxelles, 20 janvier 2022, R.G. n° 2017/AR/1357, disponible sur www.juportal.be : « Les conditions de la lésion qualifiée [i.e. l'abus de circonstances] ne sont manifestement pas réunies : même à considérer qu'il résulterait des clauses précitées une disproportion entre les prestations des parties, rien n'indique qu'elle soit manifeste et crée un déséquilibre flagrant et grave allant au-delà du caractère simplement défavorable issu du jeu normal des relations économiques. En tout état de cause, la SA G&A De M., qui admet par ailleurs avoir eu en 2009 "un bilan total de 28.536.224 euros" et employé "70 personnes" reste en défaut d'établir un abus de faiblesse, qui paraît particulièrement peu crédible en l'espèce » (c'est nous qui mettons en évidence). En l'espèce, la SA G&A De M. comparait son bilan (28.536.224 euros pour 70 employés) à celui de son cocontractant, la société B (154.096.549 euros pour 580 employés).

¹⁷⁵ Liège, 21 octobre 2008, *For. Ass.*, 2009, p. 74, note B. DESSART.

¹⁷⁶ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 96.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 96 et 97.

puisque Monsieur K. a remis sa démission mais n'a pas dû "prester" un préavis ; il y a donc eu des *concessions réciproques* »¹⁷⁸. Monsieur K. soutenait, en l'espèce, que la lettre de démission qu'il avait signée était nulle en raison, notamment, de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances) dont il aurait été victime. Dès lors, il soutenait que la rupture de son contrat de travail était imputable à son employeur de telle sorte qu'il avait droit à une indemnité compensatoire de préavis et à une prime de fin d'année.

Dans le même sens, la cour d'appel de Bruxelles a considéré, dans un arrêt du 7 avril 2016, qu'« outre le fait que M^{me} D. ne prouve pas qu'elle se serait trouvée en position de faiblesse lors de la négociation des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, il convient d'observer que les parties ont manifestement fait des *concessions réciproques* : ainsi, M. D., qui se voyait attribuer la "garde" de l'enfant E., renonçait à réclamer une quelconque contribution de M^{me} D. aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant commun »¹⁷⁹. La cour a dès lors jugé qu'il n'y avait pas eu, au moment de la signature de la convention, de disproportion manifeste entre les prestations réciproques des parties¹⁸⁰.

Le fait que des concessions réciproques aient été faites entre les parties n'exclut pas automatiquement l'existence d'un abus de circonstances. Il s'agit d'un critère, parmi d'autres, que le juge peut mobiliser pour apprécier l'(in) existence d'un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties. Cela ne veut pas dire qu'un contrat de transaction (qui, par nature, engendre des concessions réciproques) ne pourrait pas être annulé ou rééquilibré en cas de lésion qualifiée (*i.e.* abus de circonstances) : si le juge considère que, malgré les concessions, une disproportion apparaît entre les prestations, il peut annuler ou rééquilibrer le contrat sur la base de la lésion qualifiée¹⁸¹. Par ailleurs, l'on rappellera que la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 9 novembre 2012 commenté *supra* (voy. n° 14), qu'« [...] une convention préalable au divorce par consentement mutuel reste soumise aux règles du droit des obligations comme toute convention de droit patrimonial. Une telle convention, fût-elle qualifiée de transaction, peut être attaquée sur la base de la lésion qualifiée, c'est-à-dire le préjudice qui consiste en une disproportion

¹⁷⁸ Trib. trav. Mons, 14 juin 2010, R.G. n° 07/13567/A, disponible sur www.juportal.be, c'est nous qui mettons en évidence.

¹⁷⁹ Bruxelles, 7 avril 2016, *R.T.D.F.*, 2016, pp. 311-317, c'est nous qui mettons en évidence ; dans le même sens, voy. Gand, 13 octobre 2011, *T.G.R.*, 2012, pp. 174-176 : « [...] il apparaît (implicitement) que les parties ont fait des *concessions respectives* afin de retrouver un équilibre adéquat dans l'acte de règlement global du 11 juin 2002 » (c'est nous qui mettons en évidence).

¹⁸⁰ Voy aussi Civ. Liège (div. Verviers), 3 février 2020, *R.T.D.F.*, 2021, pp. 76-85.

¹⁸¹ Comme le souligne J. van Zuylen, « [...] il ne faut pas perdre de vue que la transaction peut être attaquée pour cause de lésion qualifiée si les conditions d'application de ce vice de consentement sont réunies » (J. VAN ZUYLEN, « La lésion d'un partage transactionnel : échec et mat ! », note sous Cass., 3 avril 2017, *R.G.D.C.*, 2018, pp. 83-93) ; ceci, au contraire de la lésion simple comme le prévoit l'article 2052, alinéa 2, de l'ancien Code civil.

manifeste entre les prestations stipulées entre les parties et qui résulte du fait qu'une des parties abuse de la position de faiblesse de l'autre »¹⁸².

26. Comparaison avec le régime des clauses abusives. On le sait, une clause abusive est une clause qui crée un « déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties ». Proscrites de longue date dans les relations B2C¹⁸³, et plus récemment dans les relations B2B¹⁸⁴, les clauses abusives ont fait leur entrée dans le droit commun des obligations contractuelles¹⁸⁵ depuis le 1^{er} janvier 2023¹⁸⁶. L'alinéa 1^{er} de l'article 5.52 du Code civil dispose en effet que « toute clause *non négociable* et qui crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties est abusive et réputée non écrite »¹⁸⁷. Comme le précisent les travaux préparatoires, cette disposition s'applique « dans les rapports C2C (et, de manière générale, pour tout contrat n'entrant pas dans le champ d'application des articles VI.82 et suivants et VI.91/1 et suivants du Code de droit économique) »¹⁸⁸.

À l'instar de l'abus de circonstances, la question de l'appréciation du « déséquilibre manifeste » se pose en matière de clauses abusives. Dans les deux régimes, l'appréciation de ce déséquilibre se fera à l'aune de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat¹⁸⁹. En revanche, et comme

¹⁸² Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS; T.B.B.R., 2013, p. 168; T. Not., 2013, p. 363; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

¹⁸³ Conformément à la directive européenne n° 93/13/CEE du 5 avril 1993 « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » (J.O.C.E., L95/29 du 21 avril 1993), transposée aux articles VI.82 et suivants du Code de droit économique.

¹⁸⁴ Introduite par la loi du 4 avril 2019 « modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises » (M.B., 24 mai 2019). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2020 et a introduit les articles VI.91/1 et suivants dans le Code de droit économique; voy. R. JAFFERALI et E. de DUVE (dir.), *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019. Comparaison avec le B2C et implications pratiques*, Limal, Anthemis, 2020.

¹⁸⁵ Pour plus de détails, voy. O. JANSSENS, « La formation statique du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Droit des obligations. Le nouveau droit des obligations*, coll. CUP, Limal, Anthemis, 2022, pp. 57-59; J. VAN MEERBEECK, « L'objet, la cause et la nullité », in R. JAFFERALI (dir.), *Le livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, op. cit., pp. 146-176; O. JANSSENS, « La formation du contrat : conditions de validité et régime de la nullité », *Le Pli juridique*, n° 59, 2022, pp. 57-73; G. SCHULTZ, « Vers une interdiction "générale" des clauses abusives ! », *Les pages. Obligations, contrats et responsabilités*, 2022, n° 132.

¹⁸⁶ Art. 65 de la loi du 28 avril 2022 préc.,

¹⁸⁷ C'est nous qui mettons en évidence.

¹⁸⁸ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 57; comme le précise J. Van Meerbeeck, l'on vise « également, dans le respect de la législation sur les marchés publics, les contrats conclus avec les autorités publiques pour autant que celles-ci échappent à la notion d'entreprise telle que définie par la Cour de justice de l'Union européenne » (J. VAN MEERBEECK, op. cit., p. 153, note 34); l'on pourrait aussi y inclure les contrats conclus avec des personnes morales de droit privé (comme les associations de copropriétaires (ACP) ou les ASBL) qui sont des entreprises au sens de l'article I.1, 1^{er}, du Code de droit économique mais pas au sens de l'article I.8, 39^o (qui définit la notion « d'entreprise » pour l'application du livre VI du Code de droit économique), en ce qu'elles ne poursuivent pas, de manière durable, un but économique.

¹⁸⁹ En matière de clauses abusives, voy. art. VI.82, al. 1^{er}, C.D.E. (relations B2C); art. VI.91/3, § 2, al. 1^{er}, C.D.E. (relations B2B) et art. 5.52, al. 2, C. civ. (droit commun).

le souligne très justement S. De Rey, il existe « une différence importante entre l'abus de circonstances et les clauses abusives [...]. En effet, bien que dans les deux cas, il incombe au juge de contrôler l'existence d'un déséquilibre manifeste, [...] [l]es clauses abusives traite[nt] d'un problème d'*inégalité juridique* (concernant l'équivalence de la position contractuelle ou le déséquilibre entre les droits et obligations réciproques), alors que dans le cas de l'abus de circonstances, il s'agit d'un *déséquilibre factuel* des prestations. De plus, dans son contrôle des clauses abusives, le juge ne peut [...] examiner la définition des prestations principales du contrat, ni l'adéquation entre les prestations principales¹⁹⁰, alors que cette appréciation fait précisément l'objet du contrôle au titre de l'abus de circonstances »¹⁹¹.

En ce qui concerne l'abus de circonstances, l'on considère que le déséquilibre manifeste doit, en principe, exister en les prestations principales des parties (le prix et la prestation en matière de contrat d'entreprise par exemple)¹⁹². Il ne faut cependant pas inférer de ce principe qu'un déséquilibre entre les prestations « accessoires » d'un contrat ne pourrait pas être sanctionné sur la base de l'abus de circonstances. En effet, afin d'apprécier l'existence d'un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties, les juges du fond n'hésitent pas à tenir compte de l'ensemble des clauses du contrat, en ce compris les clauses relatives aux prestations accessoires¹⁹³. Par exemple, dans son arrêt du 11 octobre 2016 précité en matière de vente à réméré d'un groupe d'immeubles, la cour d'appel de Mons a considéré que « les époux Marc-Caroline, d'une part, et la S.A. R. ont inscrit leurs relations dans un *ensemble* de conventions complexes qu'il convient d'examiner *dans leur globalité* afin d'apprécier s'il existe un déséquilibre manifeste dans les obligations réciproques des parties »¹⁹⁴.

Sous-section 2

L'abus, par l'une des parties, des circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie

27. Un abus des « circonstances concrètes d'infériorité ». Encore faut-il que le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties ne soit pas « le fruit du hasard »¹⁹⁵. Il doit résulter, sans aucun doute¹⁹⁶, de l'abus « des circonstances concrètes d'infériorité dans lesquelles la victime se trouvait au

¹⁹⁰ Voy. art. VI.82, al. 3, C.D.E. (relations B2C) ; art. VI.91/3, § 2, al. 3, C.D.E. (relations B2B) et art. 5.52, al. 3, C. civ. (droit commun).

¹⁹¹ S. DE REY, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Mons, 11 octobre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, pp. 161-1625, c'est nous qui mettons en évidence ; voy. également Liège, 17 octobre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 569 et 570 ; Comm. Bruxelles, 16 avril 1974, *J.C.B.*, 1974, pp. 229-235.

¹⁹⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 267.

¹⁹⁶ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 516.

moment de la conclusion du contrat, ce qui a permis au cocontractant de s'arroger un avantage »¹⁹⁷. La relation égalitaire, de principe dans tout contrat, se retrouve ainsi « gravement faussée par cette exploitation »¹⁹⁸. En matière de vente immobilière, la cour d'appel de Mons a donc, à juste titre, considéré qu'il n'y avait pas eu d'abus des circonstances concrètes d'infériorité du vendeur dès lors qu'il « était pourvu d'un administrateur provisoire en la personne de son épouse depuis un an, presque jour pour jour » et que le compromis avait été signé par cette dernière¹⁹⁹.

Les circonstances d'infériorité sont diverses et variées²⁰⁰.

28. Les caractéristiques « personnelles » de la victime. Elles peuvent, tout d'abord, résulter des caractéristiques personnelles de la victime de l'abus²⁰¹ comme l'urgence²⁰², la dépendance entre les parties, la capacité de réflexion altérée par la maladie²⁰³, l'anxiété, la dépression, la tristesse, l'inexpérience²⁰⁴,

¹⁹⁷ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46 ; voy. Civ. Namur (div. Namur), 21 décembre 2020, *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2021, pp. 187-195 : « En l'espèce, les demandeurs ont objectivement tiré profit de la situation d'infériorité de leur mère, laquelle a été amenée à prendre des engagements très importants dans leur propre intérêt seulement puisqu'ils impliquaient notamment une privation importante de revenus dans son chef dans le but, clairement avoué, de ne plus pouvoir gratifier leurs frère et sœur » (c'est nous qui mettons en évidence).

¹⁹⁸ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752.

¹⁹⁹ Mons, 25 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1020-1029.

²⁰⁰ Il ne s'agit pas d'une liste limitative. Comme le relève L. Cornelis, aucune conséquence juridique ne doit être attribuée à cette classification en ce que toutes ces situations ont pour point commun l'infériorité d'un des cocontractants en raison de sa personne ou d'autres circonstances de fait (L. CORNELIS, « W. De Bondt, De Leer der gekwalificeerde benadeling » (recension), *R.W.*, 1988-1989, p. 1381).

²⁰¹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46 ; l'énumération qui suit provient de Bruxelles, 4 mai 2010, *R.A.B.G.*, 2011, pp. 342-351, disponible sur www.juportal.be ; voy. également l'article 1907ter de l'ancien Code civil qui reprend quelques-unes de ces illustrations.

²⁰² Dans un jugement du 10 septembre 2019, le tribunal de police francophone de Bruxelles n'a pas fait droit à la demande fondée sur la lésion qualifiée [i.e. l'abus de circonstances] mais a souligné que le statut de séjour illégal du demandeur pouvait dénoter une position de vulnérabilité tout en relevant qu'il ne démontrait pas qu'il craignait, en l'espèce, une arrestation administrative (Pol. Bruxelles, 10 septembre 2019, *J.J.Pol.*, 2019, pp. 208-214).

²⁰³ Voy. Anvers, 1^{er} mars 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 1509 où la disproportion manifeste entre les prestations réciproques des parties (différence de 5.800,00 euros entre la valeur des deux voitures faisant l'objet du contrat d'échange) résultait de l'abus du retard mental d'un des cocontractants ; Civ. Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), 18 octobre 2018, *R.G.D.C.*, 2020, pp. 251-253 où le tribunal a refusé de faire droit à la demande en annulation d'un contrat de bail en ce que bien qu'il « n'est pas contesté que C.B. a fait l'objet d'un internement à Lierneux en 2006, le tribunal ne peut en déduire que son état de santé a persisté à être défaillant après cette date et jusqu'à la signature du bail, [le 20 mars 2014] » ; Civ. Louvain, 27 avril 2018, *R.G.D.C.*, 2019, pp. 38-41, à propos de la vente à réméré d'une maison, où le tribunal a relevé que le vendeur – au-delà de ses problèmes financiers – n'était plus en mesure de gérer ses biens en ce qu'il avait été placé sous administration provisoire par le juge de paix de Diest ; Civ. Bruxelles, 29 septembre 2014, *R.G.* n° 12/14295/A, disponible sur www.juportal.be où le tribunal a relevé que rien ne permettait de considérer que les séquelles de l'AVC d'un des cocontractants « aient eu un impact sur le consentement qu'il a donné lors de la signature de la convention du 8 juin 2012 ».

²⁰⁴ Voy. Bruxelles, 2 octobre 2002, *R.G.* n° 1997/AR/1664, disponible sur www.juportal.be où la cour a décidé, à propos d'un contrat d'approvisionnement, que le seul fait de soutenir que l'on est en situation de faiblesse en raison de ses origines nationales et de son absence de connaissance en matière d'exploitation de débit de boisson et de compréhension de l'économie des contrats, sans en apporter la preuve concrète, est insuffisant ; Anvers, 27 avril 1998, *I.R.D.I.*, 1998, pp. 240-242 où la cour a jugé qu'un artiste ne se trouvait pas en position d'infériorité en raison de son inexpérience dans un secteur déterminé (la chanson professionnelle)

l'ignorance²⁰⁵, l'inattention, l'oubli, la négligence, la frivolité²⁰⁶, les passions, la faiblesse²⁰⁷, la situation financière désastreuse, la position sociale, juridique ou économique²⁰⁸ faible.

alors que son producteur avait mis à sa disposition ses connaissances ainsi que des infrastructures afin qu'il puisse se développer, s'orienter et se promouvoir ; Civ. Mons, 21 novembre 1990, *J.J.P.*, 1991, pp. 45 et 46 où il a été considéré que le vendeur de volets en PVC a abusé de l'inexpérience et de l'ignorance de l'acheteur (qui exerçait la fonction de mécanicien) en ce qu'il « était incapable [...] au moment où il a signé le contrat, d'apprécier la valeur réelle des fournitures et travaux qui lui étaient proposés ».

²⁰⁵ Voy. Gand, 17 novembre 2016, *R.D.J.P.*, 2017, pp. 90-93 où il a été décidé qu'une convention attribuant le logement familial à l'un des époux était constitutive de lésion qualifiée [*i.e.* d'abus de circonstances] en ce que l'un d'eux a abusé des circonstances concrètes d'infériorité de l'autre qui ne savait ni lire ni écrire ; Bruxelles, 20 janvier 2015, *R.T.D.F.*, 2015, pp. 388-400 : en matière de convention sous seing privé fixant la contribution alimentaire du père aux frais d'éducation et d'entretien des enfants, la cour a considéré que le père se trouvait, au moment de la signature de la convention, dans un état de fragilité psychologique et dans une situation d'ignorance et d'infériorité en ce que la convention a été signée au cabinet du conseil de la mère sans que le père ait pu en recevoir un exemplaire préalablement, et ce, en pleine période de crise et à un moment où il n'avait pas encore fait le deuil de la relation ; Liège, 17 octobre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 569-570 à propos d'une convention de cession de parts sociales d'une société où il a été décidé que le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties résultait de l'abus, par le cédant, du jeune âge (17 et 18 ans) et de l'inexpérience (gestion et comptabilité, impossibilité d'appréhender correctement les aléas, contraintes, obligations financières de la société cédée) des cessionnaires ; Trib. trav. Bruxelles, 26 septembre 1988, *Chr. D.S.*, 1989 : « L'abandon par une employée d'un droit [13 jours de congé] prévu par une loi impérative [*i.e.* la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail], et ce sans aucune contrepartie de la part de l'employeur, est nul par application de la théorie de la lésion qualifiée [*i.e.* de l'abus de circonstances] lorsque cet abandon est la conséquence de l'ignorance ou du manque d'expérience de l'intéressée. »

²⁰⁶ Voy. Civ. Luxembourg (div. Neufchâteau), 18 novembre 2016, R.G. n° 06/132/1, disponible sur www.stradalex.be à propos d'une convention « portant engagement de passer acte de vente ». En l'espèce, la venderesse se trouvait en position de faiblesse en ce qu'il était établi qu'elle changeait régulièrement d'avis (elle avait d'ailleurs contacté l'agent immobilier pour changer le contenu de la vente à plusieurs reprises) et qu'elle était incapable de prendre une décision. Les acheteurs ont par ailleurs abusé de ces circonstances d'infériorité en ce qu'ils connaissaient la venderesse (ils étaient voisins) et qu'il existait même un lien de parenté. Les frasques de la venderesse ont été suivies de très près par les acheteurs dès lors qu'ils étaient les premiers à se manifester lorsque le bien a été mis en vente.

²⁰⁷ Voy. Anvers, 5 septembre 2011, *R.G.D.C.*, 2014, pp. 76-78 à propos d'une mère de deux enfants ayant signé un contrat avec l'expert de son assureur alors qu'elle se trouvait en pyjama dans la rue juste après avoir échappé à l'incendie ayant détruit toute sa maison. Ledit contrat stipulait, en faveur de l'expert, des honoraires à calculer sur la totalité des indemnités payées par l'assureur alors que ledit expert ne devait pas expertiser les meubles puisqu'en cas de perte totale (incendie), l'assureur indemnise la perte de ces derniers par le paiement d'un forfait. Il existait bien, selon la cour, un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties en lien causal avec la position de faiblesse de l'assurée ; Bruxelles, 25 février 2002, *R.W.*, 2005-2006, pp. 503-505 à propos d'un assuré – dont la maison avait complètement brûlé alors que personne ne se trouvait à l'intérieur – ayant conclu un accord avec l'expert mandaté par la compagnie d'assurance pour estimer les dégâts. La cour a considéré qu'il n'y avait pas eu d'abus de la position d'infériorité de l'assuré en ce que l'accord a été signé plus tard dans la journée (bien après l'incendie) et qu'il est vraisemblable que cet accord ait été signé par l'intermédiaire du courtier de l'assuré ; Civ. Tournai, 3 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1054-1059 concernant la vente d'un immeuble à un prix dérisoire (350.000,00 francs belges – 8.676, 25 euros) et dont les acquéreurs étaient, l'un le médecin traitant du vendeur – âgé (74 ans), sans enfant, vivant seul depuis la mort de ses parents dans une maison très rustique, sans confort – et l'autre, la fille de voisins proches avec lesquels une relation de confiance s'était nouée. En l'espèce, le tribunal a estimé qu'il y avait un abus de circonstances d'infériorité du vendeur créant ainsi un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties dans le sens où le vendeur n'a pu, en raison de sa position de faiblesse, s'opposer aux conditions – défavorables – de la vente de sa maison (différents courriers écrits de sa main sont révélateurs de sa naïveté, sa crédulité et sa générosité). Par ailleurs, le tribunal a relevé que les acquéreurs ont manqué de diligence et de prudence à l'annonce du prix – dérisoire – de vente et que l'un des acquéreurs, le médecin traitant du vendeur, lui a fait miroiter qu'il bénéficierait de consultations médicales gratuites.

²⁰⁸ Voy. Civ. Bruxelles, 11 juin 2013, *J.T.*, 2013, p. 611 à propos d'une convention de cautionnement rémunérée : « [...] l'opération prise dans son ensemble aboutit à ce que, en échange d'un prêt de 12.000 EUR accordé

29. Les circonstances « socio-économiques ». L'état d'infériorité peut aussi résulter « de circonstances de supériorité économique ou fonctionnelle dans le chef de la partie commettant l'abus qui se trouve, par exemple, dans une position de monopole ou de force »²⁰⁹.

Dans le jugement du 17 mars 1995 précité²¹⁰, le tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que le demandeur, bien qu'avocat (et donc éclairé d'un point de vue juridique et ayant de l'expérience en matière de conclusion de contrats), « se trouvait manifestement en état d'infériorité et de besoin par rapport à la défenderesse, puisque la RTT²¹¹ exigeait, pour le raccordement de l'installation au réseau téléphonique, la conclusion d'un contrat d'entretien avec l'installateur²¹². Le tribunal – qui s'est également interrogé sur la légalité d'une telle exigence (qui met à mal le jeu de la concurrence) au regard du droit européen – a considéré qu'il était « certain que le demandeur n'avait [eu] aucune liberté de choix de son cocontractant et que sa marge de négociation des conditions proposées par la défenderesse était nulle ».

En revanche, dans un jugement du 29 mai 2000, le tribunal de première instance d'Anvers a rappelé que « ce n'est pas l'utilisation mais l'abus de sa position de monopole qui est illégal. Qu'un tel abus n'existe que si les intérêts de toutes les parties concernées sont ignorés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce »²¹³. Le litige concernait un contrat conclu entre une intercommunale et un promoteur immobilier portant sur la mise à disposition à titre gratuit d'un local afin que l'intercommunale puisse y loger ses installations électriques et ainsi permettre la distribution d'électricité dans l'immeuble. En l'espèce, le promoteur immobilier proposait de louer ledit local alors que l'intercommunale en exigeait la gratuité sur la base de ses conditions générales de distribution et de tarification. Bien que le contrat de mise à disposition à titre gratuit du local ait été signé par les deux parties, le promoteur immobilier en a poursuivi, par la suite, la nullité sur la base de la lésion qualifiée. Il considérait que l'intercommunale avait abusé de sa position de monopole

par la banque Record Bank, dont L. s'est porté débiteur solidaire, D. (...) [s']expose au risque de devoir payer plus de trois fois le montant principal du prêt. De son côté, en échange de son engagement de codébiteur solidaire qui l'exposait au risque de devoir rembourser à la banque un montant total de 16.446,60 EUR, L. se voyait offrir, outre un recours contre D. pour ce montant, une rémunération et de possibles indemnités complémentaires pour près de deux fois ce montant. Les prestations des parties telles que prévues à la convention litigieuse sont *manifestement disproportionnées* et cette disproportion n'a aucune justification. Elle résulte exclusivement de l'abus, par L. de la détresse économique de D., de son *inexpérience et de ses faiblesses* » (c'est nous qui mettons en évidence).

²⁰⁹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., pp. 46 et 47.

²¹⁰ Voy. Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, R.G.D.C., 1995, p. 507 (voy. *supra*, n° 22).

²¹¹ « Régie des Télégraphes et des Téléphones » devenue « Belgacom » en 1992, elle-même devenue « Proximus » en 2015.

²¹² La lettre de la RTT du 27 juillet 1989 prévoyait que « [...] [l]a conclusion du contrat est obligatoire. Seul le fournisseur est tenu d'assurer l'entretien des installations téléphoniques qu'il a fournies ».

²¹³ Civ. Anvers, 29 mai 2000, A.J.T., 2000-2001, p. 792, traduction libre.

en matière de distribution d'énergie. En l'espèce, la cour a décidé qu'un tel abus n'existait pas. En exigeant la mise à disposition à titre gratuit du local, l'intercommunale n'a aucunement entendu s'arroger un avantage contractuel au détriment du promoteur. Le seul objectif était de pouvoir fournir de l'électricité aux habitants. La cour souligne, par ailleurs, que le promoteur aurait dû, dès le début, prévoir un tel local.

30. Les « particularités de la relation entre les parties ». Comme le mentionne la cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 22 mai 2015 précité, « l'état d'infériorité d'une partie peut résulter de particularités propres à celle-ci, mais aussi *de caractéristiques propres aux relations entre les parties donnant à l'autre un avantage dont elle a profité* »²¹⁴. Plus précisément, la cour a considéré qu'il existait un déséquilibre entre les connaissances des parties, « D. n'ayant aucune connaissance particulière en matière d'œuvres d'art, contrairement à R., qui s'échine à prétendre le contraire ».

Dans son jugement du 27 novembre 2013 précité²¹⁵, le tribunal de première instance de Malines a annulé une convention sous seing privé de liquidation et de partage du patrimoine commun au motif qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations des deux ex-époux. Le tribunal a également estimé que ce déséquilibre résultait d'un abus des circonstances concrètes d'infériorité de l'ex-épouse. Au-delà du fait que la situation financière de Madame était très précaire (sans emploi et bénéficiaire du CPAS), le tribunal a relevé que les deux enfants avaient également fait pression sur leur mère à plusieurs reprises (durant une année) afin qu'elle signe ladite convention. Il s'agit-là, selon nous, de circonstances propres à la relation entre les deux ex-époux qui ont permis à Monsieur de s'arroger un avantage dont il a pu profiter. En l'espèce, Monsieur avait par ailleurs, à plusieurs reprises, menacé Madame de dévoiler son dossier médical et de la faire hospitaliser de force.

P. Van Ommeslaghe souligne qu'il convient de « faire abstraction de relations économiques et sociales normales »²¹⁶, ce qui rejoint l'idée – développée *supra* (voy. n° 18) – selon laquelle les conditions de l'abus de circonstances doivent être interprétées strictement. A. Rigolet en déduit logiquement que « la qualité de consommateur ne suffit pas pour conclure à l'existence d'une position de faiblesse, *a fortiori* si l'entreprise concernée s'est conformée à ses obligations d'information et de transparence »²¹⁷.

Par exemple, la cour d'appel de Gand a considéré que « le constat que l'intimé soit un producteur professionnel et l'appelante une veuve agricultrice

²¹⁴ Bruxelles, 22 mai 2015, J.T., 2015, p. 658, c'est nous qui mettons en évidence ; voy. *supra*, n°s 18 et 23.

²¹⁵ Civ. Malines, 27 novembre 2013, R.W., 2015-2016, pp. 1110-1112.

²¹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 297.

²¹⁷ A. RIGOLET, « La liberté contractuelle – Les réformes passent, le principe reste », *Rev. Dr. ULg*, 2018, p. 326.

retraîtée ne suffit pas à parler d'une position concrète d'infériorité »²¹⁸. Dans le même sens, le tribunal de première instance de Bruges a décidé que « le simple fait qu'une partie soit juriste et que l'autre soit sans profession n'est pas déterminant pour établir cette infériorité »²¹⁹. La cour d'appel de Bruxelles a encore considéré, dans un arrêt du 4 mai 2010, que « le simple fait que l'un des époux ait des revenus plus élevés que l'autre n'implique pas que ce dernier soit dans une position inférieure »²²⁰. Plus récemment, le tribunal du travail de Bruxelles a relevé, dans un jugement du 16 février 2017²²¹, qu'il « ne suffit évidemment pas à Monsieur X... Y... de se prévaloir du fait [...] qu'il se trouvait en position d'infériorité face à son employeur pour conclure à l'existence d'une lésion ».

En ce qui concerne une convention de transaction en vertu de laquelle l'exploitant indépendant d'un point de vente renonce à tous les droits issus du contrat initial (contrat d'exploitation), la cour d'appel de Gand a considéré, dans un arrêt du 11 mars 2013²²², que l'exploitant indépendant ne se trouvait pas, au moment de la signature de la transaction, dans une situation d'infériorité. Il devait, selon la cour, être conscient « des conséquences qu'impliqu[ait] la signature d'une telle transaction » et du fait « qu'une société commerciale est réputée savoir se défendre dans la vie des affaires et qu'elle peut se faire assister par des conseillers juridiques si nécessaire »²²³.

31. Abus « de circonstances » et abus « de dépendance économique ».

Dès lors que les particularités propres à la relation contractuelle peuvent être à la source de la position de faiblesse de l'une des parties, il nous semble important d'épingler l'arrêt rendu le 28 octobre 2005 par la cour d'appel de Liège²²⁴. Confrontée à un contrat de service entre un commissionnaire de transport et un transporteur indépendant, la cour a estimé que le transporteur était en position de dépendance économique vis-à-vis du commissionnaire. Il faisait en effet appel à des transporteurs indépendants qui devaient, d'une part, investir dans du matériel de transport (camions) et, d'autre part, s'engager à travailler exclusivement pour le compte du commissionnaire. Ce dernier évitait ainsi de payer les charges sociales relatives à l'engagement de travailleurs salariés et d'investir dans l'achat de camions. Il en résultait, selon la cour, que le commissionnaire abusait de sa « position dominante » en ce que « la balance entre le chiffre d'affaires qu'[il] consent[ait] et les frais jou[ait]

²¹⁸ Gand, 15 avril 1999, *A.J.T.*, 1999, pp. 698 et 699.

²¹⁹ Civ. Bruges, 9 mai 1990, *R.W.*, 1992-1993, pp. 724 et 725, traduction libre.

²²⁰ Bruxelles, 4 mai 2010, *R.A.B.G.*, 2011, pp. 342-351.

²²¹ Trib. trav. Bruxelles, 16 février 2017, *R.G.* n° 15/13880/A, disponible sur www.stradalex.be.

²²² Gand, 11 mars 2013, *R.G.D.C.*, 2016, pp. 179-182.

²²³ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 99.

²²⁴ Liège, 28 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 821-825.

nécessairement en défaveur du sous-traitant ». Par ailleurs, il imposait aux transporteurs de travailler exclusivement pour lui. La cour a donc confirmé la décision du premier juge qui avait déclaré nulle la convention litigieuse pour lésion qualifiée (*i.e.* abus de circonstances).

L'on remarquera que la cour fait référence à la notion d'« abus de position dominante ». Comme le souligne A. Duriau, il ne faut pas y voir une référence à la notion d'abus de position dominante au sens du droit de la concurrence²²⁵. Selon lui, il « était plutôt question d'un abus de dépendance économique »²²⁶, notion aujourd'hui insérée dans le Livre IV du Code de droit économique à la suite de l'adoption de la loi du 4 avril 2019²²⁷. L'abus de dépendance économique avait donc déjà été abordé par la jurisprudence – et fait l'objet de sanctions – sur la base de la théorie de la lésion qualifiée (*i.e.* l'abus de circonstances)²²⁸ et donc du droit commun des obligations contractuelles.

Bien que l'application des deux mécanismes soit subordonnée à une situation d'infériorité créant une disproportion entre les prestations réciproques des parties²²⁹, les conditions d'application sont toutefois différentes. Conformément à l'article IV.2/1 du Code de droit économique, l'abus de dépendance économique ne s'applique qu'aux relations entre entreprises²³⁰ et implique que « la concurrence [soit] susceptible d'en être affectée sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci ». Par ailleurs, la disposition précitée énumère une série de pratiques abusives qui ont trait soit à l'exécution d'un contrat, soit à l'absence de conclusion d'un contrat. Il ne s'agit nullement d'un vice de consentement²³¹.

Le présent propos – qui n'a pas pour ambition de présenter en détail l'abus de dépendance économique²³² – nous permet de souligner la complémentarité

²²⁵ A. DURIAU, *op.cit.*, p. 10.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économiques, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, *M.B.*, 24 mai 2019.

²²⁸ A. DURIAU, *op. cit.*, pp. 10 et 11.

²²⁹ L'article I.6, 17°, du Code de droit économique définit la « position de dépendance économique » comme étant « la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, permettant à celle-ci ou à chacune de celles-ci d'imposer des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché ».

²³⁰ Au sens de l'article I.8, 39°, du Code de droit économique.

²³¹ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 12.

²³² Pour plus de détails, voy. N. DAUBIES, Th. LÉONARD et J.-F. PUYRAIMOND, « La loi du 4 avril 2019 relative à l'abus de dépendance économique : une quête d'équilibre dans les relations entre entreprises », in Y. NINANE (dir.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?*, coll. UB³, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 20-31 ; J. LÉONARD et E. PIETERS, « L'abus de dépendance économique en droit belge de la concurrence – Aperçu de la loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique », *Competitio*, 2019, pp. 9-20 ; C. BINET, « Interdiction

qui existe entre les deux mécanismes. En effet, l'abus de circonstances pourrait être mobilisé par un acteur économique qui se retrouverait en position de dépendance économique et qui n'arriverait pas à prouver que les conditions de l'abus de dépendance économique sont rencontrées. L'on songe particulièrement à la condition de l'affectation de la concurrence « sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci »²³³. L'acteur économique en difficulté qui souhaiterait voir le contrat rééquilibré (ou annulé) sur la base de l'abus de circonstances devra toutefois prouver qu'il existait un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties « au moment de la conclusion » dudit contrat.

Par ailleurs, l'acception de la notion « d'abus » au sens de la théorie de la lésion qualifiée [*i.e.* l'abus de circonstances] pourrait être utilisée dans le cadre de l'abus de dépendance économique²³⁴.

32. Qu'en est-il de « l'état de nécessité » ? Les travaux préparatoires du Livre 5 du Code civil précisent que les circonstances concrètes d'infériorité peuvent encore résulter d'un « état de nécessité »²³⁵ bien que la jurisprudence n'ait pas encore eu, à notre connaissance, à traiter de cette situation. Ceci s'explique vraisemblablement par le fait que, sous l'empire de l'ancien Code civil, la violence pouvait découler des circonstances – c'est-à-dire d'un état de nécessité²³⁶ – dans lesquelles le contrat avait été conclu, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Les travaux préparatoires précisent en ce sens que « des situations de contrainte par “état de nécessité” ont été artificiellement regroupées sous le terme “violence” et sont désormais réglées dans le cadre de l'abus de circonstances »²³⁷.

33. La seule « connaissance » de l'état d'infériorité suffit. Il ne faut cependant pas surestimer la notion d'abus²³⁸. En effet, l'abus ne requiert pas,

des abus de dépendance économique, des clauses abusives et des pratiques de marché déloyales : vers une meilleure protection contre les abus dans les relations B2B ? », *R.D.C.*, 2019, pp. 838-860 ; D. PHILIPPE et G. SORREAU, « L'abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises : premiers regards sur la loi du 4 avril 2019 », *D.A.O.R.*, 2019/3, pp. 22-51 ; S. DE POURCO, « Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden », *R.D.C.*, 2019, pp. 642-665.

²³³ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 12.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 46.

²³⁶ S. DE REY, *op. cit.*, p. 136 ; dans le cas d'un état de nécessité, « la crainte d'un mal considérable résulte des circonstances (incendie, tempête maritime) et le contractant en profite pour imposer un contrat à son avantage » (P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 287). Il s'agit, par exemple, de pompiers profitant d'un incendie afin de réclamer une indemnité de déplacement à la propriétaire de l'immeuble ravagé par les flammes (Bruxelles, 29 juin 1954, *Jur. comm. Brux.*, 1955, p. 18).

²³⁷ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 43.

²³⁸ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 9.

dans le chef de son auteur, une intention de tromper (*i.e.* intention de nuire)²³⁹ son cocontractant en usant de moyens frauduleux (comportement actif ou passif)²⁴⁰. Il est nécessaire – mais il suffit²⁴¹ – que l’auteur de l’abus ait contracté en ayant *connaissance* de la situation difficile de son cocontractant (*i.e.* de ses circonstances concrètes d’infériorité) et qu’il en ait *profité*²⁴² – activement ou passivement²⁴³ – en usant de sa position de force dans l’objectif de s’arroger un avantage contractuel d’une manière telle qu’une personne prudente et raisonnable ne l’aurait manifestement pas fait²⁴⁴.

34. Divergences et convergences avec le « dol ». Les propos qui précèdent nous permettent de comparer l’abus de circonstances avec un autre vice de consentement général, à savoir le dol, qui est désormais réglementé à l’article 5.35 du Code civil. Comme le souligne A. De Bersaques, « la lésion qualifiée [*i.e.* l’abus de circonstances] se distingue du dol par ce qu’elle ne requiert pas de manœuvres ayant pour objet d’induire le cocontractant en erreur sur la valeur respective des engagements »²⁴⁵. Néanmoins, il n’est pas rare que les manœuvres frauduleuses propres au dol soient également constitutives d’un abus des circonstances concrètes d’infériorité de la victime²⁴⁶. À titre d’exemple, une décision, parmi d’autres²⁴⁷, peut être citée. Il s’agit d’un arrêt de la cour d’appel de Bruxelles du 7 mars 2014²⁴⁸ par lequel la cour a annulé deux actes translatifs de propriété pour dol. En l’espèce,

²³⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 267.

²⁴⁰ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 96 ; voy. Bruxelles, 20 janvier 2015, *R.T.D.F.*, 2015, pp. 388-400 à propos d’une convention sous seing privé fixant la contribution alimentaire du père aux frais d’éducation et d’entretien des enfants : « Il est établi que, dans le cadre de l’établissement de cette convention, monsieur S. s’est trouvé à la fois dans un état de fragilité psychologique et dans une situation d’ignorance et d’infériorité, dont madame V. a pu tirer profit, même si aucune manœuvre n’est démontrée dans son chef » (c’est nous qui mettons en évidence).

²⁴¹ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 524.

²⁴² E. DIRIX, « La réductibilité du salaire du mandataire », *R.C.J.B.*, 1982, p. 538.

²⁴³ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 524 ; voy. Liège, 28 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 822 : « La lésion qualifiée [*i.e.* l’abus de circonstances] ne suppose que la connaissance de l’état d’infériorité ainsi qu’un usage abusif de cette situation, par un comportement *actif ou passif* » (c’est nous qui mettons en évidence).

²⁴⁴ W. DE BONDT, *op.cit.*, p. 115 ; en d’autres termes, « il suffit que consciemment, l’autre partie ait accepté de traiter alors qu’elle savait qu’en raison des circonstances (gêne, légèreté, inexpérience du cocontractant), le contrat devait être, dans une proportion choquante, défavorable à celui qui le souscrivait » (H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats, op.cit.*, pp. 77 et 78).

²⁴⁵ A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, pp. 569 et 570 : « [...] la faute de la partie coupable de lésion qualifiée [*i.e.* d’abus de circonstances] n’implique pas l’existence de manœuvres destinées à emporter l’accord de la victime de ladite lésion [*i.e.* dudit abus] ; la connaissance de la situation difficile de l’autre partie et le fait d’en profiter suffisent à caractériser l’abus ; *qu’en cela, la lésion qualifiée se distingue du dol* [...] » (c’est nous qui mettons en évidence).

²⁴⁶ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 96.

²⁴⁷ Voy. Cass., 5 octobre 1967, *Pas.*, 1968, p. 161 ; Bruxelles, 17 février 1989, *J.T.*, 1989, p. 291 ; Mons, 6 juin 1986, *J.T.*, 1987, p. 344 ; Liège, 14 janvier 1986, *J.L.*, 1986, p. 109 ; Civ. Bruxelles, 29 juin 1995, *Res jur. imm.*, 1995, p. 171 ; Civ. Neufchâteau, 30 avril 1985, *Rev. not. b.*, 1986, p. 583.

²⁴⁸ Bruxelles, 7 mars 2014, *Rev. not. b.*, 2014, pp. 848-864.

la venderesse avait signé ces deux actes alors qu'elle était alitée et sous l'effet d'anxiolytiques. Cette signature a eu lieu en présence de professionnels de l'immobilier qui se connaissaient – notamment les administrateurs de la société acquéreuse – et qui avaient su gagner la confiance de la venderesse. Le bien avait par ailleurs été vendu à un prix manifestement inférieur à sa valeur expertisée. La venderesse avait aussi déclaré qu'elle n'avait pas réalisé la portée du document qu'elle avait signé. Selon la cour, « ces éléments de fait constitu[aient] un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes selon lesquelles le consentement de M^{me} Fl. a été vicié par les manœuvres ourdies par des personnes qui ont sciemment abusé de [sa] faiblesse, de [son] âge et de [sa] condition ».

Comme le relèvent très justement S. Goldman et S. Lagasse, la venderesse aurait pu invoquer l'abus de circonstances à l'appui de sa demande en annulation des actes litigieux²⁴⁹. En l'espèce, les acheteurs ont contracté alors qu'ils connaissaient pleinement les circonstances d'infériorité de la venderesse (alitée, sous l'effet d'anxiolytiques) dont ils ont manifestement abusé, cet abus créant un déséquilibre entre les prestations réciproques des parties (bien vendu à un prix très inférieur à sa valeur expertisée). Selon nous, il n'est pas étonnant que seul le dol ait été invoqué vu les nombreuses manœuvres frauduleuses mises en œuvre par les acheteurs.

Il existe néanmoins des situations où bien qu'il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties, les conditions du dol sont remplies²⁵⁰ sans qu'il soit possible d'invoquer l'abus de circonstances. Il s'agit, en réalité, de situations où la victime du dol ne se trouvait pas, *ab initio*, dans une position d'infériorité de sorte que ce sont les manœuvres dolosives qui sont à l'origine de la position de faiblesse de la victime induite en erreur (en raison du dol)²⁵¹. Il n'y a donc pas, en l'espèce, d'abus des circonstances concrètes d'infériorité du cocontractant au moment de la formation du contrat. Partant, il ne peut être question d'abus de circonstances.

Sous-section 3

Le lien causal

35. Une « relation causale » entre le déséquilibre manifeste et l'abus des circonstances d'infériorité. Enfin, il doit nécessairement exister un lien causal entre l'abus et le déséquilibre manifeste²⁵². Cette condition implique de prouver « qu'en l'absence d'abus, il n'y aurait pas eu de [déséquilibre], soit

²⁴⁹ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 97.

²⁵⁰ Bien que le déséquilibre contractuel ne soit pas une condition du dol.

²⁵¹ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 97.

²⁵² Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 47.

parce que le contrat n'aurait pas été conclu²⁵³, soit parce qu'il l'aurait été à des conditions moins défavorables pour la victime²⁵⁴ [...] »²⁵⁵. Comme le précisent S. Goldman et S. Lagasse, l'abus de circonstances « ne suppose pas nécessairement de démontrer que sans l'abus, le contrat n'aurait pas été conclu »²⁵⁶.

À cet égard, notons que, dans le cas où l'abus de circonstances n'aurait pas déterminé principalement (*i.e.* de manière « prépondérante »²⁵⁷) la victime à contracter – c'est-à-dire que sans l'abus, le contrat aurait quand même été conclu mais à d'autres conditions –, cette dernière ne pourra pas prétendre à la nullité du contrat. Elle pourra uniquement invoquer la responsabilité pré-contractuelle (art. 5.17 C. civ.) de l'auteur de l'abus afin d'obtenir réparation de son dommage qui pourra prendre, le cas échéant, la forme d'une « adaptation de ses obligations par le juge » (art. 5.37, al. 2, C. civ.). Les sanctions de l'abus de circonstances seront développées, en détail, dans la section 3 de la présente contribution.

Section 3

Fondements et sanctions

36. Sous l'ancien Code civil. L'absence de consécration légale générale de la théorie de la lésion qualifiée a généré d'importantes controverses en ce qui concerne son fondement et, par conséquent, sa sanction. Comme indiqué *supra*, en l'absence d'une base légale générale et non équivoque, la sanction dépendait du fondement attribué à la lésion qualifiée²⁵⁸ (voy. *supra*, n° 9).

²⁵³ Voy. Civ. Luxembourg (div. Neufchâteau), 18 novembre 2016, R.G. n° 06/132/1, disponible sur www.stradalex.be à propos d'une convention « portant engagement de passer acte de vente » : « Sans cette situation de faiblesse utilisée par les demandeurs, la défenderesse n'aurait pas vendu le bien pour ce prix. Le prix de 150.000 € demandé était déjà en deçà de la valeur de l'immeuble. Elle n'avait donc aucune raison de diminuer le prix. L'importance de la diminution n'est justifiée par aucun élément objectif, les demandeurs affirmant seulement que c'est le résultat de négociations. La défenderesse n'était pas pressée de vendre la maison, rien ni personne ne l'y obligeait. Enfin, par cette vente elle se défaisait d'un immeuble dans lequel elle vivait alors qu'elle n'avait pas prévu de solution pour l'avenir. Il convient de relever qu'elle occupe toujours cet immeuble » ; Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, R.G.D.C., 1995, p. 507 : « Attendu qu'il paraît évident que le demandeur n'aurait pas accepté les prix pratiqués par la défenderesse, s'il avait été correctement informé des prestations que l'entretien et le maintien en bon état de marche de son installation impliquaient, et s'il ne s'était pas trouvé obligé de recourir aux seuls services de la défenderesse. »

²⁵⁴ Voy. Civ. Louvain, 27 avril 2018, R.G.D.C., 2019, p. 38 à 41 : « Selon le tribunal, il est établi qu'il existe un lien de causalité entre l'abus des circonstances concrètes d'infériorité et le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties. Sans cet abus, H.S. n'aurait pas conclu le contrat [...] ou, du moins, il aurait été conclu à des conditions beaucoup moins défavorables » (traduction libre).

²⁵⁵ C. GOUX, *op. cit.*, p. 40.

²⁵⁶ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 89, note 94.

²⁵⁷ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752.

²⁵⁸ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 89 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 131 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 102 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, *op. cit.*, p. 65, n° 22 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 275.

M. de Potter de ten Broeck relève que « la doctrine, suivie dans une moindre mesure par la jurisprudence²⁵⁹, a[vait] tendance à offrir aux tribunaux un éventail de sanctions aussi large que possible, favorisant le rétablissement de l'équilibre contractuel et donc la préservation du contrat »²⁶⁰. Selon le fondement choisi, le contrat était tantôt nul, tantôt modifié²⁶¹.

La présente section envisagera successivement les différents fondements mentionnés *supra* et les sanctions qui y étaient associées par la doctrine. Nous tenterons de mettre en lumière les enjeux sous-jacents et passerons en revue les critiques et mérites de chaque fondement (Sous-section 1). Nous ferons ensuite le point sur la solution proposée par le législateur à l'article 5.37 du Code civil (Sous-section 2).

Sous-section 1

Les controverses existant avant la réforme du Code civil

37. Trois fondements potentiels. Comme indiqué *supra*, la lésion qualifiée s'est vu attribuer, sous l'ancien Code civil, trois fondements possibles : la cause illicite ou immorale (A) ; la théorie de l'abus de droit (B) et, enfin, la responsabilité extracontractuelle (C).

A. La cause illicite ou immorale

38. Une atteinte aux bonnes mœurs. La première thèse – historiquement, la plus ancienne²⁶² – se fonde sur les articles 2, 1131 et 1133 de l'ancien Code civil. Elle consiste à considérer que la lésion qualifiée porte atteinte aux bonnes mœurs²⁶³, lesquelles doivent – en principe – conduire tout cocontractant à ne pas « profite[r] de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve autrui » pour réaliser « une bonne affaire »²⁶⁴. D'après les défenseurs de cette thèse (dont G. Ripert, J. Boulanger et M. Planiol²⁶⁵), « l'obligation a

²⁵⁹ M. de Potter de ten Broeck estime qu'entre 1982 et 2012, parmi les décisions publiées, la théorie de la lésion qualifiée a été admise dans 56 % des cas (donnant lieu à la modification du contrat dans 16 % des cas et à son annulation dans 40 % des cas) et rejetée dans 44 % des cas ; voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, *ibid.*, p. 133, note 23.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 89 et les références citées, note 98.

²⁶³ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 504, n° 19 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁴ H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, *op. cit.*, p. 116 ; voy. A. DE BERSAQUES, *ibid.*, p. 504, n° 19 ; C. GOUX, *ibid.*, p. 50.

²⁶⁵ Voy. A. DE BERSAQUES, *idem*, p. 499 et les références citées, note 51 ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 751 et les références citées, note 18.

une cause illicite ou immorale lorsque sa création est motivée par le dessein d'atteindre un but illicite ou immoral »²⁶⁶.

39. Sanction : la nullité absolue de la convention. Ce fondement sanctionnait la lésion qualifiée par la *nullité absolue* du contrat²⁶⁷ en raison de la contrariété de sa cause à l'ordre public²⁶⁸. Ce fondement, souvent mobilisé en jurisprudence²⁶⁹, facilite les prérogatives du juge²⁷⁰.

40. Critiques. Cette thèse a été largement critiquée en doctrine pour trois motifs²⁷¹.

Premièrement, elle « indui[t] une confusion inexacte entre but et moyen »²⁷². En effet, pour conclure à l'existence d'une cause illicite, l'une des parties cocontractantes doit avoir été animée par un mobile ou un but illicite. Or, ce n'est pas le cas de la lésion qualifiée qui requiert uniquement que celui qui abuse de l'infériorité de son cocontractant *utilise des moyens illicites*²⁷³. Il est donc inexact, d'après A. De Bersaques, de prétendre que la cause de l'obligation est immorale²⁷⁴ : ce qui est immoral, ce sont les moyens utilisés pour atteindre le but poursuivi, et non le but en lui-même²⁷⁵.

Deuxièmement, cette thèse ne peut raisonnablement être suivie dès lors que la majorité de la doctrine s'accorde pour assimiler la lésion qualifiée à un vice de consentement (voy. *supra*, n° 6). Comme le relève très justement N. Résimont, ce régime sanctionne la lésion qualifiée par la *nullité absolue* alors que les vices de consentement sont sanctionnés par la *nullité relative* dès lors qu'ils visent à protéger des intérêts strictement privés ou particuliers²⁷⁶.

²⁶⁶ A. DE BERSAQUES, *idem* et les références citées à la note 51.

²⁶⁷ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 42 ; voy. C. PARMENTIER, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p. 88.

²⁶⁸ Cass., 25 avril 1977, R.W., 1978-1979, p. 169 (pour un bref commentaire, voy. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 294) ; Gand, 19 mars 1999, R.G.D.C., 2000, p. 315 (pour un bref commentaire, voy. L. SIMONT et P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 580 et 581).

²⁶⁹ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94, n° 42 ; pour des exemples de décisions ayant eu recours à cette théorie dans le cadre de la lésion qualifiée, voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 134, note 31 ; A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 489, note 7 et p. 499, n° 12.

²⁷⁰ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 276, n° 34.

²⁷¹ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, pp. 134 et 135, nos 7 à 10 ; A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, pp. 500 et s. ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752.

²⁷² N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 500, n° 13.

²⁷⁵ C. GOUX, *op. cit.*, p. 51 ; dans le même sens, voy. J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752 ; P.-H. DELVAUX, « Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit belge », in *La protection de la partie la plus faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 84, n° 20 ; à ce sujet, J. Limpens indique : « [...] à proprement parler, l'abus de l'âge ou de la faiblesse d'autrui est bien plus un moyen qu'une cause » (J. LIMPENS, *op. cit.*, p. 54).

²⁷⁶ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 134, n° 9 ; W. DE BONDT, *op. cit.*, p. 147 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 51 ;

Enfin, « le régime de la nullité absolue qui résulte de l'illicéité de la cause paraît inapproprié en raison des trop grandes latitudes qu'il offre aux tiers, au juge et même à la partie coupable de lésion d'invoquer l'anéantissement complet et radical du contrat »²⁷⁷. Plus précisément, cette sanction n'est « ni appropriée, ni souhaitable »²⁷⁸ en ce qu'elle doit être soulevée d'office par le juge²⁷⁹. Elle est surtout problématique pour la partie faible qui a le plus souvent intérêt à ce que le contrat soit maintenu – à d'autres conditions – et non annulé avec effet rétroactif²⁸⁰.

En revanche, la théorie de l'abus de droit (B) et la *culpa in contrahendo* (C) offrent davantage de souplesse puisqu'elles sanctionnent la lésion qualifiée par la nullité, par le maintien du contrat moyennant le paiement d'une indemnité ou par la réduction des obligations de la partie protégée²⁸¹. Le juge du fond dispose donc d'un éventail de possibilités lui permettant d'adapter au mieux la sanction au cas d'espèce²⁸².

B. La théorie de l'abus de droit

41. L'abus par une partie de sa liberté contractuelle. Ce fondement – essentiellement élaboré par W. De Bondt²⁸³ – repose sur l'idée qu'une partie abuse de son droit de contracter librement²⁸⁴. Dans sa thèse dédiée à la lésion qualifiée, l'auteur procède à une éloquente comparaison entre la lésion qualifiée et la théorie de l'abus de droit. Cette comparaison est opérée sous l'angle du contrôle marginal opéré par le juge, des conditions d'application²⁸⁵ et du lien causal entre la faute (constituée par l'abus) et le dommage²⁸⁶. Relevons que, dans la littérature, ces deux institutions sont souvent associées car elles constituent des applications du principe général d'exécution de bonne foi des conventions²⁸⁷.

J.-Fr. Romain remarque que « ce régime est incohérent lorsqu'il est comparé au régime des sanctions du dol incident, fondé, comme on le sait, sur la *culpa in contrahendo*, en application du droit commun de la responsabilité. La thèse de la *culpa in contrahendo* est beaucoup plus solide et emporte la conviction lorsqu'il s'agit d'analyser les fondements de la lésion qualifiée » (J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752).

²⁷⁷ J.-Fr. ROMAIN, *ibid.*, p. 752.

²⁷⁸ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 134, n° 9, traduction libre.

²⁷⁹ M. DE POTTER DE TEN BROECK, *ibid.*, traduction libre.

²⁸⁰ L. SIMONT et P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 580 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 260 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 51.

²⁸¹ L. SIMONT et P. A. FORIERS, *ibid.*, p. 580.

²⁸² P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 175.

²⁸³ W. DE BONDT, *op. cit.* pp. 252 et s.

²⁸⁴ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 53 ; W. DE BONDT, *ibid.*, p. 158.

²⁸⁵ Concernant les conditions d'application, J.-Fr. Romain relève que « l'un des critères de l'abus de droit, à savoir la disproportion entre l'avantage retiré par l'exercice du droit et l'inconvénient causé à autrui, se retrouve dans la théorie de la lésion qualifiée (condition de disproportion manifeste) et combiné avec la condition d'exploitation de l'infériorité du cocontractant. La théorie de la lésion qualifiée se distingue donc techniquement de l'abus de droit [...] » (J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, note 62).

²⁸⁶ W. DE BONDT, *op. cit.*, pp. 172-180 ; voy. aussi C. GOUX, *op. cit.*, pp. 53 et 54.

²⁸⁷ J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, n° 6.

42. Sanction : la réduction du droit ou la réparation du dommage.

Lorsqu'elle était envisagée comme une application de l'abus de droit, la lésion qualifiée était sanctionnée, selon les cas, par la réduction du droit à son usage normal ou par la réparation du dommage causé par l'abus (et non par la déchéance du droit)²⁸⁸. La réduction du droit à son usage normal revient à modifier les conditions du contrat afin de les rééquilibrer²⁸⁹. C'était d'ailleurs la solution préconisée par l'article 1907^{ter} de l'ancien Code civil²⁹⁰ (voy. *supra*, n° 7).

43. Critiques. Cette thèse a été vivement critiquée en doctrine, notamment par L. Cornelis. D'après lui, les théories de l'abus de droit et de la lésion qualifiée ne peuvent être associées car, contrairement à la première, la seconde n'implique aucunement l'exercice d'un droit. L'auteur rejette ce fondement au motif que la théorie de l'abus de droit suppose qu'une partie abuse d'un *droit subjectif* et non simplement de l'*état d'infériorité* de son cocontractant²⁹¹.

C. La responsabilité extracontractuelle

44. La culpa in contrahendo²⁹². Cette thèse, majoritairement suivie par la doctrine moderne²⁹³ – et consacrée par le législateur (voy. *infra*, n° 47) – assimile la lésion qualifiée à un cas de responsabilité extracontractuelle : l'abus de l'infériorité de la partie lésée constitue une faute (*culpa in contrahendo*) qui crée (lien causal) un déséquilibre manifeste²⁹⁴ entre les prestations (dommage)²⁹⁵.

²⁸⁸ P. BAZIER, *op. cit.*, p. 260 ; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 137, n° 17 ; pour des exemples en jurisprudence, voy. not. Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 ; Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898.

²⁸⁹ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 10 ; voy. M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag », *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 175.

²⁹¹ L. CORNELIS, « W. De Bondt, De Leer der gekwalificeerde benadeling » (recension), *op. cit.*, pp. 1381-1383 ; dans le même sens, voy. N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 756, note 62 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 54 ; L. Cornelis s'est rallié à la troisième thèse, fondée sur la *culpa in contrahendo* (L. CORNELIS, « Le dol dans la formation des contrats », obs. sous Cass., 2 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1976, p. 45, n° 13).

²⁹² La *culpa in contrahendo* est la « faute commise au cours des pourparlers qui précèdent la formation du contrat et, partant, la lésion qualifiée » (A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 15, n° 8).

²⁹³ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 90 et les références citées, note 100 ; J.-Fr. ROMAIN, *op. cit.*, p. 752 ; C. GOUX, *op. cit.*, p. 54 ; N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, pp. 102 et 103.

²⁹⁴ A. De Bersaques parle d'une « disproportion flagrante entre les prestations réciproques » (A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 28, n° 22). Ce déséquilibre devait, d'après lui, être « flagrant, grave et dépourvu de toute justification » (A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 516, n° 32).

²⁹⁵ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 90 ; déjà en 1963, A. De Bersaques estimait que « l'acte contraire aux bonnes mœurs étant illicite, il tombe sous le coup de l'article 1382 du Code civil » (A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 505, n° 20 et les références citées, notes 80 à 84).

45. Sanction : la réparation du dommage (en nature ou par équivalent). Conformément aux règles de la responsabilité aquilienne, la victime de la lésion qualifiée peut choisir²⁹⁶ entre la réparation en nature et la réparation par équivalent. Ce régime, plus pragmatique²⁹⁷, présente l'avantage de permettre au juge de déterminer avec souplesse le mode de réparation le plus adéquat²⁹⁸, étant entendu que la réparation en nature doit être privilégiée dès qu'elle est demandée par la victime ou offerte par l'auteur de la lésion qualifiée²⁹⁹.

Lorsque la réparation s'effectue *par équivalent*, elle prend la forme de dommages et intérêts au profit de la partie lésée³⁰⁰. Dans l'arrêt du 1^{er} mars 2013 précité, la cour d'appel d'Anvers a constaté que le propriétaire du véhicule Honda (qui l'avait échangé, sans aucune contrepartie, contre un véhicule Citroën C2 neuf) « n'a pas protégé cette dernière [*i.e.* son cocontractant atteint d'un handicap mental] contre les conséquences de son manque de perspicacité, mais, au contraire, a abusé de son retard mental ». La cour l'a condamné à lui payer « des dommages-intérêts égaux à la différence de valeur non contestée entre les deux véhicules »³⁰¹.

Lorsque la réparation s'effectue *en nature*, elle se matérialise soit par la réduction de la prestation excessive (ce qui permet de rétablir l'équilibre contractuel rompu), soit par l'annulation de la convention (nullité relative)³⁰². Elle peut s'accompagner de dommages et intérêts complémentaires « si la mise à néant de la convention ne répare pas la totalité du préjudice subi par la partie lésée, comme pour les autres vices de consentement »³⁰³. G. Fiévet relève que les cours et tribunaux ont tendance à utiliser le terme « rescision » pour désigner l'une des sanctions de la lésion qualifiée, alors que, d'après les enseignements de H. De Page, l'action en rescision peut être écartée « en offrant le complément du prix »³⁰⁴. Il conclut que le terme est « incorrect » dès lors que, si l'on fonde la théorie de la lésion qualifiée sur l'article 1382 du Code civil, elle doit être sanctionnée par la disparition rétroactive du contrat

²⁹⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 175.

²⁹⁷ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 10.

²⁹⁸ N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 90 ; P. BAZIER, *op. cit.*, p. 261 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 94 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 258.

²⁹⁹ A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », *op. cit.*, p. 513, n° 28.

³⁰⁰ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 103, n° 51.

³⁰¹ Anvers (8^e ch. bis), 1^{er} mars 2013, R.W., 2013-2014, pp. 1509 et 1510, traduction libre ; voy. G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 103, n° 51.

³⁰² N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; pour des cas d'application, voy. Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, R.G.D.C., 1995, p. 507 (réduction de la prestation excessive) ; Civ. Malines, 27 novembre 2013, R.W., 2015-2016, pp. 1110-1112 (annulation) ; pour d'autres exemples en jurisprudence, voy. C. GOUX, *op. cit.*, p. 52 et les références citées, note 215.

³⁰³ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 175.

³⁰⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 85, n° 72.

à titre de réparation en nature³⁰⁵. P. Van Ommeslaghe, lui, considère que la rescision est « une sorte d'annulation, analogue sinon identique à la nullité relative »³⁰⁶. L'arrêt prononcé par la cour d'appel de Bruxelles le 22 mai 2015³⁰⁷, précité, constitue un exemple éloquent d'annulation du contrat – avec effet rétroactif – fondé sur la lésion qualifiée.

Ce fondement élude les critiques érigées contre la théorie de la cause illicite puisqu'il condamne l'utilisation de *moyens* répréhensibles (et non le but poursuivi) et permet de préserver le contrat³⁰⁸. La plus-value de ce fondement a été résumée avec brio par le tribunal de première instance dans son jugement du 17 mars 1995 précité³⁰⁹ (relatif à l'installation d'un système de téléphonie) : « [...] ce fondement juridique, outre qu'il apparaît parfaitement justifié d'un point de vue théorique, présente l'avantage de permettre une sanction plus adéquate du comportement culpeux du cocontractant, l'article 1382 du Code civil permettant au juge de déterminer le mode de réparation le plus approprié, et notamment, une réparation en nature consistant en une réduction de l'engagement excessif de la partie lésée. [...] Le cas d'espèce démontre parfaitement la meilleure adéquation de cette sanction ; [...] si le demandeur ne pouvait obtenir que l'annulation de la convention, il se verrait en conséquence privé, de par les exigences de la RTT dont la défenderesse a précisément profité, de toute possibilité d'utilisation de son installation coûteuse [...]. Par application de l'article 1382 du Code civil, il y a lieu d'ordonner la réparation en nature du préjudice subi par le demandeur, que la demande tendant à la restitution de la moitié des sommes versées par le demandeur et à la réduction, pour l'avenir, du prix à la moitié des sommes convenues, ne paraît pas excessive et constitue une sanction adéquate ; qu'il ne paraît cependant pas justifié d'ordonner en outre le paiement d'intérêts compensatoires depuis la date de chaque paiement ».

46. Incidence de la faute de la partie lésée. D'après la doctrine majoritaire, l'absence de faute dans le chef de la partie lésée n'est pas une condition d'application de la lésion qualifiée³¹⁰. Cela a d'ailleurs été confirmé par le législateur³¹¹. La lésion qualifiée se distingue donc de l'erreur sur ce point³¹².

³⁰⁵ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 102 et les références citées, note 287 ; P. BAZIER ne partage pas cet avis et considère que le contrat doit être annulé uniquement « pour l'avenir » (P. BAZIER, *op. cit.*, p. 276).

³⁰⁶ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 299, n° 175.

³⁰⁷ Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 658 ; voy. M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 1 ; voy. *supra*, n°s 18, 23 et 30.

³⁰⁸ C. GOUX, *op. cit.*, pp. 52 et 53.

³⁰⁹ Civ. Bruxelles, 17 mars 1995, *R.G.D.C.*, 1995, p. 507 ; voy. *supra*, n°s 22 et 29.

³¹⁰ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, p. 93, n° 20 ; G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 103, n° 52 ; en sens contraire, A. DE BERSAQUES subordonne la lésion qualifiée à la condition, notamment, que « la disproportion ne soit pas due à la légèreté inexcusable de la partie lésée » (A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 36, n° 34).

³¹¹ L'article 5.37, al. 1^{er}, du Code civil, qui énumère les conditions d'application de l'abus de circonstances, ne mentionne pas l'absence de faute dans le chef de la victime.

³¹² Pour une comparaison entre l'erreur et la lésion qualifiée, voy. G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 103, n° 52.

En effet, pour aboutir à l'annulation du contrat, l'erreur doit être excusable, ce qui implique que le comportement de l'*errans* est déterminant. En revanche, le comportement de la personne lésée, lui, n'a aucune incidence sur l'*existence* d'un cas de lésion qualifiée. La faute éventuelle de la victime ne conditionne donc pas l'existence de la lésion qualifiée mais peut avoir des conséquences sur la réparation de son dommage³¹³.

Si la *partie lésée* a commis une *imprudence* ou une *négligence*, la théorie de l'équivalence des conditions implique de retenir un partage de responsabilités : elle ne pourra donc pas obtenir la réparation intégrale de son dommage (restera à sa charge, la partie de son préjudice résultant de sa propre faute)³¹⁴. Par exemple, dans son arrêt du 28 octobre 2005 précité³¹⁵, la cour d'appel de Liège s'est fondée sur le comportement de la victime de la lésion qualifiée pour lui refuser l'octroi des dommages et intérêts (complémentaires à l'annulation du contrat). La cour a estimé que « la faute d'imprudence ou de légèreté de la victime de la lésion n'est pas susceptible d'avoir une incidence sur l'existence de l'abus de position dominante, sauf à réduire le montant éventuel des dommages et intérêts qu'elle réclamerait. La *légèreté coupable* avec laquelle la victime de la lésion a agi [laquelle aurait dû, d'après la cour, vérifier avec son comptable la rentabilité de l'entreprise³¹⁶] justifie que ne lui soient accordés aucuns dommages et intérêts en raison de la nullité des conventions pour cause de lésion qualifiée »³¹⁷.

En revanche, si l'*auteur* de la lésion a commis une *faute intentionnelle* – et que la victime peut le prouver –, il ne pourra pas se prévaloir de la faute de la victime par application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*³¹⁸.

Sous-section 2

La sanction consacrée par le Code civil

47. La position du législateur. Dans le cadre de la récente réforme du Code civil, le législateur a dressé le bilan suivant : (1) les juges du fond ont, en l'absence de base légale générale, eu recours à la lésion qualifiée « avec

³¹³ G. FIÉVET, *ibid.* ; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 92 et 93, n° 20.

³¹⁴ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *ibid.* et les références citées aux notes 112 à 118 ; N. RÉSIMONT, *op. cit.*, p. 525 ; voy. not. Cass., 26 septembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 487 : « L'indemnisation de la victime est limitée lorsqu'elle a elle-même commis une faute en relation causale avec son propre dommage. Le juge tient compte à cet égard de l'importance relative des différentes fautes, c'est-à-dire de leur pouvoir causal, de leur plus ou moins grande aptitude à engendrer le sinistre, de leur incidence sur la réalisation du dommage. La gravité de la faute n'est pas un critère permettant de discerner si une faute est causale ou non. (art. 1382 et 1383 C. civ.) ».

³¹⁵ Liège, 28 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 821-825 ; voy. *supra*, n° 31.

³¹⁶ G. FIÉVET, *op. cit.*, p. 103, n° 52.

³¹⁷ C'est nous qui mettons en évidence.

³¹⁸ S. GOLDMAN et S. LAGASSE, *op. cit.*, pp. 92 et 93, n° 20 ; sur cette question, voy. la contribution de A. Charlier et C. Janssen dans le présent ouvrage.

grande circonspection et uniquement dans des situations factuelles claires »³¹⁹ ; (2) cette figure juridique a souvent été écartée au motif que les conditions d'application ne sont pas remplies ; (3) la Cour de cassation a « reconnu l'abus de circonstances et défini les conditions d'application » dans son arrêt du 9 novembre 2012³²⁰ ; et, enfin, (4) bien que les vices de consentement soient généralement sanctionnés par la nullité relative, la victime a le plus souvent intérêt au maintien du contrat « moyennant une adaptation de sa prestation »³²¹.

Sur cette base, le législateur a adopté l'article 5.37 qui prévoit, en son alinéa 2, qu'en cas d'abus de circonstances, « la partie faible peut prétendre à l'adaptation de ses obligations par le juge et, si l'abus est déterminant, à la nullité relative ». En limitant strictement le recours à la nullité relative au cas où l'abus de circonstances présente un *caractère déterminant*, le législateur exauce le vœu de la doctrine « qui plaid[ait], depuis longtemps, pour que l'engagement excessif puisse être réduit »³²².

48. Une appropriation de la solution de H. De Page. Le législateur s'est approprié la proposition formulée par H. De Page – formulée 77 ans plus tôt – consistant à privilégier la modification du contrat afin de rétablir l'équilibre contractuel et à n'envisager la nullité que dans des cas exceptionnels, lorsque le *désavantage* est *flagrant*³²³ et qu'il a déterminé la partie lésée à conclure³²⁴ (voy. *supra*, n° 11).

49. Une prise de position quant au fondement de la lésion qualifiée. En consacrant de telles sanctions, le législateur prend parti pour la troisième thèse et consacre la responsabilité extracontractuelle comme fondement de l'abus de circonstances³²⁵. Les travaux préparatoires précisent en effet que, « s'il s'agit d'un abus de circonstances qui, pour la victime, n'était pas déterminant pour la conclusion du contrat, l'adaptation sera fondée sur la *responsabilité pré-contractuelle*. En effet, la sanction d'un vice du consentement accessoire peut consister en ce que le juge procède, à titre de réparation du dommage, à une adaptation de la prestation que la victime a promis d'exécuter »³²⁶.

³¹⁹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 45 ; les travaux préparatoires visent d'ailleurs expressément le cas soumis à la cour d'appel d'Anvers le 5 septembre 2011 (Anvers, 5 septembre 2011, R.G.D.C., 2014, pp. 76-78).

³²⁰ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be ; R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; T.B.B.R., 2013, p. 168 ; T. Not., 2013, p. 363 ; Not. Fisc. M., 2013, p. 119, note H. CASMAN.

³²¹ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 45 ; le législateur s'est d'ailleurs inspiré des conditions dégagées par la Cour dans cet arrêt pour rédiger l'alinéa 1^{er} de l'article 5.37, siège de l'abus de circonstances (i.e. la lésion qualifiée).

³²² Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 47.

³²³ M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag ? », *op. cit.*, p. 133 ; voy. H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, *op. cit.*, pp. 107 et s. ; A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *op. cit.*, p. 36, c'est nous qui mettons en évidence.

³²⁴ A. DURIAU, *op. cit.*, p. 10.

³²⁵ Voy. *supra*, n° 44 et s.

³²⁶ Proposition de loi du 24 février 2021 préc., p. 47, c'est nous qui mettons en évidence.

Conclusion

50. De 1993 à...2022. H. De Page ne décrivait-il pas la lésion qualifiée comme étant la « solution moderne du problème de la lésion »³²⁷ ? Une solution moderne qui n'était pourtant consacrée par aucune disposition légale générale et à laquelle la Cour de cassation n'a fait référence, pour la première fois, que dans un arrêt du 29 avril 1993. Bien que la Cour n'ait pas, dans cet arrêt, pris position quant au bien-fondé de la théorie de la lésion qualifiée, J.-Fr. Romain y voyait « une étape importante dans l'évolution de notre droit des obligations vers une reconnaissance progressive – [qu'il] souhait[ait] bientôt définitive – de cette théorie »³²⁸. Il fallut toutefois attendre le 9 novembre 2012 pour que la Cour de cassation donne une définition et énonce les conditions de la lésion qualifiée, lui reconnaissant ainsi le statut officiel de « règle » du droit positif belge sans pour autant qu'elle constitue un principe général du droit comme nous l'avons démontré. Près de dix ans plus tard, la loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « les obligations » a finalement offert à la théorie de la lésion qualifiée une assise juridique pérenne – comme le prônait déjà H. De Page en 1946 – tout en la requalifiant « abus de circonstances ».

³²⁷ H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, op. cit., p. 71.

³²⁸ J.-Fr. ROMAIN, op. cit., p. 756, n° 7.

Lex specialis derogat generali

Caroline BOTMAN¹

Assistante à l'Université libre de Bruxelles
Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Observations liminaires. La présente contribution a pour objectif de dresser un premier aperçu général du « principe »² *lex specialis derogat generali* et de déterminer s'il constitue un principe général du droit privé.

Il faut relever d'emblée qu'il n'existe, à notre connaissance, aucune étude d'ensemble approfondie sur ce principe en droit belge³. La doctrine l'évoque surtout dans le cadre de l'articulation entre, d'une part, le droit commun des obligations et, d'autre part, le droit des contrats spéciaux ou les « droits d'exception » (comme le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit fiscal ou le droit de l'entreprise)⁴, ainsi que dans le cadre de la résolution

¹ L'auteure remercie vivement les professeurs J. Van Meerbeeck et R. Jafferali pour leurs conseils avisés.

² Sur l'utilisation de ce terme, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 2.

³ Voy. pour une courte étude : S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Paris, P.U.F., 2018, pp. 106 et 107.

⁴ Voy. not. : A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux. Vente – Bail – Mandat – Entreprise – Dépôt*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 34 et 35, n° 14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, spéc. pp. 5 et 6, n° 3. Pour quelques exemples précis de (non-)application du principe *lex specialis derogat generali*, voy. : J. FONTEYN et F. LALIÈRE, « L'usufruit réformé à la croisée des chemins avec la planification patrimoniale. *Capita selecta* », *P.P.B.I.*, 2022, pp. 8-10 (sur l'articulation entre l'article 858bis, §§ 3 à 5, de l'ancien Code civil relatif à l'usufruit successif et l'article 3.141, al. 4, du Code civil relatif à l'accroissement légal d'usufruit) ; M. GOUVERNEUR, *Les clauses abusives dans les contrats de consommation*, Malines, Kluwer, 2018, pp. 107 et 108 (sur l'articulation entre l'article VI.83, 24°, du Code de droit économique et l'article 1231, § 1^{er}, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil sur la sanction des clauses pénales manifestement excessives) ; R. JAFFERALI et J. VAN ZUYLEN, « Faut-il sauver l'article 1386 du Code civil ? Réflexion sur le concours entre la responsabilité du fait des choses et celle du fait des bâtiments », *R.C.J.B.*, 2019, pp. 165-227 ; Y. NINANE et B. DEVOS, « La responsabilité du fait des biens immeubles : le sol », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, vol. 1, *La responsabilité du fait de la ruine des bâtiments*, Liège, Kluwer, 2014, spéc. pp. 9 et s., n°s 8 et s. (sur l'articulation entre les articles 1386 et 1384, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil en matière de responsabilité du fait des choses et de celle du fait de la ruine d'un bâtiment) ; R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass. (3^e ch.), 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, spéc. pp. 713 et s., n°s 32 et s. (sur l'articulation entre l'article 25, al. 1^{er}, du Code de commerce et l'article 2044, al. 2, de l'ancien Code civil en matière de preuve d'une transaction commerciale) ; J. TORO et A. VIGGRIA, « Le droit international privé des assurances », in *Traité pratique de l'assurance*, Waterloo, Kluwer, 2013, spéc. p. 45, n° 5.1 (sur le statut de « loi générale » du Code de droit international privé belge) ; J. CABAY, « La saisie, tout comme la faillite, empêche l'exercice de l'action directe du sous-traitant : comparaison n'est pas raison... », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 20 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2012, spéc. p. 62, n° 10, note 65 (sur l'articulation entre, d'une part, l'article 1798 de l'ancien Code civil

des conflits de normes et de l'interprétation des règles juridiques⁵. On se tournera donc également vers le droit français, en particulier⁶, les thèses de doctorat de N. Balat et Ch. Goldie-Genicon, intitulées respectivement *Essai sur le droit commun*⁷ et *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*⁸.

En outre, on constate que la jurisprudence et la doctrine utilisent l'expression « *lex specialis derogat generali* », mais aussi les expressions « *specialia generalibus derogant* » (signifiant « Les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales » ou « Ce qui est spécial déroge à ce qui est général » ou « Les règles particulières dérogent aux règles générales »)⁹, « *lex specialis posterior derogat priori generali* »¹⁰, « *lex specialis derogat legi generali* » (signifiant

qui institue une action directe et, d'autre part, les dispositions du Code judiciaire en matière de saisies) ; B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2016, spéc. p. 386 ; A. PUTTEMANS, « Action en cessation, Cour d'arbitrage et droits intellectuels : d'où venons-nous, où en sommes-nous, où allons-nous ? », *R.D.C.*, 2002, spéc. p. 813, n° 5 (sur l'articulation entre le droit des marques et le droit de la concurrence déloyale) ; S. DE SCHRIJVER, « Commentaire de l'art. 633 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Malines, Kluwer, 2007, spéc. pp. 103-105, n°s 33 et s. ; S. DE SCHRIJVER, « Commentaire de l'art. 332 C. soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Malines, Kluwer, 2006, spéc. pp. 18-21, n°s 33 et s. (sur l'articulation entre, d'une part, les anciens articles 332 et 633 du Code des sociétés et, d'autre part, l'ancien article 181 du Code des sociétés en matière de dissolution volontaire de sociétés anonymes).

⁵ Voy. not. : B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 3^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2011, spéc. pp. 69-71, 276-278, n°s 24 et 130 ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 388-390 ; P. FORIERS, « Les antinomies en droit », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 439-456 ; Fr. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, spéc. pp. 163 et s. ; T. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 235-258.

⁶ En droit français, voy. aussi not. : G. CHANTEPIE et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », in *Répertoire de droit commercial*, Paris, Dalloz, 2022, n°s 199-204 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2018, pp. 65-67 ; C. DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant*, Le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. Les conflits de normes. Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes », in *Rapport remis à la Mission droit et Justice*, Mare & Martin, 2012, pp. 128-156 ; C. DESNOYER, « La jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. L'instrumentalisation de la règle *specialia generalibus derogant* », *RTD civ.*, 2012, pp. 461-480 ; A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *R.R.J.*, 2009, pp. 1781-1837 ; S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in C. GUELFUCCI-THIBERGIE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2009, pp. 223-232 ; J.-P. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 165 et s., et 317 et s., n°s 148 et s., et 272 et s. ; F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, Paris, L.G.D.J., 1988, spéc. pp. 270-277 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 2^e éd., vol. II, Lyon, L'Hermès, 1986, pp. 977 et s.

⁷ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Paris, Panthéon-Assas, 2014.

⁸ C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, L.G.D.J., 2009.

⁹ M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 751. Voy. aussi C. GÉRARD (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2007, p. 985 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., p. 977.

¹⁰ Cass. (1^{re} ch.), 8 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1054.

« Une loi spéciale l'emporte sur une loi générale »)¹¹ ou encore « *lex specialis derogat generalibus* »¹². Bien que ces expressions soient utilisées de manière équivalente¹³, l'expression « *specialia generalibus derogant* » est celle qui reflète le mieux le contenu juridique du principe car elle est littéralement plus vaste : elle vise potentiellement toute règle de droit, peu importe sa source, tandis que les autres expressions visent la « loi » (« *lex* »)¹⁴. C'est dans cette acception large qu'on utilisera l'expression « *lex specialis derogat generali* » dans la suite de cette contribution.

Enfin, on constate également que la doctrine et la jurisprudence belges se réfèrent, de manière indifférente, au principe étudié par les termes¹⁵ « règle », « principe »¹⁶ ou « adage »¹⁷. On utilisera ici, par convention, le terme « principe », sans préjuger de sa valeur juridique (à ce sujet, voy. *infra*, Section 5).

2. Plan. La présente contribution analyse successivement l'origine (Section 1), les effets (Section 2), la justification (Section 3), les conditions d'application (Section 4) et, enfin, la valeur juridique (Section 5) du principe *lex specialis derogat generali*.

Section 1 Origine

3. Droit civil canonique. Compte tenu du caractère limité de la présente contribution, il n'est pas possible de faire une recherche approfondie en histoire du droit sur l'origine du principe *lex specialis derogat generali* et le moment précis de son entrée dans l'ordre juridique belge. C'est pourquoi nous nous limitons ici à rappeler que le principe étudié trouverait son origine dans le Sexte (V, 12, 34), recueil de décrétales promulgué par le pape Boniface VIII en 1298¹⁸. Ce principe se retrouverait néanmoins dans des textes antérieurs, notamment dans le Digeste, sous la formulation suivante : « *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est* » (Dig., 50, 17, 80 [Papinien]) et « *Semper specialia generalibus insunt* » (Dig., 50, 17, 147

¹¹ S. GOLTZBERG, 100 principes juridiques, *op. cit.*, p. 106, n° 50.

¹² Cass. (2^e ch.), 19 novembre 2019, *Pas.*, 2019, p. 2096.

¹³ Concernant l'absence de différence tangible entre les formulations du principe, voy. : N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, p. 105, note 622.

¹⁴ Dans ce sens : *Ibid.*, p. 105, note 622.

¹⁵ Sur les expressions qui évoquent les principes juridiques, voy. not. : S. GOLTZBERG, 100 principes juridiques, *op. cit.*, pp. 15 et s.

¹⁶ Voy. par ex. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux. Vente – Bail – Mandat – Entreprise – Dépôt*, *op. cit.*, p. 34, n° 14.

¹⁷ Voy. par ex. Cass. (1^{re} ch.), 8 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1054.

¹⁸ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, p. 977.

[Gaius]]¹⁹. Pour le surplus, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux études publiées antérieurement²⁰.

Section 2

Effets

4. Deux volets. Il existe deux volets au principe *lex specialis derogat generali* : d'une part, la primauté du droit spécial (*infra*, n° 5) – qui n'emporte pas à notre avis « abrogation » tacite et partielle de la loi générale (*infra*, n° 6) – et, d'autre part, la subsidiarité des règles plus générales (*infra*, n° 7)²¹.

5. Primauté du droit spécial (premier volet). La primauté du droit spécial signifie qu'en cas de coexistence d'une règle spéciale et d'une règle plus générale, la préférence doit être donnée à la règle spéciale²². Selon la doctrine, la primauté du droit spécial ne signifie cependant pas que le droit commun est toujours exclu ; il peut s'appliquer en complément de la règle spéciale (voy. *infra*, n° 7).

Ainsi, en application du principe *lex specialis derogat generali*, le régime spécial d'un contrat nommé s'applique par priorité aux règles générales pour les points qu'il régit de façon spécifique, peu importe la nature impérative ou supplétive du régime spécial²³. Le droit commun des obligations contractuelles, quant à lui, s'applique de manière supplétive à toutes les questions que le régime spécial dudit contrat nommé n'appréhende pas²⁴. Dans ce sens, l'article 5.13 du Code civil²⁵ prévoit que le Chapitre 1 (« Le contrat ») du sous-titre 1^{er} du Titre 2 du Livre 5 du Code civil contient le droit commun des obligations contractuelles, applicable, en principe, à tous les contrats, sauf disposition légale particulière²⁶.

¹⁹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 105, note 622.

²⁰ Voy. spéc. : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., pp. 447-448, n° 347 ; S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », op. cit., pp. 223-225.

²¹ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 105, note 622.

²² Dans ce sens, voy. aussi S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, op. cit., pp. 106-107, n° 50 (« Lorsque deux règles de droit sont en contradiction et que l'une a une portée plus petite (*lex specialis*), elle l'emporte sur la règle dont la portée est plus large (*lex generalis*) »).

²³ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux. Vente – Bail – Mandat – Entreprise – Dépôt*, op. cit., p. 34, n° 14.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ « Le présent chapitre contient les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que la loi s'y oppose. Les règles particulières aux contrats spéciaux sont établies dans les dispositions de l'ancien Code civil et du présent Code qui concernent chacun de ces contrats, dans le Code de droit économique et dans les lois particulières. » Voy. le commentaire de cet article dans les travaux préparatoires (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/1, pp. 22-24).

²⁶ Voy. *infra*, n° 17.

6. Suite – « Abrogation » tacite et partielle de la loi ancienne générale par la loi nouvelle spéciale ? Certains auteurs lient le principe *lex specialis derogat generali* à la question de l'abrogation tacite de la loi ancienne par la loi nouvelle. En application du principe *lex specialis derogat generali*, la règle spéciale nouvelle abrogerait tacitement et partiellement (c'est-à-dire dans le strict domaine d'application de la loi spéciale nouvelle) la règle générale ancienne ; au contraire, la loi générale nouvelle n'abrogerait pas tacitement et partiellement la loi spéciale ancienne, sauf volonté contraire du législateur²⁷.

Le rattachement du principe *lex specialis derogat generali* à la question de l'abrogation tacite de la loi ne semble toutefois pas satisfaisant²⁸ :

- (i) Premièrement, il est permis de se demander si l'abrogation tacite et partielle de la loi générale ancienne par la loi spéciale nouvelle correspond effectivement à la volonté du législateur. En effet, il convient de rappeler que l'abrogation d'une loi²⁹ a un effet instantané et définitif³⁰. Ainsi, à supposer que la loi spéciale nouvelle abroge tacitement et partiellement la loi générale ancienne, cette abrogation serait définitive, de sorte que l'abrogation future éventuelle de cette loi spéciale ne pourrait pas faire « renaître » implicitement la loi générale ancienne. Pourtant, tel semble être le cas³¹.

²⁷ Dans ce sens, voy. : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, p. 979 (« Lorsque la loi nouvelle n'édicte qu'une règle spéciale alors que la loi ancienne avait une portée générale, la loi générale antérieure se trouve partiellement abrogée ; elle est amputée de tout le domaine réglé par la loi spéciale nouvelle. Dans l'hypothèse inverse, la loi générale n'entraîne pas disparition de la loi spéciale contraire plus ancienne. [...] En bref, dans le conflit chronologique qui oppose deux lois, d'inégale étendue, se succédant sur la même matière, c'est la moins ample qui l'emporte et ce, quel que soit l'ordre de succession des textes ; la loi spéciale abroge la loi générale, la loi générale n'abroge pas la loi spéciale. [...] Toutefois, cette manière de trancher le conflit ne fonctionne pas comme un absolu. Avant tout, il importe de se régler sur l'intention du législateur qui a pu vouloir que la loi spéciale ne survive pas au changement de principe inscrit dans la loi nouvelle. [...] En revanche, lorsque c'est la loi spéciale qui est la loi nouvelle, la préférence lui est toujours donnée et *Specialia generalibus derogant* ne fléchit jamais. À défaut, la loi nouvelle spéciale ne parviendrait pas à la vie juridique, puisqu'elle ne trouverait aucun terrain sur lequel s'exercer. »). Dans ce sens semble-t-il, voy. aussi : J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, 2^e éd., vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 881 et 882, n° 401.2.

²⁸ Voy. pour des développements plus détaillés : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.*, pp. 468-470, n° 366.

²⁹ Pour une définition de l'« abrogation », voy. not. : C. GÉRARD (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 4. Sur l'abrogation des lois de manière générale, voy. spéc. : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, pp. 316 et s., n° 217 et s.

³⁰ Dans ce sens, voy. : C.E., *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, n° 135, disponible sur http://www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr (« Les dispositions qui épuisent leurs effets en une fois sont principalement les suivantes : [...] b) les dispositions abrogatoires [...]»). Dès que ces dispositions sont entrées en vigueur et ont produit leur effet, il ne faut plus régler leur sort. En effet, l'abrogation supprime les dispositions pour l'avenir et n'est pas susceptible de remettre en cause les effets acquis qui appartiennent au passé. Ainsi, l'abrogation d'un acte qui contient des dispositions modificatives et abrogatoires ne fait pas « revivre » les dispositions modifiées ou abrogées telles qu'elles existaient avant leur modification ou leur abrogation », nous soulignons).

³¹ Dans ce sens, voy. N. BALAT, *Essai sur le droit commun, op. cit.*, p. 104, note 620.

- (ii) Deuxièmement, le rattachement du principe *lex specialis derogat generali* à la question de l'abrogation tacite de la loi n'est pas suffisant pour régler le concours entre une loi générale et une loi spéciale : comment expliquer la primauté de la loi spéciale *ancienne* sur la loi générale *nouvelle* ? À titre d'exemple, à supposer que les articles 1110 (concernant la nullité du contrat pour cause d'erreur substantielle) et 1641 (concernant la garantie des vices cachés en droit commun de la vente) de l'ancien Code civil constituent respectivement une loi générale et une loi spéciale, l'article 1641 de l'ancien Code civil abrogerait instantanément et définitivement l'article 1110 de l'ancien Code civil dans le domaine strict d'application de l'article 1641 de l'ancien Code civil. Cependant, comme on le sait, l'article 5.34 du Code civil remplace désormais l'article 1110 de l'ancien Code civil. Il n'est donc pas possible que l'article 1641 de l'ancien Code civil abroge tacitement et partiellement l'article 5.34 du Code civil, dans la mesure où la loi générale est, dans ce cas, postérieure à la loi spéciale.

Par conséquent, il nous semble plus conforme à la volonté du législateur et plus logique de considérer que le principe *lex specialis derogat generali* est lié à l'articulation des lois spéciale et générale (plutôt qu'à l'abrogation tacite de la loi) et qu'en application de ce principe, la loi spéciale paralyse partiellement les effets de la loi générale³².

7. Subsidiarité des règles plus générales (second volet). La subsidiarité des règles plus générales signifie que, si la loi spéciale n'y a pas dérogé dans une matière particulière, les règles plus générales conservent leur force pour le surplus. En conséquence de leur caractère subsidiaire, les règles plus générales seraient également « supplétives »³³, en ce sens qu'elles ont vocation à compléter la loi spéciale³⁴. Toutefois, lorsque le régime organisé par la loi spéciale est incomplet,

³² Dans ce sens : *Ibid.*, p. 104, note 620.

³³ Ce caractère « supplétif » de la loi générale ne préjuge pas de son statut d'ordre public, impératif ou supplétif. À propos des limites de la subsidiarité des principes généraux du droit, voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 30 ; voy. aussi le n° 33 en ce qui concerne la distinction entre la subsidiarité dont il est question ici et d'autres notions (à savoir, l'absence d'autres voies de droit ainsi que le caractère principal ou subsidiaire des demandes ou moyens formulés par une partie au procès).

³⁴ Sur leur caractère complémentaire, voy. spéc. dans la jurisprudence, C.J., arrêt *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB et Abcur AB c. Apoteket AB et Apoteket Farmaci AB*, 16 juillet 2015, C-544/13 et C-545/13, pt 78 ; C.J.C.E., arrêt *Travel Vac SL c. Manuel José Antelm Sanchis*, 22 avril 1999, C-423/97, pts 22 et 23 ; C.J.C.E., arrêt *The Scotch Whisky Association c. Compagnie financière européenne de prises de participation (Cofepp)* et autres, 16 juillet 1998, C-136/96, pt 47. En doctrine, voy. spéc. : N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 104, note 620 ; E. SYX, « Note sous C.J., arrêt *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB et Abcur AB c. Apoteket AB et Apoteket Farmaci AB*, C-544/13 et C-545/13 », D.C.C.R., 2016, p. 90, n° 14 ; A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux. Vente – Bail – Mandat – Entreprise – Dépôt*, op. cit., pp. 34 et 35, n° 14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., pp. 5 et 6, n° 3, note 3 (De Page disait

la difficulté est de savoir si le législateur a voulu ou non que la loi spéciale traite la matière de manière exhaustive et donc exclue la loi générale dans sa totalité³⁵. À titre d'illustration de cette difficulté, citons les trois exemples suivants.

Premièrement, en ce qui concerne les rapports entre le droit commun des obligations (loi générale) et le droit commun de la vente (loi spéciale), et plus particulièrement en matière de garantie des vices cachés, la question se pose de savoir si l'article 1644 de l'ancien Code civil, qui confère à l'acheteur un droit d'option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, organise un système de sanctions fermé, excluant notamment la réparation de la chose viciée au titre de l'exécution en nature de l'obligation conformément au droit commun des obligations (art. 5.84 C. civ.). Cette question est controversée en doctrine³⁶.

Deuxièmement, à supposer que les dispositions de l'ancien Code civil relatives à la garantie des vices cachés en droit commun de la vente (art. 1641 et s.) et celles du Code civil relatives à l'erreur substantielle (art. 5.34 et 5.60) constituent respectivement une loi spéciale et une loi générale³⁷, on peut se demander si le régime de la garantie des vices cachés exclut celui de l'erreur substantielle dans sa totalité ou uniquement le délai de prescription

déjà que « [l]e droit civil apparaît ainsi comme le véritable *droit commun* d'un peuple, droit primaire, base de tous les autres. Ceux-ci ne sont que des *droits d'exception*, d'interprétation restrictive en cas de doute ou de conflit avec le droit commun fondamental » ; « [s]ans doute le droit civil, droit de base (peut-être pourrait-on même dire plus exactement : les *principes* du droit civil), reste d'application comme droit complémentaire, subsidiaire, pour tous les cas où les droits d'exception n'ont pas expressément statué ou s'en sont, explicitement ou implicitement, référés aux principes généraux du droit. Mais il faut reconnaître aussi que les droits d'exception ont, souvent, des exigences propres, parce qu'ils poursuivent un but *spécifique*. Et dans ce cas, s'il y a opposition ou conflit entre le droit particulier et le droit général, il est logique et normal que ce soit le droit particulier qui l'emporte »).

³⁵ La même problématique se pose en ce qui concerne le caractère subsidiaire des principes généraux du droit (voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 35).

³⁶ Pour ceux qui considèrent que le législateur a voulu exclure les autres sanctions non prévues par l'article 1644 de l'ancien Code civil, voy. not. : H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, vol. 1, 4^e ed. (par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS), Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 296, n° 213 ; P. HARMEL, « Théorie générale de la vente – 1^{re} partie », *Rép. not.*, t. VII, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 265 et 266 ; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1960, p. 174, n° 400 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXIV, Bruxelles-Paris, Bruylant-A. Durand & Pedone Lauriel, 1877, p. 287, n° 291. Pour ceux qui ont une position contraire, voy. not. : B. TILLEMANS, S. DE REY, N. VAN DAMME et F. VAN DEN ABEELE, « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020) », *T.P.R.*, 2020, pp. 1355 et s., n°s 319 et s. ; S. DE REY, *Herstel in natura*, Bruges, die Keure/la Charte, 2019, pp. 312 et s. ; S. DE REY, « Vrijwaring voor verborgen gebreken bij koop: mag het wat meer zijn dan artikel 1644 BW? », *R.G.D.C.*, 2018, pp. 144 et s. ; E. DEGRAVE, « La réparation et le remplacement d'une chose vendue non conforme », *Ann. droit Liège*, 2005, pp. 134 et s. (spéc. p. 140), n°s 12 et s. (spéc. n° 15) ; P. WÉRY, « Réflexions comparatives sur la réparation et le remplacement de la chose vendue affectée d'un défaut de conformité ou d'un vice caché », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 591-593 et 596-599, n°s 18-21 ; F. GLANSDORFF, « Garantie des vices cachés : *quid* de la réparation et du remplacement ? », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 417 et s.

³⁷ Par un arrêt du 23 novembre 1939, la Cour de cassation a toutefois rejeté implicitement le principe *lex specialis derogat generali* comme critère de traitement du concours entre l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente (voy. *infra*, n° 15).

quinquennale de l'action en nullité (au profit du bref délai visé à l'article 1648 de l'ancien Code civil).

Troisièmement, en droit judiciaire³⁸, le législateur a réglé les droits de la défense de manière spécifique dans l'article 774 du Code judiciaire, aux termes duquel : « Le juge peut ordonner d'office la réouverture des débats. Il doit l'ordonner avant de rejeter la demande en tout ou en partie sur une exception que les parties n'avaient pas invoquée devant lui » (nous soulignons). La question s'est posée de savoir si, par cette disposition, le législateur a voulu régler les droits de la défense uniquement en cas de *rejet* ou également en cas d'*accueil* de la demande sur une exception non invoquée devant le juge. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'article 774 du Code judiciaire, en tant que loi spéciale, écarte le principe général des droits de la défense, en tant que loi générale, uniquement en ce qui concerne la solution exprimée (à savoir, le *rejet* de la demande) ou pour toute la matière (à savoir, la *réouverture des débats*). La première interprétation impliquerait que le juge doive rouvrir les débats lorsqu'il rejette la demande conformément à l'article 774 du Code judiciaire, mais aussi lorsqu'il accueille la demande conformément au principe général des droits de la défense s'appliquant de manière subsidiaire. À l'inverse, la seconde interprétation impliquerait que le juge doive uniquement rouvrir les débats lorsqu'il *rejette* la demande, le principe général des droits de la défense étant exclu dans son ensemble dans la matière de la réouverture des débats. La Cour de cassation semble retenir la première interprétation³⁹.

Il résulte de ces trois exemples que la question de savoir si le législateur a voulu ou non que la loi spéciale traite la matière de manière exhaustive et donc exclue la loi générale dans sa totalité est une question d'interprétation de la loi spéciale.

Section 3

Justification du principe

8. Plan. Le principe *lex specialis derogat generali* se justifie principalement par le respect du principe de sécurité juridique (*infra*, n° 9) et du principe d'égalité et de non-discrimination (*infra*, n° 10). La doctrine ajoute classiquement que le principe permet d'éviter de contourner la loi spéciale et, partant, de respecter la volonté du législateur (*infra*, n° 11).

9. Respect du principe de sécurité juridique. Premièrement, le principe *lex specialis derogat generali* se justifie par le respect du principe de sécurité juridique.

³⁸ Voy. à ce sujet la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 36.

³⁹ Voy. les références citées dans la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, *ibid.*, n° 36, note 243.

La sécurité juridique est, pour rappel, la « [p]révention du droit à déterminer à l'avance les conséquences juridiques des actes posés par les sujets de droit »⁴⁰. Elle implique notamment la prévisibilité des droits et obligations de chacun⁴¹.

Comme le relève J. Van Meerbeeck, « [l]a sécurité juridique nécessite une certaine *effectivité des normes* afin d'éviter que la connaissance théorique des droits soit dissociée de leur reconnaissance en pratique. Des règles ineffectives seraient, en effet, incapables d'assurer la sécurité juridique en raison de l'écart existant entre leur énonciation et leur application. [...] » (nous soulignons)⁴². Or, le principe *lex specialis derogat generali* permet d'assurer l'effectivité⁴³ de la règle spéciale⁴⁴ : par définition, le « domaine d'application » de la règle spéciale est en effet plus restreint que celui de la règle générale (voy. *infra*, Section 4 pour les conditions d'application du principe). La règle spéciale serait donc inutile si elle ne primait pas la règle générale. Ainsi, comme le relève N. Balat, « [l]a solution prend en compte les caractéristiques respectives du droit commun (qui, s'il ne prime pas face à la règle spéciale, pourra toujours s'appliquer en dehors, du fait de son domaine indéfini) et du droit spécial (qui, en raison de son domaine d'application limité, doit primer, sous peine d'une utilité sensiblement diminuée) »⁴⁵.

Comme l'effectivité normative, la cohérence du système juridique⁴⁶ – qui renvoie à « l'absence de contradiction d'un système »⁴⁷ – est étroitement liée au principe de sécurité juridique : elle « [...] vise à rendre le système

⁴⁰ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance : le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2014, n° 304. Sur le principe de sécurité juridique, outre la thèse précitée de J. VAN MEERBEECK, voy. not. : Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2021, spéc. p. 112, n° 104, note 101 ; J. VAN MEERBEECK, « Les principes de légalité et de sécurité juridique : des faux amis ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 695-737.

⁴¹ F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, op. cit., pp. 247-249, spéc. nos 522 et 525 ; Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, op. cit., p. 396.

⁴² J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance : le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., n° 446.

⁴³ Au sujet de la notion d'effectivité du droit, voy. not. : L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-59 ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit Société*, 2011, pp. 715-732 (l'effectivité du droit est définie comme « [...] la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit, qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, d'effets prévus ou non, désirés ou non, immédiats ou différés » ; C. GÉRARD (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., pp. 345 et 346 (l'effectivité est le « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »).

⁴⁴ Dans ce sens : N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., pp. 105 et 106, n° 169.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 106, n° 169. Voy. également A. PUTTEMANS, « Action en cessation, Cour d'arbitrage et droits intellectuels : d'où venons-nous, où en sommes-nous, où allons-nous ? », op. cit., p. 813, nos 4 et 5 (qui indique que la seule portée du principe *lex specialis derogat generali* est « [...] d'exclure l'application de la loi générale lorsque l'utilité de la loi spéciale serait anéantie par l'application de la loi générale », nous soulignons).

⁴⁶ Sur la valeur de cohérence, voy. : R. JAFFERALI, « La cohérence du système juridique », in B. LEFEBVRE et B. MOORE (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal, Themis, 2019, pp. 37-112.

⁴⁷ J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance : le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 416, n° 325.

intelligible et à empêcher que plusieurs solutions juridiques incompatibles soient envisageables pour la même situation »⁴⁸. Or, le principe *lex specialis derogat generali* permet de promouvoir la cohérence du système juridique⁴⁹, dans la mesure où il constitue une règle classique de résolution des antinomies juridiques (pour plus de détails, voyez *infra*, n° 20).

10. Respect du principe d'égalité et de non-discrimination. Deuxièmement, le principe *lex specialis derogat generali* se justifie par le respect du principe d'égalité et de non-discrimination. Ce principe exige, pour rappel, non seulement de traiter de manière semblable des situations semblables, mais aussi de traiter de manière différente des situations essentiellement différentes⁵⁰. Or, si le législateur a adopté une loi spéciale, c'est dans le but de traiter de manière différente une situation différente. La primauté de la loi spéciale sur la loi générale se justifie donc également par le respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

De manière assez proche, certains auteurs justifient la primauté de la règle spéciale par le fait qu'elle serait nécessairement mieux adaptée à la situation qu'elle régit, par rapport à la règle générale⁵¹. Dans ce sens, A. Siri indique que « [l]a raison classique [du principe *lex specialis derogat generali*] tient à une présomption de meilleure adaptation du texte spécial au cas particulier en cause que le texte général, étant précisé que si l'auteur du texte a pris le soin de mettre au point une solution particulière pour une situation donnée, c'est pour fournir un règlement juridique "sur mesure" »⁵².

11. Théorie de la fraude à la loi. Troisièmement, la doctrine considère que le principe *lex specialis derogat generali* vise à respecter la finalité de la loi spéciale et, par conséquent, la volonté du législateur. Dans ce sens, C. Goldie-Genicon indique que la justification par la doctrine de l'application du principe est toujours la suivante : « La disposition générale ne doit pas être un instrument de contournement de la disposition spéciale ; elle ne doit pas servir "d'échappatoire aux règles particulières" ; elle ne doit pas permettre de "remettre en cause les buts poursuivis par le législateur en édictant la

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 416 et 417, n° 326.

⁴⁹ Voy. S. GOLTZBERG, 100 principes juridiques, *op. cit.*, p. 107, n° 50 (qui considère que le principe *lex specialis derogat generali* permet d'éviter une contradiction au sein de la loi et une atteinte au principe de prévisibilité du droit).

⁵⁰ Const., art. 10, 11, 11bis, 172 et 191. Sur ce principe, voy. dans le présent ouvrage, la contribution de R. VANDERBECK et N. BERNARD, ainsi que par ex. : P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 105 et s., n°s 69 et s.

⁵¹ Voy. à ce sujet : N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, pp. 105 et 106, n° 169 ; C. DESNOYER, *op. cit.*, *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 1 et les références citées en note 2 ; F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, *op. cit.*, p. 271, n° 572.

⁵² A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *op. cit.*, pp. 46 et 47, n° 38.

réglementation” spéciale »⁵³. L’auteure poursuit en considérant que « [l]’idée de “fraude à la loi” est sous-jacente à cette définition de l’adage : l’invocation de la règle générale est perçue comme une manœuvre destinée à se soustraire à l’application de la règle spéciale impérative »⁵⁴.

Section 4

Conditions d’application

12. Trois conditions d’application. Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine analysées que l’application du principe *lex specialis derogat generali* requiert la réunion de trois conditions : l’existence de deux règles de même niveau hiérarchique (*infra*, n° 13), l’existence d’un rapport de commun à spécial entre les deux règles (*infra*, n°s 14 et 15) et l’existence d’une contradiction entre les deux règles (*infra*, n° 16).

13. Existence de deux règles de même niveau hiérarchique (première condition). Premièrement, les deux règles juridiques concernées doivent se situer au même niveau dans la hiérarchie des normes juridiques. À défaut, la règle juridique hiérarchiquement supérieure – qu’elle soit générale ou spéciale – s’applique conformément au principe de hiérarchie (*lex superior derogat inferiori*)⁵⁵. Ainsi, en droit interne, la Constitution prime sur les normes de niveau législatif, lesquelles priment sur les normes de niveau réglementaire⁵⁶. Par ailleurs, le droit international à effet direct dans l’ordre juridique interne⁵⁷ prime le droit interne⁵⁸.

⁵³ C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l’étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 266, n° 219.

⁵⁴ *Ibid.* Sur la fraude à la loi, voy. récemment : N. VAN DAMME, *Fiscale wetsonduiking*, Bruxelles, Intersentia, 2021, spéc. pp. 5 et s.

⁵⁵ Const., art. 159 et 188 ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 386 (voy. l’exemple cité, au point 1) ; E. SYX, « Note sous C.J., arrêt *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB et Abcur AB c. Apoteket AB et Apoteket Farmaci AB*, C-544/13 et C-545/13 », *op. cit.*, p. 90, n° 13 ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, p. 108, n° 171 ; J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d’État de Belgique*, *op. cit.*, p. 881, n°s 401.1 et 401.2, et les références à la jurisprudence du Conseil d’État citées en notes 1 à 3 ; C. DESNOYER, *op. cit.*, *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 9 ; A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l’étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *op. cit.*, pp. 11-17, n°s 12-14. Sur le principe de hiérarchie, voy. not. : A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 35-41, n°s 15 et 16 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 97-116.

⁵⁶ Const., art. 159 et 188. Pour un rappel détaillé de ces normes, voy. : A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, *op. cit.*, pp. 35-39, n° 15.

⁵⁷ Sur la notion d’effet direct, voy. récemment en doctrine : I. HACHEZ, « L’effet direct comme condition d’application du principe de primauté : de filiations en désaveu partiel ? », *J.T.*, 2021, pp. 602-607.

⁵⁸ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886 (l’arrêt *Le Ski*). Voy. récemment en doctrine : J. VELAERS, « La hiérarchie des normes et l’arrêt *Franco-Suisse Le Ski* », *J.T.*, 2021, pp. 596-602 ; A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, *op. cit.*, pp. 39 et 40, n° 16.

À titre d'exemple, par un arrêt du 23 juin 2016⁵⁹, la Cour de cassation s'est prononcée sur le conflit entre :

- d'une part, l'article 23.1 du Règlement Bruxelles I⁶⁰ aux termes duquel « [s]i les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties » ; et
- d'autre part, l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée⁶¹ aux termes duquel « [l]e concessionnaire lésé, lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant ».

Après avoir rappelé qu'« [u]ne norme de droit international à effet direct dans l'ordre juridique interne prime une norme de droit interne contraire », la Cour de cassation décide qu'« [e]u égard à ce principe général, l'application de l'article 23.1 du règlement (CE) n° 44/2001 prévaut sur celle de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1961, bien que cette disposition soit de droit impératif ». Il en résulte, selon la Cour, que « [l]e juge belge devant lequel le concessionnaire est cité en vertu de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1961, doit ainsi se déclarer incompétent lorsque le contrat de concession contient une clause valable au sens de l'article 23.1 du Règlement (CE) n° 44/2001, qui désigne la ou les juridiction(s) d'un autre État membre pour connaître des conflits nés dans le cadre de ce contrat de concession ».

Au sujet de la question controversée de la primauté du droit international sur la Constitution, voy. en doctrine par ex. : Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, op. cit., pp. 149, 150, 155-161, 276 et s., n°s 136-1, 142-143-1, 201 et s. ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 97 et s. ; E. SLAUTSKY, « De la hiérarchie entre Constitution et droit international. Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004 », A.P.T., 2009, pp. 227-242.

⁵⁹ Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 2016, *Pas.*, 2016, p. 1467. À ce sujet, voy. not. : P. KILESTE, C. STAUDT, A. DEJOLIER et G. UMUYEYI, « Examen de jurisprudence. Résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2011 à 2018) », R.D.C., 2019, p. 389, n°s 147 et 148.

⁶⁰ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 23.1, J.O.C.E., L12, 16 janvier 2001 (le « Règlement Bruxelles I »). Celui-ci a été abrogé et remplacé par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), art. 25.1, J.O.U.E., L351, 20 décembre 2012 (le « Règlement Bruxelles Ibis »).

⁶¹ M.B., 5 octobre 1961. Cette disposition se trouve désormais à l'article X.39 du Code de droit économique.

Bien que l'article 23.1 du Règlement Bruxelles I soit une règle générale, celle-ci l'emporte donc sur l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 juillet 1961, aussi spécial soit-il, en application du principe de hiérarchie.

14. Existence d'un rapport de commun à spécial entre les deux règles (deuxième condition). Deuxièmement, une règle *générale* et une règle *spéciale* doivent coexister, c'est-à-dire qu'il doit exister un rapport de commun à spécial entre les deux règles concernées⁶².

Ni la jurisprudence ni la doctrine analysées ne définissent clairement la notion de spécialité⁶³.

Il ressort, à tout le moins, de la doctrine analysée qu'un tel rapport de commun à spécial suppose que les deux règles aient des « domaines d'application qui se recoupent, l'un étant plus vaste que l'autre »⁶⁴. Le « domaine d'application » ou le « champ d'application » vise « l'ensemble des situations régies par la règle, *i.e.* auxquelles cette règle est applicable »⁶⁵. La question subsiste toutefois de savoir si le domaine d'application de la règle dite spéciale doit être *totale* ou *partiellement* inclus dans celui de la règle dite générale : pour C. Desnoyer, « [l]orsque l'on compare le domaine d'application de telle règle donnée avec celui d'une règle plus générale, le cercle matérialisant le domaine de la première est *totale*ment inclus dans le cercle matérialisant le domaine de la seconde : l'espèce (texte spécial) est comprise dans le genre (texte général) »⁶⁶. Les autres auteurs se limitent à affirmer qu'il doit exister un rapport « d'espèce à genre » entre les deux règles, sans se prononcer sur cette question⁶⁷. En particulier,

⁶² Voy. spéc. : N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., pp. 110-112, n^{os} 175-178 ; C. DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant*, Le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386. Les conflits de normes. Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes », *Rapport remis à la Mission droit et Justice*, Mare & Martin, 2012, n^{os} 5 et s.

⁶³ Pour un résumé des différentes conceptions existantes en doctrine, voy. spéc. : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., pp. 470-492, n^{os} 367-382 ; F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, op. cit., pp. 272-275, n^{os} 575-578.

⁶⁴ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 110, n^o 177.

⁶⁵ C. DESNOYER, op. cit., *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n^o 5.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Voy. not. : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., pp. 470 et 471, n^o 367 (« L'une des deux normes en conflit doit être dotée d'un degré de généralité inférieur à celui de l'autre norme [...]. Le champ d'application de la disposition spéciale doit être inclus dans celui de la disposition générale²²⁵. Plus précisément, la norme spéciale et la norme générale doivent entretenir un "rapport d'espèce à genre", la disposition spéciale visant une ou plusieurs des espèces du genre régi par la disposition générale [...] » ; en note 225, elle indique ce qui suit : « En ce sens, R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », art. préc., n^o 1 : "le seul fait que son champ d'application est plus limité suffit à (...) attribuer [à une loi] le caractère de loi spéciale" ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 192 : les règles spéciales sont celles "qui comparées à une autre disposition, même propre à une matière spécialisée ou à un problème particulier, ont un domaine d'application plus restreint" ») ; A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », op. cit., p. 31, n^o 27 (« Cette condition consiste à ce que les deux textes successifs se recoupent partiellement : le texte général embrassant un large champ

F. Bussy-Dunaud⁶⁸ indique qu'« [a]u sens large, constitue une action spéciale toute action reposant sur une règle d'un degré de généralité inférieur à celle qui donne naissance à l'autre action, qualifiée en conséquence d'action générale. La loi spéciale traite de l'espèce, alors que la loi générale traite de tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques ». À titre d'exemple, l'auteure indique que « [...] l'action en garantie des vices cachés de la chose vendue constitue une action spéciale par rapport à l'action en résolution pour inexécution d'un contrat synallagmatique, le contrat de vente étant une espèce du contrat synallagmatique [...] »⁶⁹.

En outre, un tel rapport de commun à spécial suppose, selon certains auteurs, que les deux règles aient des « objets » identiques⁷⁰. Dans ce sens, F. Bussy-Dunaud indique que « [...] la qualification d'action spéciale exige en outre que les actions en présence visent *la même situation juridique*. C'est à cette conception que se rallie M. Jeammaud, lorsqu'il observe : "S'il est certain que la relation d'une règle générale et d'une règle spéciale est une relation de genre à espèce du point de vue de leur extension, elle doit s'apprécier... au plan de leur objet, c'est-à-dire... au niveau des problèmes abstraits auxquels elles procurent respectivement solution... Une norme est règle spéciale par rapport à une autre lorsqu'elle fournit réponse à un problème (abstrait), qui est un cas particulier du problème (abstrait) résolu par la seconde, qualifiée pour ce motif de règle générale" » (nous soulignons)⁷¹. À titre d'exemple, l'auteure indique que « [...] l'action en garantie des vices de la chose vendue peut indubitablement recevoir la qualification d'action générale à l'égard de l'action en garantie des vices dans la vente d'animaux domestiques, car ces deux actions reposent sur les mêmes faits qualifiés, à savoir la vente d'une chose affectée d'un vice »⁷². N. Balat indique, quant à lui, que sont dans un tel rapport « [...] deux règles dont les domaines d'application respectifs se recoupent partiellement, celui de la règle spéciale étant compris dans celui de la règle de droit commun (par exemple, tous les droits subjectifs pour l'une, les droits nés d'un contrat d'assurance

de la matière juridique et le texte spécial entendant régir seulement une fraction particulière de cette matière ») ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, op. cit., pp. 388-390, n° 3 (le principe *lex specialis derogat generali* s'applique lorsque « [...] le législateur règle d'une certaine manière une catégorie générique de faits, et, d'une autre manière, une des espèces appartenant à ce genre »).

⁶⁸ F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, op. cit., p. 272, n° 575.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 110, n° 177. Dans ce sens également, semble-t-il : F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, op. cit., pp. 272 et 273, n° 575 (lorsqu'elle vise la conception étroite de la spécialité). Pour un exemple où les deux règles n'ont pas un objet identique, voy. semble-t-il : C.J., arrêt *Europese Gemeenschap c. otis NV et autres*, 6 novembre 2012, C-199/11, pt 32. Comp. Avant-projet de loi « relatif à la qualité de la pratique des soins de santé », avis du Conseil d'État n° 64.331/2 du 22 octobre 2018, p. 5, disponible sur www.raadvst-consetat.be (dans lequel le Conseil d'État semble considérer que les deux règles doivent avoir « tout ou partiellement le même objet »).

⁷¹ F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, op. cit., p. 272, n° 575.

⁷² *Ibid.*, p. 275, n° 578.

pour l'autre), et qui ont le même objet (par exemple, prescription pour les deux, vices cachés pour les deux, etc.). Ainsi, sont dans un rapport de commun à spécial l'article 1134, alinéa 2, du Code civil (révocation d'un contrat en général), et l'article 2004 du même Code (révocation d'un contrat de mandat) [...] »⁷³.

Enfin, dès lors que les domaines d'application des deux règles doivent se recouper, on notera que le principe *lex specialis derogat generali* ne pourrait pas s'appliquer lorsque leurs domaines d'application sont soit totalement distincts⁷⁴ (dans ce cas, il ne peut, en principe, exister aucune contradiction entre elles, dans la mesure où elles régissent des situations différentes), soit totalement identiques (dans ce cas, si les deux règles se contredisent et ont été adoptées par l'autorité compétente, le juge applique, en principe, le critère hiérarchique ou le critère chronologique⁷⁵)⁷⁶.

Comme nous le verrons ci-après (*infra*, n° 15), il est parfois difficile de déterminer si les deux règles concernées se trouvent dans un tel rapport de commun à spécial.

15. Suite – Difficulté à déterminer l'existence d'un rapport de commun à spécial entre les deux règles (exemples). À titre d'exemple de cette difficulté, la question se pose de savoir si le régime légal de l'erreur substantielle (art. 5.34 C. civ.⁷⁷) constitue une loi générale tandis que celui de la garantie des vices cachés (art. 1641 à 1649 anc. C. civ.) constituerait une loi spéciale.

Le cas échéant, le concours entre l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente pourrait se résoudre par l'application du principe *lex specialis derogat generali*, en manière telle que l'acheteur lésé serait contraint d'introduire une action en garantie des vices cachés (à l'exclusion d'une action en nullité de la vente pour erreur substantielle)⁷⁸. Pour rappel, la question présente un intérêt pratique

⁷³ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., pp. 110 et 111, n° 177.

⁷⁴ *Ibid.* ; C. DESNOYER, op. cit., *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 8 ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, op. cit., pp. 388-390.

⁷⁵ Voy. *infra*, n° 20.

⁷⁶ Dans ce sens : C. DESNOYER, op. cit., *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 7.

⁷⁷ Art. 1110 anc. C. civ.

⁷⁸ Sur le concours entre l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente, voy. not. : R. JAFFERALI et C. BOTMAN, « Les obligations d'information du vendeur et leurs sanctions. Rapport belge provisoire », in *Les responsabilités et les garanties du vendeur*, Séminaire Paris I – Louvain-la-Neuve, 1^{re} session tenue à Paris les 22 et 23 mars 2019, à paraître, n° 27 et s. Sur la notion de concours d'actions – qui n'est rien d'autre que « l'expression contentieuse » d'un concours de normes (C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., p. 427, n° 327) – voy. not. : J.-P. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière*, op. cit., p. 20, n° 14 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., pp. 32 et 327, n° 55 et 700. Sur la question du concours d'actions, voy.

certain pour les parties au litige, dans la mesure où ces deux actions se situent sur des terrains différents (l'action en nullité se situant sur celui de la formation du contrat tandis que l'action en garantie des vices cachés sur celui de l'exécution du contrat) et sont soumises à des règles juridiques propres⁷⁹. Notamment, l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où l'acheteur a connaissance de l'erreur et peut valablement renoncer à l'invoquer ; l'action se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où le contrat a été conclu (art. 5.60, al. 1^{er}, C. civ.)⁸⁰. Au contraire, l'action en garantie des vices cachés doit être introduite en justice à bref délai en vertu de l'article 1648 de l'ancien Code civil.

En droit belge, certains auteurs soutiennent que le régime légal de l'erreur substantielle et celui de la garantie des vices cachés constitueraient respectivement une loi générale et une loi spéciale⁸¹. Il s'agit notamment de la position du procureur général Gesché qui, dans ses conclusions préalables à un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1939⁸², avance ce qui suit : « Le législateur a établi une réglementation spéciale pour l'hypothèse où l'erreur sur la substance a consisté à ignorer l'existence dans la chose d'un vice la rendant impropre à l'usage auquel l'acquéreur la destinait. Dans ce [...] cas, c'est le principe *specialia generalibus praevalent* qui impose la solution. [...] À notre avis, les articles du Code civil relatifs aux vices rédhibitoires (1641 à 1649), de même que nos lois concernant l'action rédhibitoire en matière de ventes ou échanges de certains animaux domestiques, ne constituent que des réglementations spéciales de l'erreur sur la substance, prévue par l'article 1110 pour les cas où cette erreur a consisté à croire la chose acquise par le contrat, propre à l'usage auquel on la destinait, alors qu'elle ne l'était pas ». Il justifie sa position, d'une part, par le fait que l'article 1304 de l'ancien Code civil⁸³

spéc. : C. BOTMAN, « Le concours entre l'action en délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente », *J.T.*, 2022, pp. 249-263 ; R. JAFFERALI et J. VAN ZUYLEN, « Faut-il sauver l'article 1386 du Code civil ? Réflexion sur le concours entre la responsabilité du fait des choses et celle du fait des bâtiments », *op. cit.*, pp. 165-227 ; J.-Fr. ROMAIN, « Le principe de la liberté et du cumul des actions patrimoniales en général, et la non-subsidiarité de l'action *de in rem verso* dans l'enrichissement sans cause en particulier », *J.T.*, 2018, pp. 629-637.

⁷⁹ R. JAFFERALI et C. BOTMAN, « Les obligations d'information du vendeur et leurs sanctions. Rapport belge provisoire », *op. cit.*, n° 30 et 31.

⁸⁰ Pour rappel, sous l'empire de l'ancien Code civil, le délai de prescription est de dix ans à partir de la découverte de l'erreur (art. 1304, al. 1^{er} et 2). Sauf accord des parties, ce délai de prescription décennal continue à s'appliquer aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du Livre 5 du Code civil (soit le 1^{er} janvier 2023) (Loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, M.B., 1^{er} juillet 2022, art. 63 et 64).

⁸¹ C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations. La notion d'obligation. La formation des contrats et la capacité des parties contractantes », in *Les Nouvelles. Droit civil*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1957, pp. 173 et 174, n° 713 et s.

⁸² Cass., 23 novembre 1939, *Pas.*, 1939, p. 488 et les conclusions du procureur général Gesché.

⁸³ « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans » (art. 1304, al. 1^{er}, anc. C. civ. ; nous soulignons). Comp. art. 5.60, al. 1^{er}, C. civ. ainsi que art. 1.1 et 5.13 C. civ.

fixe le délai de prescription de l'action en nullité à dix ans, sauf si une « loi particulière » limite l'action à un moindre temps ; et, d'autre part, par le fait que le titre III de l'ancien Code civil (où figurent les articles 1110, 1117 et 1304 concernant la nullité du contrat pour erreur substantielle) a été décrété le 7 février 1804, tandis que le titre VI (où figurent les articles 1641 à 1649 concernant la garantie des vices cachés) n'a été décrété qu'un mois plus tard, le 6 mars 1804, de sorte que ce titre VI pourrait être considéré comme une « loi particulière » visée à l'article 1304. Il invoque, en outre, l'autorité de l'ouvrage de Planiol et Ripert (Tome VI, n° 184).

Au contraire, d'autres auteurs rejettent le principe *lex specialis derogat generali*, dans la mesure où il n'existerait pas de rapport de commun à spécial entre les deux régimes légaux⁸⁴. En effet, selon eux, l'acheteur ne commettrait pas toujours une erreur substantielle lorsque la chose livrée est affectée d'un vice caché. Pour illustrer leur position, ils indiquent que l'acheteur pourrait uniquement introduire une action en garantie des vices cachés (à l'exclusion d'une action en nullité de la vente pour erreur substantielle) dans les deux hypothèses suivantes :

- (i) Premièrement, « lorsque, en qualité d'acheteur, j'ai un doute sur le fait que la chose est affectée d'un vice déterminé, mais que je ne sais pas en établir la réalité ». Nous comprenons que cette hypothèse concerne l'absence d'une représentation fausse de la réalité au moment de la conclusion de la vente. Or, l'action en garantie des vices cachés suppose que le vice existe au moins en germe « au moment de la vente », ce qui signifie, selon la majorité de la doctrine, que le vice caché doit à tout le moins exister en germe au moment du transfert des risques⁸⁵. Il est donc théoriquement possible que le vice existe en germe après la conclusion de la vente mais avant le transfert des risques, de sorte que l'acheteur ne disposerait pas, en effet, d'une action en nullité de la vente pour erreur substantielle mais bien d'une action en garantie des vices cachés.

⁸⁴ J. HERBOTS, R. BUTZLER et A. VASTERSAVENDTS, « Overzicht van rechtspraak (1961-1969). Bijzondere overeenkomsten », T.P.R., 1973, pp. 205-208, n°s 7 et 8 : « [...] Is de regeling der verborgen gebreken een bijzonder geval van het leerstuk der dwaling? [...] Zou deze opvatting juist zijn, dan moeten alle gevallen van verborgen gebreken ook onder de regeling van de dwaling gebracht kunnen worden. Dit is nu niet het geval. Om wegens dwaling te kunnen ageren moet men gedwaald hebben. Als ik, als koper, twijfel of de zaak een bepaald gebrek heeft, maar ik kan de waarheid niet ontdekken, dan kan ik mij niet op dwaling beroepen, maar wel op verborgen gebreken. Voor een beroep op dwaling moet verder de verkoper hebben kunnen begrijpen, dat de koper in dwaling verkeerde, voor een vordering uit verborgen gebreken is dit niet nodig. Zo zijn er dus ongetwijfeld gevallen, waarin de formulering van het dwalingsartikel niet, en die van de regels omtrent verborgen gebreken wel de casus bestrijkt, waarmede is aangetoond, dat de verborgen-gebreken-regeling geen species kan zij van het genus dwaling ».

⁸⁵ C. BOTMAN, « Le concours entre l'action en délivrance d'une chose conforme et l'action en garantie des vices cachés en droit commun de la vente », *op. cit.*, p. 252, n° 6 et les références citées en notes 23 et 24.

- (ii) Deuxièmement, lorsque le vendeur n'a pas pu comprendre que l'acheteur commettait une erreur. Nous comprenons qu'il s'agit de l'hypothèse où l'élément déterminant du consentement de l'acheteur n'est pas rentré dans le champ contractuel au plus tard au moment de la conclusion de la vente. Dès lors que l'usage auquel l'acheteur destine la chose vendue est, sans aucun doute, un élément déterminant de son consentement, il nous semble toutefois douteux que l'acheteur puisse, dans cette seconde hypothèse, introduire une action en garantie des vices cachés, car de deux choses l'une : soit la chose vendue est destinée à un usage normal, auquel cas l'usage normal est nécessairement rentré dans le champ contractuel et l'acheteur devrait, en principe, pouvoir introduire une action en nullité de la vente pour erreur substantielle (pour autant que les autres conditions de fondement de l'action soient réunies et que le concours d'actions soit admis), soit la chose vendue est destinée à un usage particulier, auquel cas il nous semble que l'acheteur ne pourrait, en principe, introduire ni une action en nullité de la vente pour erreur substantielle ni une action en garantie des vices cachés car l'usage particulier doit avoir été porté à la connaissance du vendeur quelle que soit l'action envisagée⁸⁶.

Par un arrêt précité du 23 novembre 1939⁸⁷, la Cour de cassation a rendu un arrêt contraire aux conclusions du procureur général Gesché et a par conséquent rejeté implicitement le principe *lex specialis derogat generali* comme critère de traitement du concours entre les deux actions. Elle a en effet décidé ce qui suit : « Attendu, dès lors, que l'action rédhibitoire et celle en nullité se meuvent dans des domaines différents ; qu'elles ont des effets distincts et sont indépendantes l'une de l'autre ; que, spécialement, le vice de consentement porte, d'après l'article 1110 du Code civil, sur la substance même de la chose ; qu'il consiste notamment dans l'erreur de l'acheteur sur les qualités qu'il avait particulièrement en vue en achetant la chose, tandis qu'en cas de garantie du chef de vices cachés, ceux-ci concernent des qualités d'une nature telle qu'en leur absence la chose vendue est impropre à l'usage auquel on la destine ou est dans un tel état que cet usage s'en trouve foncièrement diminué ; que si l'absence des qualités substantielles visées influe également sur l'usage de la chose, en ce cas, les deux actions, celle en nullité et celle en garantie du chef des vices cachés, subsistent concurremment, mais que si l'absence des qualités que l'acheteur avait principalement en vue laisse intact l'usage même de la chose, il ne reste plus à l'acheteur que l'action en nullité » (nous soulignons).

⁸⁶ Sur les conditions de fondement de l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle et celles de l'action en garantie des vices cachés, voy. spéc. R. JAFFERALI et C. BOTMAN, « Les obligations d'information du vendeur et leurs sanctions. Rapport belge provisoire », *op. cit.*, n° 31.

⁸⁷ Cass., 23 novembre 1939, *Pas.*, 1939, p. 488 et les conclusions du procureur général Gesché.

On relèvera les autres exemples suivants de la difficulté de déterminer si les deux règles concernées se trouvent dans un rapport de commun à spécial⁸⁸ :

- R. Jafferali se demande si « [...] l'article 25 du Code de commerce constitue [...] une *lex specialis* parce que le droit commercial constitue une dérogation au droit civil, ou bien [...] au contraire une loi générale applicable à tous les contrats commerciaux tandis que l'article 2044 ne règle que le contrat de transaction [...] »⁸⁹.
- La doctrine s'interroge aussi sur l'articulation entre les articles 1384, alinéa 1^{er}, et 1386 de l'ancien Code civil portant respectivement sur la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment⁹⁰. Par un arrêt du 24 mai 1945, la Cour de cassation a considéré que « l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui rend le gardien d'une chose inanimée, atteinte d'un vice, responsable du dommage causé par le fait de cette chose, ne distingue pas entre choses mobilières, immobilières ou immobilisées, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un bâtiment dont la ruine, cause du dommage, et résultant d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, est spécialement prévue par l'article 1386 »⁹¹. Cette position de la Cour de cassation se justifierait par le principe *lex specialis derogat generali*, dès lors que la solution inverse « reviendrait à ôter toute utilité ou toute substance à l'article 1386 du Code civil »⁹².
- En matière de droit de la propriété intellectuelle, B. Vanbrabant se demande si la fin de non-procéder visée à l'article 2.19, alinéa 1^{er}, de la Convention Benelux (selon lequel l'enregistrement de la marque est requis « quelle que soit la nature de l'action introduite ») s'applique uniquement à l'action en contrefaçon de la marque ou également à l'action en concurrence déloyale lorsque le demandeur invoque un risque de confusion et fonde son action sur les normes spéciales du droit de la concurrence déloyale et de la protection des consommateurs. B. Vanbrabant considère qu'il semble « [...] délicat de se déterminer, en

⁸⁸ Voy. aussi : C.J.C.E., arrêt *Heininger et Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, 13 décembre 2001, C-481/99, EU:C:2001:684, pts 36 à 40.

⁸⁹ R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », note sous Cass. (3^e ch.), 19 mars 2012, *R.C.J.B.*, 2014, p. 713, n° 32, note 275.

⁹⁰ À ce sujet, voy. not. : R. JAFFERALI et J. VAN ZUYLEN, « Faut-il sauver l'article 1386 du Code civil ? Réflexion sur le concours entre la responsabilité du fait des choses et celle du fait des bâtiments », *op. cit.*, pp. 165-227 ; Y. NINANE et B. DEVOS, « La responsabilité du fait des biens immeubles : le sol », *op. cit.*, pp. 9 et s., n° 8 et s. Cass., 24 mai 1945, *Pas.*, 1945, I, p. 172 ; plus récemment, voy., dans le même sens : Cass. (3^e ch.), 28 novembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 2298, concl. av. gén. GENICOT.

⁹² Y. NINANE et B. DEVOS, « La responsabilité du fait des biens immeubles : le sol », *op. cit.*, p. 9, n° 10. Pour une appréciation critique de l'application du principe *lex specialis derogat generali* à ce concours d'actions, voy. spéc. : R. JAFFERALI et J. VAN ZUYLEN, « Faut-il sauver l'article 1386 du Code civil ? Réflexion sur le concours entre la responsabilité du fait des choses et celle du fait des bâtiments », *op. cit.*, pp. 165-227.

la matière, sur la seule base de l'adage "*Lex specialis generali derogat*". Outre que la Cour de cassation a refusé d'élever cette directive d'interprétation au rang de principe général du droit, on n'aperçoit pas immédiatement, dans les différents conflits examinés, quelle règle devrait être considérée comme "générale" et quelle autre, réciproquement, comme "spéciale". En réalité, il nous semble que la législation sur les marques et celle sur les pratiques commerciales et la publicité *se meuvent sur des plans parallèles* (et interconnectés) sans que l'une puisse être considérée comme une "*lex specialis*" par rapport à l'autre. [...] »⁹³.

On notera que ces quatre exemples illustrent également la difficulté de déterminer si les deux règles concernées se trouvent dans un rapport de contradiction (*infra*, n° 16).

In fine, il semble ressortir de ces exemples qu'un juge ne puisse pas se limiter à un raisonnement purement formel, mais doive interpréter les deux règles concernées, pour déterminer si elles se trouvent dans un rapport de commun à spécial et/ou un rapport de contradiction. Ainsi, dans le premier exemple du concours entre l'action en nullité de la vente pour erreur substantielle et l'action en garantie des vices cachés, le juge ne pourrait pas se limiter à constater que la première action concerne la *formation* du contrat tandis que la seconde concerne son *exécution* pour conclure à l'absence d'un rapport de commun à spécial et/ou d'un rapport de contradiction⁹⁴. Le juge devrait se demander si le législateur a voulu que le régime de la garantie des vices cachés règle *uniquement* l'exécution de la vente ou *aussi* sa formation.

16. Existence de deux règles contradictoires (troisième condition).

Troisièmement, les règles générale et spéciale (le cas échéant, telles qu'interprétées par le juge⁹⁵) doivent être contradictoires⁹⁶, de sorte qu'il soit impossible d'appliquer simultanément les deux règles à un cas particulier⁹⁷. En d'autres termes, il doit exister une antinomie juridique⁹⁸. Selon C. Desnoyer, une telle contradiction survient lorsque les deux règles produisent un effet différent

⁹³ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, *op. cit.*, spéc. p. 386.

⁹⁴ Comme le soutiennent pourtant certains auteurs français (N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, p. 111, n° 178).

⁹⁵ Dans ce sens, semble-t-il : C. DESNOYER, *op. cit.*, *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 26.

⁹⁶ Sur les adjectifs « incompatible », « contradictoire », « contraire » et « inconciliable » utilisés comme synonymes, voy. : A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *op. cit.*, p. 18, n° 16.

⁹⁷ Voy. not. : C. DESNOYER, *op. cit.*, *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 23 et s. ; A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *op. cit.*, pp. 17-28, n° 15-21. Voy. aussi au sujet de l'article 1105, alinéa 3, du Code civil français : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Commentaire article par article, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁹⁸ Sur la notion d'antinomie juridique, voy. *infra*, n° 20.

(par exemple, la première prévoit que le gardien est responsable, tandis que la seconde prévoit qu'il est irresponsable), ou lorsque les deux règles produisent le même effet (par exemple, le gardien est responsable) mais à des conditions différentes (par exemple, la première prévoit que le gardien est responsable de plein droit, tandis que la seconde prévoit qu'il est responsable s'il a commis une faute)⁹⁹.

Or, toutes les règles générale et spéciale ne sont pas contradictoires ; elles peuvent, dans certains cas, être complémentaires. À défaut de contradiction, les deux règles (générale et spéciale) devraient s'appliquer simultanément, sauf disposition contraire du législateur¹⁰⁰. Ainsi, il y a notamment absence de contradiction entre les règles générale et spéciale dans les deux cas suivants¹⁰¹ : premièrement, lorsque la règle spéciale reproduit la substance de la règle générale, les règles spéciale et générale ne sont pas contradictoires. À titre d'exemple, citons les articles 5.79 du Code civil¹⁰² et 1583 de l'ancien Code civil qui constituent respectivement une loi générale (car relevant du droit commun des obligations) et une loi spéciale (car relevant du droit de la vente), mais qui ne sont pas contradictoires : l'article 1583 de l'ancien Code civil confirme l'article 5.79 du Code civil qui est interprété en ce sens que le transfert de propriété s'opère automatiquement dès la conclusion du contrat (même si la chose faisant l'objet du transfert de propriété reste temporairement entre les mains du débiteur)¹⁰³. Deuxièmement, lorsque la règle spéciale « caractéris[e] une opération déterminée à l'intérieur des opérations ouvertes par le droit commun », les règles spéciale et générale ne sont pas non plus contradictoires. Par exemple, l'article 5.7 du Code civil¹⁰⁴ et l'article 1876 de l'ancien Code civil constituent respectivement une loi générale (car relevant du droit commun des obligations) et une loi spéciale (car relevant du droit du prêt), mais ils ne sont pas contradictoires : l'article 5.7 du Code civil définit les contrats à titre onéreux et à titre gratuit, tandis que l'article 1876 de l'ancien Code civil précise que le prêt à usage est « essentiellement gratuit ».

In fine, même si les lois générale et spéciale semblent *a priori* ne pas être contradictoires, la difficulté subsiste de savoir si le législateur a voulu ou non que la loi spéciale traite la matière de manière exhaustive et donc exclue la loi générale dans sa totalité. Le cas échéant, les deux règles seraient tout de

⁹⁹ C. DESNOYER, *op. cit.*, *Rapport remis à la Mission droit et justice*, n° 24.

¹⁰⁰ Dans ce sens : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 471, n° 367. Voy. *supra*, n° 7.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 471, n° 367.

¹⁰² Cette disposition reprend l'article 1138 de l'ancien Code civil.

¹⁰³ Dans ce sens, voy. : A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* & *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *op. cit.*, p. 19, n° 17.

¹⁰⁴ Cette disposition reprend les articles 1105 et 1106 de l'ancien Code civil.

même contradictoires. Pour des exemples, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux paragraphes 7 et 15 ci-dessus.

Section 5

Valeur juridique

17. Absence de consécration légale expresse. À notre connaissance, aucun texte légal ne consacre *expressément* le principe *lex specialis derogat generali*¹⁰⁵.

Certains textes légaux le consacrent toutefois *implicitement*, comme les articles 1.1 et 5.13 du Code civil, qui disposent respectivement ce qui suit : « *Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé.* Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique. Les usages ne sont une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère » (nous soulignons)¹⁰⁶ et « *Le présent chapitre contient les règles générales qui s'appliquent à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que la loi s'y oppose.* Les règles particulières aux contrats spéciaux sont établies dans les dispositions de l'ancien Code civil et du présent Code qui concernent chacun de ces contrats, dans le Code de droit économique et dans les lois particulières » (nous soulignons)¹⁰⁷.

Partant, la question se pose de savoir s'il s'agit d'un principe général du droit (voy. *infra*, n^{os} 18 à 20).

18. Absence de reconnaissance comme principe général du droit par les hautes juridictions belges et européennes. La Cour de cassation est très claire sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un principe général du droit, « mais seulement [d']une règle d'interprétation en cas de concours entre dispositions

¹⁰⁵ En France, voy. dans ce sens : S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », *op. cit.*, p. 227.

¹⁰⁶ Au sujet de l'application du Code civil au droit commercial, en l'absence d'usage ou de loi spéciale, voy. not. : E. BRUNET, J. SERVAIS, et C. RESTEAU (dir.), « Contrat et convention en général », in E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 1931, p. 4, n^o 2.

¹⁰⁷ Voy. le commentaire de cet article dans les travaux préparatoires (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1806/1, pp. 22-24). Pour d'autres exemples, voy. not. l'article 2 du Code de droit international privé belge (« *Sous réserve de l'application des traités internationaux, du droit de l'Union européenne ou de dispositions contenues dans des lois particulières, la présente loi régit, dans une situation internationale, la compétence des juridictions belges, la détermination du droit applicable et les conditions de l'efficacité en Belgique des décisions judiciaires et actes authentiques étrangers en matière civile et commerciale* », nous soulignons ; J. TORO et A. VIGGRIA, « Le droit international privé des assurances », *op. cit.*, p. 23) ainsi que l'article 2 du Code judiciaire (« Les règles énoncées dans le présent Code s'appliquent à toutes les procédures, *sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit Code* », nous soulignons).

légales »¹⁰⁸. Elle n'admettrait donc pas la recevabilité d'un moyen invoquant la violation d'un « principe général du droit » *lex specialis derogat generali* au regard de l'article 1080 du Code judiciaire sans référence à une disposition légale¹⁰⁹. À notre connaissance, les autres hautes juridictions¹¹⁰ belges (à savoir, le Conseil d'État¹¹¹ et la Cour constitutionnelle¹¹²) et européennes (à savoir, la Cour de justice¹¹³ et la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁴) appliquent régulièrement le

¹⁰⁸ Cass. (1^{re} ch.), 2 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1529. Voy. aussi : Cass. (2^e ch.), 19 novembre 2019, *Pas.*, 2019, p. 2096 ; Cass. (2^e ch.), 8 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1029 (en matière pénale) ; Cass. (1^{re} ch.), 8 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1054.

¹⁰⁹ À propos de la recevabilité de ce type de moyen par la Cour de cassation, voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 9.

¹¹⁰ Voy. dans ce sens : J. CABAY, « La saisie, tout comme la faillite, empêche l'exercice de l'action directe du sous-traitant : comparaison n'est pas raison... », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 20 janvier 2012, *Entr. et dr.*, 2012, p. 62, note 65.

¹¹¹ Voy. spéc. les arrêts suivants listés dans la banque de données du Conseil d'État (juriDict) sous les mots clés « Généralités » – « Hiérarchie des normes » – « *Lex specialis derogat legi generali* » : C.E. (11^e ch.), 10 juin 2020, n° 247.758 (le principe *lex specialis derogat generali* n'est toutefois pas cité expressément dans cet arrêt) ; C.E. (11^e ch.), 7 août 2018, n° 242.183, la commission générale de la Commission fédérale de médiation et Vangheluwe, (« [...] deux textes coexistent, l'un traitant des règles de bonne conduite à respecter dans le cadre d'une médiation en général et l'autre, relatif à la déontologie notariale lorsqu'intervient, dans la procédure de médiation, un médiateur notarial. En une telle hypothèse, il ne s'agit pas de déterminer une "hiérarchie" entre deux normes mais simplement d'appliquer aux notaires le régime spécifique auquel le législateur a entendu les soumettre à qualité, en vertu de l'adage "*lex specialis derogat legi generali*" [...]. Le caractère de *lex specialis* du code de déontologie relatif à la médiation notariale, par rapport aux règles de bonne conduite applicables à la médiation en général, est confirmé par les travaux préparatoires de la loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation [...] ») ; C.E. (8^e ch.), 19 août 2015, n° 232.062, Frederich ; C.E. (8^e ch.), 23 octobre 2012, n° 221.148, Walewyns. On notera que l'arborescence de juriDict comprend un onglet « Principes généraux » dans lequel ne figure pas le principe étudié. Voy. aussi : C.E. (9^e ch.), 24 janvier 2019, n° 243.488, T.B.P., 2019, p. 264 ; C.E. (6^e ch. réf.), 13 août 1999, n° 82.091, Del Marmol (« Considérant que la circonstance que deux normes de même niveau apparaissent comme contradictoires n'impose pas de refuser purement et simplement l'application de ces deux normes mais de mettre en œuvre le principe de l'effet utile et de vérifier si l'une des deux, et le cas échéant laquelle, peut être appliquée ; qu'en l'espèce, l'adage "*specialia generalibus derogant*" permet d'appliquer la règle spéciale qui déroge à la générale ; [...] ») ; C.E. (8^e ch.), 28 novembre 1997, n° 69.893, Salle-Hacha, Russel et Tilquin. Voy. not. en doctrine : J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., pp. 880-883, spéc. n° 401.2.

¹¹² Dans ce sens, voy. les arrêts suivants sélectionnés sur le moteur de recherche de la Cour constitutionnelle au moyen des mots clés « *lex specialis derogat legi generali* » ou « *lex specialis* » : C.C., 9 juin 2022, n° 75/2022, B.29.4 ; C.C., 20 janvier 2022, n° 9/2022, B.2.3 ; C.C., 21 octobre 2021, n° 148/2021, B.12.1 et B.12.2 ; C.C., 20 mai 2021, n° 76/2021, B.5.1 ; C.C., 25 février 2021, n° 32/2021, B.7.1 ; C.C., 25 février 2021, n° 23/2021, B.122.7 ; C.C., 11 février 2021, n° 22/2021, B.69.4 ; C.C., 22 octobre 2020, n° 141/2020, B.11 et le communiqué de presse de la Cour constitutionnelle du 22 octobre 2020 sur cet arrêt ; C.C., 31 août 2020, n° 113/2020, B.49.3 ; C.C., 8 mai 2019, n° 63/2019, B.3 ; C.C., 19 juillet 2018, n° 104/2018, B.23.3 ; C.C., 19 juillet 2018, n° 97/2018, B.3.5 ; C.C., 5 juillet 2018, n° 89/2018, B.5.5 ; C.C., 28 juin 2018, n° 80/2018, B.35.1 ; C.C., 19 décembre 2007, n° 158/2007, B.15.

¹¹³ Voy. par ex. : C.J., arrêt *Abcur AB c. Apoteket Farmaci AB et Abcur AB c. Apoteket AB et Apoteket Farmaci AB*, 16 juillet 2015, C-544/13 et C-545/13, pts 72 et s. ; C.J. (gde ch.), arrêt *Otis NV c. General Technic-Otis Sàrl et autres*, 6 novembre 2012, C-199/11, pt 32 ; C.J., arrêt *Wolfgang Hofmann c. Freistaat Bayern*, 26 avril 2012, C-419/10, pt 59 ; C.J.C.E., arrêt *Heininger et Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, 13 décembre 2001, C-481/99, EU:C:2001:684, pts 36 à 40 (sur cet arrêt, voy. E. VAN DEN HAUTE, « Droit de rétractation du consommateur et services financiers : quel sort réserver aux contrats de crédit foncier ? », *Euredia*, 2001-2002, pp. 494-496, n° 10-12) ; C.J.C.E., arrêt *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Chiquita Italia Spa*, 12 décembre 1995, C-469/93, pt 61.

¹¹⁴ Voy. par ex. : Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Grzeda c. Pologne*, 15 mars 2022, § 352 ; Cour eur. D.H., arrêt *Association Burestop 55 et autres c. France*, 1^{er} juillet 2021, § 64 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ryser c. Suisse*, 12 janvier 2021, § 30 ; Cour eur. D.H., arrêt *W.D. c. Belgique*, 6 septembre 2016, § 144 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dufoort*

principe *lex specialis derogat generali* mais ne se sont pas prononcées sur la valeur juridique de celui-ci. Il en est de même du législateur belge qui y fait parfois référence dans les travaux préparatoires¹¹⁵ ainsi que de la section de législation du Conseil d'État¹¹⁶.

Dans le même sens que la Cour de cassation, la doctrine qui s'est prononcée sur le sujet considère qu'il ne s'agit pas d'un principe général du droit¹¹⁷, mais d'une règle d'interprétation¹¹⁸, plus particulièrement d'une règle classique pour résoudre les cas d'*antinomies juridiques* (voy. *infra*, n° 20).

19. Le principe *lex specialis derogat generali* a-t-il un avenir comme principe général du droit ? Bien que la Cour de cassation ait refusé à plusieurs reprises de reconnaître le principe *lex specialis derogat generali* comme

c. Belgique, 10 janvier 2013, § 92 ; Cour eur. D.H., arrêt *Assunção Chaves c. Portugal*, 31 janvier 2012, § 62 (« La Cour rappelle que, quand le droit revendiqué est un droit de caractère civil, l'article 6, § 1, constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 13 : ses exigences, qui impliquent toute la panoplie des garanties propres aux procédures judiciaires, sont plus strictes que celles de l'article 13, qui se trouvent absorbées par elles (*Kudla c. Pologne* [GC], n° 30210/96, § 146, CEDH 2000-XI ; *Popovitsi c. Grèce*, n° 53451/07, § 27, 14 janvier 2010). Il y a lieu en conséquence d'examiner ce grief sur le terrain de l'article 6 § 1, et donc de vérifier si le requérant a eu accès à un "tribunal" pour obtenir une décision sur sa "contestation" (*Ravon et autres c. France*, n° 18497/03, § 27, 21 février 2008) ») ; Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, § 202. Pour un exemple récent, voy. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 173/1, p. 13 (au sujet de l'article 3.2 du Code civil aux termes duquel « [l]es dispositions du présent Livre ne préjudicient pas aux dispositions spéciales régissant des biens particuliers tels que les droits de propriété intellectuelle ou les biens culturels », les travaux préparatoires indiquent ce qui suit : « Cette disposition est une application du principe selon lequel prévaut une règle particulière qui déroge à la règle générale ("*lex specialis derogat legi generali*") ». La subsidiarité signifie qu'une disposition légale spécifique exclut l'application d'une disposition de ce Livre avec laquelle elle serait incompatible. »).

¹¹⁵ Voy. par ex. Proposition de loi introduisant le Code belge de la navigation, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 3536/4, p. 668 ; Avant-projet de loi « relatif à la qualité de la pratique des soins de santé », avis du Conseil d'État n° 64.331/2 du 22 octobre 2018, p. 5, disponible sur www.raadvst-consetat.be (« Constatant que, selon l'exposé des motifs, la loi en projet serait une *lex specialis* par rapport à la loi du 22 août 2002 "relative aux droits du patient", la section de législation prend acte du choix ainsi opéré par l'auteur de l'avant-projet quant à la règle d'interprétation qu'il suggère lorsque deux normes ayant tout ou partiellement le même objet et situées l'une dans la loi du 22 août 2002 et l'autre dans la loi en projet auront un contenu différent. L'auteur de l'avant-projet doit alors être conscient de ce que, sur la base de cette approche, en cas d'incompatibilité entre les deux textes, la loi en projet devrait être considérée comme dérogeant à la loi "relative aux droits du patient", la règle particulière s'appliquant en lieu et place de la règle générale, et ce d'autant plus que la loi en projet est postérieure à celle "relative aux droits du patient". [...] », nous soulignons).

¹¹⁷ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 543, n° 318. *Contra* : J. TORO et A. VIGGRIA, « Le droit international privé des assurances », *op. cit.*, p. 23 (ces derniers auteurs ne se prononcent toutefois pas sur la question de savoir s'il s'agit d'un principe général du droit. Ils se limitent en effet à indiquer que l'article 2 du Code de droit international privé belge « [...] illustre une autre application du principe général de droit "*lex specialis derogat generali*" »).

¹¹⁸ M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 708-709 (il s'agit d'une « règle d'interprétation selon laquelle une loi particulière doit être appliquée nonobstant une loi générale qui énonce une règle contraire ») ; S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », *op. cit.*, p. 232 (il s'agit d'« [...] un guide d'interprétation, une directive pour le juge, un "outil" indispensable pour la doctrine et un moyen de droit pour le justiciable »).

principe général du droit¹¹⁹, la question se pose de savoir si, à l'avenir, ce principe pourrait malgré tout être reconnu comme tel. En particulier, serait-il possible d'identifier un principe général du droit par le processus d'induction-déduction évoqué dans la contribution de J. Van Meerbeeck et R. Jafferali, « qui consiste à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général dont des applications particulières supplémentaires pourront ensuite, le cas échéant, être déduites »¹²⁰ ?

Pour rappel¹²¹, certaines dispositions légales font état du principe *lex specialis derogat generali* (par exemple, les articles 1.1 et 5.13 du Code civil, ainsi que l'article 2 du Code judiciaire et l'article 2 du Code de droit international privé belge). On peut donc se demander si, au-delà de ces dispositions légales, il existe un principe général du droit qui devrait s'appliquer de manière automatique et duquel on pourrait déduire des applications particulières supplémentaires.

La réponse à cette question nous paraît, à ce stade, délicate¹²².

Certes, le principe *lex specialis derogat generali* présente des caractéristiques communes avec les principes généraux du droit¹²³ : il est non écrit (même si certaines dispositions légales le consacrent implicitement), général (dans la mesure où il s'applique à un nombre indéterminé de situations¹²⁴) et subsidiaire par rapport à la loi.

Cependant, le principe *lex specialis derogat generali* ne semble pas pouvoir être qualifié de principe général du droit au sens défini dans le présent ouvrage, c'est-à-dire une « [...] source *formelle*, dotée d'une autonomie qui lui confère une place dans la hiérarchie des normes et la rend susceptible d'être mobilisée, sur le plan technique, au soutien d'un pourvoi en cassation »¹²⁵.

En effet, d'une part, le principe *lex specialis derogat generali* comme principe général du droit ne fait pas l'objet d'un large consensus par la communauté des juristes, ni *a fortiori* d'un « consensus quasi unanime » et n'est pas « très généralement reconnu » comme l'est un principe général du droit¹²⁶.

¹¹⁹ Voy. *supra*, n° 18.

¹²⁰ « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 13.

¹²¹ Voy. *supra*, n° 17.

¹²² Comp. toutefois C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, pp. 462 et s., n°s 359 et s. (qui voit dans le principe *lex specialis derogat generali* un principe général du droit en devenir).

¹²³ Pour plus de détails sur les caractéristiques des principes généraux du droit, voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n°s 20 et s.

¹²⁴ Dans ce sens : S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », *op. cit.*, p. 227.

¹²⁵ Pour cette définition, voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 5, ainsi que le commentaire de l'article 1.1, al. 1^{er}, du Code civil dans les travaux préparatoires (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/1, pp. 7 et 8).

¹²⁶ Voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », n° 18. Voy. *supra*, n° 18.

D'autre part, le principe *lex specialis derogat generali* ne semble pas s'appliquer de manière automatique : même si les conditions d'application du principe sont *a priori* réunies, le juge semble pouvoir décider de ne pas écarter l'application de la règle générale car il l'estime particulièrement importante dans la société¹²⁷. À titre d'illustration, on relèvera les deux exemples suivants : premièrement, la Cour de cassation admet que le respect d'une loi spécifique ne suffit pas à exonérer l'auteur d'un dommage de sa responsabilité pour manquement à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous conformément à l'article 1382 de l'ancien Code civil¹²⁸. Or, la Cour aurait pu écarter l'application de l'article 1382 de l'ancien Code civil (qui a une portée tout à fait générale), en application du principe *lex specialis derogat generali*. Deuxièmement, sous l'empire du Code des sociétés, la Cour de cassation a décidé que les membres des organes d'une personne morale pouvaient, à certaines conditions, engager leur responsabilité personnelle envers les tiers sur la base des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil¹²⁹. Or, cette solution n'allait pas de soi, non seulement en raison de la théorie de l'organe visée à l'ancien article 61 du Code des sociétés, mais aussi en raison du fait que le Code des sociétés prévoyait des cas de responsabilités spécifiques des membres des organes d'une personne morale (en particulier, la responsabilité pour faute de gestion et la responsabilité pour violation du Code des sociétés et des statuts, visées, en ce qui concerne les sociétés anonymes, aux anciens articles 527 et 528 du Code des sociétés). La Cour aurait donc pu écarter l'article 1382 de l'ancien Code civil, qui a une portée tout à fait générale par rapport aux anciens articles 527 et 528 du Code des sociétés, en application du principe *lex specialis derogat generali*.

¹²⁷ Dans ce sens : S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », *op. cit.*, p. 232 (« [...] il s'avère [...] que du fait de son absence de force obligatoire, cet adage ne lie pas le juge qui peut souverainement décider de ne pas l'utiliser. Il s'agit alors pour lui de rechercher le moyen le plus efficace pour parvenir à la solution la plus juste possible »).

¹²⁸ Voy. not. : Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1260 (« Il résulte de l'article 114 de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle que les arrêts rendus sur recours en annulation et sur les questions préjudicielles sont publiés dans leur intégralité ou par extraits au *Moniteur belge* par les soins du greffier, cette cour en assurant également la publication dans un recueil officiel et la communication en copie aux juridictions qui lui en font la demande. Selon l'article 2, 4^o, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, tout document par lequel une décision ou un acte administratif à portée individuelle émanant d'une autorité administrative fédérale est notifié à un administré indique les voies éventuelles de recours, les instances compétentes pour en connaître ainsi que les formes et délais à respecter, faute de quoi le délai de prescription pour introduire le recours ne prend pas cours. Ces dispositions, en tant qu'elles prescrivent des mesures particulières de publicité, ne limitent pas les obligations incombant au demandeur en application des articles 1382 et 1383 du Code civil », nous soulignons) ; Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 2002, *Pas.*, 2002, p. 1463 ([...] les autorités compétentes qui agissent conformément aux dispositions de l'article 35 de la loi 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme restent soumises au devoir général de diligence visé aux articles 1382 et 1383 du Code civil).

¹²⁹ Cass. (3^e ch.), 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 1354 ; Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1146 ; Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 1989, *Pas.*, 1989, p. 1196.

Par ailleurs, on notera que le législateur et la Cour de cassation écartent parfois le principe *lex specialis derogat generali* au profit de la règle de l'option entre le droit commun et le droit spécial. La consécration de la règle de l'option plutôt que celle de la spécificité s'explique, notamment, par l'« [...] idée de faveur aux bénéficiaires et [...] l'idée, libérale, selon laquelle les parties seraient les meilleurs juges des règles qui leur conviennent le mieux »¹³⁰. À titre d'illustration, on citera les trois exemples suivants :

- l'article 13 de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux dispose que « [l]a présente loi ne porte pas préjudice aux droits dont la victime peut se prévaloir par ailleurs au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle »¹³¹ ;
- l'article 300, § 2, du CIR 92 dispose que « [l]es dispositions du présent Code ne font pas obstacle au droit pour l'État de demander la réparation du dommage pouvant consister dans le non-paiement des impôts et des précomptes, des intérêts, des amendes administratives, des accroissements et des accessoires, par la constitution de partie civile ou par l'action en responsabilité »¹³² ;
- en matière de responsabilité civile, la Cour de cassation a confirmé que la seule existence d'un recours propre de la victime n'exclut pas pour autant la possibilité pour celle-ci de se prévaloir d'un dommage en lien causal avec l'infraction. Dans un arrêt du 18 novembre 2020, la Cour de cassation a ainsi décidé que les possibilités propres de recouvrement

¹³⁰ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., pp. 109 et 110, n° 173.

¹³¹ On notera toutefois que cette disposition fait l'objet d'une interprétation restrictive par la Cour de justice de l'Union européenne. La délicate question de la combinaison de la responsabilité du fait des produits défectueux avec d'autres fondements (plus généraux) de la responsabilité (comme la délivrance d'une chose conforme et la garantie des vices cachés visées aux articles 1604 et 1641 de l'ancien Code civil, et la responsabilité de droit commun pour faute personnelle ou du fait des choses visée aux articles 1382 et 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil) sort du cadre de la présente contribution, de sorte que nous nous permettons de renvoyer le lecteur vers la littérature existante, voy. not. : C.J.C.E., arrêt *Gonzalez Sanchez c. Medicina Asturiana SA*, 25 avril 2002, C-183/00 ; I. SAMOY, « La responsabilité du fabricant du fait des produits défectueux : domaine et conditions (rapport belge) », in *Les responsabilités et les garanties du vendeur*, Séminaire Paris I – Louvain-la-Neuve, 3^e session tenue à Paris les 13 et 14 mai 2022, à paraître, n° 4, note 18 et les références citées ; A. REGNIAULT et C. DELFORGE, « La responsabilité du fait des produits défectueux mise en œuvre par la directive du 25 juillet 1985 : la responsabilité civile du "producteur" », in O. MIGNOLET (dir.), *Traité de droit pharmaceutique. La commercialisation des médicaments à usage humain : droit européen et droit belge*, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 1403 et s., n°s 1517 et s. ; E. PLASSCHAERT et C. DETAILLE, « Les effets de la vente », in *Manuel de la vente*, Malines, Kluwer, 2010, pp. 290-291, n° 642. En droit français, voy. not. : L. VITALE, « La responsabilité du fabricant et la consommation de masse : effet et mise en œuvre de l'action. Rapport français-version provisoire », in *Les responsabilités et les garanties du vendeur*, Séminaire Paris I – Louvain-la-Neuve, 3^e session tenue à Paris les 13 et 14 mai 2022, n° 17 ; N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., pp. 440-441, n° 796.

¹³² Voy. aussi, dans le même sens, l'article 92 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée (« Les dispositions du présent Code ne font pas obstacle au droit pour l'État de demander la réparation du dommage pouvant consister dans le non-paiement de la taxe, des intérêts, des amendes fiscales et des accessoires, par la constitution de partie civile ou par l'action en responsabilité »).

prévues par la réglementation européenne des sommes indûment versées, « n'excluent pas légalement l'existence d'un lien de causalité entre les décaissements effectués par la demanderesse au profit des défendeurs et les faits déclarés établis dans leur chef »¹³³.

20. Règle d'interprétation, en principe, non contraignante visant à résoudre les antinomies juridiques. À défaut d'être reconnu comme principe général du droit¹³⁴, le principe *lex specialis derogat generali* semble constituer une règle d'interprétation non contraignante (sauf exception légale¹³⁵)¹³⁶, visant à résoudre les conflits de normes ou antinomies juridiques¹³⁷.

Étymologiquement, « [l]es antinomies sont [...] des lois ou règles contraires, qui s'opposent soit absolument, soit relativement à la solution d'un cas »¹³⁸. Selon Ch. Perelman, une antinomie juridique consiste dans « l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet »¹³⁹. Un cas d'antinomie apparaît donc, selon P. Foriers, lorsque des normes juridiques contradictoires relevant d'un ou plusieurs domaines juridiques (voire d'une même loi) devraient s'appliquer simultanément à un cas particulier¹⁴⁰.

L'antinomie juridique est considérée comme une situation anormale « [...] dans un système où le principe de non-contradiction est essentiel et où la cohérence logique est une exigence fondamentale [...] »¹⁴¹. P. Foriers indique en effet que « [...] l'assertion au sein d'un système juridique de deux normes contradictoires entraînerait nécessairement l'incohérence de ce

¹³³ Cass. (2^e ch.), 18 novembre 2020, R.G. n° P.20.0012.F, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20201118.2F4 ; R. JAFFERALI, « Titre III. La causalité », in R. JAFFERALI et F. GEORGE (dir.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, spéc. pp. 210 et 211, n° 199, b).

¹³⁴ Ou comme coutume. Pour une analyse en droit français de l'absence de reconnaissance du principe *lex specialis derogat generali* comme coutume, voy. : C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, op. cit., p. 461, n° 357 ; S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », op. cit., p. 229. Sur la notion de coutume en droit belge, voy. spéc. le commentaire de l'article 1.1. dans les travaux préparatoires du Livre 1^{er} du Code civil (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/1, pp. 6 et 7).

¹³⁵ Voy. *supra*, n° 17.

¹³⁶ Dans ce sens, N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, op. cit., p. 106, n° 170.

¹³⁷ Sur les antinomies juridiques, voy. spéc. : B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., spéc. pp. 69-71, 276-278, n°s 24 et 130 ; P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, op. cit., pp. 388-390 ; P. FORIERS, « Les antinomies en droit », op. cit., pp. 439-456 ; Fr. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur », op. cit., spéc. pp. 163 et s. ; T. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, op. cit., pp. 235-258.

¹³⁸ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, op. cit., p. 276, n° 130. Voy. aussi : J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., p. 880, n° 401 ; Y. MOSSOUX, « La législation fédérale relative à l'accès à l'information en matière d'environnement : la fin du secret administratif ? », *Amén.*, 2011, p. 185, n° 38 ; P. FORIERS, « Les antinomies en droit », op. cit., pp. 439-440.

¹³⁹ Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », op. cit., p. 393.

¹⁴⁰ Dans ce sens, voy. : P. FORIERS, « Les antinomies en droit », op. cit., p. 442.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 441.

système et, partant, sa disparition »¹⁴² ; « [d]ès lors, il s'impose que ces contrariétés, qu'elles se présentent dans le temps ou dans l'espace, soient éliminées par des procédés techniques de solution, aboutissant finalement au choix de l'une des normes au détriment de l'autre »¹⁴³.

L'antinomie juridique est pourtant « [...] un élément relativement banal que le juge a l'habitude de rencontrer, auquel il réagit spontanément, le plus souvent même sans indiquer les termes du conflit qu'il a résolu, affirmant purement et simplement dans sa décision la règle de droit applicable, ce qui explique le nombre relativement minime d'arrêts ou de jugements où le heurt des normes est mis en lumière »¹⁴⁴. Comme on le sait, le juge ne peut pas se rendre coupable de déni de justice¹⁴⁵. Il doit trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable¹⁴⁶ et motiver sa décision¹⁴⁷. En outre, comme le souligne Ch. Perelman, « [...] le juge doit traiter l'ensemble des règles qu'il est chargé d'appliquer comme formant un système à la fois complet et cohérent, système permettant, dans chaque cas, les faits étant constants, de motiver la décision prise, et d'écarter, pour des raisons qui tiennent au système, toute décision opposée. Que le cas qu'il doit trancher soit perplexe ou douteux, que le juge se trouve en présence d'une antinomie – quand le système en vigueur semble prescrire deux solutions incompatibles – ou en présence d'une lacune – quand le système ne semble justifier aucune solution déterminée –, le juge doit néanmoins se comporter comme si le droit belge était cohérent et complet, sans antinomies ni lacunes, et permettait, dans chaque cas, de trouver une solution, et une seule, qui soit conforme au droit »¹⁴⁸.

Ainsi, le juge, qui constate que deux règles juridiques contradictoires devraient s'appliquer simultanément au litige dont il est saisi, tiendra en principe le raisonnement suivant¹⁴⁹ : premièrement, il examinera le texte des règles

¹⁴² *Ibid.*, p. 456.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 442.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 443.

¹⁴⁵ Art. 5 C. jud.

¹⁴⁶ Voy. not.: Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 2005, *Pas.*, 2005, p. 862, concl. av. gén. délégué P. DE KOSTER. À propos de cette obligation, voy. not. C. BOTMAN, « Principe dispositif et concours d'actions en matière de vente », *R.G.D.C.*, 2021, pp. 421 et s., n^{os} 4 et s.

¹⁴⁷ Const., art. 149.

¹⁴⁸ Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », *op. cit.*, p. 395.

¹⁴⁹ Comp. P. FORTIERS, « Les antinomies en droit », *op. cit.*, pp. 455 et 456 (« [...] on recherche d'abord si l'antinomie n'est pas seulement apparente ou ne peut pas être traitée comme une antinomie apparente, par exemple, en montrant que les textes opposés traitent de manières différentes, bien que proches, ou qu'ils les réglementent sous des aspects divers. Interviendront à ce moment ces *procédés* qui forment le fonds scolastique de l'interprétation, par exemple, la règle "*generi per speciem derogatur*" ou cette règle essentielle "*textus sunt concordandi*". [...] Si cet effort échoue, si l'opposition des normes est à ce point manifeste qu'il faut bien admettre l'existence d'une antinomie réelle et qu'elle se révèle irréductible : le juge, après avoir constaté qu'il en est ainsi, procédera par élimination d'une des deux lois. [...] La justification de ce choix va faire appel à de multiples arguments, certains rationnels, certains irrationnels ; certains historiques ou sociologiques, certains moraux ; certains logiques, certains philosophiques ; certains empruntés à la technique,

juridiques pour déterminer s'il contient une règle de résolution de l'antinomie (par exemple, « la loi s'applique sans préjudice d'autres lois » ou « la loi s'applique sous réserve d'autres dispositions »). Deuxièmement, en l'absence d'une telle règle de résolution de l'antinomie, le juge tentera généralement d'interpréter les deux règles juridiques afin de leur attribuer un champ d'application distinct et de supprimer toute interférence entre les deux règles juridiques. Il ne s'agirait alors que d'une antinomie *apparente*¹⁵⁰. Troisièmement, à défaut d'y parvenir, le juge tentera de faire primer une règle juridique sur l'autre, généralement en application des critères suivants : (a) le critère hiérarchique, exprimé par l'adage *lex superior derogat inferiori* ; (b) le critère de la spécificité étudiée dans la présente contribution et exprimé par l'adage *lex specialis derogat generali* ; ou (c) le critère chronologique (*lex posterior derogat priori*)¹⁵¹.

En ce qui concerne le critère de la spécificité, en particulier, il n'aurait qu'une « valeur persuasive », une « autorité morale »¹⁵² ; il « [...] ne fait que suggérer une solution au juge et ne le lie pas »¹⁵³. Dans ce sens, R. Jafferali indique que ces règles ne sont « [...] au fond rien d'autre que des lieux, des *arguments* mobilisés dans le discours juridique qui “jouent un double rôle d'orientation et de justification des solutions” et occupent ainsi une “position médiane entre l'indicatif et le normatif” ». En réalité, le recours à ces lieux traditionnels ne me paraît justifié que dans la mesure où ils permettent de garantir une cohérence plus grande de l'ordre juridique en tenant compte des objectifs politiques et économiques qu'il vise à réaliser »¹⁵⁴.

Conclusion

21. Principe d'interprétation fondamental mais ne constituant pas un principe général du droit. Le principe *lex specialis derogat generali* ne semble pas être un principe général du droit au sens défini dans le présent ouvrage, c'est-à-dire une « [...] source *formelle*, dotée d'une autonomie qui lui

certaines à l'esprit du droit ; certains au système, certains choisis hors du système ». Comp. également : Fr. Ost, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de la rationalité du législateur », *op. cit.*, p. 163.

¹⁵⁰ Voy. P. FORIERS, « Les antinomies en droit », *op. cit.*, p. 455.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 447 (voy. aussi p. 451 pour l'application d'un critère de jugement de valeur fondé sur des considérations qui tiennent à l'homme même et qui a pour conséquence de faire primer la règle juridique qui, dans le cas concret considéré, est jugée objectivement plus humaine). Dans le même sens : J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 880, n° 401.

¹⁵² N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, pp. 106 et 107, n° 170.

¹⁵³ C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, p. 461, n° 358.

¹⁵⁴ R. JAFFERALI, « La liberté de la preuve en matière commerciale, spécialement de la transaction », *op. cit.*, p. 713, n° 32. Dans ce sens, voy. aussi not. : P. FORIERS, « Les antinomies en droit », *op. cit.*, pp. 443-448 et pp. 451-454. Sur les lieux, voy. spéc. : B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, *op. cit.*, pp. 59 et s. et p. 602, n°s 19 et s. et n° 286.

confère une place dans la hiérarchie des normes et la rend susceptible d'être mobilisée, sur le plan technique, au soutien d'un pourvoi en cassation »¹⁵⁵. En effet, bien qu'il présente des caractéristiques communes avec les principes généraux du droit, le principe *lex specialis derogat generali* semble uniquement constituer une règle d'interprétation fondamentale mais non contraignante (sous réserve de consécutions légales ponctuelles¹⁵⁶) visant à résoudre les antinomies juridiques et à promouvoir la cohérence du système juridique.

Pour finir, on retiendra, à tout le moins, que l'application de ce principe est délicate, dans la mesure où tant ses conditions d'application (en particulier, l'existence d'un rapport de commun à spécial¹⁵⁷ et l'existence d'une contradiction¹⁵⁸) que ses effets (en particulier, la subsidiarité des règles plus générales¹⁵⁹) nécessitent d'interpréter les règles juridiques en conflit pour identifier la volonté du législateur. Par ailleurs, même si les conditions d'application du principe *lex specialis derogat generali* sont réunies, le juge semble pouvoir s'en écarter et faire primer la règle générale qu'il estime plus importante¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Voy. *supra*, n° 19.

¹⁵⁶ Voy. *supra*, n° 17.

¹⁵⁷ Voy. *supra*, n°s 14 et 15.

¹⁵⁸ Voy. *supra*, n°s 15 et 16.

¹⁵⁹ Voy. *supra*, n° 7.

¹⁶⁰ Voy. *supra*, n° 19.

Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet

Estelle BIJNENS¹

*Assistante au Centre de droit privé de l'UCLouvain
Substitut du procureur du Roi près le Parquet de Charleroi*

Amandine DESPRET

*Assistante au Centre de droit privé de l'UCLouvain
Avocate au barreau du Brabant Wallon*

Alexander VANDENDRIES

*Assistant au Centre de droit privé de l'UCLouvain
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.* Cette maxime latine² bien connue (ci-après, « l'adage » ou « la maxime *nemo plus iuris* ») peut être traduite, pour reprendre les termes des travaux préparatoires du Livre 3 du Code civil³, comme suit : « [o]n ne peut transmettre ou constituer un droit [...] en dehors des limites de ses propres pouvoirs (“*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*”) »⁴.

¹ La présente contribution ne reflète que le point de vue de l'auteur.

² Cet adage semble trouver ses sources dans l'ancien droit romain. On retrouve sa trace dans Livre XLVI sur l'Édit du Péteur d'Ulpian qui semble avoir trait aux règles en matière de succession (D. GAURIER, *Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien*, t. 3, Paris, La mémoire du droit, 2017, p. 2756). L'adage est ensuite repris par l'Empereur Justinien à la 54^e *regulae*, au titre 17 du Livre 50 de son Digeste (voy. n° 17.54 du Livre 50 du Digeste de Justinien (D. GAURIER, *op. cit.*, p. 2403)).

³ À noter que, depuis le 1^{er} novembre 2020 (date de l'entrée en vigueur de la loi portant création d'un Code civil), le Code civil du 21 mars 1804 porte l'intitulé « ancien Code civil » ; voy. loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019, p. 46353, art. 2.

⁴ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 39. Voy. également S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, « Les principes généraux du droit des biens (Titre I^{er} du nouveau Livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (coord.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 32-33 ; S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du Livre 3 “Les biens” dans le Code civil », in N. BERNARD et al. (dir.), *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 19.

Si d'aucuns pourraient qualifier cette maxime de « règle de bon sens », à l'analyse, elle cache une réalité beaucoup plus complexe, loin du simplisme dont elle semble revêtue. De fait, avant de nous interroger quant à la possibilité pour cet adage de se voir conférer le statut de principe général de droit, il nous est apparu opportun de mettre en lumière certains mécanismes juridiques qui, à suivre la doctrine, la jurisprudence ou le législateur, en constituent (potentiellement) une mise en œuvre.

2. Un adage « tentaculaire ». Les domaines d'application de l'adage *nemo plus iuris* sont si divers et variés que nous proposons de distinguer son application (et leurs limites) en matière de droits réels et en matière de droits personnels. Ainsi, les trois premières sections sont consacrées aux applications de l'adage en cas de cession de droits réels (Section 1), de constitution de droits réels d'usage (Section 2) et d'extinction d'un droit réel antérieur (Section 3). La quatrième section traite, quant à elle, des cas d'application en matière de droits personnels (Section 4). Les cas d'application qui seront analysés dans la présente contribution sont toutefois loin d'être exhaustifs⁵ ; cet adage mériterait en effet de faire l'objet d'une étude beaucoup plus approfondie que les quelques développements qui suivent.

3. Un principe général de droit ? Forts de ces réflexions, nous nous interrogerons, au terme de la conclusion, sur la question du statut de cet adage : s'agit-il d'un véritable principe général de droit ?

À notre connaissance, aucune de nos cours suprêmes ne lui a à ce jour conféré ce statut⁶, de sorte qu'il reste permis d'en douter.

Section 1

Quelques applications en matière de transmission de droits réels

Sous-section 1

Nullité de certaines transmissions du bien d'autrui

4. Nullité de la vente de la chose d'autrui. La vente constitue l'un des modes de transmission du droit de propriété⁷, le droit réel par excellence,

⁵ Par exemple, nous n'avons pas analysé les cas d'application de l'adage en matière de sûretés réelles.

⁶ Or, comme le soulignent R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK dans l'introduction du présent ouvrage, une certaine doctrine relève que c'est par l'intermédiaire du (des) juge(s) suprême(s) qu'un principe accède au statut de principe général du droit (« Le fabuleux destin des principes généraux du droit », p. XX, n° 20).

⁷ La vente « suppose nécessairement le transfert d'un droit de propriété portant sur une chose mobilière ou immobilière (art. 153 ancien C. civ.) » (C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention*

le plus usité dans la pratique⁸. Son régime contient une disposition constituant une application de l'adage *nemo plus iuris*⁹ : l'article 1599 prévoit en effet que « [l]a vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ». Autrement dit, la vente d'un droit qu'on n'a pas n'est pas valable.

La sanction du non-respect de cette application de l'adage *nemo plus iuris* se situe, dans ce cas, sur le plan de la validité : il s'agira d'annuler le contrat de vente conclu en violation de l'article 1599 de l'ancien Code civil.

Cette sanction est toutefois limitée : l'action en nullité fondée sur cette disposition n'est ouverte qu'au profit de l'acquéreur¹⁰. En d'autres termes, en cas de vente de la chose d'autrui, le *verus dominus* ne pourra invoquer lui-même cette disposition pour obtenir l'annulation de la vente de son bien par autrui¹¹.

5. Nullité de l'échange de la chose d'autrui et de l'apport en nature de la chose d'autrui. L'article 1599 de l'ancien Code civil s'applique à deux autres transferts du droit de propriété : l'échange de la chose d'autrui et l'apport en nature de la chose d'autrui. En effet, en ce qui concerne l'échange, l'article 1707 de l'ancien Code civil prévoit que « [t]outes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange » et l'article 1:9, § 2, 2°, du Code des sociétés et des associations prévoit que « le débiteur d'un apport en nature en propriété est tenu de la même manière qu'un vendeur vis-à-vis de son acheteur ».

Par conséquent, l'échange de la chose d'autrui et l'apport en nature de la chose d'autrui sont également entachées de nullité.

6. Nullité du legs du bien d'autrui. À l'instar de ce qui est prévu pour la vente, l'article 4.207 du Code civil, intitulé « Legs du bien d'autrui », prévoit que « [l]orsque le testateur a légué le bien d'autrui, le legs est nul, que le testateur ait su ou non qu'il ne lui appartenait pas ». Cette disposition

des étudiants du programme de bachelier en droit, 6^e éd., Liège, Kluwer, 2022, p. 60). La vente peut être définie comme « une "convention synallagmatique" par laquelle :

1. une personne s'oblige à transférer à une autre la propriété d'une chose, ou plus généralement d'un droit quelconque, immédiatement ou à terme, en vertu même de son engagement ;

2. en retour, et à titre de contre-prestation, l'autre personne s'oblige à payer un prix en argent » (P. HARMEL, « Vente – Théorie générale », *Rép. not.*, t. VII, La vente, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1985, n° 2).

⁸ M. VAN MOLLE, « La preuve de la propriété immobilière, l'opposabilité du titre et la double vente », *R.F.D.L.*, 2015/1, p. 45.

⁹ C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, op. cit., p. 123 ; B. TILLEMANS, *Overeenkomsten. Deel 2. Bijzondere overeenkomsten*, t. X, *Beginselen van privaatrecht*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 404.

¹⁰ P. HARMEL, « Vente – Théorie générale », op. cit., n° 163.

¹¹ Il dispose néanmoins de l'action en revendication qui lui permet de revendiquer l'objet dont il est propriétaire « dans les mains de celui duquel il se trouve » (art. 3:51 C. civ.).

constitue également une application particulière de l'adage *nemo plus iuris* : le legs d'un droit dont on ne dispose pas est nul.

Comme pour la vente de la chose d'autrui, la sanction du non-respect de l'adage *nemo plus iuris* se situe, dans ce cas, sur le plan de la validité : il s'agira d'annuler le legs violant l'article 4.207 du Code civil. Cette nullité sanctionnant le legs de la chose d'autrui n'est qu'une nullité relative¹².

L'interdiction du legs d'autrui ne vaut toutefois que pour les corps certains : « pour les choses de genre, en effet, le légataire n'est pas propriétaire *ex testamento*, mais seulement créancier de l'héritier qui doit les lui procurer ou lui en payer la valeur »¹³. En outre, « [i]l est unanimement admis que le legs de la chose d'autrui, sous la forme d'une charge imposée à l'héritier, est licite »¹⁴.

7. Nullité du paiement par la chose d'autrui. L'article 5.197, intitulé « Conditions de validité du paiement », prévoit que « [p]our payer valablement, il faut avoir le pouvoir et la capacité de disposer de la chose donnée en paiement »¹⁵. Il s'agit également d'une application de l'adage *nemo plus iuris* : le paiement au moyen d'une chose sur laquelle le débiteur n'a pas le pouvoir et la capacité de disposer – et par conséquent le transfert de plus de droit que le débiteur n'en a – n'est pas valable.

La sanction est également la nullité : le paiement réalisé par la chose d'autrui « est entaché d'une cause de nullité relative, ouverte tant au créancier qu'au débiteur »¹⁶.

¹² N. GALLUS *et al.*, « Testament – fond », *Rép. not.*, t. III, Les successions, donations et testaments, liv. 8/3, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 120.

¹³ H. ROLAND et L. BROYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999, p. 508, n° 1.

¹⁴ N. GALLUS *et al.*, « Testament – fond », *op. cit.*, n° 119. En ce sens, H. ROLAND et L. BROYER exposent que la Cour de cassation (française) « permet au disposant de grever l'héritier de la charge d'acquiescer la *certa res* pour la transmettre à la personne désignée et reconnaît même aux juges du fond la possibilité d'interpréter la volonté du *de cuius* comme imposant une telle charge à l'héritier », avant de conclure : « n'est-ce pas dire que, *contra legem*, le legs de la chose d'autrui est désormais valable ? » (*Adages du droit français, op. cit.*, p. 508, n° 1).

¹⁵ Selon les travaux préparatoires, cette disposition « reproduit l'alinéa premier de l'article 1238 du Code civil. Ce texte, dont les applications pratiques sont rares, ne suscite pas de difficulté particulière » (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0174/001, p. 230). L'article 1238 de l'ancien Code civil prévoyait, pour sa part que « [p]our payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner » (al. 1^{er}), avant toutefois d'ajouter que « le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner » (al. 2).

¹⁶ P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », note sous Cass., 8 février 2010, *R.C.J.B.*, 2011/1, p. 24.

Sous-section 2

Nullité d'autres actes translatifs du bien d'autrui ?

8. Les autres actes translatifs. L'adage *nemo plus iuris s'approprie-t-il à d'autres actes juridiques translatifs de la chose d'autrui ?*

En ce qui concerne la donation, si aucun texte n'établit la nullité de la donation qui porte sur la chose d'autrui, « [i]l est à cet égard généralement admis que la donation de la chose d'autrui est frappée d'une nullité plus rigoureuse que celle de la vente de la chose d'autrui : en effet, pareille donation est nulle du seul fait qu'il dépend de la volonté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir la chose ; la nullité est d'ordre public et ne peut être couverte par une acquisition ultérieure ; enfin, elle peut être invoquée aussi bien par le donateur et ses ayants droit que par le donataire »¹⁷.

De manière plus générale, il pourrait être soutenu que la *ratio legis* de l'article 1599 de l'ancien Code civil doit être étendue aux autres actes juridiques translatifs¹⁸, notamment la transaction, lorsqu'elle est translatrice, ou la dation en paiement¹⁹, « lorsqu'elle a pour objet la transmission de la propriété d'un bien censé appartenir au débiteur »²⁰⁻²¹. Faut-il pour autant en déduire un principe général de droit... ?

Sous-section 3

Aliénation de droits réels d'usage

9. L'aliénation des droits réels d'usage : autorisation de principe.

De manière générale, l'article 3.6, alinéa 1^{er}, du Code civil confirme que le titulaire d'un droit réel (d'usage)²² peut disposer de son droit²³. Applications

¹⁷ J. SACE, « Les libéralités (disposition générales) », *Rép. not.*, t. III, Les successions, donations et testaments, liv. 6, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 220. Dans le même sens, voy. P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », *op. cit.*, p. 24-25.

¹⁸ P. WÉRY expose à ce sujet : « [L]a question est très largement passée inaperçue en doctrine. Une exception notable toutefois : Larombière pour qui l'article 1599 "est applicable à tous les autres contrats ayant pour objet une chose appartenant à autrui". La *ratio legis* de cette disposition peut, en effet, être étendue à ces conventions » (« La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », *op. cit.*, p. 24).

¹⁹ La dation en paiement est « une convention en vertu de laquelle le débiteur d'une obligation de somme est autorisé à « payer », c'est-à-dire à exécuter son obligation, en abandonnant à son créancier un bien dont il est propriétaire » (C. DELFORGE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 61).

²⁰ P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », *op. cit.*, p. 24.

²¹ La dation en paiement se distingue de la vente et est donc, en principe, régie uniquement par le droit commun ; il n'est toutefois « pas exclu que certaines règles du régime de la vente puissent être appliquées par analogie à certains aspects de la dation en paiement » (C. DELFORGE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 61).

²² Voy. *infra*, n° XX pour une définition des droits réels d'usage.

²³ À noter que, selon la doctrine, une cession peut parfaitement être partielle (voy. P. LECOCQ *et al.*, *Manuel de droit des biens*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 488).

particulières de ce principe, les articles 3.142, 3.171 et 3.183 confirment que l'usufruitier, l'emphytéote et le superficiaire peuvent²⁴, sauf disposition contraire dans l'acte constitutif²⁵ ou dérogation légale²⁶, *aliéner* les droits réels dont ils sont respectivement titulaires²⁷. Par opposition à la constitution – entraînant la création d'un droit réel d'usage nouveau, mais alors dans les limites (temporelles notamment) du droit du constituant²⁸ –, l'aliénation d'un droit réel d'usage revient, pour son titulaire, à transférer à autrui le droit réel d'usage en tant que bien (chose incorporelle) avec ses prérogatives et limitations intrinsèques (notamment en termes de durée)²⁹.

10. Situation des parties et *nemo plus iuris*. Comblant une lacune de l'ancien Code civil, le Livre 3 encadre expressément les effets juridiques de la cession des droits réels d'usage³⁰. Pour les droits réels d'usage nés après la réforme³¹,

²⁴ En ce qu'elle est intrinsèquement liée à un fonds dont elle est l'accessoire, il est communément admis qu'une servitude ne peut être cédée qu'avec le fonds qui la grève ou au profit duquel elle a été consentie (S. BOUFFLETTE et A. SALVE, « Les principes généraux du droit des biens (Titre I^{er} du nouveau Livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », *op. cit.*, 2021, p. 21).

²⁵ L'acte pourrait, par exemple, prévoir l'interdiction pure et simple ou, encore, en modaliser l'exercice en prévoyant, par exemple, d'obtenir l'accord écrit du constituant (A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *Jurim pratique*, 2022/2-3, p. 251).

²⁶ C'est notamment le cas l'usufruit ayant un caractère *intuitu personae*, comme c'est le cas du droit d'habitation (art. 3.138, al. 2, C. civ.)

²⁷ Pour les tenants de la doctrine néo-personnaliste, être titulaire d'un droit réel d'usage revient à être *propriétaire* dudit droit (J. HANSENNE, *Les biens : précis*, t. I, *op. cit.*, p. 33). Le Livre 3 insiste quant à lui sur la notion de *titularité* du droit par opposition à la simple possession qui est une simple forme d'apparence (P. LECOCQ et R. POPA, « Titre I^{er} – Dispositions générales », in *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 43).

²⁸ Voy. *infra*, n° XXX.

²⁹ À titre d'illustration, la société A titulaire d'un droit d'emphytéose sur une galerie commerciale (et sur le fonds), pour quarante ans, peut tout à fait céder son droit d'emphytéose à la société B au début de la vingtième année. Dans ce cas, le droit d'emphytéose continuera à courir au bénéfice de B jusqu'au terme convenu avec le bailleur emphytéotique et A n'est plus emphytéote, car elle s'est défaite de son droit réel. Cette situation diffère de celle où A aurait constitué un autre *droit d'emphytéose* au profit de C sur la galerie pour une durée de quinze ans. A crée ici un *nouveau droit* d'emphytéose d'une durée de quinze années et « récupérera » ses prérogatives d'emphytéote pour les cinq dernières années de son droit.

³⁰ Selon certains, « la vente se distingue [...] d'autres contrats innomés, comme la cession d'usufruit ou de la nue-propriété » (C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 61). Pour une synthèse de l'inapplication des règles de la vente à la cession des droits réels d'usage et, éventuellement, des droits résiduels voy. B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 126-133. *Contra* : voy. A. BÉNABENT selon lequel « [l]e plus souvent, la vente porte sur le droit de propriété en son entier, qu'on appelle volontiers "pleine propriété". Mais on peut vendre aussi un simple démembrement du droit de propriété, c'est-à-dire une de ses composantes, puisqu'on sait que les attributs du droit de propriété peuvent être temporairement séparés. La vente peut porter sur la seule *nue-propriété* du bien concerné [...]. La vente peut réciproquement ne porter que sur le seul *usufruit* du bien concerné [...] » (*Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 40, n° 24, nous soulignons).

³¹ L'article 37 de la loi du 4 février 2020 précise que, sauf accord contraire des parties pour les soumettre aux dispositions du Livre 3, les droits réels d'usage constitués avant le 1^{er} septembre 2021 restent régis par l'ancien Code civil ou par les lois du 10 janvier 1824. L'ancien Code civil ne règle pas en tant que tel les effets d'une cession de droits réels, mais les parties peuvent toujours opter pour l'application du nouveau Code.

l'article 3.6, alinéa 2, du Code civil³² – disposition supplétive – réglemente les effets d'une telle cession sur les obligations du vendeur envers le propriétaire ou le titulaire du droit réel d'usage constituant³³. Ces effets peuvent constituer une application de l'adage *nemo plus iuris*.

11. Droits et obligations cédés : une application de *nemo plus iuris*.

Selon l'article 3.6, alinéa 2, du Code civil, le cédant demeure solidairement tenu avec le cessionnaire aux obligations personnelles qui sont une « simple contrepartie »³⁴ de la constitution du droit cédé. Les travaux préparatoires indiquent que ces obligations personnelles sont généralement des obligations de somme³⁵ ; la doctrine y voit ici une référence aux redevances dues en contrepartie du droit de superficie³⁶ ou d'usufruit et des canons (désormais facultatifs³⁷) dans le cadre d'un droit d'emphytéose³⁸. Si le cédant veut en être libéré, il devra alors obtenir l'accord du propriétaire³⁹.

³² Pour une première analyse de l'impact de ce nouveau régime, voy. J.-Fr. ROMAIN, « De quelques incursions notoires du droit des biens dans le droit des obligations : possession et cession multiples de créances ; transfert de propriété et obligation de *dare* ; cessions d'obligations en cas de cession de droits réels d'usage (et de convention) », in L. BARNICH (coord.), *Impact de la réforme du droit des biens sur la pratique notariale*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 127-200.

³³ Les travaux préparatoires visent en effet à la fois le propriétaire et le constituant : « Wie kan de eigenaar – of althans : degene die het zakelijk recht heeft toegestaan – aanspreken tot nakoming van de verplichtingen die aan het zakelijk recht zijn verbonden ? » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 21 ; la version en néerlandais nous paraît moins ambiguë).

³⁴ Et non « cédé » comme l'indiquent d'une manière quelque peu trompeuse les travaux préparatoires (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 21).

³⁵ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 21.

³⁶ B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, op. cit., p. 134-138.

³⁷ En rupture avec la loi du 10 janvier 1824, le Code civil ne requiert plus que le droit d'emphytéose soit constitué en contrepartie d'un canon réconitif. Si le droit d'emphytéose n'est plus, par essence, un contrat à titre onéreux, les parties peuvent valablement prévoir le paiement d'un canon (unique, périodique, assorti d'une indexation, etc.) (A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 321-324).

³⁸ B. PIRLET, « Droit d'emphytéose », in N. BERNARD et al., *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 334-336. Dans cette contribution, cet auteur oppose le canon purement réconitif (en pratique vraisemblablement modique se permet-on d'ajouter) à propos duquel le cédant serait libéré au canon constituant une fonction économique (soit la contrepartie de la jouissance du bien grevé) auquel le cédant resterait solidairement tenu. Dans la mesure où le législateur a estimé qu'un canon *réconitif* n'était désormais plus nécessaire en raison de sa relative utilité – le risque de perdre de vue qui était le véritable propriétaire avait disparu en pratique, notamment en raison du régime de la publicité foncière – l'un de nous s'interrogeait quant à la question de savoir si, désormais, le moindre canon (si modique soit-il) ne devait pas être considéré *dans tous les cas*, comme la contrepartie de la jouissance (A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », op. cit., p. 326).

³⁹ J.-Fr. ROMAIN, « De quelques incursions notoires du droit des biens dans le droit des obligations : possession et cession multiples de créances ; transfert de propriété et obligation de *dare* ; cessions d'obligations en cas de cession de droits réels d'usage (et de convention), op. cit., p. 181.

En revanche, en ce qui concerne les « autres » obligations liées au droit réel (comme les obligations d'entretien, de réparations et de charges⁴⁰) qui deviennent exigibles après la cession, le cessionnaire en sera intégralement redevable, le cédant en étant entièrement libéré⁴¹. Le fait que le cessionnaire soit redevable d'obligations qu'il n'a pourtant pas contractées pourrait être une dérogation à l'adage *nemo plus iuris*.

12. Superficie-conséquence : une application de *nemo plus iuris*. Les titulaires de droits d'usage⁴² sont, pour la durée de leur droit, propriétaires des ouvrages et plantations qu'ils réalisent par jeu de superficie-conséquence. Déjà admise en doctrine sous l'ancien droit⁴³ et consacrée dans une certaine mesure par la Cour de cassation⁴⁴, la superficie-conséquence est à présent expressément consacrée par l'article 3.182 du Code civil⁴⁵. Sauf exception⁴⁶, cette disposition interdit au titulaire du droit d'usage de céder la propriété des ouvrages et plantations sans céder le droit d'usage principal qui a donné naissance à cette propriété temporaire. Cette interdiction de déconnexion entre la superficie-conséquence et le droit d'usage dont elle découle est justifiée de deux manières dans les travaux préparatoires du Livre 3⁴⁷ : d'une part, cela ressort de l'accessorité renforcée du principe de superficie-conséquence intimement lié au droit qui l'a fait naître⁴⁸ ; d'autre part, cela reviendrait à attribuer une propriété temporaire sur des éléments immobiliers qui ne serait justifiée *par aucun droit sous-jacent* – la

⁴⁰ Art. 3.153, 3.154, 3.155, 3.156 et 3.157 (usufruit) ; 3.173 (emphytéose) ; 3.185 (superficie).

⁴¹ S. BOUFFLETTE et A. SALVE, « Les principes généraux du droit des biens (Titre I^{er} du nouveau Livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », *op. cit.*, p. 22.

⁴² Que ce droit d'usage soit réel, personnel ou administratif (J.-Fr. ROMAIN, « La nouvelle dimension de la superficie », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 400).

⁴³ J. HANSENNE et L. ROUSSEAU, « Accession », *Rép. not.*, t. II, Les biens, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 75.

⁴⁴ Que la Cour de cassation qualifie de « superficie accessoire », tout en confirmant son existence par la même occasion (Cass., 12 juin 2014, *Pas.*, I, p. 1483).

⁴⁵ « Le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations. Dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle.

Le droit de superficie-conséquence et la propriété des ouvrages et plantations en découlant ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont ils découlent.

L'alinéa 2 ne s'applique pas en ce qui concerne la saisie et l'hypothèque lorsque le droit de superficie-conséquence découle d'un droit d'usage administratif ».

⁴⁶ Comme le précise le dernier alinéa de l'article 3.182 du Code civil, le droit de superficie-conséquence et les ouvrages dont le titulaire du droit d'usage administratif est temporairement propriétaire peuvent faire l'objet d'une saisie ou d'une hypothèque indépendamment du droit administratif dont ils sont l'accessoire. Voy. l'exposé des motifs de la loi du 12 juillet 2021 ayant modifié le Code civil sur ce point (Proposition de loi portant des dispositions urgentes en matière de Justice, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-2084/001, pp. 12-13).

⁴⁷ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 319.

⁴⁸ De manière tout à fait générale, l'article 3.6, alinéa 1^{er}, première phrase dispose que : « Si la nature du droit l'impose, il ne peut en disposer qu'avec le bien principal auquel il est attaché ».

propriété n'est ici qu'une conséquence du droit d'usage et n'est donc pas autonome⁴⁹.

Cette règle pourrait être vue comme une application de la règle *nemo plus iuris*⁵⁰ : propriétaire temporaire des ouvrages et plantations, le titulaire du droit d'usage n'en est propriétaire qu'en raison et que dans le cadre de son propre droit d'usage⁵¹. Céder la propriété temporaire des immeubles, sans céder le droit, revient au fond à céder plus de droits qu'il ne dispose sur le fonds. Par identité de motifs, la cession du droit réel d'usage s'accompagne de la cession de la propriété des ouvrages et plantations réalisés par le propriétaire⁵²⁻⁵³.

En pratique, une question demeure : quelles sont les conséquences d'une cession du droit sans cession des ouvrages et plantations y attachées (et inversement) ? Une telle cession est-elle nulle ? Ou alors, faut-il considérer que, par effet de la loi, la cession du droit emporte nécessairement la cession des ouvrages ?

13. Droit d'usage et durée, une application de l'adage *nemo plus iuris* ?

En matière de cession de droit réel d'usage, l'adage *nemo plus iuris* intervient également quant à la durée du droit cédé. En effet, le droit d'usage est cédé avec sa limite temporelle intrinsèque, telle que convenue à sa constitution ou prévue légalement ; le cessionnaire n'en bénéficiera donc que pour sa durée résiduaire.

Sous l'ancien droit, en matière d'emphytéose et de superficie, les articles 6 et 2 des lois sœurs de 1824 précisaient expressément que la cession ne valait que pour la durée restant à courir du droit cédé⁵⁴. En matière

⁴⁹ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », in *Les droits réels démembrés*, coll. CUP, vol. 152, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 195.

⁵⁰ Les travaux préparatoires exposent que « [l]e droit de superficie est une valeur patrimoniale, non *intuitu personae* qui peut donc être cédée et hypothéquée. Même en respectant le principe *nemo plus iuris*..., il faut rappeler que la propriété du superficiaire n'est qu'une conséquence de son droit réel démembré de superficie, ce qui implique que les actes d'aliénation doivent concerner l'un et l'autre ; la cession des ouvrages, à quelque titre que ce soit, ne peut se réaliser que de pair avec la cession, partielle le cas échéant, du droit de superficie en ce qu'il se rapporte aux éléments cédés. À défaut, on aboutirait à attribuer au cessionnaire une propriété temporaire et donc contraire au caractère perpétuel de la propriété qui ne serait justifiée par aucun droit sous-jacent de superficie, qu'il soit principal ou conséquence » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 344).

⁵¹ J.-Fr. ROMAIN, « La nouvelle dimension de la superficie », *op. cit.*, p. 417.

⁵² I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 385 ; P. LECOCQ et al., *Manuel de droit des biens*, t. 2, *op. cit.*, p. 417 ; B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, p. 119.

⁵³ « [S]auf à exclure certains d'entre eux contractuellement de la cession » (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 195). Néanmoins, il nous semble qu'en réalité, cette possibilité de conserver contractuellement certains ouvrages et plantations doit s'accompagner de la conservation, par le cédant, du droit d'usage sur la partie du fonds sur laquelle ou au sein de laquelle ces immeubles sont situés.

⁵⁴ J. HANSENNE, *Les biens : précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 1034 et 1250 ; P. LECOCQ et al., *Manuel de droit des biens*, t. 2, *op. cit.*, p. 488.

d'usufruit, en dépit d'une précision identique dans l'ancien Code civil au sein des dispositions consacrées à l'usufruit, la doctrine estimait cependant que l'adage *nemo plus iuris* aurait justifié cette limitation, sans pour autant affirmer le caractère de principe général de droit de l'adage justifiant cette solution⁵⁵.

L'article 3.15, 1°, du Code civil dispose à présent que les droits réels s'éteignent par « l'extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel », et des auteurs ont déjà pu écrire à ce sujet que « dès lors que le droit du cédant s'éteint, la cession ou la constitution du droit réel d'usage s'éteint »⁵⁶.

Ces auteurs, comme d'autres⁵⁷, ont pu y voir une application particulière du principe *nemo plus iuris*. Alors que la cession d'un droit réel d'usage implique sa disparition du patrimoine du cédant, il paraît surprenant de lier automatiquement l'extinction du propre droit du cédant pour justifier une extinction du droit réel cédé. Il faut, peut-être, distinguer ici deux questions différentes.

Si cette règle vise, de manière générale, la disparition du droit du titulaire cédant avec effet rétroactif (par exemple, en cas d'annulation de l'acte constitutif du droit réel d'usage), alors il peut être soutenu qu'en effet, la cession ne peut conserver aucun effet utile, en application alors de l'adage *nemo plus iuris* mis en œuvre à l'article 3.15, 1°, du Code civil⁵⁸.

En revanche, il n'est pas si évident de voir dans la disparition du droit réel d'usage cédé par l'arrivée de son terme une application de l'adage ; même si c'est ce que la doctrine a déjà pu soutenir en matière d'usufruit⁵⁹. Le fait qu'il soit admis que le droit d'usufruit prenne fin par le décès de l'usufruitier cédant⁶⁰ ne semble pas en soi déterminant pour y voir une application de l'adage au travers de sa mise en œuvre par l'article 3.15, 1°, du Code civil. Dans ce cas, la durée du droit d'usufruit cédé a simplement été déterminée à l'origine par référence à la durée de vie de l'usufruitier initial ; il est donc normal qu'à son décès, le droit prenne fin, indépendamment des cessions intervenues par la suite. Dans le contexte d'une cession de droit réel d'usage, l'adage *nemo plus iuris* – si tant est qu'il intervienne – ne signifierait-il pas plus simplement que le cédant ne peut en réalité céder que ce qu'il a ? C'est-à-dire un droit réel d'usage nécessairement temporaire dont la durée

⁵⁵ I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., p. 288

⁵⁶ S. BOUFFLETTE et A. SALVE, « Les principes généraux du droit des biens (Titre I^{er} du nouveau Livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », op. cit., p. 33.

⁵⁷ N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 1^{re} éd., Limal, Anthemis, 2020, pp. 64-65 ; F. BOUSSA, « Usufruit : questions choisies », in P. LECOCQ (dir.), *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, coll. CUP, vol. 218, Liège, Anthemis, 2022, p. 138.

⁵⁸ *Infra*, n° xx.

⁵⁹ F. BOUSSA, « Usufruit : questions choisies », op. cit., p. 138.

⁶⁰ Dans cette hypothèse, nécessairement l'usufruitier au bénéfice duquel l'usufruit a été consenti.

est déterminée à l'origine, par référence tantôt au caractère viager du titulaire originaire (quand cela est autorisé, comme en matière d'usufruit), tantôt à un nombre d'année fixe⁶¹.

Sous-section 4

Droit de suite attaché aux droits réels

14. *Nemo plus iuris et prior tempore, potior iure.* Les conflits de droit réel sont réglés, dans le Code civil, par l'article 3.4. Cette disposition reprend le principe *prior tempore, potior iure*, selon lequel un droit réel antérieur prévaut sur un droit réel postérieur⁶². Ce principe d'antériorité est matérialisé par le droit de suite qui s'attache aux droits réels, lequel permet au titulaire d'un droit réel d'opposer son droit à chaque acquéreur successif⁶³.

Ce droit de suite constitue une application de l'adage *nemo plus iuris* en matière de cession de droits réels : le titulaire d'un droit réel peut opposer son droit à tout tiers qui l'a acquis d'une personne qui ne pouvait le transférer. Par exemple, l'héritier pourra opposer son droit de propriété sur les biens dépendant de la succession à celui qui l'aurait acquis d'une personne qui n'a pas hérité.

La sanction du non-respect de ce cas d'application de l'adage *nemo plus iuris* se situe sur le plan de l'opposabilité : le titulaire d'un droit postérieur, acquis d'une personne ne qui pouvait pas le transmettre, ne pourra pas l'opposer au titulaire du droit antérieur⁶⁴.

⁶¹ Pour le dire autrement, dans cette situation, ne pourrait-il pas, plutôt, être défendu que c'est en raison de la durée convenue initialement, caractéristique propre au droit réel cédé en somme indépendante des droits dont disposait le cédant sur cette chose, que le droit prend en réalité fin ?

⁶² P. WÉRY traduit cet adage comme suit : « le droit qui est le premier en temps est aussi le plus puissant en droit. Ou, si l'on préfère, la priorité revient au droit qui est le premier en date » (« L'adage prior tempore potior iure », in J.-Fr. VAN DROOGHENBOECK (dir.), *Le temps et le droit. Liber amicorum* Gilberte Closset-Marchal, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 636).

⁶³ Sur ce sujet, voy. A. DESPRET, « Dispositions générales et classifications en droit des biens : questions choisies », in *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 19-62.

⁶⁴ Qui est le titulaire du droit antérieur ? En vertu de l'article 3.14, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, le transfert (ou la constitution) d'un droit réel se réalise par un acte juridique translatif (ou constitutif), lequel se réalise par le seul échange des consentements des parties (sauf pour les choses de genre, pour lesquelles le transfert ou la constitution a lieu lorsqu'elles sont spécifiées (art. 3.14, § 2, al. 3, C. civ.)). La propriété, par exemple, se transmet « par la seule conclusion du contrat de vente » (J. DEL CORRAL, « La validité du transfert des biens meubles corporels et son opposabilité aux tiers », *R.G.D.C.*, 2014/1, p. 5). La question qui se pose alors est celle de savoir si le transfert est opposable à tous, en ce compris les tiers (sous réserve des règles de publicité, voy. *infra*). F. LAURENT estime que « la propriété est transmise au créancier à l'égard de tous, donc non seulement à l'égard du débiteur, mais aussi à l'égard des tiers » (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 16, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, Paris, 1887, p. 426 ; en ce sens, voy. également P. WÉRY, *Droit des obligations*, 3^e éd., vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 425, n° 405). Il en résulte que le premier acquéreur sera devenu immédiatement titulaire du droit réel, par le simple échange de consentement, et qu'il peut alors opposer son droit (antérieur) au second acquéreur.

15. Première exception : la publicité des droits réels. Le droit de suite – application de l’adage *nemo plus iuris* – n’est pas absolu. Comme l’expose J. Hansenne, « le droit de suite [...] est paralysé dans de nombreux cas par le jeu de l’article 2279 du Code civil et des règles relatives à la transcription et à l’inscription des titres constitutifs de droits réels immobiliers »⁶⁵. L’article 3.4 du Code civil précise d’ailleurs d’emblée que le droit de suite ne porte pas atteinte aux articles 3.28 et 3.30 du même Code ainsi qu’à l’article 96 de la loi hypothécaire.

Les règles relatives à l’opposabilité des actes juridiques relatifs aux droits réels constituent, dans les faits, une limite à l’adage *nemo plus iuris* puisqu’ils peuvent avoir pour conséquence de donner la priorité à celui qui a acquis le droit en second lieu, soit *a non domino*.

Ainsi, en matière immobilière⁶⁶, la transcription⁶⁷ peut tenir en échec l’application de l’adage⁶⁸ : si la transcription ne confère aucun droit réel, le tiers de bonne foi ayant transcrit en premier lieu son titre⁶⁹ pourra opposer le droit réel immobilier litigieux, et ce, même s’il l’a acquis d’une personne qui n’en était pas titulaire. Par exemple, en cas de ventes successives d’un même bien immobilier, le second acquéreur de bonne foi (qui, en vertu de l’adage *nemo plus iuris*, n’est censé avoir acquis aucun droit, puisque le vendeur n’était plus propriétaire du bien, la vente étant un contrat consensuel) pourra conserver le bien, en opposant son acte d’acquisition au premier acquéreur, s’il est le premier à l’avoir transcrit⁷⁰.

À noter que J. Hansenne estime, au contraire, que « ce n’est qu’entre parties à la convention, et uniquement entre elles, que la propriété se trouve acquise automatiquement, par le seul fait de l’accord des volontés. Par contre, le seul échange des consentements n’opère pas de transfert à l’égard des tiers ; ce transfert ne sera opposable à ces derniers que par l’accomplissement d’une formalité, d’un acte de publicité rendant objectivement visible la convention que, jusque-là, les tiers n’avaient pas eu la possibilité de connaître » (*Les biens : précis*, t. I, *op. cit.*, p. 224).

⁶⁵ J. HANSENNE, *Les biens : précis*, t. I, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁶ À noter que l’article 1141 de l’ancien Code civil (abrogé par la loi du 28 avril 2022 portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, M.B., 1^{er} juillet 2022, p. 54082, art. 62) réglait expressément le conflit résultant de la double aliénation d’un même bien meuble : « [S]i la chose qu’on s’est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ». Pour une analyse, voy. P. WÉRY, « L’adage *prior tempore potior iure* », in J.-Fr. VAN DROOGHENBOECK (dir.), *Le temps et le droit. Liber amicorum Gilberte Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 643-645.

⁶⁷ Art. 3.30 C. civ.

⁶⁸ Pour le dire autrement : « [d]ans la mesure où les transferts ou les constitutions de droits réels immobiliers sont rendus opposables par la transcription ([ou l’inscription, s’agissant de l’hypothèque et des privilèges immobiliers]), cette publicité permet de trancher les conflits entre droits réels. La préférence revient au droit qui a été publié en premier lieu, sans qu’il faille s’attacher à la date à laquelle le *negotium* (vente, donation...) a été conclu. En d’autres termes, l’adage *nemo plus iuris alium transferre potest* se voit ainsi évincé : en cas de conflit entre acquéreurs successifs d’un même immeuble, l’emporte le premier des deux qui a transcrit son titre » (P. WÉRY, « L’adage *prior tempore potior iure* », *op. cit.*, p. 640).

⁶⁹ Lorsque la transcription est nécessaire.

⁷⁰ Art. 3.30 et s. C. civ.

16. Seconde exception : les modes originaux d'acquérir. Outre les règles relatives à la publicité évoquées ci-avant, certains modes originaux d'acquisition peuvent tenir en échec le droit de suite. En effet, les modes originaux d'acquérir des droits réels ont pour effet, d'une part, de créer un droit nouveau, et d'autre part, de *débarrasser* le bien de toutes les charges réelles antérieures qui le grevaient⁷¹.

Ainsi, l'accession permet au propriétaire d'un bien immobilier de devenir propriétaire de tous les biens meubles qui y seraient incorporés⁷², et ce même s'il n'est pas propriétaire du bien meuble avant incorporation, parce qu'il l'a acquis *a non domino*. Autrement dit, le droit de suite aurait dû permettre au véritable propriétaire des meubles (dont le droit est antérieur) de les suivre en quelques mains qu'ils passent, en ce compris entre les mains du propriétaire de l'immobilier auxquels ils ont été incorporés. Or, les règles relatives à l'accession ne le permettent pas.

La prescription acquisitive⁷³ et l'acquisition immédiate de bonne foi tiennent également le droit de suite en échec : le possesseur de bonne foi qui a acquis un bien meuble à titre onéreux en devient immédiatement⁷⁴ propriétaire, même s'il l'a acquis d'une personne qui ne l'était pas⁷⁵, et le titulaire du droit antérieur ne pourra pas lui opposer son droit⁷⁶ ; le possesseur⁷⁷ d'un droit pendant dix ou trente ans⁷⁸ en devient propriétaire par usucapion, même s'il a acquis le bien *a non domino*⁷⁹, sans que le titulaire du droit antérieur puisse lui opposer son droit.

Ces modes d'acquisition ont pour effet de « parfaire une acquisition restée infructueuse soit à raison de la forme [...], soit à raison du fond, parce que l'aliénateur n'était pas le propriétaire »⁸⁰. En d'autres termes, en vertu de l'adage *nemo plus iuris*, l'acquéreur n'aurait pas pu acquérir le droit transmis par l'aliénateur. La loi écarte l'application de l'adage : finalement, « ce n'est pas l'auteur de la convention qui va transmettre plus de droit qu'il n'en a ;

⁷¹ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 36.

⁷² Art. 3.47, 3.55 et 3.64 C. civ.

⁷³ À noter que P. F. GIRARD qualifie l'usucapion de mode dérivé (« involontaire ») d'acquisition (*Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2003, pp. 274-275).

⁷⁴ Dès son entrée en possession paisible et non-équivoque (art. 3.28 C. civ.).

⁷⁵ Et, depuis le 1^{er} septembre 2021, à condition qu'il ait acquis le bien à titre onéreux selon l'article 28 du Code civil.

⁷⁶ Sous réserve de la possibilité pour le *verus dominus* qui a perdu ou auquel a été volé le meuble de le revendiquer contre le possesseur pendant un délai préfix de trois ans à compter du jour de la perte ou du vol (art. 3.28, al. 2, C. civ.).

⁷⁷ Dont la possession est utile au sens de l'article 3.21 du Code civil.

⁷⁸ Selon la bonne ou mauvaise foi.

⁷⁹ Art. 3.26 et 3.27 C. civ.

⁸⁰ P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 322.

c'est la loi [...] qui [va] faire que l'ayant droit va recevoir davantage »⁸¹. Pour reprendre les termes de H. Roland et L. Broyer, « [c]e résultat pour le moins surprenant s'explique généralement par l'exigence de sécurité juridique dans les relations juridiques qui s'en trouverait compromise si *Nemo plus juris...* continuait de s'appliquer »⁸².

Section 2

L'application de l'adage *nemo plus iuris* en matière de constitution de droits réels d'usage⁸³

Sous-section 1

Constitution d'un droit réel d'usage sur le bien d'autrui

17. Notions de droit réel d'usage et de constitution. Les droits réels sont, pour reprendre les termes de N. Bernard, « des prérogatives juridiques qui permettent à leur titulaire de retirer directement – sans l'intermédiaire d'une personne – tout ou partie de l'utilité plus ou moins grande qu'un bien (le sien propre ou celui d'autrui) comporte »⁸⁴. À côté de la (co)propriété et des sûretés réelles, le législateur consacre les droits réels d'usage⁸⁵ (anciennement « démembrements »⁸⁶) qui sont actuellement au nombre de quatre⁸⁷, soit les servitudes, l'usufruit, l'emphytéose et la superficie.

⁸¹ H. ROLAND et L. BROYER, *Adages du droit français*, op. cit., p. 508.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Ce chapitre a été rédigé par A. VANDENDRIES. Il ne reflète que le point de vue de l'auteur.

⁸⁴ N. BERNARD, op. cit., p. 36.

⁸⁵ Art. 3.3, al. 1^{er}, C. civ.

⁸⁶ Comme le résumait P. LECOCQ et consorts, la notion de « démembrement » employée comme référence aux droits réels sur la chose d'autrui est sujette à discussion sous l'ancien Code civil. Une certaine acception de cette notion pouvait laisser sous-entendre que la constitution d'un droit réel aurait amputé l'un des « membres » (comprenez « attributs ») du droit de propriété. Ce débat est éminemment relatif lorsque l'on « admet que c'est par la confusion habituelle entre le droit de propriété et l'objet de ce droit que l'on s'est ainsi exprimé et qu'en réalité, c'est la chose, ou plus précisément encore, les utilités de celle-ci, que l'on se répartit en cas de création d'un droit réel démembrement » et ces auteurs de conclure que « démembrement » la chose revient à « s'en répartir les utilités, en les exerçant concurremment parfois, dans une optique de rentabilité économique » (P. LECOCQ et al., *Manuel de droit des biens*, t. 2, op. cit., pp. 14-15). L'appellation nouvelle de droits réels « d'usage » cadre avec cette seconde acception. Bien plus qu'un superficiel toilettage lexical – pour reprendre l'expression de cet auteur – N. Bernard souligne que cette nouvelle appellation reflète l'actuelle tendance structurelle (et plus profonde) selon laquelle le statut de propriétaire importe moins que le « bouquet d'utilités » que peut offrir une chose via des droits réels accordés à un (plusieurs) tiers (*Le droit des biens après la réforme de 2020*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2022, p. 32).

⁸⁷ Art. 3.3, al. 2, C. civ. Sous le Livre 3, le droit d'usage est purement et simplement abrogé tandis que le droit d'habitation est simplement une forme particulière d'usufruit, sans plus constituer un droit réel à part entière. À ce sujet, voy. l'article 3.138, alinéa 2, du Code civil disposant qu'« [u]n droit d'habitation est présumé, sauf

Classiquement, constituer un droit réel (d'usage) s'entend de l'acte posé par le propriétaire d'un bien et consistant à grever celui-ci « d'un droit réel et de céder, partant, telle ou telle prérogative relevant de son droit de propriété »⁸⁸ ; nous verrons que cette faculté n'est plus de l'apanage du seul propriétaire du bien.

18. La constitution d'un droit réel sur la chose d'autrui est nulle.

Dans un ancien Code civil au sein duquel cette forme d'*abusus* juridique⁸⁹ ne peut en norme émaner que du propriétaire du bien⁹⁰, il a déjà pu être soutenu que la constitution d'un droit réel sur la chose d'autrui serait nulle⁹¹⁻⁹². Déjà sous l'ancien Code, cette rigidité de principe s'érodait cependant en ce qu'il était admis, certes de manière éparse, que d'autres personnes que le propriétaire du bien puissent grever celui-ci de droits réels d'usage. Qu'on songe, par exemple, à la possibilité reconnue à l'usufruitier⁹³ ou à l'emphytéote⁹⁴ de grever le fonds d'une servitude ou, encore, à la possibilité – certes discutée – pour un emphytéote de concéder un usufruit sur le bien grevé⁹⁵.

En ce que le Livre 3 du Code civil autorise de manière uniforme les titulaires d'un droit réel d'usage de constituer eux-mêmes un droit réel d'usage sur le bien d'autrui⁹⁶, cette nullité de principe semble, encore moins qu'auparavant, pouvoir être appliquée de manière absolue. L'autorisation doit pourtant être bien cernée. Ce n'est qu'en raison et, alors, *dans les limites* de leur propre droit réel d'usage⁹⁷ – des prérogatives sur le bien d'autrui qu'ils en tirent, donc – que ces titulaires peuvent grever la chose d'autrui. Ainsi, c'est parce qu'il se voit accorder une pleine jouissance et un plein usage de l'immeuble d'autrui que l'emphytéote peut grever cet immeuble d'un usufruit ou d'une sous-emphytéose. C'est parce qu'il a l'usage et la jouissance de telle

preuve contraire, être un droit d'usufruit incessible limité à ce qui est nécessaire pour l'habitation du titulaire du droit et de sa famille » (nous soulignons).

⁸⁸ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 188.

⁸⁹ I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 163.

⁹⁰ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 166.

⁹¹ P. WÉRY, « La vente de la chose d'autrui et les obstacles à son annulation », *op. cit.*, p. 25. Sous la note n° 75, l'auteur pointe néanmoins des tempéraments, notamment en matière d'emphytéose.

⁹² L'on peut s'interroger quant à la question de savoir si cette nullité peut être justifiée quant à l'assimilation, sous l'ancien Code civil, de la constitution d'un droit réel d'usage à l'aliénation d'un tel droit (J. HANSENNE, *Les biens : précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1024).

⁹³ S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, *Usufruit, usage et habitation*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 109.

⁹⁴ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824.

⁹⁵ F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », in *La stratégie immobilière*, Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2003, p. 39 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbarheden », *Not. fisc. M.*, 2004/6, p. 145.

⁹⁶ Voy. art. 3.117 (servitudes), 3.140 (usufruit), 3.168 (emphytéose) et 3.178 (superficie) C. civ.

⁹⁷ Voy. *infra*, n° XX.

maison ou de tel fonds que l'usufruitier peut constituer un droit d'usufruit sur ceux-ci au profit d'un tiers.

Il en découle que la constitution d'un droit réel d'usage par *un tiers* totalement étranger au bien, c'est-à-dire une personne autre que le propriétaire, reste, à notre avis, toujours frappée de nullité à défaut de disposer de quelque prérogative sur le bien, ce qui constitue une application de *nemo plus iuris*.

Sous-section 2

Droits réels d'usage en cascade

19. Droits réels d'usage en cascade : notion. On l'a vu, le Livre 3 du Code civil autorise de manière générale chaque titulaire d'un droit réel d'usage à constituer lui-même d'autres droits réels d'usage⁹⁸. Cette situation de constitution(s) successive(s) de droits réels d'usage peut être qualifiée de « droits réels d'usage en cascade » ou « d'empilements de droits réels d'usage ». Contrairement à la cession du droit réel qui fait sortir le droit réel du patrimoine du cédant⁹⁹, la « sous- » constitution maintient le droit réel dans son patrimoine avec ses droits et ses obligations. Disposant de prérogatives – plus ou moins étendues en fonction de son droit – sur le bien d'autrui, le sous-constituant accepte à son tour de réduire celles-ci en les conférant tout ou en partie à un tiers¹⁰⁰ ; à l'instar finalement de ce que le propriétaire (voire maintenant tout autre constituant) avait lui-même consenti en sa faveur.

Évidemment, cette situation ne doit pas être confondue avec une situation d'indivision dans laquelle au moins deux personnes sont titulaires du *même* droit réel¹⁰¹.

⁹⁸ Voy. la partie des travaux préparatoires relative à l'article 3.140 du Code civil (alors article 3.155 au stade de la proposition de loi) se rapportant aux constituants potentiels d'un droit d'usufruit libellée comme suit : « [c]ette disposition a pour effet qu'un non-propriétaire, titulaire d'un droit réel d'usage, est habilité, dans les limites de ce droit, à concéder un autre droit réel, en l'occurrence, à l'époque une superficie. Cela était déjà admis de longue date pour l'établissement de servitudes et, depuis 2014, pour le droit de superficie, mais une telle disposition pourrait recevoir une portée plus générale » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 265).

⁹⁹ Mais qui n'a pas d'effet, en tant que telle, sur les obligations personnelles dont il reste en norme tenu solidairement. Voy. *supra*, XX.

¹⁰⁰ M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », in S. SCARNA (dir.), *Actualités de droit fiscal*, coll. CUP, vol. 205, Liège, Anthemis, 2021, p. 186. Prenant l'exemple de l'usufruitier, ces auteurs précisent que celui-ci « pourrait parfaitement limiter son propre droit d'usufruit au profit d'un tiers » (nous soulignons).

¹⁰¹ Art. 3.13 C. civ. : « Les droits réels peuvent avoir pour titulaire une ou plusieurs personnes. Celles-ci doivent exister, ou, au moins, être conçues au moment de la naissance du droit, à condition de naître vivante et viable ».

20. Autorisation de principe. Le législateur encadre strictement cette faculté de constitution puisque ces titulaires ne peuvent constituer un autre droit réel que *dans les limites de leur droit*¹⁰². Cette limitation formelle se situe dans la droite ligne de celle imposée en matière de droit de superficie telle qu'introduite par la loi de 2014¹⁰³ – et, alors, justifiée expressément par l'adage *nemo plus iuris*¹⁰⁴ – qui avait ouvert le champ des constituants d'un tel droit à tout titulaire d'un droit réel, et non simplement au seul propriétaire du bien¹⁰⁵. À l'exception de l'impossibilité certaine de constitution d'un droit d'emphytéose par l'usufruitier¹⁰⁶, le législateur n'a cependant pas été dans le détail des limites autres que temporelles qui s'imposent aux titulaires de droits réels d'usage en raison de leurs prérogatives.

Comprendre comment fonctionne, en pratique, cette faculté revient à devoir déterminer, dans un premier temps, l'objet sur lequel peuvent porter ces « sous » droits réels d'usage, et, dans un second, d'analyser l'étendue des prérogatives que confère chaque droit réel d'usage¹⁰⁷ afin de déterminer les droits que leurs titulaires peuvent respectivement constituer et de bien circonscrire celles-ci pour ne pas verser, à terme, dans un éclatement du droit de propriété¹⁰⁸.

21. Objet du « sous » droit réel d'usage. Au niveau des modalités, l'on s'interrogeait sous l'ancien Code civil et les lois sœurs de 1824¹⁰⁹ quant à l'objet sur lequel pouvait porter le nouveau droit réel d'usage. S'agissait-il de constituer un nouveau droit réel directement *sur le bien déjà grevé* (par exemple, droit d'emphytéose sur *l'immeuble grevé d'emphytéose*) ou bien *sur le droit réel* en tant que tel (dans le même exemple, droit d'emphytéose *sur droit*

¹⁰² Voy. art. 3.117 (servitudes), 3.140 (usufruit), 3.168 (emphytéose) et 3.178 (superficie) C. civ.

¹⁰³ Art. 124 de la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 14 mai 2014, p. 39045. Pour une analyse de la loi de 2014, voy. Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (première partie) », *J.T.*, 2015, n° 6596, pp. 229-238 ; Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (deuxième partie) », *J.T.*, 2015, n° 6597, pp. 245-258.

¹⁰⁴ « Il va de soi que les praticiens devront être attentifs afin d'éviter la violation de l'adage "Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet". Ceci implique que (1) le "nouveau" droit de superficie ainsi créé doit rester dans les limites du droit sous-jacent, (2) les pouvoirs liés au "nouveau" droit de superficie ne peuvent pas être plus étendus que les pouvoirs de celui qui accorde le droit et (3) que la durée du "nouveau" droit de superficie ne peut donc jamais être plus longue que la durée du droit sous-jacent, sauf à obtenir l'intervention du propriétaire tréfoncier » (Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3149/001, p. 108).

¹⁰⁵ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie : « Le droit de superficie peut être constitué par tout titulaire d'un droit réel immobilier dans les limites de son droit » (nous soulignons).

¹⁰⁶ Voy. *infra*, n° XX.

¹⁰⁷ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 166, n° 5.

¹⁰⁸ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 315.

¹⁰⁹ Lois du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie et sur le droit d'emphytéose, *Journal officiel du Royaume des Pays-Bas*, 21 janvier 1824.

d'emphytéose) ? S'il était admis qu'un usufruit pouvait – et peut toujours – être constitué sur un autre droit réel, la question divisait la doctrine en matière de superficie et d'emphytéose¹¹⁰.

La question apparaît résolue sous le Livre 3 : le droit réel à constituer par le titulaire du droit réel d'usage grèvera le bien, objet de son propre droit ; soit le bien d'autrui et non le droit réel dont il est titulaire. Ce point, souligné en doctrine¹¹¹, ressort à suffisance des travaux préparatoires¹¹² et du texte même des dispositions se rapportant à l'objet des droits réels¹¹³.

En ce qu'il peut également porter sur une chose incorporelle¹¹⁴ – et donc un droit réel – l'usufruit fait figure d'exception : un tel droit se conçoit tant sur le bien déjà grevé d'un autre droit réel d'usage que sur le droit réel

¹¹⁰ Voy. S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Bruxelles, Intersentia, 2015, p. 271 ; Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (première partie) », *op. cit.*, n° 6596, p. 238 ; C. MOSTIN, « Emphytéose et superficie : aspects civils », *Rép. not.*, t. II, Les biens, liv. VI1, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 83-86, n° 18 ; P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », in *Le point sur le droit des biens*, coll. CUP, vol. 42, Liège, Éd. Formation Permanente CUP, 2000, pp. 145-146 ; P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, pp. 187-189.

¹¹¹ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », in P. LECOCQ (dir.), *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, coll. CUP, vol. 218, Liège, Anthemis, 2022, pp. 173 et 188. Dans le même sens, M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, pp. 180-181 ; J. TERFVE et J. NOEL, « Superficie : constitution, cession et extinction », *Jurim pratique*, 2022/2-3, p. 315 (sans que nous souscrivions nécessairement aux développements relatifs aux droits réels par leur objet).

¹¹² Voy. à propos du droit d'usufruit : « Ainsi, un usufruitier pourrait accorder un usufruit au deuxième degré, dans les limites de ses propres pouvoirs et de la durée restante de son droit. Un usufruitier ne peut jamais concéder une emphytéose sur le bien grevé d'usufruit, puisque, par définition, un tel droit irait au-delà de la nature de son usufruit » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 265, nous soulignons). À propos du droit d'emphytéose : « Il est néanmoins proposé d'étendre encore les possibilités en vue de permettre à un titulaire d'un droit réel d'usage de concéder un droit d'emphytéose sur l'objet même de son droit réel, dont il n'est donc pas propriétaire, mais dans les limites de son droit, imposées notamment par la nature de celui-ci. Cette conception est actuellement déjà défendue par une partie de la doctrine » (*Ibid.*, p. 314, nous soulignons). Quant au droit de superficie : « Depuis la réforme de 2014, le droit de superficie peut être constitué par "tout titulaire d'un droit réel immobilier dans les limites de son droit". L'intervention législative de 2014 a mis fin à la controverse portant sur la question de savoir si seul le propriétaire d'un fonds peut constituer une superficie ou si un titulaire d'un droit réel démembré le peut également. La réforme de 2014 a opté pour une large détermination des constituants possibles d'un droit de superficie à condition qu'il reste dans les limites de son propre droit sur l'objet du droit de superficie, à savoir le bien immeuble » (*Ibid.*, p. 334, nous soulignons). Il en est de même en matière de servitudes : « Une servitude peut être accordée – pour la durée de son droit – par le titulaire d'un droit réel sur le fonds servant, tels l'usufruitier, l'emphytéote ou le superficiaire » (*Ibid.*, p. 218, nous soulignons).

¹¹³ En ce que l'article 3.167 du Code civil précise que le droit d'emphytéose confère un plein usage et une pleine jouissance sur un immeuble par nature ou par incorporation, il apparaît exclu qu'un tel droit puisse porter sur droit réel en tant que tel. Il en va de même en matière de droit de superficie qui confère, selon l'article 3.177 du Code, un droit de propriété sur un volume, soit une forme d'immeuble par nature au sens de l'article 3.47, alinéa 1^{er}, du Code civil. Les servitudes ne pouvant pareillement pas être établies sur des droits incorporels (sur ce dernier point, voy. N. GOFFLOT, « Servitudes du fait de l'homme : questions choisies », in P. LECOCQ (dir.), *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, coll. CUP, vol. 218, Liège, Anthemis, 2022, p. 14, n° 3).

¹¹⁴ Art. 3.139 C. civ.

d'usage en tant que tel¹¹⁵. En pratique, se posera la question de la répartition concrète, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, des prérogatives octroyées par le droit réel détenu en usufruit. À titre d'exemple, dans un contexte familial, prenons un conjoint survivant recueillant l'usufruit d'un droit d'emphytéose de son conjoint prédécédé. Le droit d'usufruit attribue l'usage et la jouissance à son titulaire et les droits résiduels (dont l'*abusus*) au nu-propriétaire. Le droit d'emphytéose conférant à son titulaire le droit de *modifier* la destination du bien grevé, l'usufruitier – tenu par essence de respecter la destination du bien – devra-t-il, dans ce cas, obtenir l'accord du nu-propriétaire pour modifier la destination de l'immeuble grevé, faculté spécifiquement déniée à l'usufruitier¹¹⁶ ?

22. Numerus clausus et caractéristiques essentielles. Si pouvoir constitutif de droits réels d'usage il y a, celui-ci peut-il s'exercer d'une manière débridée et aboutir à la création de droits réels *sui generis* ? Assurément non. Tant au stade de la constitution originaire (propriétaire – titulaire) qu'au stade de la « sous- » constitution (sous-constituant – sous-titulaire), le législateur a cadré la faculté de constituer des droits réels en instaurant un système de *numerus clausus*¹¹⁷ des droits réels¹¹⁸ au sein du Livre 3¹¹⁹. Seul le législateur peut créer de nouveaux droits réels et les parties sont donc liées par le nombre

¹¹⁵ À l'exclusion des servitudes. Cette exclusion se justifie en raison du rapport foncier qu'elles établissent entre *deux fonds* ; un usufruit peut porter sur un droit d'usufruit, un droit d'emphytéose ou un droit de superficie (S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, *Usufruit, usage et habitation*, op. cit., p. 30, n° 14). Un droit d'usufruit se conçoit pareillement porter sur les droits résiduels du nu-propriétaire, du bailleur emphytéotique ou du tréfoncier (E. SANZOT, N. BERNARD et A. VANDENDRIES, « Usufruit, dirigeant d'entreprise et fiscalité », *Jurim pratique*, 2022/2-3, p. 84, n° 15. Dans le même sens, V. DEFRAITEUR, « L'usufruit version 2020 en 20 questions », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (dir.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 256).

¹¹⁶ Art. 3.138 C. civ.

¹¹⁷ Comprendre par-là que seul le législateur peut créer des (nouveaux) droits réels. Les parties ne peuvent, en conséquence, façonner des droits réels *sui generis* échappant aux catégories éanches de l'article 3.3 du Code civil. Pour une vision critique de ce système fermé, voy. N. BERNARD, « Questions choisies de droit des biens en lien avec la réforme (principes généraux, effets de l'extinction des droits réels et droit transitoire) », in *Conseil francophone du notariat 2020-2022 – Deux ans de formation*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 58-60, n°s 21-25.

¹¹⁸ Selon l'article 3.3, alinéa 2, du Code civil, les droits réels sont « le droit de propriété, la copropriété, les droits réels d'usage et les sûretés réelles ».

¹¹⁹ On rappelle qu'un débat existait quant à la question de savoir si l'ancien Code civil mettait ou non en place une telle liste fermée. Cette affirmation légale du nombre limité de droits réels a notamment eu pour effet de mettre fin au débat qui existait quant à la question de savoir si des divisions horizontales *perpétuelles* – sur pied de l'article 553 de l'ancien Code civil – pouvaient être mises en place, en droit belge, en sus des divisions temporaires permises par la loi de 1824 sur le droit de superficie. Sur cette question, voy. P. LECOCQ et al., *Manuel de droit des biens*, t. 2, op. cit., pp. 382-389 ; J. PÉRILLEUX, « Histoire d'une idée fausse », note sous Cass. (1^{re} ch.), 6 septembre 2018, R.C.J.B., 2019/2-3, pp. 238-249 ; N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, « La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire – La propriété des volumes », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, études recensées et présentées par A. WIJFFELS*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 333-358 ; A. VANDENDRIES, « De la superficie à la volumétrie : enjeux civils et fiscaux », in N. BERNARD et B. HAVET (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 290-291 et 335-337.

limité de droits réels existant¹²⁰ ; à elles de piocher, dans la boîte à outils mise à disposition par le Livre 3, le droit réel d'usage qui correspond le mieux à la finalité de l'opération et de l'adapter, grâce à la large supplétivité des dispositions, à leurs besoins concrets.

Ce système fermé se double d'une « étanchéité » de principe entre les différents droits réels d'usage. En effet, leurs caractéristiques essentielles – leurs marques de fabrique respectives, en quelque sorte – sont protégées par des normes impératives¹²¹, généralement au travers de leur définition¹²² (comprenant l'étendue de leurs prérogatives sur le bien grevé¹²³, l'objet du droit¹²⁴ ou encore la finalité de celui-ci¹²⁵), de leur durée temporaire (parfois impérativement minimale¹²⁶ et, en principe¹²⁷, toujours maximale¹²⁸) et, pour l'usufruit, de ses causes d'extinction particulières en raison de son caractère aléatoire¹²⁹.

La doctrine estime que la contrariété de l'acte constitutif à l'un des éléments essentiels du droit réel dont les parties ont fait l'élection doit mener le juge sur la voie de la requalification de l'acte constitutif¹³⁰ ; ce qui

¹²⁰ A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *op. cit.*, p. 240.

¹²¹ Dans le même sens, mais limité à l'analyse des droits étudiés, voy. A. BROHEZ et A. BECHAIMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », in *Conseil francophone du notariat 2020-2022 – Deux ans de formation*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 121-141 ; A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *op. cit.*, pp. 242-250.

¹²² L'article 3.1 du Code civil précisant que « [l]es parties peuvent déroger aux dispositions du présent Livre, sauf s'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement » (nous soulignons).

¹²³ Rapport de services entre deux fonds pour les servitudes ; usage et jouissance pour l'usufruit ; *plein* usage et *pleine* jouissance pour l'emphytéote ; propriété d'un volume pour la superficie.

¹²⁴ Immeuble (corporel) pour les servitudes ; meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, pour l'usufruit ; immeuble corporel pour l'emphytéose ; volume (immeuble par nature) pour la superficie.

¹²⁵ Voy. en matière de superficie, la finale de l'article 3.177 précisant que ce droit est constitué « aux fins [pour son titulaire, d'avoir la propriété] tous ouvrages ou plantations [sur le fonds d'autrui] » ; une finalité particulière devant être respectée sous peine d'extinction par non-usage, voire de requalification (B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, p. 17 ; J.-Fr. ROMAIN, « La nouvelle dimension de la superficie », *op. cit.*, p. 374 ; A. VANDENDRIES, « De la superficie à la volumétrie : enjeux civils et fiscaux », *op. cit.*, p. 294).

¹²⁶ À titre d'exemple, le droit d'emphytéose est le seul droit réel devant exister pour une durée minimale de 15 ans (anciennement 27 ans). Cette durée, assurément impérative, est-elle néanmoins un élément essentiel dont le non-respect entraînerait la requalification ou, par le jeu de la conversion, la durée doit-elle simplement être portée à 15 ans ? Y décelant un élément essentiel, la doctrine majoritaire plaide en ce cas pour la requalification (A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », *op. cit.*, pp. 340-341. Dans le même sens, A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *op. cit.*, p. 249. *Contra* : M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, p. 148 qui ne retiennent pas la durée comme un élément caractéristique).

¹²⁷ Voy. *infra*, note n° XX.

¹²⁸ 99 ans en cas de droit d'usufruit (mais qui est viager s'il est conclu pour une personne physique) ; 99 ans en matière d'emphytéose et de superficie.

¹²⁹ Pour une analyse des causes d'extinction de l'usufruit, voy. E. SANZOT, N. BERNARD et A. VANDENDRIES, « Usufruit, dirigeant d'entreprise et fiscalité », *op. cit.*, pp. 87-96.

¹³⁰ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 135. Dans le même sens, V. SAGAERT, *Goederenrecht*, t. V, Beginselen van Belgisch privaatrecht, Malines, Kluwer, 2014, p. 556 ; K. VANHOVE et

arrivera lorsque l'acte qui lui est présenté ne correspond pas aux éléments essentiels du droit réel en question¹³¹. Il s'agit, en somme, de respecter l'essence de chaque droit réel qui « s'impose, ainsi dans un système fermé contraignant, quoique flexible pour le surplus et subsidiaire »¹³². Sur la base des travaux préparatoires du Livre 3, B. Pirlet remarque que la nullité pourrait également frapper la convention qui ne respecterait pas les définitions¹³³, tout en reconnaissant que la requalification (en droit réel ou personnel) sera le plus souvent choisie par le juge pour donner un effet utile à l'acte constitutif¹³⁴. À titre d'illustration, l'usufruitier se voyant conférer le droit de modifier la destination du bien grevé est plus vraisemblablement un emphytéote (voire un superficiaire)¹³⁵ ; le droit d'emphytéose conclu pour une durée de 10 années serait (selon la doctrine majoritaire), en réalité, un bail¹³⁶ ; le droit de superficie conférant à son titulaire un droit de jouissance étendu sur le *fonds* est potentiellement un droit d'emphytéose ou d'usufruit¹³⁷.

23. Droit réel d'usage et caractéristiques secondaires. À côté de ces caractéristiques essentielles de droit impératif, une grande souplesse caractérise chaque droit réel d'usage en ce que leurs dispositions sont majoritairement supplétives. À titre d'illustration, le régime légal du droit d'usufruit impose au nu-propriétaire de prendre à sa charge les grosses réparations¹³⁸, mais l'acte constitutif pourrait les mettre (totalement ou partiellement) à charge de l'usufruitier ou encore, limiter les grosses réparations à certains

F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbarheden », *op. cit.*, p. 137.

¹³¹ M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, p. 147 (mais ces auteurs se limitent au respect de la définition). Se référant quant à lui aux faits extrinsèques à l'acte pouvant entraîner requalification, voy. F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », *op. cit.*, p. 11.

¹³² P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », *op. cit.*, p. 161. Bien que cette auteure limite l'essence de chaque droit réel à sa définition.

¹³³ En l'occurrence, le droit de superficie ; mais cet auteur se base sur la partie des travaux préparatoires se rapportant au droit d'usufruit (B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, pp. 17-18).

¹³⁴ B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁵ La définition impérative du droit d'usufruit imposant à son titulaire de respecter la destination du bien (art. 3.138).

¹³⁶ F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », *op. cit.*, p. 15 ; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, t. V, *op. cit.*, pp. 556-557 ; A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 340. La Cour de cassation s'est déjà prononcée en ce sens, voy. Cass. (1^{re} ch.), 30 mars 2006, *Pas.*, 2006/3, p. 720.

¹³⁷ Le droit de superficie opérant une division horizontale de la propriété foncière, son titulaire ne dispose d'aucun *droit réel* sur le fonds qui constitue l'assiette de son droit de superficie. En pratique néanmoins, le superficiaire dispose du droit de construire ou de planter ce qui a amené certains auteurs à considérer que le superficiaire dispose en réalité d'une certaine jouissance sur le fonds (P. LECOCQ *et al.*, *Manuel de droit des biens*, t. 2, *op. cit.*, p. 406 ; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, t. V, *op. cit.*, pp. 614-615).

¹³⁸ Art. 3.154 C. civ.

postes bien précis¹³⁹. De même, si les parties sont tenues par les durées minimales ou maximales des droits réels, elles peuvent librement décider de la durée exacte du droit consenti. C'est essentiellement en termes de durée que la supplétivité peut impacter directement la constitution de droit réel en cascade puisque les sous-droits constitués prendront fin au moment du droit réel d'usage originaire.

24. Méthodologie. Si le législateur limite la faculté de sous-constitution des droits réels d'usage par leurs titulaires par référence à l'adage *nemo plus iuris*, il ne dit mot¹⁴⁰ ni des limites, ni des combinaisons possibles entre ces différents droits. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons donc tenté, sur la base des caractéristiques essentielles de chaque droit réel d'usage et en partant toujours du titulaire du droit, de dégager quelques combinaisons possibles en pratique.

25. Usufruit. Le droit d'usufruit est ce droit qui confère à son titulaire « le droit temporaire à l'usage et à la jouissance, de manière prudente et raisonnable, d'un bien appartenant au nu-propriétaire, conformément à la destination de ce bien et avec l'obligation de restituer celui-ci à la fin de son droit »¹⁴¹.

Par rapport au bien grevé d'usufruit, il apparaît aujourd'hui¹⁴² admis qu'un usufruitier puisse effectivement constituer un droit d'usufruit sur le bien objet de son droit¹⁴³ (que celui-ci soit meuble ou immeuble ; corporel ou incorporel¹⁴⁴). Après tout, cela revient pour l'usufruitier à créer un droit équivalent au sien en termes de prérogatives de telle sorte qu'il reste dans les limites de son droit. Si le bien grevé est un immeuble, il est admis de longue date que l'usufruitier puisse constituer lui-même des servitudes sur l'immeuble objet de son droit¹⁴⁵.

¹³⁹ E. SANZOT, N. BERNARD et A. VANDENDRIES, « Usufruit, dirigeant d'entreprise et fiscalité », *op. cit.*, p. 192.

¹⁴⁰ Expressément à tout le moins.

¹⁴¹ Art. 3.138 C. civ.

¹⁴² Le droit de constituer un usufruit était classiquement réservé au propriétaire de la chose (S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, *Usufruit, usage et habitation*, *op. cit.*, p. 113). Sur la base des termes de l'article 578 de l'ancien Code civil qui précisait que l'usufruitier jouissait du bien grevé « comme un propriétaire », des auteurs avaient défendu la possibilité pour un usufruitier de constituer un usufruit sur l'objet du droit (K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbarheden », *op. cit.*, p. 138).

¹⁴³ A. BROHEZ et A. BECHAIMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », *op. cit.*, p. 124 ; M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁴ Art. 3.139 C. civ. Voy. *supra* n° XX quant à l'hypothèse d'un droit d'usufruit ayant pour objet un autre droit réel.

¹⁴⁵ Qui, contrairement à leur caractère perpétuel, ne dureront que pendant la durée du droit d'usufruit (V. DEFRAITEUR, « Copropriété et relations de voisinage », in N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 209).

En revanche, dans la mesure où un « tel droit irait au-delà de la nature de son usufruit »¹⁴⁶, les travaux préparatoires excluent expressément la possibilité pour un usufruitier de constituer un droit d'emphytéose sur le bien grevé. De fait, le droit d'emphytéose octroie à son titulaire des prérogatives plus étendues que le droit d'usufruit n'en confère à son titulaire¹⁴⁷ ; l'usufruitier irait ici bien au-delà des limites de son droit. Cette interdiction de principe était déjà défendue en doctrine sous l'ancien Code civil¹⁴⁸ et nous semble devoir être approuvée sous le Livre 3¹⁴⁹. Évidemment, puisque l'usufruitier est *plein* propriétaire – certes temporaire, mais propriétaire tout de même – des ouvrages et constructions qu'il réalise pendant la durée de son droit par voie de superficie-conséquence, il reste toujours acquis qu'il puisse grever l'immeuble d'un droit d'emphytéose¹⁵⁰ ; pour la durée de son droit, naturellement.

À des fins de lisibilité, la question de la constitution, par un usufruitier, d'un droit de superficie sur le bien grevé d'usufruit (volume non bâti et bâtiment existant) ou sur les bâtiments dont il est propriétaire par superficie-conséquence, sera examinée plus loin¹⁵¹.

26. Emphytéose. Le droit d'emphytéose octroie – temporairement ou perpétuellement¹⁵² – à son titulaire un *plein* usage et une *pleine* jouissance d'un bien immobilier appartenant à autrui à charge pour lui de conserver sa valeur.

¹⁴⁶ « Un usufruitier ne peut jamais concéder une emphytéose sur le bien grevé d'usufruit, puisque, par définition, un tel droit irait au-delà de la nature de son usufruit » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 265, nous soulignons).

¹⁴⁷ Voy. *infra* n° XX.

¹⁴⁸ Notamment par P. LECOCQ suivant laquelle seul le propriétaire pouvait constituer un droit d'emphytéose ; une telle faculté étant dès lors déniée à l'usufruitier (« Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 140 et 142). À l'inverse, d'autres auteurs admettaient que l'usufruitier constitue un droit d'emphytéose, tout en précisant que ce droit doit prendre fin à l'expiration du droit d'usufruit (R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, t. II b., Gand, Story-Scientia, 1984, p. 871). De son côté, J. Hansenne semble admettre une telle constitution par l'usufruitier lorsqu'il précise que la règle de l'article 595 de l'ancien Code civil – relative à l'extinction des baux conclus par l'usufruitier au terme du droit d'usufruit – devait s'appliquer par analogie à l'emphytéose concédée par l'usufruitier (*Les biens : précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1037). Cette application par analogie de l'article 595 a été critiquée par la doctrine qui a également attiré l'attention sur les risques de requalification, en droit d'usufruit, du droit d'emphytéose constitué par un usufruitier et qui s'éteindrait pendant la durée minimale de 27 ans (K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbarheden », *op. cit.*, p. 143). *Contra* : Bruxelles, 2 juin 1978, *Rec. gén. enr. not.*, 1979, p. 241 qui a estimé, sans nuance, que « rien n'interdit à un usufruitier de consentir une emphytéose sur le bien dont il a l'usufruit ».

¹⁴⁹ A. BROHEZ et A. BECHAIMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », *op. cit.*, p. 124 ; M. MUYLLE, « Erfpacht », in *Het nieuwe goederenrecht*, Bruxelles, Intersentia, 2021, p. 448 ; M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, p. 186 ; A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 330.

¹⁵⁰ Ce point ne faisait pas l'objet de discussion sous l'ancien droit. Voy. S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, *Usufruit, usage et habitation*, *op. cit.*, pp. 110-111 ; P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 142.

¹⁵¹ Voy. *infra*, n° XX.

¹⁵² Voy. *supra*, note n° XXX.

Proche du droit d'usufruit, l'emphytéose s'en distingue notamment en ce qu'il permet à son titulaire de modifier la destination de l'immeuble grevé¹⁵³.

Par rapport à l'immeuble grevé, l'emphytéote jouit d'une liberté plus grande que l'usufruitier en raison de ses prérogatives plus étendues. Sous le Livre 3, il est donc acquis qu'un emphytéote puisse constituer tant des servitudes¹⁵⁴ qu'un usufruit¹⁵⁵ (ceci était débattu¹⁵⁶) sur le bien objet de son droit. Peut-il néanmoins constituer une sous-emphytéose ? Sous l'ancienne loi de 1824, l'on a pu douter quant à l'objet qu'aurait un droit d'emphytéose constitué par un emphytéote¹⁵⁷. Sous le Livre 3¹⁵⁸, cette possibilité – qui s'exercera donc sur le bien grevé et non le droit réel – semble ouverte à l'emphytéote¹⁵⁹. À l'instar de l'usufruitier constituant un sous-droit d'usufruit sur le bien grevé, l'emphytéote greève ici le bien d'un (sous-)droit d'une intensité identique en termes de prérogatives et reste *a priori* dans les limites de son droit¹⁶⁰. Il en

¹⁵³ Art. 3.167 C. civ.

¹⁵⁴ Comme c'était déjà le cas sous la loi de 1824 dont l'article 6 précisait que l'emphytéote « a la faculté d'aliéner son droit, de l'hypothéquer, et de grever le fonds emphytéotique de servitudes pour la durée de sa jouissance ».

¹⁵⁵ N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 486 ; A. BROHEZ et A. BECHAIMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », *op. cit.*, p. 124 ; M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁵⁶ Pour une partie de la doctrine classique, seul un propriétaire pouvait constituer un droit d'usufruit (voy. *supra*, note n° XX). À l'inverse, une certaine doctrine semblait admettre qu'un emphytéote puisse constituer un droit d'usufruit sur le bien grevé car il resterait – à l'inverse de l'usufruitier vis-à-vis d'un droit d'emphytéose – dans les limites de ses droits (F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », *op. cit.*, p. 39). D'autres auteurs ont estimé que la constitution d'un droit d'usufruit par un emphytéote pouvait se justifier par le droit de jouissance général de l'emphytéote sur le bien, évidemment dans les limites de son droit (et notamment dans les limites de la durée de celui-ci, précise-t-on) (K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbarheden », *op. cit.*, p. 145).

¹⁵⁷ Droit d'emphytéose sur le droit d'emphytéose ou sur le bien grevé ? Voy. *supra*, n° XX.

¹⁵⁸ Tout comme en matière d'usufruit, une partie de la doctrine réservait exclusivement au propriétaire la possibilité de constituer un droit d'emphytéose (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 140). *Contra* : R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, t. II b., *op. cit.*, pp. 853-854 et K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbarheden », *op. cit.*, p. 147 qui admettaient un tel droit en faveur de l'emphytéote.

¹⁵⁹ A. BROHEZ et A. BECHAIMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », *op. cit.*, p. 124 ; M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, p. 187 ; A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 331.

¹⁶⁰ Notons que la possibilité offerte par l'article 3.169 du Code civil de constituer une emphytéose perpétuelle à des fins de domanialité publique n'appartient qu'au propriétaire de l'immeuble. Cette restriction au seul propriétaire se justifie en raison du caractère perpétuel du droit réel d'usage (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », *op. cit.*, p. 176). Sur cette base, on peut s'interroger sur la question de savoir si un emphytéote « perpétuel » ne pourrait pas lui-même concéder une emphytéose pareillement perpétuelle sur les ouvrages ou plantations qu'il a lui-même érigés et dont il est propriétaire ? Après tout, puisque le droit de superficie-conséquence dure aussi longtemps que le droit dont elle est l'accessoire (N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 792), ne pourrait-il pas être défendu qu'il y a également perpétuité dans ce cas ? La même question nous semble ouverte en termes de droit de superficie qui peut tout autant être constituée pour une durée perpétuelle et uniquement, là aussi, par le seul propriétaire du fonds (voy. l'article 3.180 du Code civil).

va naturellement de même par rapport au bâtiment dont il est propriétaire par superficie-conséquence pour l'avoir érigé lui-même¹⁶¹.

À des fins de lisibilité, la question de la constitution, par un emphytéote, d'un droit de superficie sur le bien grevé (volume non bâti et bâtiment existant) ou sur les bâtiments dont il est propriétaire par superficie-conséquence, sera examinée ci-après¹⁶².

27. Emphytéose et durée minimale. Une question particulière mérite d'être soulevée quant au sort d'un droit d'emphytéose constitué par un emphytéote – mais ce n'est pas le seul¹⁶³ – dont la durée résiduaire est inférieure à quinze ans. Dans une telle situation, comment conjuguer l'autorisation de principe permettant à ce titulaire de constituer un droit d'emphytéose avec la règle impérative de l'article 3.169 du Code civil imposant que tout droit d'emphytéose soit constitué pour une durée minimale de 15 années ?

Sous l'empire de l'ancien Code civil, une thèse minoritaire défendait qu'un droit d'emphytéose conclu pour une durée inférieure à la durée minimale (à l'époque 27 ans)¹⁶⁴ devait être ramené à cette durée par la technique de la conversion. Une telle solution ne peut être défendue ici puisque la durée résiduaire du droit de l'emphytéote constituant est inférieure à la durée minimale de 15 ans. Le fait qu'il soit désormais légalement acquis que le droit d'emphytéose puisse s'éteindre pendant la durée minimale de 15 ans en cas d'extinction des droits du constituant ne change à notre avis rien à la problématique¹⁶⁵, car il est ici question de constituer un droit d'emphytéose d'une durée qui est *ab initio* inférieure à la durée minimale légale.

Dans une telle situation, la requalification du droit d'emphytéose en bail est, par contre, généralement admise en cas de durée inférieure à la durée minimale du droit d'emphytéose en bail car cette durée est, en général, un élément essentiel de l'économie du contrat¹⁶⁶.

¹⁶¹ Ce qui n'était pas discuté sous l'ancienne loi de 1824. Voy. P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 142-143 ; F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », *op. cit.*, pp. 41-42 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbarheden », *op. cit.*, p. 147.

Voy. *infra*, n° XX.

¹⁶² Voy. *infra*, n° XX.

¹⁶³ La question se pose en termes identiques en cas de constitution d'un droit d'emphytéose par un usufruitier ou un superficiaire sur les ouvrages et plantations dont ils sont propriétaires par voie de superficie-conséquence. C. MOSTIN, « Emphytéose et superficie : aspects civils », *op. cit.*, p. 88.

¹⁶⁵ L'article 3.174, alinéa 1^{er}, du Code civil précise que le droit d'emphytéose peut s'éteindre pendant la durée minimale de 15 années sur la base des causes énumérées aux articles 3.15 et 3.16 du Code. Pour un bref aperçu des modes d'extinction du droit d'emphytéose, voy. A. VANDENDRIES, « Droit d'emphytéose », *op. cit.*, pp. 367-375).

¹⁶⁶ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », *op. cit.*, p. 175 ; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, t. V, *op. cit.*, pp. 556-557.

28. Superficie : spécificités et assiette. Opérant une dissociation horizontale – temporaire ou perpétuelle¹⁶⁷ – de la propriété foncière¹⁶⁸, le droit de superficie confère à son titulaire la *propriété* de tout ou partie des volumes¹⁶⁹ (bâti ou non) sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui¹⁷⁰. Il s'agit d'un droit dont la finalité spécifique¹⁷¹ réside dans la construction (dans le cas de volume à vide) ou l'acquisition de constructions ou de plantations (en cas de volume déjà bâti ou planté) en vue d'en être propriétaire¹⁷².

Le droit de superficie implique de distinguer l'objet *du* droit de superficie (le volume)¹⁷³ de l'objet *sur lequel* s'appuie le droit de superficie (le fonds) à propos duquel le superficiaire ne dispose d'aucun droit de propriété qui a été conservé par le propriétaire constituant¹⁷⁴.

Une question est apparue en doctrine quant à la possibilité, pour un superficiaire, de constituer une servitude, non pas sur les ouvrages dont il serait propriétaire par voie de superficie-conséquence¹⁷⁵ (ce qu'il peut assurément¹⁷⁶), mais bien directement sur le fonds.

¹⁶⁷ Voy. *supra*, note n° XX, quant à l'impossibilité de principe de constituer un droit d'emphytéose et de superficie perpétuels par un titulaire de droit réel d'usage. Pour une étude critique de la division en volumes telle qu'opérée par le Livre 3 et ses conséquences, voy. P.-Y. ERNEUX, *Copropriété forcée et organisation volumique*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 189-217.

¹⁶⁸ Comme le note J. Hansenne, le droit de superficie « aboutit à la superposition de propriétés différentes » (*Les biens, Précis*, t. 2, Collection scientifique de la faculté de Droit de Liège, 1996, p. 1248, n° 1239).

¹⁶⁹ Les volumes étant des immeubles par nature (art. 3.47, al. 1^{er}, C. civ.).

¹⁷⁰ Fonds qui reste le point de repère du droit de superficie et sur lequel le propriétaire constituant initial conserve l'intégralité des prérogatives attachées à son droit de propriété. Évidemment, ayant conféré à autrui le droit d'être propriétaire des constructions érigées ou à ériger sur, en-dessus ou en dessous de son fonds, sa propriété est réduite en règle pour un temps à une surface en 2D (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », *op. cit.*, p. 186).

¹⁷¹ Voy., pour s'en convaincre, le risque de requalification du droit ou d'extinction par non-usage à défaut, pour le superficiaire, de construire au sein du volume, *supra*, n° XX.

¹⁷² Si les autres droits réels permettent, sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, à leur titulaire de construire ou de planter, le législateur estime que ces droits sont essentiellement centrés sur une idée de jouissance et d'usage (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 329). Pour P. Lecocq, cette faculté de planter ou construire n'est qu'une faculté accessoire et non une finalité propre aux autres droits réels d'usage ; emphytéose en tête (« Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 162).

¹⁷³ P.-Y. ERNEUX et E. FRANSENS, « Le droit de superficie réformé – Commentaire des aspects importants pour la pratique notariale », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (coord.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 386.

¹⁷⁴ Par rapport au fonds, le droit de jouissance du superficiaire est fonctionnellement limité à la finalité du droit de superficie, soit le droit de construire ou de planter afin d'être propriétaire des ouvrages et plantations réalisées (B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, p. 118).

¹⁷⁵ Art. 3.182 C. civ.

¹⁷⁶ P. LECOCQ, « Superficie et servitude : une anecdote », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 970 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbarheden », *op. cit.*, p. 149. Cette solution nous semble devoir être approuvée et il n'y a ici aucune atteinte à l'adage *nemo plus iuris* : étant propriétaire – certes temporaire en principe, mais propriétaire néanmoins – de ces éléments au sein du volume d'autrui dont il a également la propriété, le superficiaire peut logiquement les grever de servitudes ; mais alors, pour la durée de son droit.

Pour les droits de superficie régis par la loi du 10 janvier 1824, la question se posait avec d'autant plus d'acuité en ce que l'article 2 de cette loi prévoyait que le superficiaire pouvait « grever de servitudes les biens qui font l'objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement ». Si l'article 3.177, alinéa 2, du Code civil ne reprend plus cette formule¹⁷⁷, la question demeure et une réponse affirmative pourrait être analysée comme une dérogation à l'adage *nemo plus iuris*.

Pour la doctrine classique, sous la plume de H. De Page et R. Dekkers, cette prérogative serait limitée « à tout ce qui concerne le droit du superficiaire, c'est-à-dire à tout ce qui a trait aux constructions et aux plantations qu'on lui permet de faire – et ensuite, au temps pour lequel le droit de superficie est constitué »¹⁷⁸ ; et ces auteurs de citer l'exemple d'une servitude de non-bâtir octroyée par le superficiaire sur la partie du fonds qu'il n'a pas construite au bénéfice du fonds voisin.

P. Lecocq va plus loin en estimant que le texte même de l'article 2 autoriserait la constitution de servitude directement *sur le fonds* ; fonds qui n'est pourtant pas l'objet du droit du superficiaire. En ce qu'elle précise que cette disposition octroie au superficiaire « le pouvoir – *tout à fait exceptionnel* puisque le tréfoncier demeure le seul et unique propriétaire du fonds – de grever le fonds de servitudes pour la durée de son droit de superficie » et qu'un tel « pouvoir exceptionnel quant au fonds devait nécessairement être prévu par le législateur »¹⁷⁹, nous comprenons que l'auteure y voit implicitement une dérogation à l'adage *nemo plus iuris*. Si, en théorie, dérogation il y a – le superficiaire pouvant donc grever de servitudes le fonds qui n'est pas l'objet de son droit –, en pratique, celle-ci est éminemment relative car elle est limitée aux prérogatives de construire ou de planter sur, au-dessus ou en-dessous d'un fonds appartenant à autrui¹⁸⁰.

29. Superficie : volumes. Dans la mesure où le droit de superficie confère à son titulaire la propriété de volumes sur le fonds d'autrui, l'on pourrait admettre sans trop de difficultés que celui-ci puisse librement constituer tout type de droits réels d'usage (servitude, usufruit, emphytéose ou superficie), que le volume soit bâti ou non¹⁸¹. B. Pirlet met pourtant en garde contre un tel automatisme en distinguant la situation du volume bâti – que les constructions

¹⁷⁷ « Elles [(les servitudes)] peuvent être constituées par le propriétaire ou par tout titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit ».

¹⁷⁸ *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, éd. 1942, n° 692.

¹⁷⁹ P. LECOCQ, « Superficie et servitude : une anecdote », *op. cit.*, p. 970.

¹⁸⁰ P. LECOCQ *et al.*, *Manuel de droit des biens*, t. 2, *op. cit.*, p. 410.

¹⁸¹ A. BROHEZ et A. BECHAMONT, « Droit d'emphytéose et droit de superficie : points de comparaison et cas d'application », *op. cit.*, p. 124 ; M. POSSOZ et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, pp. 180-187.

soient acquises au moment de la constitution ou qu'elles aient été érigées par le superficiaire¹⁸² – de celle du volume non bâti¹⁸³.

Quant au volume bâti, il serait admis selon cet auteur que le superficiaire grève les bâtiments d'un usufruit ou d'une emphytéose (voire, ajoute-t-on, d'une servitude) tandis que la constitution d'un droit de superficie serait sujette à caution en ce qu'elle devrait entraîner une cession du droit de superficie¹⁸⁴. Quant au volume non bâti, le superficiaire ne disposerait ici que des droits de jouissance limités ne s'assimilant pas à une véritable propriété¹⁸⁵ : les droits d'usufruit et d'emphytéose seraient donc exclus, mais pas le droit de superficie. Dans cette dernière hypothèse, l'on peut néanmoins se demander si le droit de superficie du sous-constituant – le superficiaire initial, donc – ne pourrait pas, dans les faits, s'éteindre par non-usage à défaut, pour lui, d'avoir effectivement érigé des constructions ou réalisé des plantations¹⁸⁶. À moins d'admettre que la finalité du droit de superficie ne puisse être atteinte au travers des constructions réalisées par le sous-superficiaire, l'on peut s'interroger sur cette possibilité de sous-superficie par un superficiaire.

30. Superficie : usufruitier et emphytéote. L'usufruitier et l'emphytéote peuvent-ils constituer un droit de superficie ; ce droit conférant expressément et désormais à son titulaire la *propriété* de volumes du fonds d'autrui aux fins d'y avoir des ouvrages ou plantations (existantes ou à ériger) au titre de propriétaire ? Une interprétation stricte des prérogatives du superficiaire en termes de *propriété* n'exclut-elle pas du rang des possibles constituants du droit

¹⁸² Si les volumes faisant l'objet du droit de superficie sont bâtis, alors la constitution du droit de superficie emporte « acquisition contractuelle » des constructions existantes et le superficiaire en est *plein propriétaire*, qu'il en ait ou non payé la valeur (art. 3.179 C. civ.). Un débat existait sous l'ancienne loi de 1824 quant à l'étendue des droits du superficiaire sur les immeubles existants dont la valeur n'avait pas été payée (voy. J.-M. CHANDELLE, « La superficie », *R.P.D.B.*, compl. t. VII, 1991, p. 1147 ; J. HANSENNE, *Les biens : précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1253 ; P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 142-144). Pour les ouvrages et plantations que le superficiaire réalise, il en est plein propriétaire par voie de superficie-conséquence (art. 3.182 C. civ.).

¹⁸³ B. PIRLET, *Droit de superficie et propriété en volume – Analyse du nouveau régime*, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁸⁴ « S'agissant de volumes construits, il semble plus délicat d'envisager la constitution par le superficiaire d'un droit de superficie sur les constructions dont il est propriétaire. En effet, le droit de superficie a essentiellement pour objet de permettre à son titulaire de construire ou d'acquérir la propriété de constructions. Or, la construction est ici exclue, puisque le volume est déjà construit et l'acquisition de ces constructions par le superficiaire doit s'accompagner de la cession du droit de superficie, nous l'avons vu : il s'agirait alors d'une cession et non de la constitution d'un nouveau droit de superficie. Le texte ne précise pas si la cession des constructions accompagnée de la constitution d'une sous-superficie serait admise. Nous n'y voyons pas d'obstacle, à condition que les relations entre parties respectent cette réalité (en particulier, pas de relation directe entre le sous-superficiaire et le tréfoncier) » (*Ibid.*, p. 120).

¹⁸⁵ Pour cet auteur, le superficiaire ne dispose que d'un droit fonctionnel et non absolu (contrairement au droit de propriété) sur le volume dont il n'a pas vocation à en jouir librement, mais uniquement à construire ou planter et, dans cette mesure, jouir des constructions aménagées (*Ibid.*, p. 55).

¹⁸⁶ C'est-à-dire, faire en sorte que son titulaire ait effectivement réalisé des ouvrages et plantations sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui et en soit propriétaire (voy. *supra*, n° XX).

de superficie les usufruitiers et emphytéotes ; eux qui disposent uniquement de prérogatives d'usage et de jouissance, plus ou moins étendues en fonction du droit ?

Une telle exclusion de principe ne semble cependant pas cohérente avec les objectifs de la loi de 2014 qui avait ouvert la voie à *tous* les titulaires d'un droit d'usage de constituer un droit de superficie et entraînerait un retour aux controverses antérieures¹⁸⁷. Après tout, pourquoi dénier en 2020 ce qui a été autorisé en 2014 ? La nuance est plus que jamais de mise et il convient peut-être de distinguer ce que contiennent les volumes d'un fonds grevé d'emphytéose ou d'usufruit.

Si le fonds est *déjà* bâti, il semble exclu que ces titulaires puissent transférer à autrui la propriété temporaire des immeubles compris dans leur droit. De fait, l'usufruitier et l'emphytéote¹⁸⁸ ne sont *pas* propriétaires du bâtiment dont ils ont (pleinement) l'usage et (pleinement) la jouissance : ils ne peuvent donc pas, sans dépasser les limites de leurs droits, permettre à autrui d'en être propriétaire temporairement à défaut de l'être eux-mêmes¹⁸⁹ ; sauf à obtenir l'accord du propriétaire.

Quant aux volumes non bâtis, la loi de 2014 a admis que les titulaires de droits réels d'usage permettent à autrui de bénéficier de leur « droit de construire » sur le fonds grevé¹⁹⁰. Dans cette perspective, un droit de superficie pourrait alors se concevoir sur, au-dessus, ou en dessous du fonds (bâti ou non) grevé d'usufruit ou d'emphytéose¹⁹¹. De même, étant pleins propriétaires par

¹⁸⁷ C'est-à-dire, à celle sous laquelle était discutée la possibilité pour ces titulaires de constituer un droit de superficie à défaut d'être propriétaire (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions d'actualité », *op. cit.*, p. 137). *Contra*, préalablement à 2014, F. DE MONTPELLIER, « Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l'autonomie de la volonté et utilisation combinée », *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁸ Dans le même sens, F. DE MONTPELLIER, *ibid.*, pp. 33 et 40. Cet auteur se réfère expressément à l'adage *nemo plus iuris* pour dénier respectivement à l'usufruitier et à l'emphytéote une telle faculté. Voy. ég. K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbarheden », *op. cit.*, pp. 143 et 148.

¹⁸⁹ Puisque le droit de superficie emporte, pour la durée du droit, acquisition contractuelle de la propriété de l'immeuble planté ou construit, sauf clause contraire dans l'acte constitutif (art. 3.179, al. 1^{er}, C. civ.). À ce titre, il ne nous apparaît pas possible de faire usage de la faculté dérogatoire de cette disposition (avancée par l'expression « sauf clause contraire » au sein de cette disposition) pour permettre au titulaire d'un droit de superficie de bénéficier des prérogatives sur les bâtiments existants à un autre titre qu'un propriétaire si ces bâtiments sont inclus dans le volume objet du droit. Ceci ressort à suffisance des travaux préparatoires, lesquels précisent que : « soit les bâtiments existants sont compris dans le droit de superficie, auquel cas le superficiaire en est propriétaire, soit ces bâtiments ne sont pas compris dans le droit de superficie, auquel cas il n'a aucune prérogative, hormis les exceptions légales nécessaires à l'exercice de son droit » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 337). Dans le même sens, P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : questions choisies », *op. cit.*, pp. 190-191.

¹⁹⁰ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 189.

¹⁹¹ Position acceptée en doctrine à la suite de la réforme de 2014 (S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, *op. cit.*, p. 272).

superficie-conséquence des ouvrages et plantations qu'ils réalisent, l'usufruitier et l'emphytéote pourraient grever ces immeubles d'un droit de superficie¹⁹². Cela étant, le droit de construire et d'être propriétaire des ouvrages et plantation réalisés, soit le droit de superficie-conséquence, ne pouvant être cédé qu'en même temps que le droit donc il est l'accessoire¹⁹³, des auteurs ont estimé que l'usufruitier et l'emphytéote ne pouvaient pas constituer un droit de superficie sous le Livre 3¹⁹⁴.

31. Droits réels d'usage en cascade : conséquences. Le législateur ne s'est pas montré disert quant aux implications des constitutions en cascade des droits réels d'usage. Ce qui est certain, c'est que le sous-droit réel d'usage s'éteindra au terme du propre droit réel du constituant et l'article 3.15, 1°, du Code civil exprime cette conséquence¹⁹⁵ ; la doctrine est unanime sur ce point et évoque généralement l'adage *nemo plus iuris* comme sous-tendant la règle¹⁹⁶.

Même en cas de respect des limites imposées à chaque titulaire constituant, d'autres questions devraient néanmoins se présenter en pratique. En termes de constitution pure, par exemple, qu'advient-il si d'aventure le titulaire du droit réel d'usage confère à autrui *l'intégralité* de ses propres prérogatives sur le bien grevé ? Dans un tel cas, il pourrait potentiellement être défendu que le titulaire n'a pas entendu *constituer*, mais bien céder son droit avec toutes les conséquences que cela entraîne en termes d'obligations¹⁹⁷. Et en termes d'obligations, justement, comment analyser les rapports entre les différents acteurs ? L'article 3.6, alinéa 2, du Code civil, organisant un régime particulier de cession de dettes, est-il applicable à la sous-constitution ? On s'interroge. Ni le texte de la disposition, ni les travaux préparatoires n'indiquent que la constitution d'un droit réel d'usage entraînerait une cession de dettes de telle sorte que le titulaire constituant reste potentiellement tenu de ses propres obligations à l'égard du propriétaire-constituant ; sans que ne soit potentiellement interdit de distinguer ici aussi les obligations réelles, des obligations personnelles¹⁹⁸.

¹⁹² Qu'il s'agisse de prendre appui ou de transférer la propriété du bâtiment ou des plantations mêmes.

¹⁹³ Art. 3.182 C. civ.

¹⁹⁴ M. Possoz et N. VAN DAMME, « Actualité en droit fiscal immobilier : la fiscalité du nouveau droit des biens », *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁹⁵ « Sous réserve d'autres dispositions du présent Livre, les droits réels s'éteignent par : 1° l'extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel ».

¹⁹⁶ C. MOSTIN, « Emphytéose et superficie : aspects civils », *op. cit.*, p. 98.

¹⁹⁷ Voy. *supra*, n° XX.

¹⁹⁸ Après tout, les travaux préparatoires ne mentionnent-ils pas expressément qu'une distinction ferme est opérée sous le Livre 3 entre les obligations personnelles de sommes (par exemple, les redevances ou les canons payés en contrepartie de la constitution du droit) et les obligations réelles (entretien, charges, etc.) ? (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 21) À titre d'exemple, prenons une société titulaire d'un droit d'emphytéose d'une durée de 30 ans sur deux galeries commerciales érigées sur un même

À l'inverse, la conséquence d'une constitution d'un droit réel d'usage en dehors des limites des droits du titulaire est moins certaine. Le juge pourrait-il prononcer une nullité puisque le droit constitué dépasse les prérogatives du titulaire de telle sorte qu'il s'agirait d'un droit réel *sui generis* qui ne peut être constitué ? En fonction des éléments de l'acte constitutif et afin de donner un effet utile à l'intention des parties, la requalification pourrait être pragmatiquement préférée en pratique.

Section 3

L'extinction du droit réel antérieur, un cas d'application de l'adage *nemo plus iuris* ?

32. Position de la question. Que se passe-t-il lorsque le titre en vertu duquel le *dominus* était titulaire de son droit disparaît avec effet rétroactif ? Par exemple, que se passe-t-il en cas de vente des biens successoraux par un légataire qui tirerait son droit d'un testament nul ? Dans ce type de situation, en effet, le cédant a transmis des droits qu'il n'avait pas.

L'extinction d'un droit réel ou de sa source avec effet rétroactif devrait entraîner, si l'on applique l'adage *nemo plus iuris*, l'extinction des droits nés postérieurement à l'acquisition dudit droit réel éteint. Ainsi, l'annulation d'un contrat de vente entraînerait, selon l'adage *nemo plus iuris*, l'extinction du droit d'usufruit concédé par l'acquéreur après son acquisition non valable.

33. L'article 74 de la loi hypothécaire. En matière d'hypothèque, l'article 74 de la loi hypothécaire consacre l'adage *nemo plus iuris* et dispose que « [c]eux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». « Pris au pied de la lettre, ce texte ne visait que certaines causes de dissolution du contrat. La doctrine étendait toutefois son champ d'application à d'autres hypothèses, telles que l'annulation du contrat »¹⁹⁹.

fonds. Cette emphytéote est tenue de payer au bailleur emphytéotique un canon de 1.500.000 € par an, soit 750.000 € par galerie. Après 15 années, l'emphytéote décide de constituer une sous-emphytéose au bénéfice d'un tiers sur l'une des deux galeries. Dans cette situation, sauf accord du propriétaire, il semble pouvoir être défendu que l'emphytéote constituant reste le redevable unique à l'égard du bailleur emphytéotique de la somme de 1.500.000 €, indépendamment de la constitution du sous droit d'emphytéose. Cependant, dans la mesure où le titulaire d'un droit d'emphytéose a l'obligation réelle de ne pas diminuer la valeur de l'immeuble, contre qui le propriétaire-bailleur emphytéotique initial pourrait-il se retourner si, d'aventure, le sous-emphytéote portait atteinte à la valeur de celle-ci ? Le droit de propriété du bailleur emphytéotique initial ayant un effet *erga omnes*, ne pourrait-il pas ici être défendu qu'il puisse agir contre l'emphytéote et le sous-emphytéote ?

¹⁹⁹ P. WÉRY, « Du poids des mots en droit : une application aux causes de dissolution du contrat », in F. GEORGE, B. FOSSÉPREZ, et A. CATALDO (dir.), *Penser, écrire et interpréter le droit. Liber amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 88.

La Cour de cassation a confirmé, par son arrêt du 22 janvier 2021, que « [i]ndien de titel van diegene die de hypotheek heeft verleend met terugwerkende kracht tenietgaat, gaat bijgevolg ook de hypotheek teniet », avant d'ajouter « onder het voorbehoud van de bescherming van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen »²⁰⁰. La Cour de cassation élargit donc la règle de l'article 74 précitée à tous les modes d'extinction avec effet rétroactif : lorsque le droit de la personne qui a consenti l'hypothèque s'éteint rétroactivement, l'hypothèque s'éteint également. Elle estime cependant que l'extinction du titre n'affecte pas les droits hypothécaires du tiers qui avait la *confiance légitime* d'avoir traité avec le véritable propriétaire.

34. *Nemo plus iuris et apparence.* Selon le professeur P. Van Ommeslaghe, la théorie de l'apparence « suppose que l'on reconnaisse à une situation juridique apparente des effets judiciaires identiques ou à tout le moins analogues à ceux qui se produiraient si cette situation correspondait à la réalité »²⁰¹. Ainsi, par souci d'équité juridique, la théorie de l'apparence va bénéficier aux personnes qui ont adopté un comportement légitime face à un fait – fautif ou non – dans le chef du créateur de l'apparence²⁰².

Dès lors, le créateur de l'apparence pourrait-il, si les conditions²⁰³ de la théorie de l'apparence sont réunies, transférer des droits dont il ne dispose pas en réalité ? Les effets de la théorie de l'apparence pourraient-ils ainsi l'emporter sur l'adage *nemo plus iuris* ?

En matière d'hypothèque, la Cour de cassation a répondu par la positive²⁰⁴. Dans le cas d'espèce soumis à la Cour, une personne avait contracté un crédit hypothécaire et, pour ce faire, constitué deux hypothèques : une sur le bien nouvellement acquis et l'autre sur un bien acquis précédemment. L'acquisition antérieure fut annulée pour vice de consentement. Cette annulation implique-t-elle que l'hypothèque est anéantie et que la banque perd sa qualité de créancier privilégié ?

Dans son pourvoi, la demanderesse critiquait une application stricte de l'adage *nemo plus iuris* et le défaut de protection du créancier hypothécaire

²⁰⁰ Cass., 22 janvier 2021, R.G.D.C., 2022/5, p. 285. Voy. *infra*, n° 20.

²⁰¹ P. VAN OMMEFLAGHE, « L'apparence comme source d'obligations », in *Droit des obligations – Sources des obligations (deuxième partie)*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1687.

²⁰² Cette théorie a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 1988 concernant le mandat apparent : Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258 ; P. WÉRY, « Les sources des obligations extracontractuelles et le régime général des obligations », *Rép. not.*, t. IV, Les obligations, liv. ⅔, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 247. Voy. également la contribution de J.-Fr. ROMAIN dans le présent ouvrage (xxx).

²⁰³ Sur ce point voy. not. G. CARNOY et V. LIBION, « La théorie de l'apparence en matière immobilière », *Jurimpratique*, 2020/2, pp. 52-79.

²⁰⁴ Cass., 22 janvier 2021, R.G.D.C., 2022, liv. 5, p. 285 ; Cass., 22 janvier 2021, *T.B.O.*, 2021, liv. 3, p. 178, concl. R. MORTIER.

dans une telle situation²⁰⁵. Madame l'avocat général Mortier a accueilli cette critique et a reconnu que la théorie de l'apparence devrait être constitutive d'un titre pour le tiers de bonne foi et, dès lors, devrait constituer une exception à la règle *nemo plus iuris*²⁰⁶. Quant à la Cour, elle se limitera à constater que la décision manque en droit en ce qu'elle n'applique pas la théorie de l'apparence.

L'apparence pourrait ainsi constituer un principe général²⁰⁷ de droit qui déroge, sinon à l'adage *nemo plus iuris*, à tout le moins à l'article 74 de la loi hypothécaire.

35. Les modes généraux d'extinction des droits réels. Les articles 3.15 et 3.17 du Code civil²⁰⁸ élargissent et limitent à la fois l'enseignement de l'arrêt du 21 janvier 2021 précité.

L'article 3.15 du Code civil cite, parmi les modes généraux d'extinction des droits réels, « l'extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel »²⁰⁹ ainsi que « l'anéantissement du titre d'acquisition du droit réel, à la suite notamment de la nullité, la réalisation de la condition résolutoire, la résolution pour inexécution, la déchéance, la révocation ou la résiliation de commun accord »²¹⁰.

Une lecture combinée de ces deux alinéas amène à appliquer l'adage *nemo plus iuris* : si le droit antérieur (le droit de l'auteur du titulaire actuel du droit) est anéanti²¹¹ au sens de l'article 3.15, 3^o, du Code civil, le droit actuel connaît, en principe, le même sort²¹². Ainsi, l'acquéreur de biens successoraux

²⁰⁵ Le juge d'appel avait, en effet, décidé que la bonne foi du tiers détenteur de l'hypothèque était sans incidence et a reconnu un effet *ex tunc* à une annulation. Il a donc négligé de prendre en considération la théorie de l'apparence.

²⁰⁶ Cass., 22 janvier 2021, *T.B.O.*, 2021, liv. 3, p. 178, concl. R. MORTIER ; G. CARNOY et V. LIBION, « La théorie de l'apparence en matière immobilière », *op. cit.*, pp. 59-64.

²⁰⁷ Le professeur P. Wéry considère que les conditions sont réunies pour que l'apparence en tant que source de droits et d'obligations soit élevée au rang de principe général de droit (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 297). Néanmoins, cette question mérite l'examen approfondi que lui réserve J.-Fr. ROMAIN dans le présent ouvrage (voy. xxx).

²⁰⁸ Lesquels, comme le reste du Livre 3, ont été adoptés antérieurement, mais sont entrés en vigueur postérieurement (1^{er} septembre 2021, loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020, p. 15753, art. 39), audit arrêt.

²⁰⁹ Art. 3.15, 1^o, C. civ.

²¹⁰ Art. 3.15, 3^o, C. civ.

²¹¹ Avec effet rétroactif.

²¹² Les travaux préparatoires le confirment : « [o]n ne peut transmettre ou constituer un droit réel en dehors des limites de ses propres pouvoirs ("nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"). Lorsque le droit du cédant ou du constituant d'un droit réel d'usage s'éteint, la cession ou la constitution ne peut conserver ses effets » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 39). Il semble toutefois qu'il ne puisse y avoir application de l'adage *nemo plus iuris* que si le droit réel antérieur s'éteint avec effet rétroactif (ou en cas d'expiration de la durée légale ou contractuelle pour laquelle le droit est établi s'il s'agit de droit réel d'usage, voy. n° xx). Dans le cas contraire, l'auteur a transmis au titulaire actuel du droit un droit qu'il avait et qui n'a disparu qu'après le transfert.

vendus par un légataire qui tirait son droit d'un testament nul devrait également perdre son droit (pour reprendre l'exemple cité plus haut)²¹³.

La règle selon laquelle l'extinction du droit antérieur implique l'extinction du droit postérieur n'est donc plus limitée à l'hypothèque, mais s'applique à tous les droits réels²¹⁴.

36. Première exception : l'article 3.17 du Code civil. L'article 3.17, alinéa 1^{er}, du même Code, déroge toutefois à cette règle dans certains cas. Il prévoit en effet que « [l]a renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance ne portent pas atteinte aux droits des tiers qui sont acquis, de bonne foi, sur le droit réel anéanti »²¹⁵.

Cette disposition consacre explicitement la protection de la confiance légitime dans certaines situations. Elle ne vise toutefois pas l'annulation du titre d'acquisition du droit réel. « Se pose, dès lors, la question de savoir si cette disposition est de stricte interprétation, marquant ainsi un recul par rapport à l'arrêt précité de la Cour de cassation. Le doute est permis eu égard au caractère limitatif de l'énumération et en raison des dispositions du Livre 5 du Code civil. Si l'article 5.95, alinéa 3, dispose qu'«[à] l'égard des tiers de bonne foi, la résolution ne prive le contrat d'effets que pour l'avenir», l'article 5.62, relatif aux effets de l'annulation, ne prévoit en effet pas une réserve similaire pour les tiers de bonne foi. Un des experts chargés de la réforme du droit

²¹³ « Sur le plan réel, la nullité prive d'effets le transfert, la constitution, la modification ou l'extinction de droits réels prévus par le contrat et ce *erga omnes*. Par exemple, en cas d'annulation d'une vente, si l'acheteur a dans l'intervalle disposé de la chose au profit d'un sous-acquéreur, celui-ci se trouve également privé de son droit sur la chose (*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*), sans préjudice des mécanismes de protection des tiers (tels que l'article 2279 du Code civil) » (Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0174/001, p. 68).

²¹⁴ Et ce, même si les travaux préparatoires parlent des droits réels d'usage. En effet, l'article 3.15 est relatif aux modes *généraux* d'extinction des droits réels. Une autre disposition est consacrée aux modes d'extinction des droits réels d'usage (art. 3.16 C. Civ.).

²¹⁵ Le but recherché par le législateur est clairement exprimé dans les travaux préparatoires : cette disposition « constitue l'ancrage légal d'une jurisprudence qui s'est développée, à savoir l'effet relatif des modes d'extinction "anormaux" de droits réels [...]. Cela signifie que ces modes d'extinction qui ne peuvent être anticipés par les tiers, qui ne sont pas eux-mêmes à l'origine de l'extinction, ne peuvent pas causer de dommages à ces tiers. Par exemple, si A a accordé un droit d'emphytéose à B, qui a accordé à son tour une hypothèque à C sur son droit d'emphytéose, l'extinction du droit d'emphytéose n'est pas opposable à C lorsqu'elle intervient pour l'un des motifs énoncés dans la présente disposition. C'est par exemple d'ores et déjà admis pour la renonciation à un usufruit. Afin de garantir le principe d'égalité, cette conception doit être étendue aux autres motifs d'extinction qu'un tiers acquéreur d'un droit réel limité sur un autre droit ne peut anticiper et dont il n'est pas lui-même à l'origine. C'est le cas pour la révocation pour cause d'ingratitude ou d'inexécution des conditions, la déchéance, la résolution pour inexécution. La résolution et la révocation dépendent de l'inexécution du débiteur. C'est précisément à ce moment que la protection des tiers est la plus nécessaire. Cela préserve donc la sécurité juridique dans le secteur de l'immobilier. Cela correspond en outre à la vision majoritaire dans la doctrine. » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, pp. 42-43)

des biens, V. Sagaert, s'oppose toutefois à toute interprétation *a contrario* de l'article 3.17, alinéa 1^{er} »²¹⁶. Ce dernier estime en effet que, par l'adoption du Livre 3, le législateur ne s'est nullement opposé à la protection de la confiance légitime, mais au contraire l'a explicitement protégée dans certaines hypothèses, et que l'arrêt du 22 janvier 2021 complète ces hypothèses²¹⁷.

37. Seconde exception : la publicité immobilière. L'article 3.34 du Code civil constitue également une limite, en matière immobilière, aux effets de l'extinction rétroactive d'un droit réel antérieur sur un droit réel postérieur.

En effet, il prévoit que « l'anéantissement rétroactif d'un droit réel ne produit pas d'effet à l'égard des aliénations et actes de disposition portant sur ce droit réel consentis en faveur de tiers de bonne foi, après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement »²¹⁸ et que « [s]i la nullité ou résolution d'un acte soumis à la transcription a lieu de manière extrajudiciaire, elle n'est opposable aux tiers qu'après la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge dans les registres du bureau compétent de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale »²¹⁹.

La mention marginale semble²²⁰ donc être le pendant de la transcription : les aliénations et actes de disposition portant sur le droit réel litigieux consentis à l'égard de tiers de bonne foi ne seront plus, semble-t-il, opposables s'ils interviennent après l'émargement²²¹. Autrement dit, seuls les actes de disposition préalables à l'émargement seraient protégés²²². L'absence de

²¹⁶ P. WÉRY, « Du poids des mots en droit : une application aux causes de dissolution du contrat », *op. cit.*, p. 89.

²¹⁷ « De wetgever heeft zich in de wet van 4 februari 2020 op geen enkele manier uitgesproken tegen de bescherming van het rechtmatige vertrouwen, maar heeft dat integendeel in bepaalde hypothesen uitdrukkelijk beschermd. Het geannoteerde cassatie-arrest vormt een aanvulling op die door de wet reeds geregelde hypothesen. Er is dan ook geen enkele reden waarom de vertrouwensleer ook na de inwerkingtreding van Boek 3 niet gestand zou blijven. Integendeel, het cassatie-arrest van 22 januari 2021 biedt een aanvulling op grond van de algemene vertrouwensleer van de specifieke beschermingsmechanismen van de artikelen 3.17 en 3.34 BW. » (V. SAGAERT, « Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters », *Not. Fisc.*, 2021/2-3, p. 45, n° 25)

²¹⁸ Art. 3.34, al. 2, C. civ. En matière d'extinction sans effet rétroactif, l'alinéa 1^{er} de cette disposition prévoit que « [l']anéantissement d'un droit réel immobilier pour l'avenir ne peut produire d'effets qu'à dater de la mention marginale de la demande d'anéantissement » et que « restent valables tous actes de disposition portant sur ce droit réel en faveur de tiers de bonne foi, consentis après l'introduction de l'action, mais avant la mention marginale de la demande, ou à défaut, celle du jugement ».

²¹⁹ Art. 3.34, al. 3, C. civ.

²²⁰ Le régime de la mention marginale du Livre 3 du Code civil est complexe. Pour un examen de ce régime, voy. L. BARNICH, « La publicité foncière dans le Livre 3 du nouveau Code civil », *Rev. not. b.*, 2020/6, pp. 518-528.

²²¹ Qu'en est-il en revanche des droits mobiliers ? Autrement dit, jusque quand les droits acquis par des tiers de bonne foi sur le droit anéanti suite à la renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance sont-ils protégés ? En cas d'action en justice, quel sort réserver aux droits acquis par un tiers de bonne foi après l'introduction de la demande ?

²²² À noter que la question se pose pour l'anéantissement du droit par annulation de son titre. L'annulation n'est en effet pas visée par l'article 3.17 du Code civil, ce qui signifie que, sous réserve de l'enseignement de

mention marginale peut alors être considéré comme une exception²²³, de la même façon que l'article 3.17 du Code civil, à l'application de l'adage *nemo plus iuris*²²⁴.

Section 4

Quelques applications en matière de droits personnels²²⁵

Sous-section 1

Cession de créance

38. Notion. La cession de créance est une convention par laquelle un créancier, le cédant, transmet la créance qu'il détient sur un débiteur cédé, à son cocontractant, le cessionnaire²²⁶.

Cette cession s'opère le plus souvent en contrepartie d'un prix. Raison pour laquelle l'ancien Code civil règlemente cette matière à la fin des dispositions qu'il consacre à la vente. Notons que la cession peut aussi avoir lieu dans un autre cadre tel qu'un échange, une donation ou un apport en société. Dans ces hypothèses, la plupart des effets du contrat de cession seront identiques à ceux qui s'appliquent à la « vente » de créance²²⁷.

la Cour de cassation du 22 janvier 2021 (voy. *supra*, n° xx), l'annulation du droit réel antérieur emportera l'extinction du droit postérieur en application de l'article 3.15 du Code civil. En cas de procédure, faut-il déduire de l'article 3.34, al. 2, du Code civil que les droits acquis par des tiers de bonne foi sur un droit anéanti en raison de la nullité de son titre d'acquisition ne sont guère protégés jusqu'à l'introduction de la procédure en nullité, mais le sont ensuite entre l'introduction et la mention marginale de la demande, pour ne plus l'être après l'émargement ? En l'absence de procédure, si la nullité est extrajudiciaire, elle n'est opposable aux tiers qu'après la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge selon l'article 3.34, alinéa 3, du Code civil. Faut-il en déduire que les droits acquis par des tiers de bonne foi sur le droit anéanti en raison de l'annulation de son titre d'acquisition avant la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge sont protégés parce que la nullité n'est pas opposable ? Ou est-ce que cela signifie que cette protection ne vaut que tant que la formalisation de la notification dans un acte authentique mentionné en marge et disparaît ensuite, qu'importe le moment où les tiers de bonne foi ont acquis leurs droits ?

²²³ Sur le plan de l'opposabilité à tout le moins.

²²⁴ Les travaux préparatoires exposent en effet que « cet effet supplémentaire du défaut de mention marginale constitue une règle de protection des tiers, qui constitue une exception au principe "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0173/001, p. 79). *Contra* : L. BARNICH, « La publicité foncière dans le Livre 3 du nouveau Code civil », *op. cit.*, p. 527.

²²⁵ Ce chapitre a été rédigé par E. BIJNENS. Il ne reflète que le point de vue de l'auteur.

²²⁶ Luxembourg, 27 avril 2017, D.A.O.R., 2018, liv. 125-126, p. 58, note O. POELMANS ; C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, « La cession de créance », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 126.

²²⁷ Mais les obligations de garantie du cédant prévues par les articles 1693 à 1695 de l'ancien Code civil ne s'appliqueront pas (sauf dans le cas de l'échange étant donné que l'article 1707 de l'ancien Code civil prévoit expressément l'application des règles de la vente) ; O. POELMANS, « La cession de créance », note sous Civ. Luxembourg, 27 avril 2017, D.A.O.R., 2018, liv. 125-126, p. 58.

39. Effets et application de l'adage. Et quels sont les effets de la cession ? Et dans quelle mesure l'adage *nemo plus iuris* trouve-t-il à s'appliquer ici ?

L'article 1692 de l'ancien Code civil dispose que « [l]a vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque ». Autrement dit, tous les avantages et inconvénients dont disposait le cédant sur la créance sont transmis au cessionnaire, ni plus, ni moins²²⁸.

La Cour de cassation a érigé le principe selon lequel un acte de cession de créance ne peut nuire au débiteur ni aggraver sa situation²²⁹. En conséquence, le débiteur cédé conserve les exceptions nées avant la date à laquelle la cession lui est devenue opposable²³⁰ et peut les opposer au cessionnaire. Ainsi, il pourra opposer au cessionnaire toutes les causes de nullité du contrat qu'il aurait pu opposer au cédant : incapacité du débiteur, vice de consentement, absence d'objet ou de cause, objet ou cause illicite. Mais aussi – et pour autant qu'elles aient été acquises avant que la cession lui soit opposable – la résolution, la compensation, le paiement, la novation, la prescription et la remise de dette²³¹.

Quant aux exceptions qui naissent après que la cession soit devenue opposable au débiteur cédé, seules seront prises en considération les exceptions nées de la relation entre le débiteur cédé et le cessionnaire²³².

Et qu'en est-il si, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, le cédant cède sa créance avant de s'être lui-même exécuté et ne s'exécute finalement pas ? Le débiteur cédé est-il tenu de s'exécuter à l'égard du cessionnaire ?

La Cour de cassation a tranché cette question dans un arrêt relatif à la cession d'une facture par endossement : « en règle, lorsqu'une créance a été mise en gage par l'endossement de la facture, seules les exceptions que le débiteur avait au moment de la notification sont opposables au cessionnaire. Toutefois, l'exception d'inexécution fondée sur l'interdépendance des obligations réciproques des parties est inhérente à la nature du contrat synallagmatique en sorte qu'elle préexiste à l'exécution même et au transport des droits du créancier et peut être invoquée quel que soit le moment auquel se situe l'exécution »²³³.

²²⁸ Notons que la transmission de certains accessoires de la créance nécessitera l'accomplissement de certaines formalités. Par exemple, le cautionnement ; C. JASSOGNE, « La cession de créance, de contrat et de dette », in *Traité pratique de droit commercial. Tome 1. Principes et contrats fondamentaux*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 365.

²²⁹ Cass., 14 février 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 202.

²³⁰ Concernant les conditions de la cession, voy. not. C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, « La cession de créance », *op. cit.*, pp. 127 et s. ; C. JASSOGNE, « La cession de créance, de contrat et de dette », *op. cit.*, pp. 361 et s.

²³¹ C. JASSOGNE, *ibid.*, p. 366 ; Pour de plus amples développements, voir également C. BIQUET-MATHIEU et F. RENSON, « La cession de créance », *op. cit.*, p. 195 et s.

²³² C. JASSOGNE, *ibid.*, p. 368.

²³³ Cass., 27 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 133. Voy. également Contribution sur l'exception d'inexécution.

Dans cette hypothèse, le débiteur cédé pourra donc soulever l'exception d'inexécution même si celle-ci apparaît après que la cession lui soit devenue opposable. L'exception latente est, par conséquent, elle aussi transférée dans le cadre de la cession, en application de l'adage *nemo plus iuris*.

Sous-section 2

Droits *propter rem*

40. Notion et principes. Un droit *propter rem*²³⁴ est un droit qui présente un lien objectif avec un immeuble, qui est utile ou nécessaire à l'exploitation ou à la jouissance de celui-ci. Il n'est donc en principe utile pour le propriétaire de l'immeuble que tant qu'il dispose de cette qualité²³⁵.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 1886²³⁶ a posé les bases du principe de transmission des droits *propter rem* concomitamment au transfert de propriété de l'immeuble – sauf volonté contraire des parties. Se fondant sur l'article 1122 de l'ancien Code civil, qui prévoit que l'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayants cause, elle a admis le transfert de la garantie décennale – prévue par l'article 1792 de l'ancien Code Civil – au nouvel acquéreur.

Doctrine et jurisprudence reprendront ce principe à leur compte, se fondant soit sur l'article 1122 de l'ancien Code civil – comme l'a fait la Cour de cassation – soit sur l'article 1615 du même Code²³⁷, faisant alors une application du principe suivant lequel l'accessoire suit le principal.

Ainsi, la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés permettent au propriétaire final, en cas de ventes successives, d'introduire une action

²³⁴ La doctrine néerlandaise parle de « droits qualitatifs ».

²³⁵ D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *Rec. gén. enr. not.*, 2000, pp. 250 et 264. Les droits *propter rem* ne doivent pas être confondus avec certaines prérogatives connexes au droit de propriété, acquises par le simple fait de devenir propriétaire. On pense, par exemple, aux droits réels immobiliers tels que la servitude (qui est attachée aux fonds (dominant et servant), en tant que droit réel : elle suit les fonds, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir que le transfert a eu lieu entre les propriétaires successifs). Concernant la cession de droits réels, voy. *supra*, n° xx.

²³⁶ Cass., 8 juillet 1886, *Pas.*, 1886, I, p. 300.

²³⁷ Qui, pour rappel, dispose que : « L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ».

Pour une application en matière de vente, voy. Cass., 5 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 398 ou encore Cass., 2 octobre 2020, R.G.D.C., 2021/4, p. 188; Voy. également VAN DEN BERGH, « Art. 1615 BW », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2022, pp. 1 à 37.

D'aucuns contestent cette idée, au motif que seuls les accessoires matériels seraient visés et non les droits et actions ; J.H. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits *propter rem* du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », note sous Cass., 15 septembre 1989, R.C.J.B., 1992, pp. 527-529.

contre son vendeur, mais aussi contre les vendeurs antérieurs²³⁸. De la même manière, l'action pour délivrance non conforme peut être intentée contre le premier vendeur, en cas de ventes successives²³⁹. Pareillement, il est possible pour l'acquéreur d'exiger la réparation d'un dommage causé par un tiers avant le transfert de propriété²⁴⁰. L'action pour troubles de voisinage est, elle aussi, transférée à l'acquéreur, à certaines conditions²⁴¹. Il s'agit ici de quelques exemples, les droits liés à la chose n'étant pas définis de manière limitative par la loi.

L'application des articles 1122 et 1615 ne se contredisent en rien, l'idée sous-jacente, dans ces deux théories, étant que les droits *propter rem* sont à ce point liés à la chose qu'ils doivent nécessairement la suivre en cas de transfert²⁴².

Avec la réforme, le législateur a mis fin au débat quant au fondement juridique du transfert des droits *propter rem* : le Livre 5 du Code civil, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, dispose en son article 5.105 que « [s]auf clause contraire, les droits cessibles qui sont étroitement liés à un bien en manière telle que l'intérêt de ces droits dépend de la propriété du bien, sont transmis à celui qui acquiert ce bien à titre particulier. La nature et l'étendue des droits transmis sont déterminées par le contrat dont ils résultent »²⁴³.

41. Une application de *nemo plus iuris*. Quels que soient les fondements juridiques – successifs – envisagés, il est acquis que l'acquéreur tient ses droits du vendeur. À ce titre, il est soumis à l'adage *nemo plus iuris* et doit tenir compte des limitations qui affectent ses droits.

Ainsi, en cas de ventes successives par exemple, l'acheteur qui agit en amont, à l'encontre du vendeur initial, sur la base d'un droit *propter rem*,

²³⁸ M.-P. NOËL, « La transmission du droit à la garantie des vices cachés de l'entrepreneur au maître de l'ouvrage. Commentaire de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 mai 2006 », *R.G.D.C.*, 2009, p. 9. Attention, il faut que le caractère caché du vice soit présent lors de chaque vente. Un acquéreur final averti de la défectuosité du bien ne peut intenter une telle action ; J.H. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits *propter rem* du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », *op. cit.*, p. 515.

²³⁹ En considérant, bien sûr, les engagements que le vendeur initial a pris à l'égard du premier acquéreur. J.H. HERBOTS, *ibid.*, p. 521. Pour un cas d'application récent, voy. Cass., 2 octobre 2020, *R.G.D.C.*, 2021/4, p. 188.

²⁴⁰ J.H. HERBOTS, *ibid.*, pp. 522-523 ; D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *op. cit.*, p. 254.

²⁴¹ Sur ce point, nous renvoyons à la contribution de N. BERNARD et de S. VANVREKOM dans le présent ouvrage, p. xx.

²⁴² D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *op. cit.*, p. 259.

²⁴³ Notons encore que le législateur avait déjà repris et fait une application de ce principe dans le cadre de la garantie due par le constructeur, dans le cadre d'une vente sur plan, qui bénéficie aux propriétaires successifs de l'immeuble (article 6 de la loi Breynne).

En outre, la Cour de cassation s'est déjà largement inspirée du texte de l'article 5.105 du Code civil avant l'entrée en vigueur de celui-ci. Voy. Cass., 26 septembre 2019, *R.W.*, 2019-2020, liv. 28, p. 1105 ; Cass., 13 février 2020, *Entr. et dr.*, 2021, liv. 2, p. 147.

pourra se voir opposer toutes les exceptions que le *primo* vendeur aurait pu invoquer à l'encontre de son propre cocontractant. En revanche, dans ce cas de figure, ne pourront être invoquées les exceptions tirées du contrat entre l'acheteur final et son cocontractant²⁴⁴. En d'autres termes, cet acheteur n'aura pu acquérir plus de droits que ce dont disposait son propre vendeur²⁴⁵.

Sous-section 3

Sous-location

42. Notion et principes. La sous-location se distingue de la cession de bail²⁴⁶ en ce sens que le preneur ne cède pas son droit, mais conclut un nouveau bail sur tout ou partie du bien pris en location²⁴⁷.

Le bail n'étant généralement pas conclu *intuitu personae*, le preneur a en principe le droit de sous-louer (art. 1717, al. 1^{er}, ancien C. civ.). Il existe, toutefois une série d'exceptions légales²⁴⁸, voire conventionnelles en ce que les parties peuvent exclure toute possibilité de sous-location.

Quid si le preneur sous-loue son bien malgré une telle interdiction ? Le bailleur étant un tiers à cette convention, celle-ci ne lui est pas opposable. Il peut donc se prévaloir des sanctions de droit commun : exiger l'exécution en nature (à savoir le déguerpissement du cessionnaire ou du sous-locataire),

²⁴⁴ M. HIGNY, « Transfert de droits *propter rem* en cas de vente : les conditions du concours des responsabilités s'appliquent aussi en cas de recours exercé en amont », *R.G.D.C.*, 2021, liv. 4, p. 199.

²⁴⁵ À noter qu'une limitation existe : dans certains cas, le vendeur conserve son droit – ou partie de celui-ci – tout en le transférant à l'acquéreur. Dans ce cas, le transfert des droits *propter rem* est limité : l'acquéreur ne peut agir que pour autant qu'il ait un intérêt à devenir créancier et dans la limite de cet intérêt. De même, le vendeur conserve son droit dans la mesure où il a intérêt à l'exercer (J.H. HERBOTS, « L'affinage du principe de la transmission automatique des droits *propter rem* du maître de l'ouvrage à l'acquéreur de l'immeuble », *op. cit.*, p. 546 ; D. PATART, « La transmission des droits et actions *propter rem* lors du transfert de l'immeuble auquel ils se rapportent », *op. cit.*, p. 263). On pense, par exemple, à la situation que la Cour de cassation a eu à trancher dans son arrêt du 20 avril 2012 (*Pas.*, 2012, liv. 4, p. 844). Le cas d'espèce concernait la vente d'un immeuble qui empiétait illégalement sur le fond voisin. L'acheteur du bien, confronté à l'action de ses voisins, avait appelé en garantie son vendeur, qui avait lui-même actionné la garantie de ses architectes et géomètres. Malgré le fait que le recours était considéré comme un accessoire à la vente, le vendeur a conservé la faculté d'exercer une telle action dès lors qu'elle présentait toujours pour lui un intérêt direct et certain (V. BOON, « Certains aspects civils de la revente », *Jurim pratique*, 2016, liv.1, pp. 263-264).

²⁴⁶ Notons que la cession de bail ne se résume pas à une seule cession de créance. Sur ce point, voy. not. C. DELFORGE *et al.*, *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, *op. cit.*, p. 330.

²⁴⁷ Cass., 11 septembre 1992, *R.W.*, 1993-1994, p. 325 ; C. DELFORGE *et al.*, *ibid.*, p. 328.

²⁴⁸ En matière de bail d'habitation et de bail de résidence principale, voy. les articles 47 à 49 et 60 à 61 du décret du Parlement wallon du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation, l'article 230 du Code bruxellois du logement et les articles 31 et 32 du décret du Parlement flamand du 9 novembre 2018 contenant les dispositions relatives à la location de biens destinés à l'habitation ou de parties de ceux-ci. En ce qui concerne les biens loués non-affectés à la résidence principale, voy. l'article 1717, alinéa 2, de l'ancien Code civil. En ce qui concerne les baux commerciaux, voy. l'article 10 de la loi sur les baux commerciaux. En ce qui concerne le bail à ferme, voy. les articles 30 à 37 de la loi sur les baux à ferme.

réclamer la résolution judiciaire du bail et éventuellement des dommages et intérêts complémentaires²⁴⁹.

43. Une application de *nemo plus iuris*. Les relations entre le locataire et le sous-locataire sont donc régies par le contrat de sous-location, et non le bail principal. Bien qu'étant autonomes, les parties veilleront à assurer une certaine cohérence entre ces deux conventions (durée, mode de jouissance, état des lieux...). En effet, le bail principal peut impacter le contrat de sous-location, notamment quant à la durée²⁵⁰.

Ainsi, certains auteurs considèrent que le locataire ne peut concéder plus de droits qu'il n'en a et donc ne peut consentir un contrat de sous-location d'une durée supérieure à la durée du bail principal²⁵¹. D'autres, au contraire, se fondant sur le principe de l'autonomie du contrat de sous-location par rapport au contrat initial, admettent cette hypothèse. Dans ce cas de figure, bien sûr, le locataire prend le risque de ne pouvoir assurer la jouissance du bien à son sous-locataire (si le bail principal n'est pas renouvelé, par exemple). Partant, s'il faillit à son obligation de garantie d'éviction, il sera tenu au paiement de dommages et intérêts²⁵².

Sous-section 4

Vente de l'immeuble loué

44. Position du problème. Si le propriétaire d'un immeuble le donne en location et le vend ensuite, qu'advient-il du bail en cours ? Le propriétaire-bailleur pourrait-il vendre le bien, pourtant loué, libre et quitte de toute charge ?

45. Une application de *nemo plus iuris*. L'article 1743 de l'ancien Code civil dispose que « [s]i le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail ». Autrement dit, l'acheteur est tenu par le bail en cours, si celui-ci est antérieur à l'acquisition. Le vendeur n'aura, en effet, pas pu transmettre un droit sur le

²⁴⁹ C. DELFORGE et al., *op. cit.*, p. 329 ; M.P. NOËL et V. WATTERKEYN, « Cession du bail et sous-location », in *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 426 ; B. LOUVEAUX, *Le droit du bail. Régime général*, Bruxelles, De Boeck Wesmael, 1993, p. 256.

²⁵⁰ B. LOUVEAUX, *ibid.*, pp. 263-264 ; C. DELFORGE et al., *ibid.*, p. 329.

²⁵¹ Ou à la durée restant à courir.

En outre, nous n'évoquons pas ici la question de la durée minimale légale de certains types de baux (habitation, commerce, etc.) au cas de la sous-location de ceux-ci.

²⁵² M.P. NOËL et V. WATTERKEYN, *op. cit.*, pp. 449-450. Plus largement, notons encore que la disparition du bail principal, par suite, par exemple, de son annulation ou de sa résolution, provoque la caducité de la sous-location en raison de la disparition de son objet (C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit, op. cit.*, p. 330).

bien quitte et libre de toute charge puisqu'il n'avait pas, lui-même, ce droit. Il est d'ailleurs admis que, contrairement à ce que mentionne l'article 1743, l'obligation de reprise du bail ne se limite pas à la vente, mais à tout acte translatif à titre particulier²⁵³.

Toutefois, cette disposition n'est applicable qu'à certaines conditions²⁵⁴.

Tout d'abord, et comme le précise l'article 1743 lui-même, les parties peuvent déroger à ce principe²⁵⁵.

Ensuite, il est nécessaire d'être en présence d'un bail. Il n'est toutefois pas requis que le locataire occupe (déjà) les lieux²⁵⁶. En outre, seuls les baux de droits communs sont régis par les articles 1743 et suivants de l'ancien Code civil. Pour les baux particuliers, il convient de consulter les législations qui leur sont propres²⁵⁷.

Enfin, pour que l'acquéreur soit tenu à la reprise du bail, ce dernier doit avoir une date certaine²⁵⁸ antérieure à la vente – qui doit elle-même être pourvue d'une date certaine²⁵⁹.

La majorité de la doctrine²⁶⁰ considère que la cession de bail se compose d'une cession de créances et d'une stipulation pour autrui. Ainsi, le vendeur stipule au profit du preneur les obligations nées du bail et devant être exécutées après la vente. L'acquéreur se voit ainsi céder lesdites obligations. Le bailleur, quant à lui, reste tenu pour ses dettes à l'égard du preneur²⁶¹. Dans chacune de ces relations, les parties peuvent soulever les exceptions liées à la cession²⁶² et celles qui leur sont propres.

²⁵³ Notamment l'échange, un apport en propriété à une société, un legs à titre particulier ou une donation ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, *Le louage de choses. Tome 1. Les baux en général*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 27 ; C. DELFORGE et al., *ibid.*, p. 333.

²⁵⁴ À défaut, le preneur devra quitter les lieux et activer, s'il le désire, la garantie d'éviction à charge du bailleur.

²⁵⁵ Soit en défaveur du preneur, en prévoyant la possibilité de résiliation du bail en cas de vente. Soit en faveur du preneur, en prévoyant que l'acheteur sera tenu de respecter le bail même si celui-ci ne devait pas répondre aux conditions prévues par la loi.

²⁵⁶ C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, op. cit., pp. 331-332 ; P. WÉRY, « L'aliénation du bien loué », in *Le droit commun du bail*, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 464.

²⁵⁷ Ainsi, pour les baux d'habitation, il convient, outre le droit commun, d'aller consulter les législations régionales relatives aux baux d'habitation et de résidence principale ; pour le bail à ferme, voy. l'article 55 de la loi sur les baux à ferme ; pour les baux commerciaux, voy. l'article 12 de la loi relative aux baux commerciaux.

²⁵⁸ Que ce soit par l'enregistrement de l'acte sous seing privé passé par les parties ou un bail par acte notarié.

²⁵⁹ C. DELFORGE et al., *Droit des contrats spéciaux. Ouvrage à l'attention des étudiants du programme de bachelier en droit*, op. cit., pp. 333-334.

²⁶⁰ Certains auteurs ont un autre point de vue. Ainsi, P. Van Ommeslaghe considère qu'il s'agit plutôt d'une cession de contrat imparfaite, ce qui rend sans doute mieux compte de la volonté des parties : céder le contrat en un seul tenant. C. DELFORGE et al., *ibid.*, p. 334.

²⁶¹ Notons encore que le bail est cédé sans rétroactivité (C. DELFORGE et al., *ibid.*, pp. 333-334 ; P. WÉRY, « L'aliénation du bien loué », op. cit., pp. 470-471). Pour des cas d'application pratiques, voy. P. WÉRY, *ibid.*, pp. 473-476.

²⁶² Concernant la cession de créance, voy. *supra*, n° xx.

Sous-section 5

Droits d'usage accordés par un usufruitier qui cesse d'exister

46. L'article 3.145, alinéa 2, du Code civil, une dérogation à *nemo plus iuris*. L'usufruitier dispose du droit d'administrer le bien grevé d'usufruit et, à ce titre, il peut accorder à des tiers, prolonger ou renouveler des droits d'usage sur ce bien (art. 3.145, al. 1^{er}, C. civ.)²⁶³.

Dans cette hypothèse, en principe, et en application de l'adage *nemo plus iuris*, le droit concédé par l'usufruitier devrait prendre fin au décès de celui-ci.

Toutefois, l'article 3.145, alinéa 2, du Code civil poursuit comme suit : « [s]i l'usufruit prend fin parce que l'usufruitier cesse d'exister, le droit d'usage à titre onéreux en cours subsiste pour le restant de sa durée et au maximum pour trois ans, après quoi il prend fin de plein droit. Les droits d'usage qui ne sont pas encore en cours d'exécution à la fin de l'usufruit ne reçoivent aucun effet ».

Plusieurs remarques peuvent être formulées à cet égard.

Premièrement, et comme nous l'avons indiqué, cela concerne tous les droits d'usage. Le plus souvent, il s'agira d'un bail²⁶⁴.

Deuxièmement, et *a contrario*, les droits d'usage accordés par l'usufruitier à titre gratuit – tel qu'un prêt – prendront fin au moment où cesse l'usufruit. Comme l'exposent les travaux préparatoires, « [l]orsque le tiers a obtenu le droit d'usage à titre gratuit, le principe du “nemo plus” s'applique alors : la fin de l'usufruit a également pour conséquence la fin du droit d'usage à titre gratuit »²⁶⁵. Dans une telle hypothèse, on en revient donc à une application *sensu stricto* de l'adage *nemo plus iuris*.

Troisièmement, la formule « cesse d'exister » vise tant le décès pour une personne physique que la faillite ou la dissolution pour une personne morale. Dans la mesure où c'est le mode d'extinction de l'usufruit qui lui confère son caractère précaire et aléatoire, c'est uniquement si l'usufruitier cesse d'exister qu'il sera dérogé à *nemo plus iuris*. Si l'usufruit prend fin d'une autre manière, il sera en principe mis fin aux droits d'usage du tiers, conformément à l'article 3.15 du Code civil. Avec une nuance toutefois, puisque l'article 3.17 du Code civil dispose que certaines causes d'extinction n'ont qu'un effet relatif et ne peuvent donc pas porter atteinte aux droits des tiers²⁶⁶.

²⁶³ Droit d'usage réel ou personne (Proposition de loi du 16 juillet 2019, Commentaire des articles, n° 55-0173/001, p. 275 ; I. DURANT, « Le droit d'usufruit dans le Code civil de 2020 », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 304).

²⁶⁴ C'est d'ailleurs ce type de convention qui était visé sous l'ancien régime (voy. art. 595 anc. C. civ.).

²⁶⁵ Proposition de loi du 16 juillet 2018, Commentaire des articles, n° 55-0173/001, p. 275.

²⁶⁶ Proposition de loi du 16 juillet 2018, Commentaire des articles, n° 55-0173/001, p. 275 ; I. DURANT, « Le droit d'usufruit dans le Code civil de 2020 », *op. cit.*, p. 304 ; N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, *op. cit.*, pp. 640-641. À ce sujet, voy. *supra*, n° xx.

Conclusion : le statut de l'adage *nemo plus iuris*

47. Une application tentaculaire. « Les principes généraux du droit sont des règles de droit non écrites de caractère général, dégagées par le juge à partir des prémisses de notre ordre juridique mais qui ont a priori une valeur supplétive par rapport à la loi »²⁶⁷.

À la lecture de cette définition, il serait tentant de considérer que l'adage *nemo plus iuris* constitue un principe général de droit : outre le fait qu'il s'agit d'une maxime latine qui semble être « vieille comme le monde », la présente contribution a mis en lumière son application tentaculaire. Ainsi, la loi le consacre expressément en prévoyant que la vente et legs du bien d'autrui sont nuls. En raisonnant par analogie, la doctrine a étendu ces cas d'application à d'autres transmissions. À titre d'illustration, la donation du bien d'autrui est pareillement nulle. De la même façon, l'article 74 de la loi hypothécaire ne visait que certaines causes de dissolution du contrat et a été étendu par la doctrine et la jurisprudence à d'autres hypothèses, telles que l'annulation du contrat. Désormais, l'article 3.15, 1^o, du Code civil prévoit expressément que l'extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel emporte l'extinction de ce dernier.

L'adage semble, par conséquent, revêtir certains caractères généralement attachés aux principes généraux du droit : le caractère autonome et supplétif, en ce qu'il trouverait à s'appliquer à défaut de texte, et le caractère général, en ce qu'il semble « comporte[r] une série indéfinie d'applications »²⁶⁸.

En outre, les exceptions à l'adage *nemo plus iuris* semblent systématiquement être justifiées par le même motif : la sécurité juridique. Qu'il s'agisse des modes originaires d'acquérir, des règles de publicité ou de la confiance légitime en cas d'extinction irrégulière de droits réels, la rigueur des solutions commandées par l'application de l'adage est tempérée par la sécurité juridique qui vise à protéger les droits des tiers.

Last but not least, le législateur lui-même incite à voir dans cet adage un principe général du droit. Les travaux préparatoires du Livre 3 du Code civil justifient l'autorisation de constitution de droits réels d'usage par leurs titulaires eux-mêmes, par référence au « principe », à « l'adage » ou encore à la « règle » *nemo plus iuris*²⁶⁹. Cette « justification par l'adage » – lequel traduit

²⁶⁷ G. CARNOY et V. LIBION, « La théorie de l'apparence en matière immobilière », *op. cit.*, p. 74 ; voy. également, pour une définition quasiment identique, S. SEYS et al., *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Presse de l'Université Saint-Louis, 2012, p. 465.

²⁶⁸ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle : études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 56.

²⁶⁹ « *nemo plus iuris...beginsel* », « het principe "*nemo plus iuris* [...]" », « het adagio "*nemo plus iuris*..." », « het adagium "*Nemo plus iuris* [...]" » ou encore « de "*nemo plus*" regel » (Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019,

une règle « fondamentale » à suivre P. Lecocq²⁷⁰ – se situe dans la droite ligne de celle initiée par la loi de 2014 en matière de droit de superficie²⁷¹.

48. Obstacles à la reconnaissance. Néanmoins, si l'élévation au rang de principe général de droit de l'adage est tentante compte tenu de ce qui vient d'être évoqué, la multitude de (possibles) cas d'application brièvement étudiés dans la présente contribution, l'origine de cet adage et les travaux préparatoires d'un livre du Code civil ne permettent pas, à eux seuls, de déterminer le statut de l'adage.

D'abord, l'automatisme de la reconnaissance de l'adage *nemo plus iuris* en tant que principe général de droit ne peut découler de son origine latine. Comme l'expose P. Wéry, « [l]a sévère mise en garde de H. De Page vient toutefois immédiatement à l'esprit, lui qui insistait sur la nécessité pour les juristes de se méfier des maximes, qui énoncent souvent des vérités approximatives, voire des inexactitudes : elles sont invoquées, dans la pratique, “à tout propos, et presque toujours mal à propos ou hors de tout propos”. Le fait qu'elles soient énoncées en latin ne leur confère certainement pas une autorité supérieure. La Cour de cassation a ainsi dénié le statut de principe général du droit à maintes maximes latines »²⁷².

Ensuite, comme l'expose P. Marchal, « [l]a loi ne crée pas les principes généraux du droit. Certes, elle crée des règles et des principes, mais ceux-ci ne sont pas des principes généraux du droit qui, par définition, n'appartiennent pas au droit écrit »²⁷³. « Il est généralement affirmé que les principes généraux du droit sont identifiés, le plus souvent (sinon exclusivement) par les juges au terme d'un processus d'induction amplifiante ou d'induction-déduction, qui consiste à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général dont des applications particulières supplémentaires pourront ensuite, le cas échéant, être déduites »²⁷⁴. Or, l'adage *nemo plus iuris* ne s'applique pas systématiquement par analogie ; il existe des cas où il ne s'applique tout simplement pas. Tel est le cas du bail sur la chose d'autrui : la Cour de cassation a en effet décidé « que le bail de la chose d'autrui

n° 0173/001, pp. 39, 67, 79, 218, 265, 275, 284 et 344). Voy. également, pour le Livre 5, Proposition de loi portant insertion du Livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, Commentaires des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 0174/001, p. 68.

²⁷⁰ « Il a été longuement insisté, dans les travaux préparatoires, sur l'application de la règle fondamentale *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* » (« Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 189, nous soulignons).

²⁷¹ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2013-2014, n° 3149/001, exposé des motifs, p. 108.

²⁷² P. WÉRY, « L'adage *prior tempore potior iure* », *op. cit.*, p. 637.

²⁷³ P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 19.

²⁷⁴ Voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, p. XX, n° 13.

n'est pas nul ; qu'à la différence de ce qu'il dispose en matière de vente (art. 1599), le Code civil n'ouvre pas l'action en nullité du contrat de bail pour raison de ce que ce contrat porte sur la chose d'autrui [...] que le Code civil réserve à l'acheteur l'action en nullité de la vente du moment où il est en mesure d'établir que la chose vendue n'appartient pas au vendeur, mais qu'il n'est pas de raison pour étendre, par analogie, cette faculté au preneur »²⁷⁵.

Enfin, plus fondamentalement, un obstacle essentiel à l'élévation de l'adage au rang de principe général de droit réside en son caractère protéiforme. Il ressort de la présente contribution que l'adage *nemo plus iuris* recouvre au minimum deux réalités juridiques différentes : un « *nemo plus*-validité/opposabilité » et un « *nemo plus*-qualité ».

D'une part, l'application de la règle de l'adage *nemo plus iuris* peut emporter la nullité ou l'inopposabilité de certains transferts : il impose ici que l'on ne transfère qu'un droit que l'on a pour que le transfert soit valable ou opposable. Il est donc interdit de transférer un droit que l'on n'a pas. Ainsi, la vente, l'échange ou encore le legs du bien d'autrui sont nuls : pour que ces transmissions soient valables, elles doivent être réalisées par le propriétaire du bien. De la même façon, pour qu'un droit postérieur soit opposable au titulaire du droit antérieur, il doit avoir été transmis par celui qui disposait dudit droit, à tel point que l'extinction d'un droit réel antérieur emportera, en principe, l'extinction de tous les transferts.

D'autre part, d'autres cas d'application font émerger une autre acception de l'adage suivant laquelle l'on ne transfère un droit que dans les limites de ce droit ou, pour le dire autrement, qu'avec ses qualités. Ainsi, le droit cédé ou constitué n'est cédé ou constitué que dans les limites des pouvoirs du cédant ou constituant, par exemple en termes de durée. La sanction, en cas de non-respect de cette règle, n'est toutefois pas clairement identifiée : nullité, inopposabilité ou requalification ?

49. Le mot de la fin (ou du début ?). En définitive, « les principes généraux du droit sont finalement les principes qualifiés tels par une juridiction suprême »²⁷⁶. Or, bien qu'ils aient été invoqués à plusieurs reprises par des plaideurs ou par l'avocat général devant la Cour de cassation²⁷⁷, celle-ci ne l'a jamais consacré expressément.

²⁷⁵ Cass., 4 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I., p. 443.

²⁷⁶ Voy. la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, p. XX, n° 20.

²⁷⁷ Voy. p. ex. Cass., 22 janvier 2021, *T.B.O.*, 2021, liv. 3, p. 178, concl. R. MORTIER ; Cass., 14 juin 2010, *R.G.* n° C.03.0286.F ; Cass., 4 avril 2005, *A&M*, 2005/5, p. 404 ; Cass., 29 mai 1980, *Pas.*, 1980, p. 1197 ; Cass., 11 janvier 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 167, concl. M. JOTTRAND.

Se pose par conséquent légitiment la question de savoir s'il serait opportun de l'élever au rang de principe générale droit et, dans l'affirmative, dans quelle acception le serait-il ?

La Cour ne pourrait pas simplement se contenter de consacrer l'adage sans déterminer sa portée exacte. C'est peut-être pour ça qu'elle ne l'a pas encore fait...

Conclusions

Florence GEORGE

*Chargée de cours à l'UNamur
Avocate au barreau de Liège-Huy*

Yannick NINANE

*Maître de conférences invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut*

Introduction

1. Notion. En guise d'introduction, R. Jafferali et J. Van Meerbeeck ont souligné qu'« à défaut de définition, la doctrine s'accorde généralement pour présenter les principes généraux du droit comme des règles de droit non écrites, qui présentent un caractère général et subsidiaire par rapport à la loi »¹.

Le caractère « mystérieux »² et « atypiques »³ des principes généraux du droit n'a pas suscité de grand engouement en droit belge et a plutôt freiné toute tentative de systématisation et de théorisation.

2. Importance. Or, l'importance des principes généraux du droit n'est plus à rappeler : « le principe général du droit est une “norme de droit positif” présentant une certaine autonomie, de rang législatif voire supérieur, dont le juge doit assurer le respect »⁴. Il s'agit d'une « [...] source *formelle*, dotée d'une autonomie qui lui confère une place dans la hiérarchie des normes et la rend susceptible d'être mobilisée, sur le plan technique, au soutien d'un pourvoi en cassation »⁵.

Le présent ouvrage vient combler une lacune. Il offre une vue panoramique des principes généraux du droit privé, en dressant un historique de leur consécration, tout en circonscrivant leur portée et l'impact de leur éventuelle consécration dans le Code civil.

¹ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 17.

² Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 1.

³ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 2.

⁴ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 3.

⁵ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, au présent ouvrage, n° 5, ainsi que le commentaire de l'article 1.1, al. 1^{er}, du Code civil dans les travaux préparatoires (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/1, pp. 7 et 8) cités par

À la lecture du présent ouvrage, le lecteur aura sans aucun doute été convaincu de la place significative qu'occupent ces principes généraux du droit dans notre système juridique.

Les nombreuses consécutions textuelles opérées par le législateur à l'occasion des récentes réformes l'attestent à suffisance.

3. Structure. Nous proposerons, en guise de conclusions, d'opérer, à la suite des différentes réformes intervenues, une classification des principes exposés dans le présent ouvrage (Section 1). Nous aborderons, dans un deuxième temps, les principes codifiés par le législateur en épinglant, pour chacun d'entre eux, les apports de cette consécration législative (Section 2). En dépit de ces avancées, nous verrons que l'évolution de certains principes restent encore, pour la doctrine, inachevée (Section 3).

Section 1

Aperçu synthétique des principes

Sous-section 1

Les interventions de la Cour de cassation

1. L'« âge d'or » des principes généraux du droit⁶. La Cour de cassation a consacré plusieurs principes généraux du droit privé. La plupart de ceux-ci furent reconnus au cours des décennies 1970 et 1980. C'est ainsi le cas du principe de l'exception d'inexécution⁷, de celui selon lequel la renonciation à un droit ne se présume pas⁸, de celui interdisant au représentant de se porter contrepartie⁹ ou encore de celui imposant la mise en demeure du débiteur préalablement à toute sanction d'un manquement à ses obligations¹⁰.

2. Les réticences de la Cour de cassation. La Cour de cassation s'est ensuite montrée plus réservée à consacrer de nouveaux principes généraux

⁶ L'expression est empruntée à R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK qui qualifient les décennies 1970 et 1980 « [d']âge d'or des principes généraux du droit » (voy. leur contribution au présent ouvrage, p. [...], n° 9).

⁷ Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, I, p. 1179 et Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, I, p. 849. Pour de « premières apparitions » de l'exception d'inexécution dans la jurisprudence de notre Cour suprême, voy. la contribution de L. DEBROUX et F. STANDAERT au présent ouvrage, p. [...], n° 4.

⁸ Cass., 15 février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 630 ; Cass., 24 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 143. Ce principe ne fait pas l'objet d'une contribution au présent ouvrage. Pour une analyse fouillée et récente, voy. A.-F. BELLE et J.-Fr. ROMAIN, « Les arcanes baroques d'un principe général du droit : "La renonciation à un droit ne se présume pas. Elle est de stricte interprétation et ne peut se déduire que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation" », in R. JAFFERALI, E. VAN DEN HAUTE et P. FORIERS (coord.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 113 à 150.

⁹ Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 408.

¹⁰ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 887.

du droit, jugeant notamment qu'il « n'existe pas de principe général du droit de la théorie du mandat apparent et de la bonne foi »¹¹, que « la règle, selon laquelle les lois spéciales qui dérogent à la loi générale sont appliquées prioritairement et à l'exclusion des lois générales, ne constitue pas un principe général du droit, mais seulement une règle d'interprétation en cas de concours entre dispositions légales »¹² ou encore que « l'interdiction de l'effet rétroactif, fondée sur le principe de la sécurité juridique, ne constitue pas un principe général du droit ayant une valeur constitutionnelle »¹³, pas plus que « le principe de loyauté procédurale »¹⁴.

Par un arrêt du 29 mars 2010, la Cour a également cantonné le principe d'égalité et de non-discrimination aux « relations de droit public entre les pouvoirs publics et les citoyens », jugeant qu'il « n'implique aucune obligation directe entre les citoyens »¹⁵.

C'est sans doute cette prudence qui a incité la Cour à consacrer¹⁶ et confirmer à plusieurs reprises¹⁷ la théorie des troubles de voisinage sans l'élever au statut de principe général du droit¹⁸ et à s'abstenir de qualifier comme tel la théorie de la lésion qualifiée¹⁹, dont elle a pourtant précisé les conditions d'application²⁰. Peut-être est-ce aussi ce qui explique que le principe général de rectification des erreurs matérielles ne soit pas (encore) consacré par notre cour suprême²¹, de même que l'adage *nemo plus iuris*²² ?

¹¹ Cass., 22 février 2018, R.G. n° C.17.0302.N, disponible sur juportal.be.

¹² Cass., 2 octobre 2003, R.G. n° F.00.0077.N, disponible sur juportal.be ; *Pas.*, 2003, p. 1529.

¹³ Cass., 17 novembre 2005, R.G. n° C.03.0430.N, disponible sur juportal.be.

¹⁴ Cass., 31 janvier 2020, R.G. n° F.18.0025.F, disponible sur juportal.be.

¹⁵ Cass., 29 mars 2010, R.G. n° S.08.0147.N, disponible sur juportal.be.

¹⁶ Cass., 6 avril 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 915.

¹⁷ Voy. not. Cass., 28 janvier 1991, R.C.J.B., 1992, p. 177 ; Cass., 24 avril 2003, R.C.J.B., 2006, p. 735.

¹⁸ Si, les arrêts premiers arrêts de la Cour en la matière s'en référaient « au principe général consacré notamment par l'article 11 de la Constitution », ils « consacraient [...] davantage l'existence de ce dernier principe, assez spécifique, énoncé par l'ancien article 11 de la Constitution et devenu l'article 16 dans la coordination du 19 février 1994, qu'une qualification directe de la théorie des troubles de voisinage en tant que P.G.D. » (J.-Fr. ROMAIN, « La théorie des troubles de voisinage : un principe général du droit en équilibre, mais non en expansion, reconsidéré à la lumière de la théorie des principes généraux du droit », note sous Cass., 24 avril 2003, R.C.J.B., 2006, p. 752, n° 9).

¹⁹ Sur la qualification de cette théorie comme principe général de droit, voy. la contribution de L. MALHAIZE et G. SCHULTZ au présent ouvrage, pp. [...] et [...], n° 10.

²⁰ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be.

²¹ Ou est-ce plutôt l'absence d'opportunité ou d'utilité de consacrer un tel principe ? En effet, « dès lors que se sont multipliés les régimes de rectification de l'erreur matérielle, on peine à imaginer une situation juridique dans laquelle, confronté au silence de la loi, le juge devrait fonder sa décision de rectifier une erreur matérielle sur un principe général en la matière » (voy. la contribution de Fr. CUVELIER au présent ouvrage, p. [...], n° 32).

²² E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES se demandent, dans leur contribution au présent ouvrage (p. [...], n° 49), si l'absence de consécration de cet adage comme principe général du droit ne s'explique pas par le fait que « la Cour ne pourrait pas simplement se contenter de consacrer l'adage sans déterminer sa portée exacte » tout en reconnaissant qu'il existe d'autres obstacles à une telle consécration (pp. [...] et [...], n° 48).

3. Consécration récentes. La prudence dont fait preuve la Cour de cassation dans la reconnaissance de nouveaux principes généraux ne l'a toutefois pas amenée à cesser toute activité à cet égard au siècle actuel. Elle a en effet plus récemment consacré le principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment par chacune des parties²³ et celui selon lequel le juge est tenu de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable²⁴ ou expressément élevé les interdictions de l'enrichissement sans cause²⁵ et de l'abus de droit²⁶ et la maxime *Fraus omnia corrumpit*²⁷ au rang de principes généraux de droit.

Sous-section 2

Les consécration par le Code civil

4. Un nouveau Code civil. L'adoption d'un nouveau Code civil fut l'occasion pour notre législateur de consacrer plusieurs institutions, au premier rang desquelles figurent les principes puisqu'ils sont mentionnés parmi les sources du droit civil dès la première phrase du premier alinéa du premier article du Code.

5. Consécration légale de certains principes généraux. Le Code consacre en outre plusieurs principes généraux du droit privé.

Certains sont consacrés au sein du Livre 1^{er}, contenant les dispositions générales²⁸ : l'interdiction pour le représentant de se porter contrepartie

²³ Cass., 29 mai 2015, R.G. n° C.13.0390.N, disponible sur juportal.be. La Cour avait toutefois déjà reconnu le droit à chacune des parties à un contrat à durée indéterminée de le résilier antérieurement pas des arrêts plus anciens, sans toutefois lui reconnaître le statut de principe général de droit (voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage, pp. [...] à [...]).

²⁴ Cass., 4 mars 2013, R.G. n° C.12.0056.F, disponible sur juportal.be. Voy également Cass., 14 avril 2005, J.T., 2005, p. 659, note J. VAN COMPERNOLLE ; J.L.M.B., 2005, p. 856, note G. DE LEVAL, dans lequel la Cour consacrait la règle sans la qualifier de principe général du droit.

²⁵ Cass., 19 janvier 2009, R.C.J.B., 2012, p. 69 et note J.-Fr. ROMAIN. T. VAN HALTEREN rappelle toutefois, dans sa contribution au présent ouvrage (p. [...]), que la théorie de l'enrichissement sans cause « a connu plus d'un siècle d'évolution et que la Cour de cassation constatait déjà, par son arrêt du 27 mai 1909 que « le Code [civil] [...] a reconnu et sanctionné d'une manière générale ce principe d'équité » (*Pas.*, 1909, I, p. 272).

²⁶ Cass., 30 octobre 2014, R.G. n° F.13.0140.F et Cass., 7 octobre 2020, R.G. n° C.19.0034.N-C.19.0118.N, disponibles sur juportal.be. Si la Cour de cassation a fait application de la théorie de l'abus de droit dans de nombreux arrêts plus anciens, c'est généralement les articles 1134, alinéa 3 (en matière contractuelle) et 1382 (en matière extracontractuelle) qui lui servaient alors de fondement, la Cour consacrant expressément, par ces arrêts récents, « l'existence d'un tel principe général de droit *in se* » (voy. la contribution de Th. LÉONARD au présent ouvrage, pp. 72 à 74, n° 5 à 7).

²⁷ Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2103. A. CHARLIER et C. JANSSEN rappellent toutefois, dans leur contribution au présent ouvrage (p. [...], n° 1), que la Cour faisait déjà référence à l'adage dans son arrêt du 23 septembre 1977 (*Pas.*, 1978, I, p. 100), sans toutefois le reprendre dans la motivation de celui-ci.

²⁸ Les travaux préparatoires précisent à cet égard que « les dispositions reprises ici sont qualifiées de "générales" non pas seulement parce qu'elles s'appliquent de manière transversale, mais parce qu'en outre, elles ne sont pas spécifiquement rattachées à un des autres livres du Code. Ne pouvant trouver leur centre de gravité dans l'un de ces autres livres, elles sont rassemblées dans ce Livre 1^{er}, ce qui manifeste à nouveau la nature

(art. 1.8, § 6, C. civ.), l'interdiction de l'abus de droit (art. 1.10 C. civ.)²⁹, *Fraus omnia corrumpit* (art. 1.11 C. civ.) et le principe selon lequel la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'une autre interprétation » (art. 1.12 C. civ.).

La théorie de l'apparence ne reçoit, pour sa part, que la consécration de l'une de ses applications particulières au sein du Livre 1^{er} : le mandat apparent (art. 1.8, § 5, C. civ.)³⁰.

D'autres principes sont consacrés au sein de livres du Codes traitant de la matière à laquelle ils s'appliquent³¹. C'est ainsi que le Livre 5, relatif aux obligations, confirme que l'erreur matérielle entachant la rédaction d'un contrat ne rend pas celui-ci nul, mais peut toujours être rectifiée (art. 5.32 C. civ.), range la lésion qualifiée parmi les vices de consentement, sous la dénomination d'abus de circonstances (art. 5.33 et 5.37 C. civ.), consacre le principe selon lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment par chacune des parties (art. 5.75 C. civ.), fait de l'enrichissement sans cause un quasi-contrat, en le requalifiant d'enrichissement injustifié (art. 5.127 et 5.135 C. civ.), impose la notification d'une mise en demeure avant toute sanction de l'inexécution (art. 5.83, 5.224 et 5.231 C. civ.) et offre un fondement légal général à l'exception d'inexécution (art. 5.239, § 1^{er}, C. civ.). Compte tenu de son rattachement au droit des biens, la théorie des troubles de voisinage est consacrée et règlementée au sein du Livre 3 (art. 3.101 et 3.102 C. civ.).

Le Code ne consacre cependant pas tous les principes généraux du droit privé. Les travaux préparatoires avancent deux raisons pour cela : « Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de manière générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent, en effet, être reconnus par la jurisprudence »³².

de droit commun du Code civil » (Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 5).

²⁹ Voy. également l'article 5.73, alinéa 2, 2°, qui prévoit que c'est en vertu du principe d'exécution de bonne foi que « nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat ».

³⁰ Des dispositions contenues au sein d'autres livres du Code donnent un effet à l'apparence. Voy. les articles 5.17, alinéa 2 (hypothèse dans laquelle la confiance légitime que le contrat serait certainement conclu a été suscitée), 3.17 et 3.34 (protection des tiers de bonne foi).

³¹ Les travaux préparatoires du Code civil précisent toutefois que dès lors que celui-ci « énonce par excellence le droit commun », l'ensemble de ses dispositions (qu'elles soient contenues dans le Livre 1^{er} ou dans d'autres livres) « ont une vocation naturelle à s'appliquer de manière générale » (Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *op. cit.*, p. 5).

³² Proposition de loi du 24 février 2021 portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *op. cit.*, pp. 7 et 8.

Section 2

L'incidence d'une consécration

Sous-section 1

Apports généraux d'une consécration

6. Des conséquences importantes. La consécration textuelle d'un principe général de droit emporte des conséquences importantes.

7. Incidence sur la force du principe consacré. Tout d'abord, cette consécration « aura un effet sur son autorité ou sa force, de même que sur le rang hiérarchique qu'il occupe dans la hiérarchie des normes »³³.

8. Incidence sur la subsidiarité du principe. Ensuite, la soumission des principes généraux du droit à la loi s'efface avec leur consécration législative.

Cette affirmation mérite cependant d'être nuancée dès lors que la soumission des principes généraux du droit à la loi était déjà largement écornée.

D'une part, R. Jafferali et J. Van Meerbeeck ont démontré que « la subsidiarité des principes généraux du droit à la loi n'offre qu'une vision imparfaite et tronquée de l'état du droit positif »³⁴. Tantôt, les principes généraux peuvent venir compléter la loi. Les principes généraux conserveront ainsi tout leur intérêt pour les hypothèses qui débordent le cadre strict de la consécration légale. D'une part, les principes généraux peuvent parfois faire échec à l'application de dispositions légales.

D'autre part, « la seule circonstance qu'un principe général du droit serait de "simple" rang législatif n'implique pas encore automatiquement son éviction par la loi puisqu'il serait toujours susceptible, du fait de sa combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'emporter sur celle-ci »³⁵.

Les auteurs de conclure que « cette double nuance aboutit à brouiller définitivement les cartes de la subsidiarité »³⁶.

9. Incidence sur la rédaction des pourvois en cassation. Enfin, la consécration des principes dans un texte légal pourrait avoir une incidence sur la rédaction du moyen de cassation. Plusieurs auteurs estiment en effet « qu'un principe général du droit ne peut être visé isolément dans un moyen de cassation que s'il n'est pas consacré dans un texte légal. Dans le cas contraire, il faudrait invoquer le texte écrit sous peine d'irrecevabilité du moyen de

³³ D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 503 cités par R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 22.

³⁴ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 34 et s.

³⁵ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 44.

³⁶ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 44.

cassation et ce, même si le principe général du droit a une portée qui dépasse celle de la norme écrite »³⁷. Cette thèse n'emporte cependant pas la conviction de l'ensemble de la doctrine et ne paraît pas devoir être approuvée.

Sous-section 2

Examen des principes consacrés par le Code civil

10. L'interdiction pour le représentant de se porter contrepartie. En interdisant à « quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui » non seulement de « se porter contrepartie de celui-ci », mais également « [d']intervenir en cas de conflit d'intérêts », l'article 1.8, § 6, du Code civil ne se contente pas de consacrer le principe général de droit existant. En effet, comme le soulignent N. Van Damme et S. Van Loock, cette disposition « va plus loin » puisqu'elle « ne vise pas seulement les cas où le représentant se porte contrepartie, mais aussi tout autre conflit d'intérêts dans son chef »³⁸. Les auteurs soulignent par ailleurs l'apport de l'article 5.57, alinéa 2, du Code qui permet au juge d'apprécier si la sanction de nullité prévue en cas de violation de l'interdiction n'est pas « manifestement pas appropriée »³⁹.

11. L'abus de droit. L'article 1.10 du Code civil confirme expressément que « nul ne peut abuser de son droit ». La disposition poursuit en consacrant le critère générique dégagé par la Cour de cassation pour qualifier l'abus de droit. Elle confirme, enfin, les deux sanctions de l'abus de droit telles que dégagées par la jurisprudence : la réduction du droit à son usage normal et la réparation du dommage causé par l'abus.

Comme le constate Th. Léonard, cette consécration légale, au sein du Livre 1^{er} du Code, qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit privé, a pour conséquence, qu'en cette (large) matière à tout le moins, « l'interdiction [légale] de l'abus de droit se substitue au principe général lui-même »⁴⁰. Seuls les critères spécifiques de l'abus de droit ne sont pas inscrits dans le Code civil. Comme le souligne à juste titre l'auteur, ils ne le sont pas non plus « dans la pierre » de sorte que « rien n'interdit l'émergence de nouveaux critères spécifiques à l'abus »⁴¹. Il est donc bon qu'ils « continuent de “vivre leur vie” par l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale [...] de l'article 1.10, éclairé, dans certaines matières particulières par des précisions légales »⁴².

³⁷ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 23.

³⁸ Voy. la contribution de N. VAN DAMME et S. VAN LOOCK, p. [...], n° 38.

³⁹ Voy. la contribution de N. VAN DAMME et S. VAN LOOCK, p. [...], n° 40.

⁴⁰ Voy. la contribution de Th. LÉONARD au présent ouvrage, pp. 110 et 111.

⁴¹ Voy. la contribution de Th. LÉONARD au présent ouvrage, p. 101, n° 23.

⁴² Voy. la contribution de Th. LÉONARD au présent ouvrage, p. 110.

12. *Fraus omnia corrumpit*. En disposant que « la faute intentionnelle, commise dans le but de nuire ou de réaliser un gain, ne peut procurer d'avantage à son auteur », l'article 1.11 du Code civil consacre légalement le principe *Fraus omnia corrumpit*. Constatant que le législateur a consacré cet adage « tel qu'il avait été développé par la doctrine et la jurisprudence », A. Charlier et C. Janssen considèrent que « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* conservera, à tout le moins, un intérêt sur le plan interprétatif de la nouvelle disposition légale »⁴³.

13. Le principe d'égalité et de non-discrimination. Au-delà de la portée constitutionnelle reconnue au principe d'égalité et de non-discrimination (lequel peut être invoqué isolément, dans le contexte du fédéralisme, ou en combinaison avec un ou plusieurs autres droits fondamentaux), N. B. Bernard et J. Vanderbeck⁴⁴ ont entendu examiner la portée du principe dans les rapports privés. Malgré un arrêt de la Cour de cassation qui décide que les articles 10 et 11 de la Constitution n'imposent « aucune obligation directe entre les citoyens »⁴⁵, le principe d'égalité et de non-discrimination n'en reste pas moins présent dans les relations entre les personnes privées.

Tout d'abord, le principe est omniprésent au travers des législations anti-discriminations⁴⁶. Ensuite, la jurisprudence de la Cour de cassation, de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice de l'Union européenne impose également le respect de ce principe d'égalité⁴⁷. Enfin, le principe rejaillit dans le cadre des réformes puisqu'il est venu limiter la liberté contractuelle, qui, aussi fondamentale qu'elle soit, ne peut être absolue (art. 5.14 C. civ.).

14. La rectification des erreurs matérielles. Comme le souligne Fr. Cuvelier, en disposant que « l'erreur matérielle qui procède d'une discordance involontaire entre la volonté réelle commune des parties et leur volonté déclarée ne rend pas le contrat nul mais peut toujours être rectifiée, l'article 5.32 du Code civil offre un fondement à cette règle en matière contractuelle, lui permettant de s'affranchir du principe de l'exécution de bonne foi et des règles d'interprétation et, partant, d'acquérir l'autonomie propre aux principes généraux du droit »⁴⁸.

15. La lésion (re)qualifiée. Les articles 5.33 et 5.37 du Code civil consacrent la lésion qualifiée comme vice de consentement et la requalifient en abus de circonstances.

⁴³ Voy. la contribution de A. CHARLIER et C. JANSSEN au présent ouvrage, p. 156, n° 5.

⁴⁴ Voy. la contribution de N. B. BERNARD et R. VANDERBECK au présent ouvrage, n°s 28 et s.

⁴⁵ Cass., 29 mars 2010, R.G. n° S.08.0147.N, disponible sur juportal.be.

⁴⁶ Voy. la contribution de N. B. BERNARD et R. VANDERBECK au présent ouvrage, n°s 29 et s.

⁴⁷ Voy. la contribution de N. B. BERNARD et R. VANDERBECK au présent ouvrage, n°s 36 et s.

⁴⁸ Voy. la contribution de Fr. CUVELIER au présent ouvrage, pp. [...] à [...], n°s 26 à 28.

L. Malhaize et G. Schultz confirment que la lésion qualifiée est une « règle » élaborée par la doctrine et la jurisprudence, dont la définition et les conditions ont été énoncées par la Cour de cassation⁴⁹ sans qu'il s'agisse d'un principe général de droit⁵⁰. Ils accueillent dès lors favorablement sa consécration légale, notant que le législateur, en précisant les sanctions de l'abus de circonstance, opte pour la responsabilité précontractuelle comme fondement de celui-ci⁵¹.

16. Le principe selon lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment. L'article 5.75 du Code civil, intitulé « contrat à durée indéterminée », a codifié le principe général consacré par la Cour de cassation le 29 mai 2015⁵² selon lequel un contrat conclu à durée indéterminée peut être résilié à tout moment par chacune des parties⁵³.

Selon B. De Langue et J.-Th. Godin, la portée de l'article 5.75 n'est pas fondamentalement différente de celle du principe général.

Ces auteurs soulignent que la nouvelle disposition a vocation à s'appliquer aux obligations contractuelles, consenties pour une durée indéterminée, tandis que les conditions d'application sont identiques au principe général reconnu par la Haute juridiction. Le principe devrait désormais « contribuer à guider la jurisprudence relative à l'interprétation de la règle figurant dorénavant dans le Code civil »⁵⁴.

En réponse à la question de savoir si le principe a une portée propre, distincte de l'article du nouveau Code civil, les auteurs font état de potentielles nouvelles perspectives. Ils énoncent qu'« il est possible que la jurisprudence s'attèle à identifier une portée autonome au principe général du droit. En particulier, s'agissant des engagements unilatéraux à durée indéterminée, il nous semble probable que soit consacrée la faculté de l'auteur de l'engagement d'y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un préavis raisonnable »⁵⁵. La règle de l'article 5.75 qui figure sous le chapitre réservé au « contrat » pourrait en effet également être appliquée aux actes juridiques unilatéraux par le biais du nouvel article 5.126 du nouveau Code civil, lequel dispose que « [c]haque acte juridique unilatéral est soumis aux règles qui lui sont propres et, dans la mesure où celles-ci n'y dérogent pas, aux règles qui s'appliquent aux contrats ainsi qu'au régime général de l'obligation »⁵⁶.

⁴⁹ Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.12.0051.N, disponible sur www.juportal.be.

⁵⁰ Voy. la contribution de L. MALHAIZE et G. SCHULTZ au présent ouvrage, pp. [...] et [...], n° 10 et p. [...], n° 50.

⁵¹ Voy. la contribution de L. MALHAIZE et G. SCHULTZ au présent ouvrage, p. [...], nos 49

⁵² Cass. (1^{re} ch.), 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1393.

⁵³ Voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage.

⁵⁴ Voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage.

⁵⁵ Voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage.

⁵⁶ Voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage.

Les auteurs invitent par ailleurs à rester « attentif à la question de l'efficacité de la résiliation, en cas de non-respect des conditions prévues par la loi ou le contrat ou de non-respect du délai raisonnable »⁵⁷. Il incombera en effet aux magistrats de préciser la sanction idoine attachée à ce non-respect.

17. L'enrichissement sans cause ou injustifié. L'enrichissement sans cause est à présent consacré aux articles 5.127 et 5.135 du Code civil, sous l'appellation d'enrichissement injustifié. Ces dispositions coulent dans la loi les acquis de la jurisprudence, de sorte qu'elles ne modifient pas le régime de l'institution⁵⁸.

Th. Van Halteren estime que cette consécration ne lui fait pas perdre le statut de principe général de droit, notamment parce que l'apport de la doctrine et de la jurisprudence ayant permis l'émergence, l'évolution et l'affinement ce principe, rappelé dans les travaux préparatoires, est nécessaire à la bonne compréhension, et donc la correcte application, des « dispositions légales plutôt concises »⁵⁹. Partant, il considère que, sous l'action de la doctrine et de la jurisprudence, le principe général, même traduit dans un texte législatif, [...] continuera de s'appliquer tout en évoluant »⁶⁰.

18. La mise en demeure préalable à toute sanction de l'inexécution. En disposant que la sanction de l'inexécution doit être précédée d'une mise en demeure, l'article 5.231 du Code civil coule dans la loi le principe général reconnu par la Cour de cassation. À l'analyse de cette disposition et des autres articles du Livre 5 du Code civil qui traitent de la mise en demeure, A. de Cooman constate que « le législateur s'est principalement attelé à codifier à droit constant nombre des acquis doctrinaux et jurisprudentiels, tout en tranchant, çà et là, quelques controverses choisies », comme celles « liées à la prise de cours des intérêts compensatoires et à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution ». Il estime toutefois que cette consécration légale ne fait pas disparaître le principe général de droit qui conserve une valeur interprétative⁶¹.

19. L'exception d'inexécution. En consacrant légalement le droit du créancier d'une obligation exigible, dans un rapport synallagmatique, de « suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le débiteur exécute ou offre d'exécuter la sienne », l'article 5.239, § 1^{er}, du Code civil consacre légalement le principe de l'exception d'inexécution. Le législateur précise en

⁵⁷ Voy. la contribution de B. DE LANGE et J.-Th. GODIN au présent ouvrage.

⁵⁸ Voy. la contribution de Th. VAN HALTEREN au présent ouvrage, pp. [...] à [...], n° 30.

⁵⁹ Voy. la contribution de Th. VAN HALTEREN au présent ouvrage, p. [...], n° 31.

⁶⁰ Voy. la contribution de Th. VAN HALTEREN au présent ouvrage, p. [...], n° 31.

⁶¹ Voy. la contribution d'A. DE COOMAN au présent ouvrage, p. [...], n° 41 et 42.

outre que la mise en demeure n'est pas un préalable nécessaire à la suspension des prestations du créancier impayé et tranche la question de la charge de la preuve⁶².

Constatant que « l'exception d'inexécution, en tant que principe général de droit, a été adéquatement et intégralement assimilée dans la nouvelle norme écrite », L. Debroux et F. Standaert se demandent si, « en dehors de la fonction interprétatrice du principe qui survivra », celui-ci ne « pourrait [pas] sembler inopérant ». Ils préfèrent considérer que le principe est « “dormant” dans l'attente de nouvelles fonctions et/ou interprétations qui seraient données à l'exception d'inexécution et qui feraient alors revivre l'utilité du principe général de droit dans sa fonction complétive de la norme »⁶³.

20. La théorie des troubles de voisinage. La théorie des troubles du voisinage a été consacrée dans le nouveau Livre 3 du Code civil⁶⁴. Il s'agit, pour reprendre les termes usités par S. Vanvrekomp et N. Bernard, d'« un tournant important pour la théorie des troubles de voisinage dès lors que, près de quatre-vingts années après son adoption par la Cour de cassation, [elle] se voit désormais contenue dans notre instrument civiliste principal, au sein d'un Titre 5 (dudit Livre 3) spécifiquement consacré aux relations de voisinage »⁶⁵.

La consécration ancre dans un texte les bases de la théorie sans toutefois y insérer « le détail de toutes les précisions et nuances jurisprudentielles et doctrinales qui demeurent »⁶⁶. En effet, à l'exception de la prévention du trouble, le législateur s'est contenté de codifier à droit constant les grands enseignements des cours et tribunaux⁶⁷.

Les auteurs affirment que le principe conservera toutefois son utilité à plusieurs égards.

Dans sa fonction complétive, tout d'abord : « le nouveau texte de loi n'a manifestement pas vocation à éradiquer le principe général de droit relatif aux troubles de voisinage. Bien au contraire, la théorie des troubles de voisinage en tant que principe général de droit conserve sa pleine utilité dès lors qu'elle se doit de nuancer et préciser le texte qui la consacre »⁶⁸.

Dans sa fonction correctrice ou encadrante ensuite. Les auteurs entendent éprouver cette idée au regard de la réelle innovation du Titre 5 du Livre 3

⁶² Voy. la contribution de L. DEBROUX et F. STANDAERT au présent ouvrage, pp. [...], n°s 36 et 37.

⁶³ Voy. la contribution de L. DEBROUX et F. STANDAERT au présent ouvrage, p. [...], n° 35.

⁶⁴ Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage, n° 13 et s.

⁶⁵ Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage, n° 13.

⁶⁶ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 55-0173/001, p. 183.

⁶⁷ Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage, n° 14.

⁶⁸ Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage, n° 14.

que constitue la prévention du trouble de voisinage. L'article 3.102 du Code civil permet en effet « d'empêcher qu'un trouble non encore advenu se réalise, sur la seule constatation de "risques" (certes "graves et manifestes") en matière de sécurité, de santé ou de pollution. Le Code civil semble donc ici régir une situation au préjudice (pour reprendre la formulation de l'article 1.1) du principe général du droit tel qu'enseigné jusqu'ores »⁶⁹.

Pour les auteurs, il n'y a nullement lieu d'y voir une disparition du principe général de droit relatif aux troubles de voisinage. « *Primo*, parce que cette question de la prévention du trouble est éminemment particulière et ne représente qu'une des nombreux volets de la problématique des troubles de voisinage (dont les instigateurs de la loi de 2020 disent au demeurant qu'elle est "tentaculaire"⁷⁰). *Secundo*, parce que, loin d'être monolithique, la théorie des troubles de voisinage a toujours été animée par ce débat relatif à la notion de prévention, certains juges n'hésitant d'ailleurs pas à lui donner corps. *Tertio*, parce que le Livre 3 ne doit pas occulter l'existence préalable de l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, qui dispose déjà que "l'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé", de sorte qu'on a moins affaire à une révolution (avec cet article 3.102) qu'à un approfondissement sectoriel ou thématique en quelque sorte. *Quarto*, et de manière plus globale, parce que le commentaire des articles de la loi qui a porté cet article 1.1 du Code civil⁷¹ explique très officiellement qu'une éventuelle consécration par une législation d'un principe général a pour effet uniquement de conférer une "place dans le Code" ainsi qu'une "base légale" audit principe, sans signer donc l'extinction de celui-ci. Au final, et à cette aune, le Livre 3 ne porterait donc en rien préjudice au principe général de droit ; les deux cohabitent, tout simplement, en se complétant et en se renforçant mutuellement »⁷².

Section 3

L'évolution probable des principes non codifiés ou reconnus

21. *Lex specialis derogat generali*. C. Botman le reconnaît sans ambages. Le principe « *Lex specialis derogat generali* » n'a jamais été élevé au rang de principe général du droit. La Cour de cassation a toujours refusé de lui reconnaître ce statut⁷³. Se pose dès lors la question de savoir si, à l'avenir,

⁶⁹ Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage, n° 14

⁷⁰ Proposition de loi précitée, p. 183.

⁷¹ Loi du 28 avril 2022 portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, M.B., 1^{er} juillet 2022.

⁷² Voy. la contribution de S. VANVREKOM et N. BERNARD au présent ouvrage.

⁷³ Voir la contribution de C. BOTMAN au présent ouvrage, n° 18.

ce principe pourrait malgré tout être reconnu par le processus d'induction-déduction qui consiste « à partir de dispositions particulières pour induire, sur la base d'un raisonnement par analogie, l'existence d'un principe général dont des applications particulières supplémentaires pourront ensuite, le cas échéant, être déduites »⁷⁴.

Parmi les dispositions légales qui renferment ce principe⁷⁵, on retrouve les articles 1.1 et 5.13 du Code civil, ainsi que l'article 2 du Code judiciaire et l'article 2 du Code de droit international privé belge.

C. Botman souligne qu'à ce stade et en dépit de caractéristiques communes (caractère non écrit, général et subsidiaire), le principe *lex specialis derogat generali* ne semble pas pouvoir être qualifié de principe général du droit pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le principe ne fait pas l'objet d'un large consensus. Ensuite, il ne semble pas s'appliquer de manière automatique dès lors que le juge conserve le choix de ne pas l'appliquer. Enfin, le législateur et la Cour de cassation écartent parfois le principe *lex specialis derogat generali* au profit de la règle de l'option entre le droit commun et le droit spécial.

22. La bonne foi. Même si elle a récemment été intégrée dans nombre de dispositions légales⁷⁶, la reconnaissance d'un principe général du droit de la bonne foi n'est, selon S. Larielle, pas encore à l'ordre du jour⁷⁷.

Les travaux préparatoires du Livre 1^{er} le confirment puisqu'il est clairement précisé que le principe de bonne foi n'a pas été reconnu ces dernières années par la Cour de cassation⁷⁸.

Le législateur laisse toutefois la porte entrouverte puisqu'il est ensuite précisé que « [c]ette approche stricte n'exclut pas qu'à l'avenir, de nouveaux principes généraux du droit puissent malgré tout être reconnus et que l'on aspire à une telle reconnaissance »⁷⁹.

Il n'en reste pas moins, selon l'auteure que, dans l'attente, « en l'absence de principe général de bonne foi, en cas de malhonnêteté et de déloyauté, la victime peut avoir recours, dans une certaine mesure, aux dispositions relatives au dol, à l'abus de droit, à *Fraus omnia corrumpit*... »⁸⁰.

⁷⁴ Voir la contribution de R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK au présent ouvrage, n° 13.

⁷⁵ Voir la contribution de C. BOTMAN au présent ouvrage, n° 17.

⁷⁶ La bonne foi se retrouve aussi bien en matière contractuelle qu'en période pré et post-contractuelle ou en droit judiciaire (voy. les articles 1382 et 1383 ancien Code civil, articles 1.11, 1.12, articles 5.15, 5.16, 5.37, 5.71, 5.73, 5.114, al. 2, 5.231, al. 3, article 8.4 du Code civil).

⁷⁷ Voy. la contribution de S. LARIELLE au présent ouvrage.

⁷⁸ Cass., 22 février 2018, R.G. n° C.17 0302.N, disponible sur juportal.be

⁷⁹ Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 7 et 8.

⁸⁰ Voy. la contribution de S. LARIELLE au présent ouvrage, n° 12.

23. *Nemo potest....* Le principe *nemo potest* connaît lui aussi une « multitude de (possibles) cas d'application »⁸¹.

La Cour de cassation n'a toutefois pas davantage entendu l'élever au rang de principe général du droit. Bien qu'invoqué à plusieurs reprises « par des plaideurs ou par l'avocat général devant la Cour de cassation »⁸², celle-ci ne l'a jamais consacré expressément »⁸³.

Le législateur, à l'occasion des récentes réformes, a fait montre d'une même frilosité.

Plusieurs obstacles se dressent en effet à une éventuelle reconnaissance.

Pour E. Bijmens, A. Despret et A. Vandendries, l'« obstacle essentiel à l'élévation de l'adage au rang de principe général de droit réside en son caractère protéiforme. Il ressort de la présente contribution que l'adage *nemo plus iuris* recouvre au minimum deux réalités juridiques différentes : un “*nemo plus-validité/opposabilité*” et un “*nemo plus-qualité*” »⁸⁴.

En outre, une consécration sans circonscrire la portée exacte du principe ne ferait que susciter de nouvelles interrogations⁸⁵.

24. La théorie de l'apparence. Depuis quelques années, la théorie de l'apparence connaît un véritable essor tant jurisprudentiel que législatif.

Après la reconnaissance et la confirmation de la théorie du mandat apparent⁸⁶, la Cour de cassation a opéré un pas supplémentaire dans son arrêt du 22 janvier 2021⁸⁷ où elle reconnaît ce que J.-Fr. Romain intitule « la théorie de la propriété apparente »⁸⁸.

À l'occasion des réformes, le législateur a consacré à l'article 1.8, § 6, la théorie du mandat apparent tout en admettant, au sein du Livre 5, une deuxième application spécifique de la confiance légitime en matière d'indemnisation de la *culpa in contrahendo* en cas de rupture intempestive de négociations (article 5.17, al. 2).

La théorie de la propriété apparente se retrouve également partiellement aux articles 3.17 et 3.34. On rappellera cependant que – nuanciant ce faisant

⁸¹ Voy. la contribution de E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, au présent ouvrage, n° [...].

⁸² Voy. p. ex. Cass., 22 janvier 2021, T.B.O., 2021, liv. 3, p. 178, concl. R. MORTIER ; Cass., 14 juin 2010, R.G. n° C.03.0286.F ; Cass., 4 avril 2005, A&M, 2005/5, p. 404 ; Cass., 29 mai 1980, Pas., 1980, p. 1197 ; Cass., 11 janvier 1926, Pas., 1926, I, p. 167, concl. M. JOTTRAND.

⁸³ Voy. la contribution de E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, au présent ouvrage.

⁸⁴ Voy. la contribution de E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, au présent ouvrage, n° [...].

⁸⁵ Voy. la contribution de E. BIJNENS, A. DESPRET et A. VANDENDRIES, au présent ouvrage, n° [...].

⁸⁶ Cass., 20 juin 1988, Pas., 1988, I, p. 1258 ; J.T., 1989, p. 541, et note P. A. FORIERS. Voy. aussi Cass., 22 février 2018, Pas., 2018, I, pp. 396 et s.

⁸⁷ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.20.0143.N, disponible du juportal.be ; R.W., 2020-2021, p. 1335 et note B. VERHEYE.

⁸⁸ Voy. la contribution de J.-Fr. ROMAIN au présent ouvrage, p. [...], n° [...].

les propos de J.-Fr. Romain –, le législateur n’a pas entendu, de manière explicite, consacrer l’enseignement de l’arrêt du 22 janvier 2021 dans le Livre 5.

L’auteur milite pour une reconnaissance plus large du principe tout en admettant qu’il reste un bout de chemin à parcourir.

25. La rectification des erreurs matérielles. Au terme d’une analyse structurée et documentée, Fr. Cuvelier conclut que « l’article 5.32 du Code civil n’est que le reflet, en matière contractuelle, d’un principe dont la généralité d’application est telle que l’on admet, en toute matière du droit privé, que les erreurs matérielles demeurent sans incidence quelconque sur la validité ou l’efficacité de l’acte juridique (quel que soit sa nature) qu’elles entachent et peuvent uniquement être rectifiées »⁸⁹ et même que ce principe revêt un « caractère éminemment général », dépassant la sphère du droit privé⁹⁰.

L’auteur reconnaît toutefois qu’il est peu probable que la reconnaissance d’un tel principe par la jurisprudence advienne dès lors qu’il « peine à imaginer une situation juridique dans laquelle, confronté au silence de la loi, le juge devrait fonder sa décision de rectifier une erreur matérielle sur un principe général en la matière », compte tenu des régimes légaux déjà existants permettant une telle rectification⁹¹.

⁸⁹ Voy. la contribution de Fr. CUVELIER au présent ouvrage, p. [...], n° 29.

⁹⁰ Voy. la contribution de Fr. CUVELIER au présent ouvrage, p. [...], n° 30.

⁹¹ Voy. la contribution de Fr. CUVELIER au présent ouvrage, p. [...], n° 32.

Table des matières

Le fabuleux destin des principes généraux du droit	9
Rafaël JAFFERALI et Jérémie VAN MEERBEECK	
Introduction	9
Section 1. La découverte des principes généraux du droit	10
Sous-section 1. La découverte de nouvelles normes	11
Sous-section 2. La découverte d'un principe général du droit	19
Section 2. Les principes généraux à découvert	30
Sous-section 1. Le caractère non écrit	30
Sous-section 2. Le caractère général	34
Sous-section 3. Le caractère subsidiaire des principes	39
A. Le discours officiel : la soumission des principes généraux du droit à la loi	39
B. Le constat empirique : l'essor des principes généraux du droit	45
C. Pour un changement de paradigme	62
L'interdiction de l'abus de droit : requiem pour un principe général de droit ?	67
Thierry LÉONARD	
Introduction	67
Section 1. La théorie de l'abus de droit dans le nouveau Code civil	71
Sous-section 1. Les fondements de la théorie : une clarté voilée ?	72
Sous-section 2. Le critère général de l'abus : l'étoile du Nord dans la nuit ?	81
ANTHEMIS	625

Sous-section 3.	Les critères spécifiques de l'abus laissés à la jurisprudence et à la doctrine	90
Sous-section 4.	La consécration de la sanction spécifique de l'abus de droit par l'article 1.10 : la réduction du droit	104
Section 2.	Considérations conclusives sur l'insertion de l'interdiction dans le Code civil et sa qualification de principe général du droit	108
Sous-section 1.	La fin de la contradiction inhérente à la théorie de l'abus de droit ?	108
Sous-section 2.	L'article 1.10 du Code civil : la fin d'un principe général de droit ?	110
Sous-section 3.	Les conséquences espérées de l'affranchissement de l'interdiction de l'abus aux règles de responsabilité civile	111
L'enrichissement sans cause ou injustifié		115
	Thomas VAN HALTEREN	
Introduction		115
Section 1.	L'enrichissement sans cause ou injustifié : un principe général de droit	115
Sous-section 1.	Historique	117
Sous-section 2.	Caractère subsidiaire	119
Section 2.	Conditions requises pour qu'il y ait enrichissement sans cause	122
Sous-section 1.	Un enrichissement	122
Sous-section 2.	Un appauvrissement	123
Sous-section 3.	Un lien de corrélation	123
Sous-section 4.	Une absence de cause	124
A.	Une cause dans la loi	127

B. Une cause dans un contrat ou quasi-contrat	129
C. Une cause dans la volonté de l'appauvri	130
D. Une cause dans la faute de l'appauvri	133
E. Une cause dans une obligation naturelle	133
F. Charge de la preuve de l'absence de cause	133
Sous-section 4. La subsidiarité	134
Section 3. La restitution	135
Sous-section 1. Obligation de restituer : modalités	136
Sous-section 2. Obligation de restituer : évaluation de la créance	136
Section 4. Consécration de la théorie générale dans le nouveau Code civil	146
Conclusion	150
 L'épopée de <i>Fraus omnia corrumpit</i> : d'un adage à la loi, en passant par un principe général de droit	151
Aline CHARLIER et Céline JANSSEN	
Introduction	151
Section 1. La genèse du principe général du droit <i>Fraus omnia corrumpit</i> et sa consécration légale	152
Sous-section 1. La consécration de l'adage <i>Fraus omnia corrumpit</i> en tant que principe général du droit	152
Sous-section 2. La consécration légale du principe lors de la recodification du Code civil	155
Section 2. Définition	156
Sous-section 1. La portée du principe général du droit <i>Fraus omnia corrumpit</i>	156
Sous-section 2. La portée de la disposition légale relative à « l'intention de nuire »	157
 ANTHEMIS	627

Section 3. Conditions d'application	157
Sous-section 1. Les conditions d'application du principe général du droit	157
A. L'élément « matériel » : un comportement fautif en vue de porter atteinte aux droits et aux intérêts d'une partie cocontractante ou d'un tiers. Faute intentionnelle ou fraude ?	157
B. L'élément « moral » : l'intention de nuire ou d'obtenir un avantage de la conclusion d'un acte juridique ou de l'application d'une règle de droit	162
Sous-section 2. Les conditions d'application de la disposition légale	163
A. La commission d'une faute intentionnelle	163
B. L'intention de nuire à autrui ou de réaliser un gain aux dépens d'autrui	164
Section 4. Effets et cas d'application	164
Sous-section 1. Les effets de l'application du principe général du droit <i>Fraus omnia corrumpit</i>	164
A. Le principe	164
B. Les nuances à la portée du principe général du droit <i>Fraus omnia corrumpit</i>	167
Sous-section 2. Les effets de l'application de la disposition légale	169
Section 4. <i>Fraus omnia corrumpit</i> en droit des assurances	170
Sous-section 1. L'impact de la réforme du Code civil	170
A. La situation avant la réforme du Code civil pour le preneur, l'assuré et le bénéficiaire fraudeur ?	170
B. La situation après la réforme du Code civil pour le preneur, l'assuré et le bénéficiaire fraudeur ?	171
Sous-section 2. Quelle responsabilité pour l'intermédiaire « de mèche » ?	172
A. Les fautes concurrentes du preneur et de l'intermédiaire : illustration pratique	172
B. Comment concilier en pratique les fautes concurrentes de l'intermédiaire en assurance et du (candidat) preneur ?	174
C. Comment se règle la question de l'indemnisation ?	175

Sous-section 3. Le profit indirect généré par la fraude : critique et déjà un appel à la réforme	178
Conclusion	180
La théorie des troubles de voisinage Sébastien VANVREKOM et Nicolas BERNARD	183
Introduction	183
Section 1. Historique et évolution	184
Section 2. Une théorie prétorienne mais élevée au rang de principe général de droit par la seule doctrine	189
Section 3. La consécration dans le nouveau Livre 3 du Code civil	192
Section 4. Régime de la théorie des troubles de voisinage	195
Sous-section 1. Notion	195
Sous-section 2. Une responsabilité objective	196
Sous-section 3. Le voisinage (au sens large)	199
Sous-section 4. Un bien (im)meuble	200
Sous-section 5. Un propriétaire (ou, plus largement, le titulaire d'un attribut du droit de propriété)	200
Sous-section 6. Un trouble anormal	207
Sous-section 7. Le rétablissement de l'équilibre (sanctions)	211
Section 5. La prévention des troubles de voisinage	214
Section 6. Action et prescription	216
Section 7. Compétence du juge de paix	217
Conclusions	218
ANTHEMIS	629

L'exception d'inexécution	219
Félix STANDAERT et Laurent DEBROUX	
Section 1. Principe et historique	219
Sous-section 1. Définition et principe	219
Sous-section 2. Historique	221
Section 2. Caractéristiques de l'exception d'inexécution	223
Sous-section 1. Double fonction	223
Sous-section 2. Caractère temporaire	225
Sous-section 3. Caractère supplétif	228
Section 3. Champ d'application	230
Sous-section 1. Contrats synallagmatiques	230
Sous-section 2. <i>Quid</i> des groupes de contrats ?	230
Sous-section 3. <i>Quid</i> des rapports synallagmatiques ?	231
Sous-section 4. <i>Quid</i> en cas de quasi-contrats ?	232
Section 4. Conditions d'application et de mise en œuvre de l'exception – Rappel de l'état avant l'adoption du Livre 5 du Code civil	232
Section 5. Effets	243
Section 6. Contrôle judiciaire	244
Section 7. Régime du Livre 5	246
Sous-section 1. Une consécration du principe général de droit	246
Sous-section 2. <i>L'exceptio timoris</i>	249

L'aire nouvelle du principe général de l'apparence ou comment la jurisprudence peut aller plus loin que les Livres 1^{er}, 3 et 5 du nouveau Code civil réunis	251
Jean-François ROMAIN	
Introduction	251
Section 1. L'évolution générale de la théorie de l'apparence en tant que principe général du droit	254
Sous-section 1. L'apparition de la théorie en droit romain avec la maxime <i>error communis facit ius</i> et la théorie du fonctionnaire de fait	254
Sous-section 2. Les applications de l'apparence à la fin du mandat dans le cadre des analyses de Pothier	255
Sous-section 3. Les applications éparses de l'idée d'apparence dans l'ancien Code civil de 1804	255
Sous-section 4. L'émergence de l'idée générale d'apparence en droit, en particulier en droit privé, au XIX ^e siècle	257
Sous-section 5. La reconnaissance du principe <i>error communis facit ius</i> en droit public et administratif	257
Sous-section 6. Reconnaissance de la théorie de l'apparence dans le droit de la responsabilité aquilienne (à base de faute donc) : la confiance légitime trompée par un comportement fautif	259
Sous-section 7. La reconnaissance de la théorie de l'apparence comme source autonome de responsabilité sans faute, par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988	259
Sous-section 8. La reconnaissance de la confiance légitime en droit administratif et fiscal, par l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1992	260
Sous-section 9. La reconnaissance de la théorie de la propriété apparente par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021	261
ANTHEMIS	631

Sous-section 10. La consécration du mandat apparent, de la légitime confiance dans le régime de la faute précontractuelle, et de la propriété apparente, dans les Livres 1 ^{er} et 5 ainsi que dans le Livre 3 du nouveau Code civil	261
Section 2. L'effet contre-aporétique des principes généraux du droit	262
Sous-section 1. Effet contre-aporétique (et autres effets) des PGD : explication et démonstration	262
Sous-section 2. Processus contre-aporétique au bénéfice de l'évolution des principes généraux du droit par l'acquisition de leur autonomie par rapport à la loi écrite : le rôle de l'École de Bruxelles	269
Sous-section 3. La persistance légale ou constitutionnelle des principes généraux du droit	273
Sous-section 4. La structure en arborescence des principes généraux du droit	276
Section 3. La théorie de l'apparence en droit positif	278
Sous-section 1. Le premier domaine de l'apparence : le mandat apparent (sans base de faute)	279
A. Énoncé du nouveau régime et travaux préparatoires	279
B. Conditions du mandat apparent (sans faute)	281
Sous-section 2. Le deuxième domaine de l'apparence : la propriété apparente	282
A. Énoncé du nouveau régime légal – Livre 3 – et jurisprudentiel	282
B. Conditions de la propriété apparente	287
Sous-section 3. Et le troisième volet – ou l'autre nom – de la théorie de l'apparence : la confiance légitime (entre reconnaissance générale et reconnaissance spécifique) ?	288
A. La reconnaissance générale de la confiance légitime (à base de faute et sans faute) ? Une question qui demeure ouverte	288
B. Les conditions d'application du volet – confiance légitime – conçue de façon générale	291

C. La reconnaissance d'une application spécifique de la confiance légitime en matière de <i>culpa in contrahendo</i> et ses conditions d'application	293
La mise en demeure	297
Amaury DE COOMAN	
Introduction	297
Section 1. Définition et éléments constitutifs	298
Section 2. Formalisme	302
Section 3. Fonctions	304
Section 4. Condition préalable à toute sanction	306
Sous-section 1. Les sanctions de droit commun	307
Sous-section 2. La mise en œuvre de clauses contractuelles	310
Sous-section 3. Les actions unilatérales du créancier	312
Section 5. Les hypothèses dans lesquelles la mise en demeure n'est pas requise	315
Conclusion	317
Principe général du droit suivant lequel les conventions à durée indéterminée peuvent être résiliées à tout moment par chacune des parties	319
Blandine DE LANGE et Jean-Théodore GODIN	
Introduction	319
Section 1. Genèse du principe	320
Section 2. Champ d'application du principe – Portée	328
Sous-section 1. Les conditions d'application du droit de résiliation unilatérale	328
A. Un « contrat » conclu de manière indéterminée	329
ANTHEMIS	633

B. Un contrat à exécution successive	331
C. Chaque partie peut résilier à tout moment « en respectant les conditions prévues par la loi ou par le contrat »	332
D. La nécessité de notifier un congé	336
E. Moyennant un préavis raisonnable	340
F. Sans qu'il soit requis d'indemniser le destinataire du congé	342
Sous-section 2. Quels sont les effets qui s'attachent à une résiliation unilatérale ?	343
Section 3. Caractériser le principe	344
Sous-section 1. La découverte du principe général du droit analysé	344
Sous-section 2. Les caractéristiques du principe général du droit analysé	346
Section 4. Nouveau Code civil	348
L'interdiction du représentant de se porter contrepartie et d'agir en conflit d'intérêts	351
Nicolas VAN DAMME et Sander VAN LOOCK	
Introduction	351
Section 1. Fondement	352
Sous-section 1. Évolution vers un principe général de droit	352
Sous-section 2. <i>Ratio legis</i>	356
Section 2. Champ d'application	358
Sous-section 1. Champ d'application personnel (<i>ratione personae</i>)	359
Sous-section 2. Champ d'application matériel (<i>ratione materiae</i>)	360
A. Une représentation	360
B. Dans l'accomplissement d'un acte juridique	362
C. Pour autant qu'il existe un conflit d'intérêts ?	364
Sous-section 3. Champ d'application temporel (<i>ratione temporis</i>)	371

Section 3. Conséquences juridiques	371
Sous-section 1. Nature de la prohibition	371
Sous-section 2. Sanctions	372
Le principe d'égalité et de non-discrimination	375
Nicolas B. BERNARD et Romain VANDERBECK	
Introduction	375
Section 1. L'évolution du principe d'égalité et de non-discrimination	376
Sous-section 1. L'égalité et la loi	376
Sous-section 2. L'égalité devant la loi	378
Sous-section 3. L'égalité dans la loi	380
Sous-section 4. L'égalité par la loi	383
Section 2. La portée actuelle du principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle	384
Sous-section 1. La portée formelle	384
A. Une portée constitutionnelle	385
B. Une portée irradiante	386
C. Une portée neutralisante	387
Sous-section 2. La portée matérielle	388
A. L'invocation autonome	388
B. L'invocation dans le cadre du fédéralisme	391
C. L'invocation combinée avec d'autres droits fondamentaux	391
Section 3. Le principe d'égalité et de non-discrimination dans les rapports entre personnes privées	392
Sous-section 1. La concrétisation du principe d'égalité et de non-discrimination dans les législations anti-discrimination	393
ANTHEMIS	635

Sous-section 2. L'application du principe d'égalité et de non-discrimination au-delà du champ d'application des législations anti-discrimination	405
Conclusion	408
La bonne foi, ou l'art de la prudence et du raisonnable ? Sarah LARIELLE	411
Section 1. Contours d'un concept multiforme	413
Sous-section 1. Notion, distinctions et fondements	413
Sous-section 2. Un principe général du droit ?	420
Section 2. Fonctions et déclinaisons	425
Sous-section 1. Fonctions de la bonne foi	425
Sous-section 2. Déclinaisons	429
A. Obligation générale d'information	430
B. Mise en œuvre du contrat	432
C. En cas d'inexécution contractuelle, de résiliation ou de résolution	436
Sous-section 3. Applications spécifiques	440
A. Bonne foi en matière d'assurances	440
B. Bonne foi et concurrence	443
C. Cas particuliers	445
Conclusion	446
La rectification des erreurs matérielles François CUVELIER	447
Introduction	447
Section 1. L'erreur matérielle et sa rectification en droit privé	450
Sous-section 1. Retour aux sources de la rectification de l'erreur matérielle	450

Sous-section 2.	Les régimes de rectification de l'erreur matérielle en droit positif	457
Sous-section 3.	Essai d'une théorie générale de l'erreur matérielle	466
Section 2.	La question de l'existence et de la portée d'un principe général du droit	469
Sous-section 1.	La rectification des erreurs matérielles confrontée aux caractéristiques des principes généraux du droit	469
Sous-section 2.	La portée du principe général de rectification en droit des obligations	472
Sous-section 3.	La portée du principe de rectification des erreurs matérielles au-delà du Livre 5 du Code civil	477
La lésion (re)qualifiée « abus de circonstances »		481
	Lauriane MALHAIZE et Guillaume SCHULTZ	
Section 1.	Notion	482
Sous-section 1.	De la lésion qualifiée à l'abus de circonstances	483
Sous-section 2.	Évolutions jurisprudentielles	490
Section 2.	Conditions d'application	493
Sous-section 1.	Le déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties	497
Sous-section 2.	L'abus, par l'une des parties, des circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie	508
Sous-section 3.	Le lien causal	517
Section 3.	Fondements et sanctions	518
Sous-section 1.	Les controverses existant avant la réforme du Code civil	519
A.	La cause illicite ou immorale	519
B.	La théorie de l'abus de droit	521
C.	La responsabilité extracontractuelle	522
ANTHEMIS		637

Sous-section 2. La sanction consacrée par le Code civil	525
Conclusion	527
<i>Lex specialis derogat generali</i>	529
Caroline BOTMAN	
Introduction	529
Section 1. Origine	531
Section 2. Effets	532
Section 3. Justification du principe	536
Section 4. Conditions d'application	539
Section 5. Valeur juridique	550
Conclusion	558
<i>Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet</i>	561
Estelle BIJNENS, Amandine DESPRET et Alexander VANDENDRIES	
Introduction	561
Section 1. Quelques applications en matière de transmission de droits réels	562
Sous-section 1. Nullité de certaines transmissions du bien d'autrui	562
Sous-section 2. Nullité d'autres actes translatifs du bien d'autrui ?	565
Sous-section 3. Aliénation de droits réels d'usage	565
Sous-section 4. Droit de suite attaché aux droits réels	571

Section 2. L'application de l'adage <i>nemo plus iuris</i> en matière de constitution de droits réels d'usage	574
Sous-section 1. Constitution d'un droit réel d'usage sur le bien d'autrui	574
Sous-section 2. Droits réels d'usage en cascade	576
Section 3. L'extinction du droit réel antérieur, un cas d'application de l'adage <i>nemo plus iuris</i> ?	591
Section 4. Quelques applications en matière de droits personnels	596
Sous-section 1. Cession de créance	596
Sous-section 2. Droits <i>propter rem</i>	598
Sous-section 3. Sous-location	600
Sous-section 4. Vente de l'immeuble loué	601
Sous-section 5. Droits d'usage accordés par un usufruitier qui cesse d'exister	603
Conclusion : le statut de l'adage <i>nemo plus iuris</i>	604
Conclusions	609
Florence GEORGE et Yannick NINANE	
Introduction	609
Section 1. Aperçu synthétique des principes	610
Sous-section 1. Les interventions de la Cour de cassation	610
Sous-section 2. Les consécutions par le Code civil	612
Section 2. L'incidence d'une consécration	614
Sous-section 1. Apports généraux d'une consécration	614
Sous-section 2. Examen des principes consacrés par le Code civil	615
Section 3. L'évolution probable des principes non codifiés ou reconnus	620
ANTHEMIS	639

