

Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité, Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)

« Toutes choses doivent être en même état qu'au moment où je vous ai promis, pour que vous puissiez réclamer cet engagement comme obligatoire » (Sénèque, *Des bienfaits*, liv. IV, 35).

Résumé

La contribution examine comment, en partant des réflexions doctorales de l'auteur relatives au principe de sécurité juridique, la théorie relationnelle des contrats invite à consacrer un principe général de confiance légitime en droit des obligations contractuelles, qui permettrait non seulement d'expliquer un certain nombre d'institutions juridiques existantes mais également de justifier des solutions nouvelles, qui tiendraient davantage compte de la dimension relationnelle des contrats.

« We are all relationalists now »¹. À la lecture des écrits du professeur MacNeil, il est tentant de se rallier à cette affirmation. Concession à l'impérialisme américain ? Il n'en est rien. Il s'agit plutôt d'admettre ce qui relève, finalement, de l'évidence : un contrat n'est pas que l'expression de l'autonomie de la volonté, c'est également la formalisation juridique d'une relation qui, particulièrement lorsqu'elle s'inscrit dans la durée, dépend autant sinon davantage de la façon dont elle est exécutée que du moment, sacralisé, de la rencontre des volontés individuelles.

La théorie relationnelle du contrat nous a poussé à reprendre nos réflexions doctorales relatives au principe de sécurité juridique (section 1), pour les prolonger sur le terrain du droit belge des obligations contractuelles, tant d'un point de vue descriptif que prescriptif. En effet, il apparaît d'une part que la confiance légitime, corollaire de la sécurité juridique et pendant juridique de la dimension relationnelle du contrat, est déjà très présente

¹ R. E. SCOTT, « The Case for Formalism in Relational Contract », *Nw. U. L. Rev.*, 2000, vol. n° 94, p. 52. Voy. également R.E. BARNETT, « Conflicting visions : a Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contracts », *Virginia L.R.*, 1992, vol. 78, p. 1200 : « To a significant degree, we are all "relationalists" now ».

dans notre droit privé (section 2). D'autre part, sur un plan davantage prescriptif, la consécration d'un principe général de confiance légitime en droit des contrats permettrait d'offrir un fondement plus cohérent à certaines institutions existantes, voire de justifier des solutions nouvelles, rendant davantage justice à la dimension relationnelle du contrat (section 3).

1. Cadre général : la sécurité juridique, de la certitude à la confiance ?²

La sécurité juridique fait partie de ces termes fourre-tout qui rassemblent une constellation d'exigences, de notions et principes. Les auteurs de doctrine s'accordent généralement sur le fait qu'elle vise à garantir la connaissance du droit, ce qui implique sa publicité, sa clarté, son intelligibilité et sa précision afin d'assurer sa prévisibilité³. La sécurité juridique renvoie également à la nécessité d'assurer la stabilité des relations ou de l'environnement juridique. Elle évoque tour à tour la certitude ou la fiabilité du droit et est souvent associée aux principes de non-rétroactivité, de l'autorité de chose jugée, des droits acquis ou de confiance légitime.

Si l'émergence du principe de sécurité juridique est, le plus souvent, dérivée de celle de l'État de droit au début du 19^{ème} siècle, un retour en arrière de quelque deux mille ans permet de mettre en évidence pas moins de quatre logiques qui sous-tendent le principe et peuvent se combiner de diverses façons. Deux de ces logiques sont relatives à son fondement : la certitude (absolue) pour la logique *cartésienne* et la confiance pour la logique *fiduciaire*. Les deux autres logiques concernent les destinataires du principe, qui revêt alors une dimension *politique* lorsqu'il est au service du pouvoir en place et une dimension *subjective* lorsqu'il vise à protéger les sujets de droit.

La logique *politique* de la sécurité juridique est la première à apparaître. De l'Antiquité à la fin du Moyen-Âge, les exigences d'accessibilité et de stabilité du droit tendent davantage à assurer l'effectivité des règles édictées par le pouvoir qu'à protéger leurs destinataires. Ainsi que l'observe Max Weber, il existe généralement « un intérêt politique très puissant à la "sécurité juridique" créée par les codifications »⁴, comme en

² Les lignes qui suivent constituent un résumé, inévitablement trop succinct, des deuxième et troisième parties de notre thèse de doctorat (voy. 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, Anthemis/Publ. de l'Université Saint-Louis - Bruxelles, 2014, pp. 189-632).

³ *Ibidem*, pp. 185-187 et les nombreuses références citées.

⁴ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. J. GROSCLAUDE, Paris, Quadrige, P.U.F., 2007, p. 198.

témoignent le Digeste de Justinien ou les projets d'unification et de mise par écrit du droit entrepris par certains rois de France.

Les trois autres logiques de la sécurité juridique prendront leur envol au 17^{ème} siècle, même s'il est possible de repérer leurs racines dès l'Antiquité. Sa logique *cartésienne* résulte de l'imprégnation de la théorie du droit par la pensée scientifique de l'époque, incarnée principalement par Descartes, Galilée et Newton. En ce siècle d'apologie de la raison, la conviction se répand que la connaissance rationnelle des causes permettra, à terme, de garantir la prévision des événements à venir. La question de la prévisibilité devient indispensable pour déterminer un futur dont le divin n'est plus ni garant ni responsable. Cette conception gagnera les juristes de l'époque comme Grotius et Leibniz : la maîtrise des causes légales doit permettre la connaissance des conséquences juridiques.

Parallèlement, les deux autres logiques se développeront à la suite de l'essor des théories du contrat social et de la notion de droit individuel. C'est moins à Hobbes qu'à Locke que l'on doit l'apparition de la logique fiduciaire de la sécurité juridique. Le premier défend une vision absolutiste du pacte social, les cocontractants ne pouvant s'en libérer même en cas de forfaiture du Souverain⁵. L'intention de ceux qui instituent le Leviathan est, en effet, d'obtenir, au prix de leur liberté, une « sécurité perpétuelle, et non temporaire »⁶.

Locke estime au contraire que le peuple conserve le droit de révoquer le pouvoir législatif « quand il découvre que celui-ci a agi de manière contraire à la confiance dont il avait été investi »⁷. Plutôt que sur la *certitude* que peut offrir le droit (logique cartésienne), la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique met l'accent sur la *confiance* investie dans les pouvoirs en place et que ceux-ci doivent respecter. Sous l'angle du bénéficiaire de la sécurité juridique, Locke promeut une logique *subjective* plutôt que *politique*. La logique subjective prospérera parallèlement au succès de la notion de droit individuel.

À bien des égards, les deux siècles qui suivent prolongent l'héritage cartésien. La quête de la certitude se poursuit et connaît son apogée à l'époque des lumières françaises. Montesquieu promeut une logique cartésienne de la sécurité juridique, tout en l'articulant à sa logique subjective. Sa célèbre phrase selon laquelle les juges ne sont « que la

⁵ Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, pp. 96-97.

⁶ *Ibidem*, p. 108 (trad. libre).

⁷ J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980, pp. 75, §142 et 78, §149 (trad. libre). Voy. également, pp. 107-113, §211-223.

bouche qui prononce les paroles de la loi »⁸ doit se lire à la lumière du double postulat de l'époque : d'une part, les hommes ont conclu un contrat social par lequel des pouvoirs déterminés ont été confiés à une autorité, et d'autre part, il est possible d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques. Dès lors que seul le législateur a la légitimité pour créer du droit, l'intervention des juges doit être réduite à une intervention purement mécanique.

Au 19^{ème} siècle, le Code civil français alimente la croyance en la capacité du droit à être prédéterminé par des concepts abstraitement définis. Même si Portalis n'ignorait pas que « (t)out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre »⁹, l'idée principale des codificateurs était d'exclure l'incertitude du droit et les travaux préparatoires insistent sur l'importance de la stabilité des conventions, car dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau »¹⁰. Le 19^{ème} siècle voit également la consécration du concept d'État de droit. Que ce soit le Rechtsstaat allemand, l'État de droit français ou la Rule of law anglaise (dont l'origine est plus ancienne), tous partagent l'idée d'un pouvoir politique soumis à des principes de droit comme la sécurité juridique. L'idée d'un droit certain et prévisible se révèle indispensable pour encadrer le développement économique conséquent lié à l'industrialisation de l'Europe. Alors que la logique fiduciaire de la sécurité juridique semble avoir disparu de la pensée juridique, sa logique cartésienne vient soutenir un retour clandestin de la logique politique. Dans un contexte où les États-nations tentent d'asseoir leurs fondements, l'argument de l'État de droit et de la sécurité juridique – sous sa forme cartésienne, qui fleure bon la neutralité – constituent de formidables instruments de légitimation. Cette articulation des logiques clairement cartésienne, officiellement subjective (en faveur des parties au pacte social) et officieusement politique (légitimation du pouvoir en place) va marquer durablement le concept de sécurité juridique en réalisant un amalgame entre la légitimité démocratique et la capacité idéalisée du pouvoir législatif à tout prévoir.

Le 20^{ème} siècle voit une transformation du rôle de l'État, qui est amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, de plus en plus nombreux, le droit

⁸ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Livre XI, ch. VI, p. 244.

⁹ « 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, p. 467.

¹⁰ « Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du troisième projet de Code civil, faite au nom de la commission de la classification des lois », in P.A. FENET, *Recueil complet, op. cit.*, supra n. 9, p. 174.

devenant un instrument actif du changement social. Par ailleurs, après le tournant linguistique, le langage n'apparaît plus comme un simple « vêtement de la pensée », mais comme son médium incontournable. Si ces changements poussent la plupart des théoriciens du droit à accepter qu'une certaine indétermination du droit est inévitable, presque tous s'accrochent au besoin de la certitude en droit. En 1911, R. Demogue écrivait du besoin de sécurité qu'il était peut-être le « plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale », justifiant l'exigence, afin de « sauvegarder la sécurité des relations juridiques », de « savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat »¹¹. Les grands juristes français de l'après-guerre manifestent une certaine nostalgie pour la logique cartésienne de la sécurité juridique associée au siècle précédent. G. Ripert évoque ainsi ce « grand siècle juridique », dans lequel les lois civiles « donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir »¹² et P. Roubier estime, non sans emphase, que, des trois valeurs essentielles du droit, la première est la sécurité juridique et que, en son absence, « il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre »¹³.

N'en déplaise à ces auteurs, nos recherches nous ont amené à suggérer, dans un registre prescriptif, de débarrasser définitivement la sécurité juridique de sa logique cartésienne et de plaider pour une remise à l'honneur de sa logique fiduciaire, combinée à sa logique subjective. La première proposition était dictée par la nature du droit, qui échappe à toute réduction mécaniste. De façon extrêmement résumée, maintenir la logique cartésienne c'est maintenir l'illusion d'un législateur rationnel capable de – et souhaitant – s'exprimer dans un langage dépourvu d'ambiguïté, c'est-à-dire entretenir le mythe de l'omniscience et nier l'essence même du compromis politique. Sur le plan de l'application du droit, c'est également perdre de vue que rien, dans le processus juridictionnel, ne peut être réduit à un raisonnement purement logique, à commencer par l'interprétation qui n'est jamais neutre, mais implique, comme l'écrit H.G. Gadamer, une anticipation du sens dans le chef de l'interprète¹⁴.

¹¹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1911, pp. 64-67 et 98.

¹² G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 3 et 154.

¹³ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1951, pp. 318-319 et 332-334.

¹⁴ H.G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, trad. par P. Fruchon, J. Grondin et G. Merlio, Paris, Ed. du Seuil, 1996.

En revanche, il nous est apparu que la logique fiduciaire de la sécurité juridique avait été injustement malmenée depuis le 18^{ème} siècle, à tout le moins dans le discours scientifique. Nous proposons de remonter au tournant du 17^{ème} siècle et, plutôt que de suivre l'embranchement cartésien privilégié par la pensée juridique dominante, d'approfondir la piste ouverte par les théories contractualistes, et notamment celle de Locke. L'idée de *confiance* se posait ainsi comme la pièce centrale du système politique, social et juridique et constituait, à nos yeux, le fondement le plus convaincant et le plus légitime de la sécurité juridique, centrée donc sur le principe de confiance légitime. Nous plaitions, enfin, pour que celle-ci protège, par priorité, les sujets de droit (logique subjective) plutôt que les autorités publiques (logique politique).

À cet égard, nous nous inspirons notamment de la conception « interactionnelle » du droit de L. Fuller¹⁵, qui reproche à des auteurs comme Austin, Hart ou Kelsen de concevoir le droit comme une projection d'autorité à sens unique au lieu de le présenter comme une entreprise de collaboration, dans laquelle la coopération volontaire des citoyens est compensée par un effort correspondant de la part du gouvernement. Le souverain a, certes, l'obligation de rendre le droit prévisible pour les sujets de droit, mais il peut attendre de ceux-ci qu'ils soient prêts ou capables d'obéir à ses règles¹⁶. En effet, si on reconnaît que le droit n'a pas la capacité de déterminer *a priori* son application, les destinataires de la norme ne vont continuer à la respecter qu'à condition qu'ils puissent avoir confiance dans le fait que les autorités respecteront, *a posteriori*, les attentes formées sur la base de cette norme. À partir de cette conception interactionnelle du droit, nous proposons de décomposer en deux éléments les obligations des autorités relatives au principe de sécurité juridique. Le premier leur impose d'instaurer les conditions de possibilité de la connaissance du droit par ses destinataires et le second, moins consensuel, de prendre au sérieux les attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, lors même qu'elles reposeraient sur une apparence de droit.

¹⁵ Ce qui n'est sans doute pas dépourvu d'intérêt lorsque l'on sait l'influence que cet auteur a eu sur un certain... I. MacNeil (R.E. BARNETT, « Conflicting visions (...) », *op. cit.*, *supra* n. 1, pp. 1179). Y.-M. Laithier relativise du reste le caractère novateur des théories de MacNeil en relevant que Fuller avait, bien avant la théorie relationnelle, introduit le concept de « reliance » qui « met la confiance au cœur de la relation contractuelle » (« À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *Rec. Dalloz*, 2006, n° 15, p. 1007).

¹⁶ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^{ème} éd., New Haven & London, Yale University Press, 1969, pp. 209-221.

Nos recherches doctorales s'inscrivaient principalement dans une approche de droit public (européen), visant surtout les relations entre particuliers et autorités publiques. La théorie relationnelle du contrat, qui privilégie également une conception collaborative du contrat, nous invitait à transplanter nos réflexions en droit privé et, faut-il s'en étonner dès lors que notre thèse part des théories du contrat social, la greffe a pris tout naturellement.

2. La théorie relationnelle, la confiance légitime et le droit des contrats : de Hobbes à Locke

Notre droit des contrats est, traditionnellement, imprégné du paradigme cartésien qui encadre encore le principe de sécurité juridique. Comme le résume élégamment F. Ost, le contrat « c'est l'avenir anticipé, c'est du futur irrévocablement engagé »¹⁷. Dans ce contexte, les principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi sont essentiels : les parties sont libres de déterminer, lors de la conclusion du contrat, les règles qui s'appliqueront à leurs relations mais, une fois adoptées et sauf accord des parties ou cas de force majeure, ces règles s'imposeront à elles avec la force contraignante d'une loi. Il n'y avait guère de place, dans ce cadre conceptuel, pour une théorie de l'imprévision¹⁸. Certes, dans cette optique, la « sécurité juridique est préservée »¹⁹, mais il s'agit de sa logique cartésienne, qui participe d'une conception du monde, idéalisée voire mythique, où l'homme pense pouvoir déterminer à l'avance toutes les conséquences juridiques des actes et événements à venir.

Cette conception classique du contrat correspond, dans une certaine mesure, à la notion de « *discrete contract* » que I.R. MacNeil oppose au « *relational contract* » et qui repose sur l'intensification de deux des dix normes communes à tous les contrats, à savoir la « réalisation de la planification » (les prévisions que les parties font en ce qui concerne leurs

¹⁷ F. OST, « Temps et contrat », *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17.

¹⁸ Voy. cependant le nouvel article 1195 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats (*J.O.R.F.*, n° 0035 du 11 février 2016), les principes Unidroit (notamment l'article 6.2.2 : *Hardship*) et les principes européens du droit des contrats (article 6:111: Changement de circonstances), qui font une place à cette théorie. Voy. également Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, I, n° 1590 (sur l'article 79 de la Convention relative aux contrats de vente internationale de marchandises, la Cour se référant explicitement aux principes Unidroit); Cass., 14 octobre 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 902 (qui fait une place à l'imprévision par le biais de l'abus de droit).

¹⁹ C. DELFORGE, « Le contrat à long terme : quand la relation enrichit le contrat... », in *Actualités en matière de rédaction des contrats de distribution*, C. Delforge (coord.), coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 9.

obligations contractuelles) et la « réalisation du consentement »²⁰. L'archétype du « discrete contract » est un contrat complètement présentifié, dans lequel n'est digne d'intérêt que le moment de l'échange des promesses²¹. Comme le relève l'auteur américain, qu'aurait approuvé Hobbes, dans un « *discrete contract* », « *the consenter is well and truly stuck* »²².

Les analyses relatives au contrat relationnel ont cependant montré qu'il était pour le moins réducteur de limiter le centre de gravité du contrat au moment de sa conclusion, eu égard notamment à la durée de certains contrats et à la rationalité limitée des cocontractants²³. Selon MacNeil, « *Man is, in the most fundamental sense of the word, irrational, and no amount of reasoning, no matter how sophisticated, will produce a complete and consistent account of human behavior, customs or institutions* »²⁴. Sans se prononcer sur le caractère absolument novateur de ses théories ou sur les critiques qu'elles ont pu susciter²⁵, il est incontestable que MacNeil a réussi à convaincre l'essentiel de la doctrine américaine que tous les contrats étaient, dans une plus ou moins grande mesure, relationnels²⁶.

Plus le contrat est relationnel, plus le besoin de flexibilité et de réciprocité se fait sentir, à tout le moins si le contrat a vocation à s'inscrire dans la durée²⁷. De même, en insistant sur l'impossibilité de déterminer à

²⁰ Selon les traductions de C. Boismain (*Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 2005, pp. 107 et 110), qui offre par ailleurs une explication détaillée de ces dix normes (*Ibidem*, pp. 104-123).

²¹ I.R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », *Northwestern U.L.R.*, 1983, vol. 78, pp. 349-350.

²² I.R. MACNEIL, « Relational Contract Theory : Challenges and Queries », *Northwestern U.L.R.*, Relational Contract Theory : Unanswered Questions – A symposium in Honour of Ian R. Macneil, 2000, vol. 94, p. 356.

²³ Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel (...) », *op. cit.*, pp. 1006-1007. Dans les années '50, l'économiste H. Simon a introduit cette expression de « rationalité limitée » (*bounded rationality*) pour dénoncer l'inadéquation entre le modèle de rationalité humaine parfaite, postulé par les théories économiques classiques, et la réalité du comportement humain observée dans la vie économique (voy. notamment H. SIMON, « Introductory Comment », in *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*, H. Simon, M. Egidi, R. Marris et R. Viale, Edward Elgard Publishing Ltd, 1995, pp. 3-4).

²⁴ I.R. MACNEIL, « Values in Contract : Internal and External », *op. cit.*, *supra* n. 21, p. 348.

²⁵ Voy. notamment Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel (...) », *op. cit.*, *supra* n. 15, p. 1007 et s. ; R.E. BARNETT, « Conflicting visions (...) », *op. cit.*, *supra* n. 1, pp. 1175 et s.

²⁶ Comme le relève, non sans fierté, MacNeil lui-même (« Relational Contract Theory (...) », *op. cit.*, *supra* n. 22, pp. 900-901 et les réf. citées). Le constat que tous les contrats sont relationnels l'a, du reste, contraint à aménager sa terminologie, les « discrete contracts » étant renommés « as-if-discrete contracts » (I.R. MACNEIL, « Relational Contract Theory (...) », *op. cit.*, *supra* n. 22, p. 894 et s).

²⁷ I.R. MACNEIL, « Values in Contract (...) », *op. cit.*, *supra* n. 21, pp. 350-351.

l'avance l'ensemble du déroulement contractuel (surtout sur le long terme), la théorie relationnelle démontre l'importance, pour les parties, de la *relation* qui se noue entre elles et qui est indissociable, comme chez Locke, de la *confiance* qu'elle doit pouvoir inspirer²⁸. Il en résulte que la logique cartésienne se révèle bien mal outillée pour appréhender la réalité de la plupart des contrats et les besoins de leurs auteurs. Dans le prolongement de nos réflexions sur la sécurité juridique, la théorie relationnelle nous amène à revisiter deux auteurs français du début du siècle dernier qui avaient déjà pointé les limites de la conception traditionnelle du contrat. Demogue relevait ainsi que, en droit privé, il existe également une sécurité *dynamique*²⁹, qui est à la base de nombreuses dispositions légales qui permettent de déposséder le titulaire d'un droit de certains avantages dans l'intérêt de tiers qui ont pu « raisonnablement croire » à l'inexistence de ce droit³⁰. Entre les lignes, on croit pouvoir déceler chez cet auteur une amorce de logique fiduciaire de la sécurité juridique, dans laquelle la confiance légitime que peut avoir le tiers dans l'inexistence d'un droit est digne de protection, quand bien même elle serait erronée³¹.

L'importance de la confiance légitime est encore plus centrale chez Emmanuel Lévy, qui écrivait déjà, en 1899, que « le rapport d'où naît la responsabilité est un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui la crée est une obligation que crée la confiance; et lorsque cette obligation est inexécutée, lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute; alors parce qu'il y a faute, il y a atteinte au droit d'autrui, il y a acte accompli sans droit »³². Quelques années plus tard, il affirmait que « notre croyance légitime en nous et en autrui nous fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous »³³. En 1912, E. Gounot écrivait que le droit était, de plus en plus, « porté à substituer à la considération de la *volonté* des parties, celle de la *confiance* légitime que l'activité volontaire de chacune d'elles inspire à l'autre (...) » et que c'était « cette confiance, bien plus que la volonté, qui fixe et limite les effets de la convention »³⁴. À la suite de Lévy, plusieurs

²⁸ Curieusement, I. MacNeil utilise très peu la notion de confiance (« trust ») dans les textes précités.

²⁹ Qu'il oppose à une sécurité *statique*, qui est la contrepartie de la première et vise à garantir les droits acquis.

³⁰ R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé*, op. cit., supra n. 11, pp. 68-93.

³¹ On inversera aisément le raisonnement avec la théorie de l'apparence.

³² E. LEVY, « Responsabilité et contrat », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1899, p. 373.

³³ E. LEVY, « Éléments d'une doctrine », in *Les fondements du droit*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1939, p. 131.

³⁴ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse, Dijon, 1912, p. 162.

auteurs ont justifié la force obligatoire des contrats par la confiance suscitée chez le créancier³⁵.

Il n'est, par ailleurs, pas déraisonnable de souligner la filiation du principe de confiance légitime avec l'adage « *error communis facit jus* »³⁶, mobilisé pour valider les actes posés par l'esclave Barbarius Philippus qui avait réussi à dissimuler sa condition d'esclave et à se faire élire prêteur. La règle a souvent été invoquée par la suite pour couvrir des actes accomplis par des fonctionnaires non qualifiés et a été adoptée par le Conseil d'État français dans un avis du 2 juillet 1807³⁷. Elle a sans doute contribué à façonner la jurisprudence de la Cour de cassation française qui, contrairement à notre Cour suprême, admet non seulement l'hypothèse du mandat apparent, mais également celle de l'héritier apparent ainsi que d'autres cas de propriété apparente, l'erreur « commune » étant progressivement élargie à celle d'erreur « légitime », voire de « croyance légitime »³⁸.

Certes, l'adage n'a pas eu la même fortune chez nous, Laurent le jugeant inadmissible en dehors de l'hypothèse de Barbarius et ce, « à cause de l'abus que l'on peut en faire »³⁹. De Page estimait également que son champ d'application devait être limité à « une erreur de l'autorité dans les actes ou les jugements », sous peine de « bouleverser le droit » et « briser toute sécurité »⁴⁰. Pourtant, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1940 auquel se réfère l'éminent juriste pour appuyer son raisonnement n'a

³⁵ Voy. les réf. citées par X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 96-98. Pour une relativisation des principes à l'origine de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats, voy. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *R.T.D.civ.*, 1997, pp. 367-368.

³⁶ En 1950, J. Boulanger relevait déjà que le principe « *error communis* » était « tiré de l'idée de sécurité juridique » (« Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 65).

³⁷ S. DAVID-CONSTANT, « *Error communis facit ius: adage subversif?* », in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, p. 109.

³⁸ *Ibid.*, pp. 112-116 ; J.-F. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 194). R. Kruithof retient, du reste, cet adage comme fondement pour la théorie de l'apparence (« La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51). Sur la notion de « croyance légitime », voy. J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *J.C.P.*, 1982, n° 3058. Selon cet auteur, n'est légitime que la croyance qui est vraisemblable (« attachée à l'existence de marques reconnues significatives de vérité ») et dispensée de vérification.

³⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} éd., 1887, t. XIII, p. 322, n° 282.

⁴⁰ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 2^{ème} éd., t. I, pp. 56-59, n° 45. La sécurité dont parle De Page relève, faut-il le préciser, de la logique cartésienne de la sécurité juridique.

pas condamné cet adage. Après avoir, certes, considéré que son application devait demeurer exceptionnelle, la Cour conclut que « pour être éventuellement susceptible de couvrir une nullité ou de donner naissance à un droit, il faut, en toute hypothèse et avant tout, que l'erreur commune ait été invincible ou, en d'autres termes, se soit imposée à celui qui l'a commise avec une force telle qu'il s'avérait pratiquement impossible pour l'esprit le plus réfléchi de l'apercevoir, de la rectifier et d'échapper à ses conséquences »⁴¹. À s'en tenir au critère de l'erreur invincible, l'adage pourrait néanmoins être promis à un bel avenir dès lors que ce n'est plus « l'esprit le plus réfléchi » qui lui sert d'étalon, mais bien celui du *bonus pater familias*⁴².

Nos théoriciens du droit n'ont pas manqué de relever, il y a une quinzaine d'années, une évolution de la conception classique du contrat vers une conception plus flexible et plus collaborative⁴³. F. Ost relevait ainsi qu'à la « confiance dans les virtualités de l'avenir » qu'offrait la conception classique « s'ajoute la confiance dans le partenaire contractuel », allant jusqu'à suggérer que « celle-ci conditionne celle-là » : « Voilà ce que redécouvrent doctrine et pratique contemporaines : le contrat ne sera un outil de maîtrise du futur, la stabilité ne lui sera garantie qu'à condition d'entretenir la confiance mutuelle sur laquelle il repose »⁴⁴. Alors que la théorie classique du contrat n'attachait pas de valeur juridique aux pourparlers contractuels et peu d'importance aux circonstances postérieures à la conclusion du contrat, le centre de gravité se déplace de l'autonomie de la volonté, survalorisée, vers la relation contractuelle dans sa durée⁴⁵.

À y regarder de plus près, la logique fiduciaire de la sécurité juridique est plus présente dans notre droit des contrats qu'il n'y paraît à première vue et F. Ost avait raison de parler d'une redécouverte⁴⁶. Portalis expliquait déjà

⁴¹ Cass., 7 novembre 1940, *Pas.*, I, p. 283. Voy. également Cass., 1^{er} octobre 1976, *Pas.*, I, 133.

⁴² Cass., 20 avril 1982, *Pas.*, I, p. 949 ; Cass., 31 octobre 1994, *Pas.*, p. 898 ; Cass., 14 mai 2012, *Pas.*, I, n° 1084.

⁴³ Voy. notamment C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *op. cit.*, p. 359. L'idée d'un contrat fondé sur la collaboration entre parties anime le courant du solidarisme juridique, qui émerge à la fin du 19^{ème} siècle et trouve appui chez des grands auteurs comme Duguit ou Saleilles (voy. C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, *op. cit.*, *supra* n. 20, pp. 17-18 et les références citées).

⁴⁴ F. OST, « Temps et contrat », *op. cit.*, *supra* n. 17, p. 26.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 26-31.

⁴⁶ X. Dieux écrivait que la protection des anticipations légitimes était déjà présente « dans les traités classiques de théorie générale du droit, comme une expression de l'impératif de sécurité » mais « cantonnée dans une fonction 'méta-juridique' d'explication ou d'orientation du droit positif (...) » (*Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui (...)*, *op. cit.*, *supra* n. 35, p. 42).

qu'il convenait de tenir « pour enfants légitimes, ceux nés d'un mariage putatif c'est-à-dire, d'un mariage que les conjoints ont cru légitime (...) »⁴⁷. En droit belge, une certaine doctrine a, de longue date, dégagé une théorie générale de la confiance légitime en droit privé. On peut évoquer, outre la thèse de N. Bricout⁴⁸, les développements consacrés par W. Van Gerven à la *vertrouwensleer* dans son célèbre traité⁴⁹, il y a près de cinquante ans⁵⁰.

Dans son excellente thèse, X. Dieux n'a pas hésité à faire des anticipations légitimes le fondement de la force obligatoire des engagements par déclaration de volonté unilatérale, de la police des contrats, voire même de la responsabilité civile aquilienne⁵¹. L'auteur relevait ainsi que le principe de confiance légitime⁵² offrait le fondement le plus convaincant aux théories de l'apparence et de la *rechtsverwerking*, et permettait d'expliquer non seulement les règles applicables à la fausse cause, à l'erreur sur la substance, à l'erreur inexcusable et au dol, mais également les théories de la caducité, de l'imprévision et de l'abus de droit⁵³. Selon lui, « nombre d'institutions que le droit des obligations contractuelles consacre trouvent en réalité leur justification directe dans l'idée que le respect est dû aux anticipations légitimes d'autrui, *et non point dans la commune et réelle intention des parties*, contrairement à l'illusion qu'une perception aveuglément individualiste des choses a entretenue à ce sujet »⁵⁴.

Dix ans plus tard, S. Stijns et I. Samoy ont complété l'inventaire entrepris par X. Dieux, en reprenant les dispositions du Code civil qui accordent des effets juridiques à des situations apparentes, comme ses articles 1240 (qui vise le paiement libératoire fait de « bonne foi » au « possesseur de la créance »), 1321 (qui permet au tiers, en cas de simulation, de s'en tenir à l'acte apparent), 2005 et 2008 (qui protègent le

⁴⁷ « Discours préliminaire prononcé par Portalis (...) », *op. cit.*, *supra* n. 9, p. 500.

⁴⁸ N.J. BRICOUT, *De theorie der schijnbaarheid inzake nietige rechtshandelingen*, Bruges, die Keure, 1966.

⁴⁹ W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen deel*, Anvers, S.W.U., 1969, pp. 210-229.

⁵⁰ Voy. également les réf. citées par 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. 62.

⁵¹ En 1899, E. Lévy écrivait déjà : « La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ont donc une origine commune : une confiance légitime trompée. Seulement tandis que dans la responsabilité contractuelle cette confiance est née d'une promesse, dans la responsabilité délictuelle cette confiance est née d'une situation » (« Responsabilité et contrat », *op. cit.*, *supra* n. 32, p. 384).

⁵² Qu'il ne nomme pas de cette façon mais dont il reconnaît implicitement qu'il est synonyme de celui dont il promeut la consécration (X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui* (...), *op. cit.*, *supra* n. 36, p. 43).

⁵³ *Ibidem*, pp. 111-116, 141-156 et 200-222.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 241.

tiers qui traite avec un mandataire révoqué ou dont le mandat a cessé), mais également l'élargissement doctrinal de la théorie de l'apparence à différents cas de discordance entre volonté réelle et déclarée⁵⁵. Ces auteurs relèvent ainsi qu'une partie de la doctrine se base sur « la confiance légitime comme *source nouvelle et autonome de droits et d'obligations* »⁵⁶.

Il n'est, enfin, pas insensé de considérer que l'institution de la prescription répond, dans une certaine mesure, à la volonté d'ajuster le droit à une situation apparente, l'exemple le plus parlant en la matière étant l'article 2279 du Code civil qui fait, de la simple possession d'un bien meuble, un titre juridique⁵⁷.

Sans pouvoir entrer dans le détail de ces différentes institutions juridiques, il ne semble pas exagéré de conclure que la logique fiduciaire du principe de sécurité juridique innerve déjà notre droit privé ou, à tout le moins, offre une explication convaincante d'un certain nombre de ses rouages.

Privilégiant une approche socio-juridique du contrat⁵⁸, MacNeil insiste sur le fait que sa théorie relationnelle se veut descriptive, fondée sur l'observation du comportement des cocontractants⁵⁹. Sur un plan plus prescriptif⁶⁰, ses écrits suggèrent cependant de franchir un pas supplémentaire, auquel nous conviait déjà X. Dieux : consacrer, en droit des obligations, un principe général de la sécurité juridique, entendu dans sa

⁵⁵ S. STIJNS et I. SAMOY, « La confiance légitime en droit des obligations », in *Les sources d'obligations extracontractuelles*, S. Stijns et P. Wéry (éd.), Bruges, la Chartre, 2007, pp. 47-48 (il est vrai que ces auteurs entendent l'expression de « confiance légitime » comme étant synonyme de celle d'apparence).

⁵⁶ *Ibidem*, p. 68 et les références citées. En droit français, voy. les notions de droit privé rattachées à l'idée de confiance ou croyance légitime par J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *op. cit.*, *supra* n. 38 ou par S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 595.

⁵⁷ Dans le même sens, sur l'article 2279, voy. J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *op. cit.*, *supra* n. 38, §80 : « ce que la doctrine contemporaine dénomme 'la fonction acquisitive de la règle de l'article 2279' n'est pas autre chose, fondamentalement, que la fonction acquisitive de la croyance légitime ».

⁵⁸ F. OST, « Temps et contrat », *op. cit.*, *supra* n. 17, p. 39.

⁵⁹ I.R. MACNEIL, « Values in Contract (...) », *op. cit.*, *supra* n. 21, p. 408.

⁶⁰ S'il est vrai qu'un principe général ne se crée pas mais se « découvre », le terme « prescriptif » peut paraître quelque peu provocateur (tout comme, du reste, le titre de la dernière section). Il faut cependant éviter de verser tant dans la naïveté (quant au caractère neutre d'une telle découverte) que dans le cynisme (de la création arbitraire). Dans l'élaboration des principes, la liberté des juges n'est pas entière mais se trouve entravée par le corpus normatif qui leur préexiste (sur cette question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », in *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Anthemis-Publ. De l'Université Saint-Louis – Bruxelles, 2012, vol. I, pp. 171-174).

dimension fiduciaire, ou, en des termes moins barbares, un principe général de confiance légitime⁶¹, détaché de ses connotations de droit public⁶².

3. La consécration d'un principe : *de jure lata* ou *ferenda* ?

Les principes généraux du droit tirent leur (fragile) légitimité du fait qu'ils sont censés rencontrer la double exigence de rationalité mise en évidence par Max Weber, formelle (en ce qu'ils assurent la *complétude* et la *cohérence* du système juridique) et matérielle (en ce qu'ils l'ouvrent à des *valeurs partagées*)⁶³. En ce sens, le principe de confiance légitime nous paraît, tout en ouvrant le système juridique à une valeur déjà présente dans notre inconscient juridique collectif, pouvoir assurer la cohérence de situations existantes et œuvrer à la complétude du système, en tenant compte de la dimension relationnelle du contrat.

La première avancée serait bien entendu la reconnaissance de la théorie de l'imprévision, traditionnellement rejetée en raison de l'insécurité juridique (cartésienne) qu'elle entraîne pour la partie au contrat qui souhaite s'en tenir à ses termes originaires⁶⁴. Cette démarche s'inscrit dans une tendance plus large qui tend à répondre à des situations de déséquilibre contractuel⁶⁵.

Le principe de confiance légitime permettrait également d'étendre les hypothèses dans lesquelles une apparence ou un comportement serait susceptible, compte tenu des autres droits et intérêts légitimes en présence, soit d'entraîner des conséquences juridiques en l'absence de droit, lorsqu'un cocontractant (ou un tiers) a pu légitimement croire à son existence

⁶¹ Doctrines belge et néerlandaise s'accordent pour considérer que le principe de confiance légitime est englobé dans le principe plus général de sécurité juridique (N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime (...) », *op. cit.*, *supra* n. 50, p. 70 et les références citées).

⁶² Le principe de confiance légitime de droit public émerge entre-deux guerres et se voit consacré de façon quasi simultanée après la seconde guerre en Allemagne de l'Ouest et en Suisse (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, *supra* n. 56, pp. 10 et 19).

⁶³ M. WEBER, *Sociologie du droit*, *op. cit.*, *supra* n. 4, pp. 42-43. Sur la question de la légitimité des principes généraux du droit et les réserves qu'elle appelle, notamment au regard du double postulat de cohérence et de complétude, voy. J. VAN MEERBEECK, « Les principes généraux du droit de l'Union européenne », *op. cit.*, *supra* n. 60, pp. 196-203.

⁶⁴ Dans le même sens, voy. C. DELFORGE, « Le contrat à long terme (...) », *op. cit.*, *supra* n. 19, pp. 34-35 et les réf. citées en note 18. Comme l'écrit MacNeil : « Relations cannot be preserved, nor conflict in relations harmonized, without adequate attention to the demands of change » (« Values in Contract (...) », *op. cit.*, *supra* n. 21, p. 349).

⁶⁵ Voy. à cet égard S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun ? », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, R. Jafferli (coord.), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 71-128.

(propriétaire apparent)⁶⁶, soit de neutraliser des effets juridiques lorsqu'un tel droit existe, mais que le cocontractant (ou le tiers) a pu légitimement croire à son inexistence ou à sa renonciation par son titulaire (*rechtsverwerking* notamment). Certes, ce deuxième type de situation peut déjà être appréhendé par le biais du principe général de bonne foi ou par la théorie de l'abus de droit, mais ceux-ci requièrent de démontrer un comportement contraire à la bonne foi ou fautif dans le chef du titulaire du droit⁶⁷. Au contraire, la confiance légitime met plutôt l'accent sur la perception du cocontractant ou du tiers à qui l'application stricte des termes contractuels ou du droit positif est imposée. Un tel déplacement permet, comme dans le mandat apparent et pour les mêmes raisons⁶⁸, de détacher la notion de celle de faute⁶⁹.

Enfin, le principe de confiance légitime pourrait offrir un fondement légal solide à une théorie des nullités repensée qui permettrait, dans certains cas, de dispenser le juge de l'obligation de prononcer d'office la nullité de l'acte adopté en violation d'une norme d'ordre public⁷⁰.

Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de cassation ne permet guère de se montrer trop optimiste. Le seul précédent quelque peu solide est un arrêt du 26 mars 1980, dans lequel la Cour a décidé 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

⁶⁶ Comme le relève J.-L. Souriou, « là où est admise la croyance légitime, là est rejetée la maxime "Nemo plus juris..." » (« La croyance légitime », *op. cit.*, *supra* n. 38, §90). Cet auteur précise, à juste titre, que ce n'est pas la « croyance » (nous dirions confiance) qui est un élément de l'apparence, « mais c'est l'apparence qui est un élément de la croyance légitime (...) » (*ibidem*, §113).

⁶⁷ Voy., sur la bonne foi, J.-F. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *op. cit.*, *supra* n. 38, p. 239 et, sur l'abus de droit, J. VAN ZUYLEN, « Fautes, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *A.D.L.*, 2011/3, p. 313.

⁶⁸ Voy. les réf. citées en note 76.

⁶⁹ Tant en droit civil qu'en droit administratif, le principe de confiance légitime était fondé sur le principe général de prudence consacré par l'article 1382 du Code civil (N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime (...) », *op. cit.*, *supra* n. 50, pp. 69 et 85). Voy. par exemple C.E., 13 mai 1980, n° 20.324, *R.A.C.E.*, p. 595.

⁷⁰ En ce sens, voy. M. VON KUEGELGEN, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, P.-A. Foriers (dir.), éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 610. Nous avons également suggéré cette piste, mais en partant de la notion de « nullité virtuelle » (voy. J. VAN MEERBEECK, « Le juge et l'ordre public : libres propos quant à l'impact des normes régionales sur le bail à l'aune de la théorie des nullités », in *Le bail et le contrat de vente face aux réglementations régionales (urbanisme, salubrité, PEB)*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 153-183).

prétendues “règles” empruntés à la “théorie de la confiance légitime dans le droit des obligations” »⁷¹.

La Cour de cassation a également condamné la théorie de la *rechtsverwerking* à plusieurs reprises⁷², confirmant récemment qu’« 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 »⁷³.

Enfin, dans un arrêt du 26 mai 2003, la Cour de cassation a refusé d’entériner la thèse de X. Dieux, en considérant que violait les articles 1235, 1376 et 1377 du Code civil la décision qui faisait échec à la demande de l’État belge de récupérer des sommes indûment payées à titre de majorations d’allocations familiales pour enfants handicapés en se fondant sur la théorie du « respect dû aux anticipations légitimes d’autrui »⁷⁴.

Deux raisons permettent cependant de ne pas (tout à fait) désespérer⁷⁵.

D’une part, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a montré qu’elle n’était pas complètement insensible à la prise en considération des attentes légitimes d’autrui. Il en va évidemment ainsi de ceux qui, depuis le célèbre arrêt du 20 juin 1988, ont émancipé le mandat apparent de la notion de faute⁷⁶. Par ailleurs, la Cour de cassation semble, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2010, avoir toléré la théorie de la *rechtsverwerking* par le biais de l’abus de droit⁷⁷. En matière extracontractuelle, la Cour de cassation, a dans un arrêt du 24 octobre 2002, considéré que, lorsqu’à la suite de la faute d’autrui, l’actif qui aurait dû se trouver à la disposition des curateurs ne se trouve pas réellement dans la masse, il est « porté atteinte à la confiance légitime des créanciers quant à l’étendue de leurs droits de recours sur le patrimoine du failli » de sorte que

⁷¹ Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, I, p. 917. Comme le relève 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, au début des années 80’, l’enthousiasme des années 70’ initié par la célèbre Mercuriale de Ganshof van der Meersch (« Le principe de la croyance légitime (...) », *op. cit.*, *supra* n. 50, pp. 100-101).

⁷² Cass. 17 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1990, p. 595 ; Cass., 20 février 1992, *J.T.*, 1992, p. 454.

⁷³ Cass., 30 septembre 2013, *Pas.*, I, n° 1827.

⁷⁴ Cass., 26 mai 2003, *Arr. Cass.*, I, liv. 5, 1261, et concl. J. LECLERCQ.

⁷⁵ Outre le recours éventuel aux principes généraux du droit de l’Union européenne lorsqu’un litige rentre son champ d’application.

⁷⁶ Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 49 et note R. KRUIHOF ; Cass., 26 octobre 2012, *Pas.*, I, n° 2052.

⁷⁷ Cass., 1^{er} octobre 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 142 et note S. JANSEN et S. STIJNS, « *Rechtsverwerking aanvaard als toepassing van rechtsmisbruik?* ».

« le curateur est habilité à réclamer des dommages-intérêts du chef de ce préjudice »⁷⁸. Par ailleurs, à la suite d'une jurisprudence de plus en plus importante, qui apprécie l'existence du vice de la chose au regard des attentes légitimes du public⁷⁹, la Cour de cassation s'est, dans un arrêt du 11 mars 2010, montrée réceptive à ce critère : « Le caractère anormal de la chose ne peut être apprécié qu'en effectuant une comparaison avec des choses du même genre et du même type afin de déterminer les qualités de la chose auxquelles la victime pouvait normalement s'attendre »⁸⁰.

D'autre part, la Cour de cassation a explicitement consacré, en droit public, l'existence d'un principe général de sécurité juridique, entendu dans sa dimension fiduciaire. Suivant en cela de peu la Cour constitutionnelle⁸¹, la Cour de cassation a décidé, dans un célèbre arrêt du 27 mars 1992, que « 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 ». Selon la Cour, il « s'ensuit qu'en principe, les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen »⁸². Il n'est pas interdit d'envisager l'implantation, en droit privé, d'un tel principe, d'autant que, on l'a vu, il y trouverait un terreau très favorable⁸³.

Certes, il s'agit de branches du droit différentes, répondant à des logiques qui ne sont pas nécessairement assimilables. Le principe de

⁷⁸ *Pas.*, I, n° 2026.

⁷⁹ En ce sens, voy. Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « Le vice dont répond le gardien ou le propriétaire sur le fondement des articles 1384, alinéa 1^{er}, et 1386 du Code civil », in *Les défauts de la chose. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthémis, 2015, p. 254 et les réf. citées.

⁸⁰ Cass., 11 mars 2010, *Pas.*, I, n° 777 ; *conf.* Cass., 4 janvier 2016, R.G. C.15.0191.F, disponible sur *Juridat*. Voy. déjà la formulation de l'article de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité civile des produits défectueux : « un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances (...) ».

⁸¹ C. Const., arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990, B.7.2. À la même période, le Conseil d'État visait les « exigences de prévisibilité de la norme juridique et de sécurité juridique, exigences qui sont inhérentes à la notion même de société démocratique » (C.E., 24 novembre 1992, n° 41.140, *R.A.C.E.*, 1992, p. 9).

⁸² 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 et note.

⁸³ Plusieurs auteurs ont, du reste, déjà souligné l'analogie entre la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux principes de bonne administration et sa jurisprudence en matière de mandat apparent (J.-F. ROMAIN, « Étude de la théorie de l'apparence en droit belge et français », *op. cit.*, *supra* n. 38, p. 192 ; N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime (...) », *op. cit.*, *supra* n. 50, p. 104).

sécurité juridique est, historiquement, rattaché à l'État de droit⁸⁴ et il n'est pas absurde de considérer que l'autorité publique a certaines obligations qui ne peuvent pas être mises à charge des particuliers. On a vu, cependant, que l'émergence de la logique fiduciaire de la sécurité juridique était éminemment liée à celle des théories du contrat social. Sans ignorer le caractère mythique de ces théories et la différence existant entre un contrat privé et un contrat social, peut-on exclure que, dans un cas comme dans l'autre, les prérogatives/droits conférés à une autorité ou à un particulier sont justifiés par la confiance dont on les investit et favorise la formation d'attentes qui, si elles sont légitimes, méritent d'être prises en considération ? L'obligation de respecter la confiance légitime de l'autre ne s'impose-t-elle pas, finalement, au moins autant à un particulier qui ne peut, comme l'autorité publique, se parer de motifs d'intérêt général pour surprendre le sujet de droit ? Il n'est pas anodin que, encore au 12^{ème} siècle, on utilisait, pour désigner la confiance accordée à quelqu'un, le terme de... « créance »⁸⁵.

L'importation éventuelle du principe de sécurité juridique, tel qu'il est défini par la Cour de cassation, se heurte, sans doute, à un obstacle de taille : son rapport au principe de légalité. Depuis une quinzaine d'années, la Cour de cassation considère, en effet, que l'application des principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime ne peut justifier de déroger à la loi⁸⁶, limitant la portée de son arrêt du 27 mars 1992⁸⁷. Il est vrai que, selon une jurisprudence constante depuis un arrêt du 13 septembre 1989⁸⁸, « les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur »⁸⁹. Ne doit-on donc pas considérer qu'un principe de confiance légitime consacré en droit des obligations ne permettrait pas de reconnaître des hypothèses de propriété apparente (comme celle de l'héritier apparent), sous peine de violer l'article

⁸⁴ Voy. ci-avant section 1.

⁸⁵ *Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), Paris, Le Robert, 2006, v° *créance*.

⁸⁶ Voy. Cass., 17 mai 1999, *Pas.*, I, p. 285 ; Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, I, n° 352 ; Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, I, n° 1875 ; Cass., 3 décembre 2004, *Pas.*, I, n° 1914 ; Cass., 23 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 2333 ; Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, I, n°1605, concl. DE KOSTER ; Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, I, n° 849, concl. DE KOSTER ; Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, I, n° 644.

⁸⁷ On relèvera que, dans cet arrêt, la Cour était restée muette quant à l'argument majeur de l'administration, à savoir le méconnaissance du principe de légalité consacré par l'article 172 de la Constitution.

⁸⁸ *Pas.*, 1990, I, p. 47.

⁸⁹ Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, I, n° 717.

544 du Code civil, ou de s'écarter des dispositions contractuelles claires, élevées au rang de loi des parties par l'article 1134 du même code ?

En réalité, l'obstacle est moins juridique que jurisprudentiel. Malheureusement, on peut rarement compter sur le caractère sibyllin des motivations de la Cour de cassation pour comprendre exactement ce qui justifie ses prises de position. Dans ses conclusions précédant l'arrêt qui a coupé les ailes à la thèse de X. Dieux, l'avocat général Leclercq suggérait toutefois une explication de la prévalence du principe de légalité sur le principe de sécurité juridique (ou de confiance légitime). Selon l'éminent magistrat, les juges d'appel ont considéré à tort qu'il n'y avait pas lieu à répétition d'un indu en raison du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui dès lors que le « principe de légalité ne peut jamais être refoulé parce qu'il trouve directement un fondement dans un texte constitutionnel, à savoir l'article 159 de la Constitution »⁹⁰.

Il n'est pas possible de tenir ici le débat complexe de la place des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes⁹¹. Cependant, même à s'en tenir à une stricte application de cette hiérarchie, on peut se demander si les principes de sécurité juridique et de confiance légitime ne peuvent pas prétendre au même rang constitutionnel que celui du principe de légalité. Il en va d'autant plus ainsi que, dans son propre rapport 2002-2003, la Cour de cassation cite en premier lieu, parmi les principes généraux du droit « ayant une valeur constitutionnelle » et qui sont « hiérarchiquement supérieurs à la loi », « le principe relatif à la sécurité juridique »⁹². Comment, du reste, comprendre autrement sa jurisprudence qui imposait, jusqu'il y a peu⁹³, au pouvoir judiciaire de fixer dans le temps les effets d'un arrêt préjudiciel d'inconstitutionnalité en tenant compte « de la *confiance légitime* de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de

⁹⁰ Cass., 26 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, n° 1261, et concl. J. LECLERCQ. En droit fiscal français, la confiance légitime peut être invoquée *contra legem* (S. CALMES, « *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, op. cit., supra n. 56, p. 597 et s.).

⁹¹ Comme l'écrivait P. Morvan, « principes et hiérarchie des normes font mauvais ménage » (*Le principe de droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 598).

⁹² Rapport 2002-2003, pp. 141-142. Voy. cependant Cass., 17 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 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 ») ; Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, I, n° 644 (dans lequel la Cour sanctionne un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait privilégié « la sécurité juridique qui, dans la hiérarchie des normes, est sur le même pied que la légalité des normes »).

⁹³ Cass., 5 février 2016, RG n° C.15.0011.F/12, www.juridat.be.

la *sécurité juridique* »⁹⁴ ? Kelsen aurait du mal à admettre que des principes généraux de rang législatif soient de nature à maintenir les effets d'une loi contraire à la Constitution⁹⁵.

Que penser, par ailleurs, de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui considère que violent les articles 10 et 11 de la Constitution les modifications législatives qui sont dépourvues de régime transitoire lorsqu'il « est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime », ce qui est « le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire »⁹⁶ ? C'est également en référence à ce principe que la Cour constitutionnelle s'est, à son tour, arrogée le pouvoir de limiter l'effet rétroactif d'un arrêt préjudiciel d'inconstitutionnalité, estimant qu'il lui appartient « de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées », les « principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime » pouvant « dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler » d'un constat d'inconstitutionnalité⁹⁷.

Si on accepte que les principes de sécurité juridique et de confiance légitime ont, tout comme le principe de légalité, rang constitutionnel, la jurisprudence précitée de la Cour de cassation s'en trouve fragilisée⁹⁸. Peut-on, cependant, justifier la solution inverse et considérer que le principe de sécurité juridique devrait systématiquement prévaloir sur celui de légalité ? Pas davantage, pour la simple et bonne raison qu'il n'est ni possible ni opportun de hiérarchiser ces principes *in abstracto*. La prévalence doit se déterminer au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes de la

⁹⁴ Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, I, n°2421 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, I, n° 346 ; Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, I, liv. 9, 2094, concl. C. VANDEWAL.

⁹⁵ Voy. également Cass., 6 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 455 : « La circonstance qu'une seconde notification a été faite le 27 février 2012 au demandeur dans les termes précités a pu lui inspirer la conviction légitime que seule cette seconde notification pouvait donner cours au délai dont il disposait pour se pourvoir ».

⁹⁶ C. Const., arrêt n° 121/2009 du 16 juillet 2009, B.6.3. Voy. également C. Const., arrêt n° 59/2009 du 25 mars 2009, B.11 et B.12.

⁹⁷ C. Const., 7 juillet 2011, n° 125/2011, pt. B.5.4. De la façon la plus explicite, la Cour a confirmé que « le contrôle prévu à l'article 159 de la Constitution doit être interprété en combinaison avec le principe de la sécurité juridique qui est inhérent à l'ordre juridique interne, ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme » (C. Const., 9 février 2012, n° 18/2012, pt. B.8.1).

⁹⁸ Sous réserve, il est vrai, du vieil épouvantail du gouvernement des juges.

cause, le juge devant tenir compte du fait que l'application de la loi peut également (et heureusement) susciter des attentes légitimes dans le chef d'autres parties au litige et que la décision qu'il va rendre, selon la portée de ses termes et le rang de la juridiction, est susceptible à son tour de telles attentes pour les litiges futurs⁹⁹.

En mobilisant des auteurs comme Dworkin, Alexy ou Habermas, nous avons démontré ailleurs que les principes généraux n'avaient pas les ressources pour déterminer leur application *in abstracto*, encore moins lorsqu'ils entrent en conflit avec d'autres principes¹⁰⁰. S'il est sans doute possible d'établir des critères, voire un certain ordre de priorités dans l'application des principes, celui-ci ne pourra, comme toute pondération d'intérêts, relever que de la probabilité et non de la certitude. En ce sens, les principes généraux constituent sans doute le clou du cercueil de la logique cartésienne de la sécurité juridique.

La Cour de cassation l'avait du reste parfaitement compris lorsqu'elle jugea que le droit à la sécurité juridique n'était « pas illimité » et devait, « dans certaines circonstances, céder devant le principe de la légalité »¹⁰¹, l'inverse étant également vrai¹⁰². Dans le même sens, la Cour constitutionnelle raisonne à bon droit en termes de proportionnalité lorsqu'elle décide si une atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime justifie d'invalider une norme de rang législatif ou, au contraire, de limiter dans le temps les effets d'un de ses arrêts concluant à l'inconstitutionnalité d'une telle norme¹⁰³.

Plus que jamais, le juge doit refuser de demeurer coincé dans un raisonnement trop abstrait et plonger ses mains dans le cambouis des intérêts légitimes en cause afin de pouvoir déterminer la meilleure solution (« *the right answer* », dirait Dworkin). Telle est également une des conclusions auxquelles nous amène la théorie relationnelle des contrats, qui

⁹⁹ Sur les finalités courte et longue de la fonction de juger et, plus spécifiquement, de la logique subjective de la sécurité juridique (et leur conflit potentiel), voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance* (...), *op. cit.*, *supra* n. 2, pp. 565-567.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 501-519.

¹⁰¹ Cass., 3 novembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, liv. 9, 1710 (nous soulignons).

¹⁰² Dans le même sens, voy. R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, *op. cit.*, *supra* n. 65, p. 201 : « Le principe général du droit de la confiance légitime est donc susceptible d'apporter des dérogations ponctuelles, quoique non automatiques, à la loi ».

¹⁰³ Voy. les références ci-avant en notes 94 et 95. La Cour constitutionnelle estime ainsi qu'avant « de décider de maintenir les effets d'un tel arrêt, la Cour doit constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique » (C. Const., 7 juillet 2011, n° 125/2011, pt. B.5.5).

insiste sur l'importance, pour comprendre une convention, d'analyser les relations complexes et le contexte dans lequel elle s'inscrit¹⁰⁴.

Couvrez cette relation que je ne saurais voir

Il n'était pas illégitime de se demander ce que pouvait nous apporter une théorie américaine des contrats, compte tenu des différences entre nos systèmes juridiques. Au-delà de celles-ci, cependant, la théorie relationnelle éclaire une face cachée de notre droit des contrats, celle que la pudeur du paradigme cartésien ne pouvait voir : le contrat n'est pas seulement la rencontre de volontés individuelles, c'est également la formalisation juridique d'une relation.

Or, une relation n'a vocation à durer que si elle tient compte de l'autre, de ses attentes légitimes lors même qu'elles reposeraient sur des apparences trompeuses. Notre conception traditionnelle des contrats, qui reposait uniquement sur le pilier de l'autonomie de la volonté (archétype de la logique cartésienne de la sécurité juridique) et feignait d'ignorer ce second pilier du droit des contrats qu'est la confiance légitime (qui n'est autre que la logique fiduciaire de la sécurité juridique), ne pouvait qu'être boiteuse.

Il ne s'agit pas ici de suggérer l'abandon de l'un pour l'autre, mais de rétablir un équilibre qui, comme tout équilibre, ne peut qu'être précaire. Oserait-on conclure qu'une science (juridique) sans confiance n'est que ruine de l'âme ?

¹⁰⁴ En ce sens, voy. les quatre propositions essentielles que MacNeil pose au fondement de toute théorie contractuelle (« Relational Contract Theory (...) », *op. cit.*, *supra* n. 21, p. 881).

**Aborder les formes juridiques du travail (indépendance ou salariat) par le prisme de la notion de « contrat relationnel » ? :
Propos d'étape**

Pierre-Paul VAN GEUCHTEN

Professeur, Université catholique de Louvain (UCL) et
Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)

Résumé

Que révèle un enseignement autour de la comparaison analytique des formes du travail salarié et indépendant ? Le présent article présente un point d'étape à cet égard. En vue d'éviter l'obstacle d'une analytique purement factuelle, l'auteur prend appui sur la notion de contrat relationnel élaborée par MacNeil, laquelle, au moins à titre d'hypothèse de départ, offre un cadre commun, comme en amont de la bipartition du travail humain entre subordination et indépendance. Il identifie, tout d'abord, ce qu'il retient de la notion et passe, ensuite, en revue quelques institutions juridiques (négociation précontractuelle, précision du travail à accomplir, portée et instruments du contrôle, rémunération, horizontalisation des droits fondamentaux) dont la portée et les traits distinctifs sont questionnés à partir de ce cadre relationnel. Il apprécie, enfin, s'il est possible de mettre en évidence quelques observations portant sur la méthode des droits déployés en régime d'indépendance ou de salariat.

Depuis quelques années déjà, la remise en question des éléments constitutifs du lien de subordination fait partie des grands classiques des interrogations travaillistes¹. Nul n'a de raisons de douter du fait que, dans le monde du travail, la subordination juridique laisse aujourd'hui place à d'autres formes de contrôle. Il est devenu courant de parler à cet égard de parasubordination et d'observer que certains systèmes de droit positif ont donné droit de cité à ces formes nouvelles.

¹ J.P. CHAUCHARD, « Entre travail salarié et travail indépendant, l'émergence du travail autonome », in *Du travail salarié au travail indépendant : permanences et mutation*, Bari, Cacucci Editore, 2003, pp. 1-20 ; A. PERULLI, *Travail économiquement dépendant, parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques*, Rapport pour la Commission européenne, Bruxelles, 2003 ; Avis du Comité économique et social européen sur les « Nouvelles tendances du travail indépendant : le cas particulier du travail indépendant économiquement dépendant » (avis d'initiative) (2011/C 18/08), *J.O.U.E.*, C 18 du 19 janvier 2011, p. 44.