

À mes princesses

REMERCIEMENTS

« (...) et je confirmai à cet étranger le serment secret que j'avais fait de me livrer au travail avec le sérieux le plus absolu. Il me regarda d'un air ému : "Non seulement avec sérieux mon garçon, dit-il ensuite, mais surtout avec passion. Celui qui n'est pas passionné devient tout au plus un pédagogue ; c'est toujours par l'intérieur qu'il faut aller aux choses, toujours, toujours en partant de la passion." ». (S. Zweig, La confusion des sentiments).

La passion... Celle qui vous donne la force d'aller plus loin. Au bout de l'effort. Celle qui permet de se dépasser. De tenter de donner le meilleur de soi. C'est à elle que je dois le voyage intérieur que fut pour moi ce travail de thèse. Comment parler de ces heures où, rongé par un feu, je fus tantôt porté par l'euphorie, tantôt paralysé par le doute... Comment expliquer ce plaisir qui m'a amené aux confins de mes connaissances, nourri par l'envie de les repousser, de passer outre, à la recherche d'un absolu que je savais pure chimère ? Comment ne pas évoquer ce sentiment de solitude auquel est confronté tout doctorant saisi par la peur de « ne pas arriver au bout » ? Et comment, finalement, se faire pardonner, auprès de tous ceux qui me sont proches, de ce plaisir égoïste qui m'a tellement éloigné d'eux durant ces dernières années ?

Je ne peux, en guise de défense, que remercier ceux qui m'ont permis de réaliser un rêve. En étant parfaitement conscient de trahir un peu ceux qui, restant anonymes au travers de ces lignes, ont pourtant, par leur écoute, leur patience et leur soutien — occasionnels ou continus — ranimé l'envie de continuer, malgré tout. Je pense bien entendu d'abord à mes parents et mes amis proches.

Merci donc. Au professeur Pouillet, d'abord, pour avoir cru en moi et m'avoir fait confiance, inlassablement, durant mes années « namuroises ». Au professeur Coipel qui, en véritable directeur de thèse, à la suite du professeur Dijon, m'aura prodigué tant de précieux conseils durant toute l'élaboration de ce travail avec une compétence et une humanité exceptionnelles. Au travers eux, à l'ensemble du corps professoral de la faculté de droit de Namur, ainsi qu'à mes collègues scientifiques.

Je ne peux également oublier le soutien des cabinets qui m'ont accueilli en leur sein malgré le temps consacré à mes activités doctorales.

Une pensée particulière pour M^e Michel Flamée, M^e Erik Valgaeren, M^e Mireille Buydens et M^e Brigitte Dauwe qui ont fait preuve de tant de compréhension et de gentillesse à mon égard durant toutes ces années.

Je ne voudrais pas enfin passer sous silence l'aide précieuse de Jacques et Florence Gérard et de Mesdames Jacqueline Spineux et An-Marie Carlier concernant les aspects matériels et informatiques de l'élaboration du texte ainsi que l'organisation des épreuves doctorales.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
PRÉFACE	9
SECONDE PRÉFACE	15
INTRODUCTION	19

PREMIÈRE PARTIE LES QUALIFICATIONS

27

TITRE 1 LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF

29

TITRE 2 DU DROIT SUBJECTIF À LA LIBERTÉ CIVILE

107

TITRE 3 DU DROIT SUBJECTIF À L'INTÉRÊT LÉGITIME

173

DEUXIÈME PARTIE DES EFFETS SUR AUTRUI DES QUALIFICATIONS ET DES MODES DE RÉOLUTION DE CONFLITS QUI S'EN DÉGAGENT

289

TITRE 1 PRINCIPES D'OPPOSABILITÉ ET DE RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE

293

TITRE 2 L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF

333

TITRE 3	
L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION DE LIBERTÉ CIVILE	485
TITRE 4	
L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION D'INTÉRÊT LÉGITIME	567
TROISIÈME PARTIE	
UN MODÈLE THÉORIQUE DE RÉOLUTION DES CONFLITS	617
TITRE 1	
L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE THÉORIQUE GÉNÉRAL DE RÉOLUTION DES CONFLITS	619
TITRE 2	
MISES À L'ÉPREUVE CHOISIES DU MODÈLE THÉORIQUE GÉNÉRAL	679
CONCLUSION GÉNÉRALE	851
BIBLIOGRAPHIE	869
TABLE DES MATIÈRES	885

PRÉFACE

Fascination et jubilation : tels sont les sentiments qu'ont éprouvés, pendant des années, ceux qui ont promu ou accompagné le montage, pièce par pièce, brique après brique, de l'extraordinaire construction juridique que représente la thèse de doctorat de M. Thierry Léonard. Une nouvelle lecture, aux fins de cette préface, a ravivé et confirmé ces sensations, éteignant certaines hésitations antérieures et suscitant de nouvelles réflexions.

Au départ de sa recherche, l'auteur a été interpellé par des questions qui sont aux fondements du droit privé : comment différencier les libertés civiles et les droits subjectifs et, par exemple, faut-il parler d'une liberté ou d'un droit sur la vie privée ; qu'en est-il du concept d'intérêt légitime qui surgit çà et là dans le discours du législateur ou du juge ; que signifient exactement des mécanismes comme la proportionnalité ou la balance — la pesée — des intérêts dont il est fait de plus en plus souvent usage pour résoudre les conflits entre intérêts divergents ?

Thierry Léonard s'est attelé à circonscrire les trois qualifications données aux diverses prérogatives que le droit objectif reconnaît aux sujets de droit dans leurs relations interpersonnelles : le droit subjectif ; la liberté civile ; l'intérêt légitime. Et, très vite, il a buté sur une difficulté de taille : la copieuse littérature dédiée aux droits subjectifs contraste douloureusement avec les maigres développements consacrés à la liberté civile et le quasi-silence sur l'intérêt légitime.

Pareille constatation aurait conduit plus d'un doctorant à limiter sa dissertation à l'étude des trois qualifications afin d'en proposer des définitions renouvelées ou nouvelles. Une telle perspective, très théorique, ne pouvait satisfaire la curiosité de Thierry Léonard ni son goût pour les questions pratiques, lui qui, pendant plus de dix ans, a partagé son temps entre la Faculté de droit de Namur et le barreau de Bruxelles.

Il a compris qu'il ne pourrait se contenter de l'analyse des prérogatives reconnues par le droit objectif et constituant ce qu'il appelle *la face interne* des trois qualifications étudiées ; pour comprendre celles-ci en profondeur, il devrait examiner aussi leur *face externe*, à savoir les effets juridiques qu'elles produisent dans le *rapport à autrui*, c'est-à-dire lorsqu'un tiers y porte atteinte. Ces effets se dégageraient au mieux en explorant

deux pistes : tout d'abord, l'opposabilité aux tiers des qualifications en cause ; ensuite, les sanctions de cette opposabilité, principalement à travers la responsabilité civile extracontractuelle

Afin de contenir un projet aussi ambitieux dans des limites raisonnables, Thierry Léonard a décidé de se focaliser sur les relations de droit privé non contractuelles et de s'en tenir aux prérogatives dont la qualification fait l'objet d'un consensus suffisant, à défaut d'être total : pour les droits subjectifs, il a choisi les droits réels, les droits de créance et les droits intellectuels ; pour les libertés civiles, il a retenu les libertés de contracter, de commerce et d'entreprendre et la liberté d'expression.

L'ouvrage s'élève sur trois étages.

Au premier, figure la recherche d'une caractérisation des trois qualifications.

L'auteur, on l'a dit, ne cherche pas à développer de nouvelles théories à leur sujet. Il cherche à dégager le sens qui se dégage le mieux de leur utilisation en droit positif. Il s'attache donc d'abord à une synthèse des théories et études consacrées au droit subjectif ; il fait ensuite l'hypothèse que le déficit d'analyses portant sur la liberté civile et l'intérêt légitime conduit logiquement la pensée juridique à appréhender ces qualifications par comparaison avec l'imposant appareil théorique dédié au droit subjectif.

S'appuyant sur une documentation extrêmement riche, Thierry Léonard présente et discute les diverses conceptions doctrinales et il analyse la jurisprudence disponible de façon à élaborer, à partir de ce qui se dégage ainsi du droit positif, une description et une définition provisoires des trois qualifications. Pourquoi provisoires ? Parce que ce premier examen a révélé l'importance du rapport à autrui et l'émergence de certains modes de résolution de conflits entre les qualifications : il faudra donc approfondir cet aspect des choses dans une deuxième partie de l'ouvrage.

Relevons en très bref quelques idées maîtresses qui s'affirment déjà à ce stade et guideront la recherche ultérieure.

Le droit subjectif se caractérise par une distribution *exclusive*, alors que la liberté civile est attribuée à tous de façon *égalitaire*. Le droit subjectif consacre une allocation de ressources rares et doit donc comporter le pouvoir d'exclure autrui de cette attribution. Au contraire, les mêmes libertés civiles peuvent être reconnues à chacun sous réserve de tenir compte des libertés des autres : ce choc des libertés fait surgir un conflit qui se résout par le principe d'*équilibre* et par la faute de celui qui le rompt.

L'intérêt n'est pris en compte par le droit que s'il est légitime. Thierry Léonard estime que cette qualité s'apprécie négativement : il s'agit que

l'intérêt ne soit pas illégitime, c'est-à-dire en opposition avec le droit objectif. Ce qui ne vise pas seulement les hypothèses évidentes de contrariété avec l'ordre public, mais aussi tous les cas où la prise en compte de l'intérêt heurterait une règle de droit. Par exemple, celui qui s'oppose à l'arrachage d'arbres qu'il a illégalement plantés trop près du terrain voisin ne peut invoquer un intérêt légitime à éviter les coûts de l'enlèvement car cet inconvénient ne serait qu'une conséquence directe de sa violation du droit de propriété tel que protégé par le droit objectif

Mais il ne suffit pas que l'intérêt soit légitime pour être consacré par le droit. À la différence de ce qui se passe avec le droit subjectif et la liberté civile, le droit objectif ne postule pas *a priori* la satisfaction de l'intérêt légitime. Celle-ci n'est pas exclue, mais elle n'est qu'une possibilité : elle ne pourrait se révéler qu'*a posteriori*, si le juge décide, à l'occasion d'un conflit, que cet intérêt mérite de l'emporter sur d'autres intérêts particuliers, coulés ou non en droit subjectif ou en liberté civile.

Au deuxième étage de l'édifice, le rapport à autrui se voit étudié en profondeur.

L'auteur explore, tout d'abord, les effets juridiques de chacune des trois qualifications en termes d'opposabilité. Ensuite, il envisage les conséquences qui en découlent quant à une éventuelle action en cessation ou en inopposabilité et quant à la responsabilité aquilienne de celui qui porte atteinte au droit subjectif, à la liberté civile ou à l'intérêt légitime d'autrui. Ces analyses conduisent à examiner diverses hypothèses de conflit entre titulaires d'une des trois qualifications et à dégager des modes de résolution de conflits qui seront approfondis et systématisés dans la dernière partie de l'ouvrage.

À nouveau, il faut se borner à quelques brèves allusions afin de donner une petite idée de l'originalité et de l'intérêt des développements proposés par Thierry Léonard.

L'opposabilité du droit subjectif est parfois soumise à certaines conditions. Ainsi de la publicité pour les droits réels immobiliers ou de la connaissance préalable pour les droits de créance. Mais, une fois établie, l'opposabilité implique, comme conséquence du pouvoir exclusif du titulaire, un *strict devoir de respect* dans le chef des tiers. Ceci vaut aussi pour les droits de créance, ce qui n'est pas toujours bien compris à raison d'une confusion, que l'auteur s'attache à dissiper, entre l'opposabilité de la situation de fait née d'un contrat (article 1165 du Code civil) et l'opposabilité du droit subjectif de créance. Le devoir de respect est si impérieux qu'il justifie, pour tous les droits subjectifs, une action en cessation ou en inopposabilité, selon les cas. Il conduit également à un critère spécifique de la

faute aquilienne : *l'atteinte consciente et volontaire* au droit subjectif constitue une faute, sans qu'il faille se demander s'il y a eu violation des devoirs de prudence du bon père de famille. De la sorte, l'auteur s'inspire de la célèbre théorie du procureur général Leclercq selon laquelle la seule atteinte au droit subjectif était constitutive de faute ; mais ceci conduisait à une confusion entre la faute et le dommage et à une responsabilité objective. Thierry Léonard corrige donc cette théorie avec l'apport d'un élément subjectif : l'atteinte consciente et volontaire. Assurément, cette idée constitue un des apports les plus originaux de la thèse ; d'où les nombreuses questions qu'elle a suscitées au sein du jury de celle-ci. À la réflexion, l'auteur de cette préface se déclare convaincu par cette approche : la détermination des critères de la faute laisse depuis longtemps une large place à la créativité des interprètes ; le critère spécifique proposé par Thierry Léonard s'inscrit dans pareille démarche et se justifie par sa cohérence avec l'effet de l'opposabilité.

Enfin, le strict devoir de respect du droit subjectif d'autrui débouche sur le mode de *l'imposition* pour résoudre les conflits avec des tiers. À titre exceptionnel, toutefois, si ceux-ci sont titulaires d'une liberté civile ou d'un intérêt légitime, ils pourraient obtenir la mise à l'écart de l'imposition en faisant apparaître une nette *disproportion* entre leurs intérêts et ceux du titulaire du droit subjectif ; il y a alors abus de droit et l'auteur démontre que la disproportion est l'unique critère à retenir pour l'application de cette théorie.

L'opposabilité des libertés civiles est moins forte que celle des droits subjectifs. Mais ces libertés impliquent tout de même un *devoir de prise en compte a priori* : le droit objectif oblige les tiers à tenir compte de la légitimité *a priori* des actes posés au nom d'une liberté civile. La sanction de l'atteinte s'effectue nécessairement par le droit commun de la responsabilité ; la liberté civile n'est pas, sauf règle légale spécifique, protégée par une action en cessation indépendamment des conditions de cette responsabilité jointes à celles du référé.

L'opposabilité des intérêts légitimes n'est que très relative. Ils ne font pas naître un devoir de prise en compte *a priori*, mais seulement *a posteriori*, au cas par cas, si leur méconnaissance est reconnue comme fautive dans un litige portant sur la responsabilité civile de l'auteur d'une atteinte à tel ou tel intérêt légitime.

Le dernier étage de l'édifice érigé par Thierry Léonard est une apothéose. L'auteur systématise et élargit sa perspective en recourant à tous les acquis mis en évidence aux deux étages précédents. Il propose donc un

modèle de résolution des neuf types de conflits susceptibles d'opposer les titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes.

Trois hypothèses concernent les conflits entre titulaires d'une même qualification. Si ce sont des droits subjectifs ou des libertés civiles qui s'opposent, le mode de résolution est celui de l'*équilibre* et de la faute de celui qui rompt cet équilibre. En cas d'opposition entre intérêts légitimes, il ne peut être question d'équilibre, faute d'une opposabilité *a priori* ; il s'agit donc de procéder à une *pondération des intérêts*.

En cas d'atteinte au droit subjectif par le titulaire d'une liberté civile ou d'un intérêt légitime, on a déjà indiqué que le conflit se résout par l'*imposition* du droit subjectif. Sur le terrain judiciaire, toutefois, ceux à qui on veut imposer le droit invoqueront souvent, pour se défendre, la *proportionnalité* — la constatation d'une disproportion —, ce qui est le mode de résolution des deux hypothèses de conflits où ils s'insurgeraient, comme demandeurs cette fois, contre celui qui veut imposer son droit subjectif en portant atteinte à leur liberté civile ou à leur intérêt légitime.

Restent les conflits opposant la liberté civile à l'intérêt légitime ou, en sens inverse, l'intérêt à la liberté. Ici, joue une *pondération des intérêts* dans laquelle la liberté civile dispose généralement d'une longueur d'avance, à raison du devoir de prise en compte *a priori* qu'elle implique.

Quatre modes de résolution — équilibre, imposition, proportionnalité, pondération des intérêts — contribuent à résoudre les neuf hypothèses de conflits où le titulaire d'une qualification se plaint d'une atteinte à ses prérogatives par le titulaire d'une qualification identique ou différente. Tout cela est expliqué de façon limpide par l'auteur avec des rappels des acquis antérieurs et d'excellents exemples.

Mais Thierry Léonard refuse de tirer sa révérence après ce feu d'artifice. Il tient encore à mettre à l'épreuve son modèle et à souligner qu'il est opérationnel et utile pour le droit positif. Il choisit donc, parmi d'autres possibles, deux questions paradigmatiques qu'il synthétise puis analyse à travers le prisme de son modèle : d'une part, la théorie de l'abus de droit ; d'autre part, la tierce complicité. Ces deux exposés devraient achever de convaincre les sceptiques éventuels.

Thierry Léonard a érigé un édifice intellectuel éblouissant par la rigueur et la cohérence de sa construction, par son originalité et par ses multiples ouvertures à la réflexion. Cet ouvrage constitue un apport majeur à la théorie générale du droit civil. Mais il se révélera aussi très précieux pour les praticiens confrontés à des conflits entre intérêts divergents. Il ne frei-

nera pas nécessairement la créativité des juges, mais contribuera, en tout cas, à la canaliser et à la rendre, en définitive, plus féconde.

Michel COIPEL
Professeur émérite aux Facultés universitaires
Notre-Dame de la Paix à Namur

SECONDE PRÉFACE

L'ouvrage que vous avez sous les yeux est une mine d'or pour toute personne qui s'intéresse au bon fonctionnement du droit objectif et, plus particulièrement, à son impact sur les sujets de droit.

Dans tout conflit, juridique ou non, interviennent les notions de droit subjectif, de liberté, d'intérêt (légitime). D'où viennent-elles ? Quelle est leur portée ? Quelles sont leurs limites ?

Il faut une base juridique solide pour se lancer à la recherche des réponses à ces questions, même si cette réponse, en ce qui concerne le droit subjectif et la liberté, en fin de compte, n'a rien d'étonnant. Ils trouvent leur fondement dans des règles générales et abstraites du droit objectif, dont les conditions d'application se trouvent réunies dans le chef de la personne qui s'en prévaut.

Le droit subjectif permet à son titulaire d'obtenir une prestation déterminée (*dare*, *facere*, non *facere*) d'une autre personne aussi bien déterminée (l'imposition, dans les termes de l'auteur). Il incorpore une liberté, celle d'exercer le droit subjectif à sa discrétion, pour autant qu'il reste dans ses limites, tracées, en principe, par les règles juridiques générales et abstraites qui en constituent le fondement.

La liberté permet à son titulaire de s'opposer aux actes de tiers qui sont incompatibles avec l'existence et l'exercice de cette liberté. Dès que l'atteinte à la liberté est prise en considération, elle donne lieu à un ou plusieurs droits subjectifs (le droit à la réparation, le droit d'ester en justice ...) à l'égard de la personne, qui ne respecte pas la liberté d'autrui.

Il est permis d'en déduire qu'un lien étroit existe entre ces deux notions.

L'intérêt (légitime) complique les choses : l'exercice d'un droit subjectif et/ou d'une liberté ne sont pas les seuls moteurs de l'activité humaine. L'humain agit par intérêt : il le fait lorsqu'il est titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté ; il le fait également en leur absence. Ses actes sont pris en considération, pour autant que l'intérêt poursuivi s'avère être légitime.

De quoi parle-t-on ? De l'avantage patrimonial ou moral, qui est recherché par la personne qui agit : il s'agit, en fait d'un cocktail raffiné,

d'un mélange savant de ses motifs (la cause de son acte) et des effets qu'elle recherche avec l'acte (l'objet de l'acte).

A la réflexion, la recherche de l'intérêt se fonde toujours sur une liberté, celle de rechercher son intérêt et adopte, souvent, la forme d'un droit subjectif. Ici aussi des recoupements existent.

Différente est la question de savoir si l'exercice d'un droit subjectif et/ou d'une liberté peut être limité ou neutralisé par le défaut ou par une insuffisance d'intérêt.

Certaines de ces considérations se trouvent dans les réflexions auxquelles s'est livré M. Léonard ; d'autres s'y opposent.

On ne s'en étonnera pas : celui qui a eu le courage de se prononcer sur l'une ou l'autre de ces notions, sait que le dernier mot n'a pas encore été dit à leur sujet, qu'un travail considérable de longue durée, de réflexion et de synthèse reste à envisager. Il se félicitera de l'assistance majeure que lui apportera le travail de M. Léonard.

M. Léonard se penche en effet avec bonheur sur les questions de qualifications, mais n'en fait que le hors d'œuvre, le plat principal étant réservé à un modèle de résolution des conflits pouvant se produire entre ces notions.

La tâche était considérable, mais M. Léonard est parvenu à nous proposer une solution pour chaque hypothèse de conflit à l'aide de quatre modes de résolution : l'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts.

Il argumente avec classe, il défend les options qu'il a prises et les choix qu'il a fait avec force et un talent incontestable.

Il n'en reste pas moins que d'autres approches restent possibles et que d'autres questions se pointent aussitôt : notamment, la question de savoir selon quels critères fonctionnent la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts ?

Le tout grand mérite des longues années que M. Léonard a consacré à l'étude des notions fondamentales qui constituent l'objet de sa thèse de doctorat, réside dans le fait que tout ouvrage futur, toute étude future abordant de près ou de loin les mêmes sujets, y trouvera une source inépuisable d'inspiration, une invitation motivante à la recherche et à la contradiction.

M. Léonard n'essaye pas de cadénasser la réalité juridique, il ne cherche pas à la guider dans un sens particulier : son objectif se situe à un niveau différent. Il a structuré une réflexion qui, jusqu'à présent, brillait

par son opacité, par son manque de transparence. La lumière faite sur cette matière permet de la tourner vers l'avenir et de le préparer en connaissance de cause.

C'est la caractéristique des tous grands crus en thèses de doctorat.

A ne rater à aucun prix.

Ludo CORNELIS
Avocat au Barreau de Bruxelles
Professeur à la V.U.B.

Note de l'éditeur

Il faut comprendre l'expression « souligné par l'auteur » ou « nous soulignons » dans le sens mis en évidence par l'auteur de la citation ou du présent ouvrage. Le présent texte est, sous réserve de certaines adaptations, celui présenté par l'auteur à la défense publique de sa thèse de doctorat, le 18 mars 2004, aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur.

INTRODUCTION

I. Origine de l'étude – II. Objet de l'étude – III. Remarques méthodologiques – IV. Plan de l'étude

¹ **Origine de l'étude.** Fascination et doute. Tels sont les mots qui, spontanément, s'imposent pour résumer quel fut notre état d'esprit à l'issue des leçons données par François Rigaux dans le cadre de la chaire Franqui organisée par la Faculté de droit de Namur en 1992. Le thème général de ces leçons était prémonitoire des axes de nos futures recherches : « La vie privée, une liberté parmi les autres ? »¹.

Fascination de l'apprenti chercheur que nous étions devant l'érudition de l'orateur, la profusion et la nouveauté des idées développées ainsi que l'étendue et la richesse des sources de la réflexion. *Doute* quant à nos propres capacités à comprendre les tenants et aboutissants des thèses développées par l'auteur. Nous percevions, encore confusément, l'existence d'un problème de qualification relatif à la protection accordée à la vie privée et d'un choix possible entre la qualification de droit subjectif et celle de liberté civile, sans percevoir encore le rôle à assigner à l'intérêt. François Rigaux optait pour celle de liberté civile en faisant notamment appel à la manière particulière dont se résolvaient les conflits entre libertés civiles. Les termes de « proportionnalité », d'« équilibre » ou de « balance des intérêts » revenaient sans cesse sans que nous fussions certain de comprendre les distinctions qu'il convenait, ou non, de faire entre ceux-ci. Parfois également, un doute surgissait quant à la portée et l'importance pratique de ces problèmes de qualification : le droit positif ne trouvait-il pas toujours des solutions aux conflits au sein du contentieux de la responsabilité civile ?

Quelques années plus tard, notre pratique juridique nous ramenait cependant vers la problématique des qualifications et des modes de résolution des conflits qui peuvent opposer les droits subjectifs, libertés civiles et les intérêts légitimes. Il s'agissait alors de commenter et de donner, dans la réalité des faits, une portée à certaines dispositions de la loi du

1. Ces leçons font partie d'un ouvrage publié par la suite : F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 17, Bruxelles, Larcier, 1992.

8 décembre 1992 relative à la protection des données à caractère personnel. Les conflits de droit privé sont journaliers en la matière. L'employeur a le droit de contrôler l'exécution du contrat de travail de son employé et est propriétaire des moyens de travail et de production. Peut-il pour autant contrôler l'usage du courrier électronique ou du téléphone mis à la disposition de son personnel sur le lieu de travail en analysant, par exemple, les traces de l'utilisation des messageries dans le réseau informatique de l'entreprise ou les informations transmises par l'opérateur de télécommunication lors de la facturation ? Le banquier peut-il utiliser les informations issues des mouvements de compte qu'il gère et, notamment, celles relatives aux paiements de services offerts par des concurrents, afin de cibler au mieux ses propres offres de services ? Les donneurs de crédit peuvent-ils s'échanger des informations relatives aux retards ou défauts de paiements de leurs clientèles respectives ? Etc.

La résolution des conflits qui apparaît au travers de ces diverses interrogations est notamment régie par l'article 5, f, de la loi précitée qui autorise le traitement des données « lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi ».

Le questionnement au fondement de la présente étude trouvait dans cette disposition un stimulant particulièrement significatif. Quel est l'intérêt légitime du responsable et quand faut-il considérer qu'il est illégitime ? Quand la personne concernée dispose-t-elle d'un droit à faire valoir à l'encontre du responsable ? Quand s'agit-il d'une liberté ? Cette distinction a-t-elle un sens et une portée dans la résolution du conflit ? Comment, alors, résoudre le conflit ? Quand peut-on parler de prévalence de l'intérêt, du droit ou de la liberté ? Etc.

II

Objet de l'étude. Notre étude a pour objet de proposer des modes de résolution de conflits entre les bénéficiaires de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes. Par conflits, nous entendons les violations provoquées par un de ceux-ci au droit, à la liberté ou à l'intérêt d'un autre. Notre étude met en avant une méthode qui permet de systématiser la résolution de tels conflits et offre au juge des modèles de raisonnement propres à le guider dans sa quête de solutions.

Pour ce faire, nous ne pouvions que repartir sur les traces des qualifications. Comment résoudre les conflits précités sans, au préalable, déterminer la signification et la portée que reçoivent, en droit belge, les

qualifications de droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime ? Notre ambition n'est pas d'innover et de proposer de nouvelles définitions pour ces qualifications. Il s'agit plutôt de rechercher le sens qui leur est habituellement reconnu.

Dans cet effort de distinction des qualifications, nous avons été confronté à un déficit d'études et d'analyses relatives aux libertés civiles et intérêts légitimes. Ce déficit contraste avec l'abondance de réflexions et d'ouvrages consacrés aux droits subjectifs. Il aurait certes été envisageable, au départ de ce constat, de centrer notre étude sur l'analyse de la qualification de liberté civile ou d'intérêt légitime en vue de pallier quelque peu ce déficit. Tel n'est cependant pas l'objet de notre thèse. Nous sommes, dès lors, parti de ce qui existait — des analyses extrêmement fouillées sur le droit subjectif — pour distinguer les deux autres qualifications en adoptant une approche comparative. Au départ des caractéristiques traditionnellement reconnues au droit subjectif par la théorie générale de droit privé, nous avons tenté de déterminer celles propres aux libertés civiles et intérêts légitimes.

Cette méthode comparative ne nous a pourtant pas permis d'arrêter précisément, à ce stade, des critères de distinction précis et définitifs entre les qualifications analysées. Elle a fait toutefois ressortir que tous les efforts de distinction ramenaient la réflexion sur le terrain du rapport à autrui. Par rapport à autrui, nous entendons ici l'effet juridique de chacune des qualifications à l'égard des tiers. Deux grandes interrogations ont alors guidé notre cheminement. Si les tiers peuvent se voir obligés de tenir compte des droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes d'autrui et que la distinction entre ces qualifications est utile en droit positif, chacune d'elle n'emporte-t-elle pas des effets juridiques particuliers à l'égard de ces tiers ? Si ces derniers subissent des effets juridiques propres à chaque qualification, leurs devoirs à l'égard des titulaires de droits subjectifs, libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes ne sont-ils pas distincts ?

Deux terrains particuliers de réflexion ont alors été choisis, parmi les techniques présentes dans le droit positif, afin de découvrir le rapport à autrui induit de chacune des qualifications. Le premier est celui de l'opposabilité. L'opposabilité nous permet de déterminer l'effet de rayonnement des qualifications étudiées ainsi que la portée des devoirs de prise en compte par les tiers. Le second terrain est celui de la responsabilité civile. Si les devoirs auxquels sont tenus les tiers à l'égard des bénéficiaires de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes sont distincts, comment la violation de ces devoirs est-elle sanctionnée au regard de l'application des principes de droit commun de la responsabilité civile ?

C'est la réponse à ces questions, pour chacune des qualifications analysées, qui nous permet de dégager quatre modes de résolution de conflits spécifiques : l'imposition, l'équilibre, la proportionnalité et la pondération. Ces réponses ont également permis une systématisation de l'application de ces modes de résolution de conflits, ainsi que la mise en avant de la relation spécifique que chacun d'eux présente avec les conditions d'application des principes de responsabilité civile au départ d'un tableau reprenant chaque type de conflit imaginable entre titulaires de droits subjectifs, libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes. Un modèle général et théorique est ainsi proposé, offrant un mode de résolution particulier à chaque conflit sur les terrains de l'opposabilité et de la responsabilité civile extracontractuelle.

Ce modèle est finalement mis à l'épreuve au regard de deux grandes théories particulièrement controversées de droit positif : la théorie de la tierce complicité et la théorie de l'abus de droit.

III **Remarques méthodologiques.** Diverses mises au point méthodologiques préalables doivent être effectuées afin de bien cerner les limites et la portée de la présente étude.

- a) Notre démarche est principalement déductive : elle va des qualifications vers les modes de résolution de conflits qui peuvent opposer les bénéficiaires de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes. Notre raisonnement part d'une analyse théorique des concepts à la base des qualifications de droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime. Il tente de découvrir les caractéristiques propres à chaque concept et de déterminer, par voie de conséquence, quels sont les effets de ces caractéristiques dans la résolution des conflits entre les bénéficiaires des qualifications. Il ne s'agit pourtant pas d'un travail purement déductif, voire dogmatique. Il a été tenu compte, dans une large mesure, de l'état du droit positif actuel, tant au niveau de nos recherches des qualifications que de l'analyse de la relation à autrui par l'opposabilité et la responsabilité civile.

Une autre démarche, essentiellement inductive, aurait pu être choisie : des modes de résolution de conflits appliqués en droit positif vers les qualifications. Nous serions alors parti des conflits eux-mêmes, tels qu'ils se présentent en droit positif, et des solutions qu'ils y reçoivent afin de construire un modèle général de résolution des conflits et d'affiner, dans le même temps, la signification des concepts et qualifications étudiées. Cette démarche, parfaitement concevable théoriquement, nous est cependant apparue comme peu

réaliste et beaucoup moins riche au regard de notre objet, la systématisation globale des modes de résolution des conflits.

Peu réaliste car le nombre des conflits à analyser aurait été illimité et toute tentative de délimitation serait apparue arbitraire. En outre, la résolution de ces conflits étant, en droit positif, largement confinée sur le terrain de la responsabilité civile extracontractuelle, nous aurions dû prendre d'emblée position à l'égard de nombreuses controverses qui traversent la mise en œuvre des principes de responsabilité civile dans chaque conflit particulier (abus de droit, tierce complicité, fraude paulienne, *culpa in contrahendo*, les nombreux conflits opposant la liberté d'expression à des « droits » de la personnalité, etc.). Nous aurions dans le même temps buté sur la limitation de l'objet matériel de l'étude doctorale dont l'ampleur aurait largement dépassé celle normalement requise.

Enfin, la systématisation globale des modes de résolution de conflits et l'affinement de la portée des concepts de droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime seraient devenus quasi chimériques. La responsabilité civile est avant tout un mode de sanction particulier — ayant pour objet la réparation du dommage — et elle ne comprend pas en elle-même les outils de conceptualisation permettant de remonter aux qualifications analysées. Les conditions de la responsabilité sont en effet identiques pour chaque conflit et ne permettent pas en elles-mêmes — sans reconnaissance *a priori* d'une signification des qualifications de droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime — d'arrêter des outils de compréhension des différents pouvoirs et intérêts qui s'opposent.

- b) Les conflits analysés se situent sur un plan extracontractuel et opposent les bénéficiaires de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes dans la poursuite de leurs intérêts personnels. Nous partons du principe qu'aucun lien juridique préexistant ne lie les bénéficiaires des qualifications entre eux. Chacun est un tiers par rapport aux autres. Ainsi, par exemple, nous n'analysons pas les conflits potentiels entre parties contractantes ni les problèmes issus de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, même si les concepts analysés peuvent, là également, jouer un rôle.

En outre, le but est bien ici de comprendre comment résoudre des conflits opposant les bénéficiaires des qualifications dans l'exercice de leurs prérogatives propres et dans la recherche de leurs intérêts personnels. L'analyse se limite donc aux hypothèses où ces titulaires exercent leurs prérogatives ou agissent en vue de se procurer un

avantage qui leur est personnel. Nous laissons volontairement hors du champ de l'analyse les difficultés relatives à l'exercice de pouvoirs exercés pour le compte d'autrui ou à la recherche de satisfaction d'intérêts purement collectifs ou généraux.

- c) Le champ d'analyse est limité au droit privé belge : même s'il a été largement tenu compte de l'influence de la théorie générale de droit privé commune aux doctrines belge et française, l'objet de l'analyse est le droit belge. La jurisprudence et les solutions de droit positif qui viennent nourrir notre réflexion appartiennent au droit positif belge et pas aux droits étrangers.

Nous avons exclu également toute analyse de droit public et de droit international pour nous limiter à une réflexion de droit privé. Des liens sont certes possibles avec ces autres branches du droit. Dans les conflits analysés, certaines règles ou théories issues de ces branches du droit peuvent directement influencer, en droit positif, la solution de ces conflits. Pensons, par exemple, à l'application des règles issues de la Convention européenne des droits de l'homme dont on soutient fréquemment, en doctrine comme en jurisprudence, qu'elles s'appliquent directement aux relations entre particuliers. Mais l'exercice qui est le nôtre tend précisément à mettre en avant une logique propre dans la résolution des conflits au départ de concepts (droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes) et de théories spécifiques au droit privé belge (principalement la théorie de l'opposabilité et de la responsabilité civile extracontractuelle). Il s'agit ici de déterminer les modes de résolution de conflits de droit commun. Une fois ce travail effectué, il serait certes intéressant et utile de confronter nos résultats avec ceux dégagés au départ de règles issues du droit public, constitutionnel ou du droit européen. Ceux-ci pourraient trouver parfois exception du fait de l'application de règles de droit irradiant en droit privé au départ d'autres branches du droit ou du fait de l'application directe de règles issues d'ordres juridiques *supra*-étatiques. Mais il a bien fallu limiter notre champ d'investigation afin de maintenir la présente étude dans des limites raisonnables.

- d) Les exemples de droits subjectifs et libertés civiles nourrissant notre réflexion ont été limités *a priori*. Le droit privé belge est aujourd'hui traversé de controverses concernant la qualification et, partant, la protection juridique reconnue à certaines prérogatives. Les « droits » de la personnalité (droit au respect de la vie privée, à l'honneur, etc.) fournissent un exemple particulièrement significatif. Il faut également souligner la propension du langage juridique à qualifier comme « droit » ou « droit subjectif » la quasi-totalité des prérogatives recon-

nues aux individus dans leurs relations interpersonnelles. C'est pourquoi nous avons limité nos exemples à des prérogatives dont la qualification fait l'objet d'un consensus suffisant, à défaut d'être total. Pour les droits subjectifs, nous avons choisi les droits réels, les droits de créance et les droits intellectuels. Pour les libertés civiles, nous avons retenu les libertés de contracter, de commerce et d'entreprendre, ainsi que la liberté d'expression.

IV **Plan de l'étude.** Notre étude se compose de trois grandes parties.

La première partie a pour objet l'analyse des qualifications et la description provisoire des caractéristiques propres à chaque qualification étudiée.

Elle se divise en *trois titres* : conformément à la méthode de comparaison décrite ci-dessus, le *premier titre* est consacré à l'analyse des grandes théories du droit privé relatives au droit subjectif et se conclut en dégageant les cinq grandes caractéristiques communément reconnues à la qualification de droit subjectif.

Un *deuxième titre* synthétise les efforts doctrinaux de distinction entre le droit subjectif et la liberté civile et, se nourrissant des acquis du premier titre, souligne de façon encore provisoire les caractéristiques des libertés civiles.

Enfin, un *troisième titre* part du constat de la longue absorption de la qualification d'intérêt légitime par celle de droit subjectif. Après avoir fait état des rares travaux de distinction entre l'intérêt légitime et le droit subjectif, il met en exergue les expressions de l'indépendance prise par l'intérêt légitime et la signification qui lui est reconnue aujourd'hui par le droit positif. Ici aussi, une description provisoire des caractéristiques de l'intérêt légitime est finalement présentée.

La deuxième partie a pour objet de déterminer les effets sur autrui des qualifications analysées dans la première partie, ainsi que les modes de résolution de conflit principaux qui sont induits de chacune des qualifications. Partant du constat que tous les efforts de distinction antérieurs, ainsi que le résultat de notre propre travail, imposent la relation à autrui comme terrain de distinction entre les qualifications analysées, nous distinguons deux outils, issus du droit positif, permettant de systématiser les effets des qualifications à l'égard des tiers : l'opposabilité et la responsabilité extracontractuelle.

Cette deuxième partie se divise, quant à elle, en quatre titres.

Un *titre préliminaire* analyse la portée reçue en droit positif par les principes d'opposabilité, d'une part, et de responsabilité civile extracontractuelle, d'autre part.

Un *premier titre* est consacré à l'effet de la qualification de droit subjectif sur autrui au travers de son opposabilité et de la responsabilité civile des tiers qui y portent atteinte. Un premier mode de résolution de conflit, propre au droit subjectif, est distingué : l'imposition.

Un *deuxième titre* s'attaque à l'effet sur autrui de la qualification de liberté civile. Ici aussi, l'opposabilité de la qualification en cause constitue le départ de notre réflexion. Nous mettons en avant les conditions dans lesquelles le tiers peut voir sa responsabilité engagée en cas de violation d'une liberté civile. De la sorte, un second mode de résolution de conflits, spécifique mais non exclusif des libertés civiles, est discerné : l'équilibre.

Un *troisième titre* dégage l'effet sur autrui de l'intérêt légitime, à nouveau sur la base de son opposabilité et des conditions de la responsabilité du tiers qui y porte atteinte. Nous mettons alors en exergue les deux derniers modes de résolution de conflits arrêtés dans l'étude : la proportionnalité et la pondération d'intérêts.

Une troisième partie clôt la présente étude. Elle porte sur l'élaboration d'un modèle théorique de résolution des conflits et sa mise à l'épreuve.

Elle se divise en deux titres.

Le *premier titre* propose un modèle théorique et général de résolution des conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Nous y systématisons l'application des modes de résolution de conflits, découverts dans la seconde partie, dans un tableau général.

Les quatre modes de résolution sont alors développés et décrits tant au regard de leurs diverses hypothèses d'application que dans les conditions de leur mise en œuvre et les sanctions qui y sont attachées, dont la responsabilité civile. Cela permet *in fine* de tenter de discerner les apports induits de la proposition d'un tel modèle.

Sous un *second titre*, notre modèle théorique général est mis à l'épreuve en l'appliquant d'abord aux conflits donnant application, en droit positif, à la théorie de la tierce complicité. Il est ensuite confronté aux solutions apportées par la théorie de l'abus de droit en droit positif.

Une conclusion générale met un point final à notre réflexion.

PREMIÈRE PARTIE

LES QUALIFICATIONS

LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF

1. Question de méthodologie – 2. But du présent titre
– 3. Plan du présent titre

¹ **Question de méthodologie.** Deux débats importants agitent la théorie générale du droit lorsqu'il est question du droit subjectif : le premier porte sur la question de son existence, le second sur la question de sa définition.

Seul le second débat retiendra notre attention. L'existence des droits subjectifs comme concept faisant partie intégrante du droit positif n'est plus contestée aujourd'hui. Le débat sur son existence, s'il a été fructueux dès lors qu'il a obligé à pousser plus avant la réflexion sur la définition du droit subjectif, peut être perçu actuellement comme faisant partie de l'histoire du droit². En outre, il n'apporte évidemment pas de réponse à la question qui nous occupe : si le droit subjectif n'existe pas, il ne doit pas être distingué, le cas échéant, d'autres concepts.

Nous partons donc pour cette étude d'un *a priori* admis par tous aujourd'hui : le droit subjectif correspond à une réalité en droit positif belge moderne. Ce présupposé admis, il convient de tenter de rechercher comment le définir théoriquement et le distinguer des deux autres concepts étudiés, rencontrés dans la vie juridique moderne, la liberté civile et l'intérêt légitime.

² **But du présent titre.** Les théories du droit subjectif ont engrangé de très nombreuses tentatives de définition du concept.

Plusieurs auteurs ont présenté de façon critique l'évolution de celles-ci³. Trois grands courants sont généralement distingués : les théories de la

2. Sur le débat relatif à l'existence des droits subjectifs, voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 5 à 54 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 253 à 258, n^{os} 134 et s. ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, notamment p. 78 à 98, n^{os} 11 et 12.

3. Voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 55 à 80 ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles, S.E.M.S.J.-Larcier, 1982, p. 60 à 141 ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 110 à 130.

volonté, celles de l'intérêt et celles dites « mixtes » dans lesquelles se retrouvent, selon de savants dosages, tant l'élément de volonté que celui de l'intérêt. Souvent également, deux auteurs, Jean Dabin et Paul Roubier, sont présentés comme ayant tenté de dépasser la triple distinction classique.

Nous détachant aussi de cette triple présentation traditionnelle, nous mettrons en avant un quatrième courant qui regroupe les théories dites du pouvoir. Elles ont en commun d'insister avec force sur la relation particulière à autrui déduite du concept de droit subjectif. Or, comme il a été souligné dans l'introduction de cette étude, c'est précisément par ce biais que nous tenterons de distinguer les droits subjectifs des autres concepts que sont les libertés civiles et les intérêts légitimes.

Notre but n'est pas de présenter de manière systématique ces différentes théories. Il s'agit plutôt de mettre en avant différentes constantes dont la plus importante au regard de notre objectif est le rapport à autrui qui est déduit de la notion de droit subjectif. Par autrui, nous entendons ici les tiers, c'est-à-dire les personnes « étrangères au cercle d'activité immédiate délimité par le sujet et l'objet du droit »⁴.

Ce rapport à autrui a fait l'objet d'une évolution au travers des diverses théories. Cette évolution est décrite dans la première partie de cette étude, non sans rappeler succinctement le contenu de chacune d'elles. Il en ressort que dans les théories modernes du droit subjectif, un accord paraît exister quant aux caractéristiques principales du droit subjectif, notamment un effet juridique à l'égard des tiers qui doivent le respecter.

Cela permet de fixer, de manière suffisamment précise, les contours du concept qui nous servira de base pour la distinction qui suivra entre, d'une part, le droit subjectif et la liberté civile et, d'autre part, le droit subjectif et l'intérêt légitime.

3 **Plan du présent titre.** Ce titre se structure autour des grands courants de théories du droit subjectif. L'avancée est chronologique afin d'arriver *in fine* à celles généralement défendues aujourd'hui en théorie générale du droit.

Un premier chapitre rappelle les grandes lignes des théories de la volonté et de l'intérêt. Les théories dites mixtes, savantes unifications des deux précédentes, sont étudiées dans un second chapitre. S'écartant quelque peu de la présentation traditionnelle, un troisième chapitre présente les théories du pouvoir.

Notre conclusion souligne les caractéristiques communément attribuées aux droits subjectifs et propose une définition encore provisoire du concept étudié.

4. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 162, n° 132.

Chapitre 1

Les théories traditionnelles du droit subjectif

Section 1

La théorie de la volonté

4. Le droit subjectif comme pouvoir de volonté prenant sa source dans le droit objectif – 5. Le rapport à autrui dans la théorie de la volonté – 6. Critiques de la théorie volontariste

4

Le droit subjectif comme pouvoir de volonté prenant sa source dans le droit objectif. Pour K. von Savigny, le droit subjectif est un pouvoir de l'individu dans les limites duquel règne sa volonté, et cela, « du consentement de tous »⁵. Le droit subjectif est donc principalement un acte de volonté.

Cet acte de volonté est permis au préalable par le droit objectif qui en détermine le domaine. Le droit subjectif doit en effet être compris dans un rapport de droit dont il ne représente qu'une facette. Ce rapport de droit est saisi par le juge lorsqu'il statue sur un droit spécial. Cependant, « le jugement d'une espèce n'est possible qu'en le rapportant à une règle générale qui domine les cas particuliers »⁶. Cette règle fait partie du droit objectif. Le droit subjectif prend donc sa source dans le droit objectif⁷.

Les individus, créatures libres, poursuivent des relations entre eux. Afin qu'ils ne se gênent pas dans le déploiement de leur activité, il est nécessaire « qu'une ligne de démarcation invisible circoncrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit »⁸.

L'auteur résume alors sa pensée comme suit : « Chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque

5. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, trad. fr. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, § IV, p. 7.

6. *Ibid.*, p. 9.

7. « [...] chaque élément du rapport de droit a une institution qui le domine et lui sert de type, de même que chaque jugement est dominé par une règle » (*ibid.*, p. 9) ; « Si donc on veut examiner tous les éléments qui entrent dans un rapport de droit, on y trouve infailliblement une règle de droit et un fait répondant à cette règle » (*ibid.*, p. 12).

8. *Ibid.*, p. 326.

individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère »⁹.

La volonté peut agir sur la personne même de l'individu ou sur le monde qui lui est extérieur¹⁰. K. von Savigny s'oppose cependant à l'idée d'un droit sur sa propre personne car cette théorie mène, entre autres, à légitimer le suicide¹¹. Il admet cependant que l'homme possède un pouvoir naturel sur sa propre personne, pouvoir protégé par diverses institutions du droit.

Windscheid distingue, quant à lui, la puissance de la volonté (*Willensmacht*) de la souveraineté de la volonté (*Willensherrschaft*). La première notion recouvre la faculté qui est laissée au bénéficiaire de faire ou non un usage de la norme. La volonté est libre d'exercer ou non la prérogative qui lui est reconnue par le droit objectif. La seconde notion recouvre la faculté laissée à l'individu de disposer du droit. La volonté est libre de céder, modifier ou supprimer la prérogative qui lui est reconnue¹².

5

Le rapport à autrui dans la théorie de la volonté. K. von Savigny appréhende le droit subjectif par « l'intérieur » du droit, et plus spécialement, par le pouvoir de volonté qu'il met en exergue.

Encore implicitement et par un raisonnement *a contrario*, l'auteur admet de manière certaine l'exclusion et le rejet d'autrui du rapport de droit. En effet, si dans les limites de son pouvoir, l'individu règne en maître c'est, dit-il, du consentement de tous et conformément au droit objectif. Ce droit objectif, nous l'avons vu, assigne du reste le domaine de cette volonté indépendante de celle des autres. Ce consentement général quant à l'indépendance et la sécurité du titulaire du droit revient *a contrario* à admettre qu'autrui est exclu du champ de pouvoir de la volonté autonome reconnu par le droit objectif au titulaire du droit subjectif.

Enfin, K. von Savigny rappelle que « le droit ne se manifeste jamais plus clairement que si, dénié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient en reconnaître l'existence et l'étendue »¹³. Ce faisant, K. von Savigny ne reconnaît pas explicitement une action judiciaire propre au droit subjectif,

9. *Ibid.*, p. 327.

10. *Ibid.*, p. 328.

11. *Ibid.*, p. 330.

12. Sur la théorie de Windscheid, voy. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 59 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 140 et 141, n° 189.

13. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, *op. cit.*, p. 7.

mais admet, du moins, la nécessaire protection du droit subjectif par une action en justice.

L'auteur n'explique pas clairement comment s'exprime le rapport d'exclusion inféré par le droit subjectif vis-à-vis d'autrui. Si ce rapport implique un véritable devoir juridique, quelle est son exacte portée et quelles sont ses sanctions ? S'agit-il d'une obligation ferme de respect du droit d'autrui dont la violation est susceptible d'entraîner la responsabilité du tiers ? Y a-t-il place pour des sanctions propres, comme, par exemple, la cessation de l'atteinte ? Ces questions restent, dans la théorie de K. von Savigny, sans réponse.

6 Critiques de la théorie volontariste. R. von Ihering adresse deux objections principales à la théorie de la volonté. La première porte sur l'élément de la volonté en tant que but du droit. La seconde est induite de la constatation que le droit reconnaît des droits subjectifs à des personnes qui n'ont pas de pouvoir de volonté.

La *première objection* peut être résumée comme suit. En identifiant le droit subjectif au seul principe de volonté, on a fait de la volonté le but final de tout droit. Dès lors, le droit privé « n'est plus qu'une vaste arène où la volonté a pleine liberté de se mouvoir et de s'exercer »¹⁴.

L'erreur serait de ne pas avoir tenu compte du fait que le droit préexistait à la volonté¹⁵ : « Les droits ne sont point l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition ; ils n'en sont point le but, mais ils lui servent de moyen »¹⁶.

14. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, trad. fr. de O. de Meulenaere, Bologna, Forni Editore Bologna, 1969, p. 321.

15. Voy. dans le même sens, Jean Dabin qui souligne également que le droit subjectif, pour exister, ne requiert nullement une démarche de volonté (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 61). En effet, le « droit existe, appartenant au sujet, antérieurement à tout acte d'appropriation ou de mise à exécution, antérieurement à toute violation ou empiètement » (*ibid.*, p. 62). Cette critique est explicitement reprise par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux qui y voient en définitive l'objection la plus grave que l'on puisse porter aux théories volontaristes (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 141, n° 190).

16. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, *op. cit.*, p. 321 ; voy. aussi p. 323 : « Ce n'est point un droit futur que possèdent ces personnes [les personnes incapables de volonté], leur droit existe dès maintenant. Ce n'est point le caprice arbitraire du législateur qui crée leur droit ; comme tout être humain, elles le portent écrit sur leur front. ».

En outre, si le but final du droit était dans la volonté, toutes les conventions qui ne contiennent rien d'immoral ou d'illicite devraient être juridiquement obligatoires. Une convention qui imposerait à l'une des parties une restriction sans utilité corrélative à l'autre serait parfaitement valable. Aucun intérêt à voir le contrat se maintenir ne devrait exister. D'après l'auteur, ce système amène à la servitude. Il aurait du reste toujours été absent du droit romain et n'aurait pleinement existé qu'au Moyen-Âge. Or, si le droit romain a toujours pu « prévenir ce suicide de la liberté »¹⁷, c'est précisément grâce à sa conception du principe du droit. Ce qui amène R. von Ihering à développer sa propre théorie du droit subjectif.

La *seconde objection* porte sur le fait que là où la volonté est absente, il ne peut donc y avoir de droit¹⁸. On bute alors sur le problème des fous et des enfants à qui le droit positif reconnaissait, déjà à l'époque de R. von Ihering, des droits subjectifs. R. von Ihering constate en effet qu'il existe des droits reconnus à des personnes n'ayant pas de volonté : « Si la volonté était le but du droit, qu'advierait-il des droits entre les mains des personnes sans volonté ? Ce seraient donc des droits qui mentiraient à leur but et à leur destination ? Des lunettes entre les mains des aveugles ? Si la personnalité et la capacité juridique sont choses identiques à la capacité de vouloir, pourquoi donc toutes les législations du monde (et je n'en sache aucune qui fasse exception) non seulement reconnaissent-elles et protègent-elles, dans les enfants et les insensés, le côté purement humain de la personnalité : le corps et la vie, mais encore leur accordent-elles, sauf de légères modifications, la même capacité patrimoniale qu'aux personnes capables de volonté ? »¹⁹. La volonté ne peut donc être l'essence du droit subjectif²⁰. C'est en fait, comme l'ont

17. *Ibid.*, p. 327.

18. *Ibid.*, p. 321 et 322, spéc. note 491.

19. *Ibid.*, p. 321 et 322 ; pour une critique analogue, voy. par exemple, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 141, n° 189 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 259, n° 139 ; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, Bosc & Riou, 1939, p. 308, n° 151 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théorie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, p. 532 et s.

20. Voy. sur ce point, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 59 à 65, où l'auteur pense qu'il y a confusion entre la description du contenu du droit subjectif, qui implique le plus souvent de poser ou de pouvoir poser des actes matériels ou juridiques et l'essence du droit lui-même qui ne peut être un vouloir : « Exercer de manière effective et actuelle le droit d'aliéner sa chose, de céder sa créance... requiert la volonté, — mais non le droit lui-même d'aliéner, de céder, qui requiert simplement la qualité de propriétaire de la chose, de titulaire de la créance, doué ou non de volonté, en état ou non d'exercer le droit. » (p. 65).

souligné Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, « confondre le droit lui-même avec son exercice »²¹.

Par la suite, d'autres critiques ont été adressées à la théorie volontariste. Ainsi, Jean Dabin lui reproche de partir d'une équivoque. Il est en effet difficile de déterminer si le pouvoir de volonté dont on parle est tout-puissant et trouve en lui-même sa raison d'être ou bien si le droit subjectif concédé par le droit objectif se caractérise par un pouvoir de volonté²². Comme Jean Dabin, et comme le montrent les passages repris ci-avant de K. von Savigny, nous pensons que seule cette seconde interprétation est correcte²³.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud constatent en outre que la volonté est bien loin d'être à la source de tous les droits. Les obligations extracontractuelles ou légales donnent naissance à des droits sans qu'intervienne la volonté²⁴.

Section 2

La théorie de l'intérêt

7. Une nouvelle définition du droit subjectif – 8. L'intérêt comme principe substantiel du droit subjectif – 9. La volonté dans la théorie de l'intérêt : le lien entre le droit objectif et le droit subjectif – 10. L'action en justice comme élément formel ou extérieur au droit – 11. Le rapport à autrui dans la théorie de l'intérêt – 12. Les critiques portées à la théorie de l'intérêt

7

Une nouvelle définition du droit subjectif. À l'encontre des théories qui font de la volonté l'essence du droit subjectif, R. von Ihering propose une nou-

21. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 141, n° 189. Voy. aussi Paul Roubier qui considère l'objection comme peu importante dès lors que l'on doit raisonner sur des cas normaux et non exceptionnels et qui souligne, avec raison, que, normalement, l'incapable est représenté et que ce représentant, doué de volonté et de raison, fera valoir et sera en état de conserver ces droits (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 70 et 71).

22. *Ibid.*, p. 56.

23. *Ibid.*, p. 56 et s. Comme le souligne Jean Dabin, d'autres auteurs, comme Raymond Saleilles, ont choisi l'autre option et ont, dès lors, adressé à la théorie volontariste des critiques qui ne se justifiaient nullement.

24. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 259, n° 139.

velle définition du droit subjectif fondée sur l'intérêt et l'action en justice. Pour l'auteur, « les droits sont des intérêts juridiquement protégés »²⁵.

Deux éléments constituent donc le droit subjectif. Le premier, dit substantiel, dans lequel réside le but pratique du droit, est l'intérêt, c'est-à-dire l'utilité, l'avantage, le gain assuré par ce droit. Le second, dit formel, constituant le moyen du premier élément, est la protection juridique du droit, c'est-à-dire l'action en justice²⁶.

8

L'intérêt comme principe substantiel du droit subjectif. Les droits n'existent pas pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, mais pour garantir les intérêts des individus, aider à leurs besoins, réaliser leurs buts²⁷. Telle est, pour R. von Ihering, la mission des droits, mais aussi la fin et la mesure de la volonté. Dans cet ordre d'idées, les conventions qui ne présentent aucun intérêt sont nulles. Les droits ne produisent rien d'inutile. L'utilité est donc la substance du droit.

L'auteur distingue alors les notions d'utilité, de bien, de valeur, de jouissance et d'intérêt²⁸. Tous les droits ont pour but de procurer une utilité. Le contenu de tout droit est un bien : toute chose qui peut servir au destinataire du droit, c'est-à-dire l'homme. À l'idée de bien se rattachent les notions de valeur et d'intérêt. La valeur contient la mesure de l'utilité du bien. L'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts. Ces notions ne sont pas exclusivement limitées à ce qui présente une valeur économique. Ainsi, la personnalité, la liberté et l'honneur sont visés par la notion de bien. Mais l'idée de valeur n'aurait un intérêt pratique que dans l'ordre économique. L'argent serait donc la mesure économique de la valeur et de l'intérêt.

L'auteur en conclut que « tout droit établi est l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection »²⁹. Tout intérêt n'est pas forcément un droit. Les droits se transforment au fur et à mesure que les intérêts de la vie évoluent.

L'auteur distingue alors jouissance et exercice du droit³⁰. La jouissance apparaît lorsque le droit produit effectivement pour l'ayant droit les

25. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, *op. cit.*, p. 328.

26. *Ibid.*, p. 328 et 329.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*, p. 328 et s.

29. *Ibid.*, p. 331.

30. *Ibid.*, p. 333.

effets qu'il en attend. L'exercice vise tout ce que peut entreprendre l'ayant droit au moyen du droit.

La jouissance revêt des formes très différentes selon les choses auxquelles elle s'applique³¹. La jouissance peut exister par elle-même en même temps que le droit, tant que celui-ci n'a pas été lésé. C'est par exemple le cas pour la liberté ou l'honneur. Souvent, elle réclame un acte de l'ayant droit. Ce dernier jouit alors d'une plus ou moins grande liberté dans le choix de ses actes. En ce qui concerne le droit sur les choses, les différentes formes de la jouissance peuvent avoir le caractère de droits spéciaux ou se trouver réunies dans un seul et même droit, par exemple la propriété³². Mise à part la faculté d'abandon — la *derelictio* —, ces formes de jouissance s'identifient alors avec le droit de disposer. D'après l'auteur, tous les actes juridiques conclus par le propriétaire sont des actes de jouissance. Être libre de disposer de sa chose « équivaut donc à dire qu'on est libre de choisir la manière dont on entend en jouir »³³.

Jouir est ainsi le but propre du droit. La revendication n'est qu'un moyen pour pouvoir jouir du droit. Jouir d'un droit sans en avoir la disposition³⁴ peut se concevoir, mais disposer sans en jouir serait impossible. L'auteur en conclut que l'élément substantiel du droit, la jouissance, domine la volonté.

9 — **La volonté dans la théorie de l'intérêt : le lien entre le droit objectif et le droit subjectif.** À force d'opposer la théorie de l'intérêt de R. von Ihering aux théories volontaristes qui l'ont précédée, on oublie parfois que la volonté jouait un rôle important dans la théorie de cet auteur.

La volonté n'est certes pas considérée comme touchant à l'essence du droit subjectif dans la théorie de l'intérêt et c'est comme telle qu'elle est rejetée. Elle est cependant indissociable de la notion de droit subjectif.

Pour l'auteur, la volonté explique le droit dans le sens subjectif. Elle fait le lien entre la volonté générale dès lors qu'elle ne peut s'exercer qu'à la condition d'être couverte par cette dernière. C'est la volonté générale qui communique sa puissance à la volonté individuelle. Ainsi, le droit

31. *Ibid.*, p. 334.

32. *Ibid.*, p. 337.

33. *Ibid.*

34. C'est ainsi que l'auteur identifie des droits sur les *res publicae* et les *res religiosae* malgré le fait que l'on ne peut en disposer car étant hors commerce, c'est-à-dire ne pouvant être vendues : « Pour le dénier, il faudrait considérer la propriété et les droits qui en découlent comme la seule forme possible du droit sur les choses. Mais il y a là une erreur qu'il suffit de reconnaître [...] » (*ibid.*, p. 348).

objectif devient subjectif³⁵. Nous retrouvons ici, et nous verrons que c'est une constante, le lien indéfectible qui existe entre le droit objectif et le droit subjectif. K. von Savigny l'avait déjà souligné, R. von Ihering l'approuve sur ce point.

La volonté représente aussi le « moteur », la « force » du droit permettant au destinataire de jouir du droit, c'est-à-dire de lui faire produire les effets qu'il en attend³⁶. En ce sens, elle exprime une idée de domination ou de puissance³⁷. Mais son rôle s'élargit puisqu'elle supplée également l'absence ou le caractère non définitif de la réglementation de l'utilisation du droit par le sujet. Dans ces hypothèses, « c'est la volonté qui assigne au droit cette direction, c'est elle qui le fait servir à tels besoins et à tels buts de tel sujet déterminé »³⁸. La volonté en tant que force prend donc une part active au mouvement du droit. Mais cette force n'est pas le but du droit, « elle n'est que la forme dans laquelle le droit doit atteindre son but »³⁹.

10

L'action en justice comme élément formel ou extérieur au droit. Le deuxième élément essentiel du droit est la protection juridique qui lui est accordée : « Le droit est la sécurité juridique de la jouissance »⁴⁰. Nous retrouvons, dès lors, l'expression classique de la définition du droit, encore parfois utilisée aujourd'hui : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés »⁴¹.

R. von Ihering insiste sur le fait que les intérêts ne réclament pas tous une protection juridique. De même, toute loi protégeant un intérêt ne confère pas un droit⁴². Ainsi, lorsque la loi octroie une protection et profite à ses destinataires en ce qu'elle s'applique à leur avantage, mais sans leur octroyer de droit. Comment, alors, identifier les droits subjectifs privés ? Lorsque l'ayant droit lui-même a mission de protéger son intérêt. Pour ce faire, il n'a nul besoin de l'intervention d'un tiers ; il peut prendre lui-même l'initiative. Cette initiative se déploie sous la forme de l'action en justice : « Le droit n'est donc autre chose que l'intérêt qui se protège

35. *Ibid.*, p. 319.

36. *Ibid.*, p. 334 à 338.

37. *Ibid.*, p. 338.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*, p. 338.

40. *Ibid.*, p. 339, n° 71.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

lui-même »⁴³. S'il n'y a plus de place pour l'action, le droit civil cesse de protéger les intérêts et l'administration prend sa place.

11

Le rapport à autrui dans la théorie de l'intérêt. Comme dans la théorie de la volonté, le rapport juridique existant entre le droit subjectif et les tiers ne fait pas l'objet d'une attention soutenue.

Nous retrouvons certes, toujours implicitement, la trace de l'exclusion d'autrui. Et l'action en justice apparaît bien comme l'expression de la sanction du non-respect de cette exclusion par les tiers. L'action est, dans la théorie de R. von Ihering, l'élément formel du droit par le canal duquel ses effets à l'égard des tiers sont pris en compte par le droit.

Toutefois, pas plus que dans la théorie de la volonté, R. von Ihering ne précise quel rapport de droit, quelle obligation ou quel devoir l'action en justice sanctionne ni, du reste, quel est l'objet propre de la sanction ainsi mise en œuvre.

12

Les critiques portées à la théorie de l'intérêt. Divers types de critiques ont été adressées à la théorie de l'intérêt.

Les premières sont d'ordre principalement philosophique et ne retiendront que peu notre attention. Comme le relève Jean Dabin, on a accusé R. von Ihering de « tendances matérialistes » en ramenant la substance du droit à la jouissance et à l'intérêt, en faisant fi de l'élément spirituel de la volonté⁴⁴. On l'a aussi accusé de livrer le droit subjectif à l'arbitraire de l'État dès lors que celui-ci est seul qualifié pour décider quels intérêts méritent protection⁴⁵.

Les deuxièmes sont d'ordre juridique. L'une d'elles souligne que des intérêts protégés existent alors même qu'ils ne sont pas élevés à la reconnaissance d'un droit subjectif⁴⁶. En d'autres termes, la définition serait trop large : l'action en justice permet, comme le souligne Paul Roubier, de comprendre des situations protégées par le droit au moyen d'une telle

43. *Ibid.*, p. 340.

44. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 66 et 67.

45. *Ibid.*, p. 66, 67 et 68. Jean Dabin réfute ces critiques, tout comme Paul Roubier par la suite (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 68 et 69, n° 9).

46. Voy. en ce sens, notamment, L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1906, p. 103 à 105, n° 48. Il prend ainsi comme exemple, l'intérêt des fabricants et des ouvriers protégés contre la concurrence par un droit de douane, l'intérêt des particuliers à jouir des avantages que représentent certaines parties du domaine public, etc. Ce qui manque à ces intérêts pour être des droits est précisément une volonté qui les représente (cf. *infra*, n° 17, la théorie mixte défendue par cet auteur) ; aussi R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théorie*, *op. cit.*, p. 536 et 537.

action sans pour autant que de telles situations s'identifient à des droits subjectifs⁴⁷.

D'autres lui reprochent de confondre le droit avec son objet ou son but. Ainsi, Raymond Saleilles indique que « c'est montrer le but sans indiquer le moyen de l'atteindre »⁴⁸. À sa suite, Jean Dabin énonce que « c'est une erreur de définir le droit par son but : on marque par là le but du droit, on ne définit pas le droit. »⁴⁹.

Jean Dabin, suivi par d'autres⁵⁰, relève également une contradiction dans la théorie de R. von Ihering. Comment admettre, d'une part, que l'intérêt ne soit en lui-même qu'un fait et qu'il passe au rang de droit par la garantie d'une action en justice alors que, d'autre part, dans la théorie de R. von Ihering, l'action en justice est présentée comme le moyen se rapportant au but du droit qui est l'intérêt ou la jouissance ? Comment expliquer alors que ce moyen transforme un fait, l'intérêt, en droit subjectif⁵¹ ? Paul Roubier, nous semble-t-il, lui adresse une critique analogue dès lors qu'il constate que les droits subjectifs ne sont pas de simples intérêts auxquels on accorde, après coup, une protection juridique, mais bien des situations « préconstituées » conférant une sécurité juridique qui sortira ses effets sous la protection éventuelle d'autorités judiciaires⁵².

En outre, Jean Dabin remarque que ce n'est pas toujours le titulaire du droit qui en tire le profit, la jouissance, alors que la théorie de l'intérêt, telle que présentée par R. von Ihering, exclurait que le droit subjectif subsiste dans ces cas⁵³.

47. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 69, n° 9. Dans le même sens, R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, op. cit., p. 309, n° 152 pour qui R. von Ihering confond le droit subjectif avec son contenu. Nous avons pourtant souligné que R. von Ihering, lui aussi, s'en était rendu compte (cf. *supra*, n° 10).

48. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théorie*, op. cit., p. 536.

49. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 69. Voy. également p. 70 et 71. Jean Dabin pense que l'essence du droit est précisément à trouver entre l'intérêt — qui est préjuridique et qui en constitue l'objet — et l'action en justice qui intervient pour protéger le droit qui lui préexiste ; dans le même sens, voy. aussi J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., op. cit., p. 141, n° 190.

50. Pour une critique analogue, voy. G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, op. cit., p. 259, n° 139 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 158, n° 130.

51. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 68 et 69.

52. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 69, n° 9.

53. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 71 et 72.

Section 3

Conclusion du chapitre premier

13. Des théories entièrement tournées vers l'intérieur du droit subjectif – 14. Des théories globales qui ne distinguent pas les prérogatives entre elles – 15. Des caractéristiques communes du droit subjectif dans les deux théories

13 **Des théories entièrement tournées vers l'intérieur du droit subjectif.** Dans la théorie de l'intérêt, comme dans la théorie de la volonté, la doctrine appréhende le droit subjectif « par l'intérieur », le but annoncé étant d'en rechercher l'essence. Autrui, élément extérieur, n'apparaît pas d'emblée dans la recherche des définitions proposées.

Le droit subjectif en est à sa phase de réflexion première. La recherche porte sur ses éléments constitutifs sans s'interroger sur ce qu'implique la titularité d'un tel droit dans l'ordonnement juridique global et, principalement, dans les rapports du titulaire avec autrui.

Le rapport à autrui est cependant présent en germe. Tant la théorie de la volonté que celle de l'intérêt dégagent des sphères reconnues au titulaire du droit en propre. Elles sont protégées par des actions en justice. Le titulaire du droit peut donc obliger autrui à rester en dehors de ces sphères.

14 **Des théories globales qui ne distinguent pas les prérogatives entre elles.** Tant les théories de la volonté que de l'intérêt se présentent comme des théories globales regroupant en leur sein pratiquement toutes les prérogatives juridiques dénommées droits ou droits subjectifs en opposition au droit objectif dont ils sont issus.

Le droit subjectif est vu comme le seul concept susceptible d'identifier une prérogative individuelle reconnue par le droit objectif. Il n'est dès lors pas étonnant qu'à la même époque, notre Constitution conditionne la compétence du pouvoir judiciaire à la violation d'un droit subjectif⁵⁴ ou que la responsabilité civile extracontractuelle soit conditionnée par l'existence de la violation d'un tel droit⁵⁵.

Une telle approche va retenir toute l'attention de la doctrine durant tout le XIX^e siècle et une bonne partie du XX^e. Les discussions portant principalement sur les critiques des deux théories rappelées ci-après, vont du

54. Cf. *infra*, n^{os} 51 et s.

55. Cf. *infra*, n^o 138.

reste donner naissance à la troisième grande catégorie de théories relatives au droit subjectif, la théorie mixte que nous allons étudier maintenant.

15

Des caractéristiques communes du droit subjectif dans les deux théories. Des points d'intersection existent entre les deux théories antagonistes.

Ainsi, les deux théories font le lien entre le droit objectif — ensemble des règles générales et abstraites — et les droits subjectifs. C'est le droit objectif qui détermine le domaine où la volonté de K. von Savigny règne en maître. Le droit subjectif y trouve donc sa source et ses limites.

La volonté, nous l'avons vu, fait le lien entre le droit objectif et le droit subjectif chez R. von Ihering. La volonté, moteur du droit, reçoit sa puissance de la volonté générale coulée en normes par le droit objectif. La volonté individuelle doit être « couverte » par la volonté générale. Le droit objectif se présente donc bien, là aussi, comme la source et la limite du droit subjectif.

Autre caractéristique : l'apport de l'action en justice qui sanctionne la violation du droit. À peine ébauchée dans la théorie de la volonté, elle acquiert toute son importance dans la théorie de l'intérêt où, pour devenir droit subjectif, une prérogative doit nécessairement être juridiquement protégée. Cette protection vient de l'action en justice mise en branle par le titulaire du droit qui se protège lui-même contre les tiers.

Chapitre 2

Les théories mixtes

Introduction

16. Objectif de l'exposé – 17. Présentation succincte des théories mixtes

16 **Objectif de l'exposé.** Une théorie est dite mixte lorsqu'elle accepte dans la définition du droit subjectif tant l'élément de « volonté » que celui de « l'intérêt ». Nous acceptons également comme telles les définitions qui, en lieu et place, ou à côté de l'élément de volonté, parlent de « pouvoir ». Vu l'importance de cette évolution — passage de la volonté au pouvoir —, un dernier chapitre sera consacré à ces théories du pouvoir.

Les théories mixtes — mais surtout dans leur développement ultérieur au sein de la théorie nommée ci-après « du pouvoir » — sont celles qui paraissent aujourd'hui défendues majoritairement en doctrine.

Notre but n'est pas de décrire ces très nombreuses théories. D'autres l'ont fait avant nous. Il s'agit, suivant notre idée maîtresse, de comprendre comment les définitions mixtes du droit subjectif vont dégager les caractéristiques générales des droits subjectifs tout en mettant de plus en plus l'accent sur autrui et, partant, sur le rapport de droit à l'égard des tiers induit de la qualification.

17 **Présentation succincte des théories mixtes.** Nul besoin ici de passer en revue, de manière précise et complète, les différentes théories mixtes imaginées par la doctrine. Il suffit de remarquer qu'elles recueillent les suffrages de la quasi-totalité de la doctrine qui s'est penchée sur la question de la définition du droit subjectif depuis le début du ^{xx}^e siècle. Ces auteurs seront analysés tant dans le présent chapitre que dans celui sur les théories du pouvoir, qui ne sont, la plupart du temps, que des théories mixtes ayant troqué l'élément de « pouvoir » contre l'élément de « volonté ». Nous pouvons déjà citer, à titre d'exemples, des auteurs aussi divers que Stelios Castanos, Ludo Cornelis, Gérard Cornu, Jean Dabin, Henri De Page, Erna Guldix, Octavian Ionescu, Pierre Kayser, Paul Roubier ou Walter Van Gerven ⁵⁶.

Remarquons que, selon les théories, l'accent est parfois mis davantage sur l'élément de l'intérêt que sur celui de la volonté et vice versa.

56. Toutes les définitions de ces auteurs seront présentées ou rappelées dans le chapitre actuel ou suivant. Nous nous permettons donc d'y renvoyer pour des références précises.

Ainsi, pour Léon Michoud, le droit subjectif est « l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter ou de le défendre »⁵⁷. Nous retrouvons chez lui les deux éléments d'intérêt et de volonté. Pour l'auteur, « la loi protège, non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente »⁵⁸. L'intérêt est l'élément fondamental du droit, mais la volonté est également essentielle, quoique secondaire « parce qu'elle n'est pas la cause du droit et qu'elle ne réside pas nécessairement dans son titulaire »⁵⁹. D'autres auteurs peuvent être classés à sa suite dans cette mouvance⁶⁰. Le droit subjectif est donc ici, selon l'expression de Xavier Dijon, « un intérêt servi par un pouvoir »⁶¹.

D'aucuns accentuent par contre l'élément de volonté. Raymond Saleilles est ainsi souvent présenté comme représentant de cette tendance⁶². D'autres, comme Jellineck dans un second temps⁶³, peuvent être également rattachés à cette mouvance. Ici, la volonté est présentée comme essentielle, mais comme poursuivant la satisfaction d'un intérêt ou comme devant seulement être conforme à la poursuite d'un intérêt socialement admis.

57. L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. I, *op. cit.*, p. 105, n° 48.

58. *Ibid.*, p. 102, n° 47.

59. *Ibid.*, p. 102 et 103, n° 48.

60. Par exemple, une première définition du droit subjectif de Jellineck, citée par Jean Dabin : « Le droit subjectif est le bien ou l'intérêt protégé par une puissance de volonté appartenant à l'homme ou plutôt par un pouvoir de volonté appartenant à l'homme » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 73 et note 1).

61. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 114, n° 175.

62. Par exemple par Xavier Dijon (*ibid.*, p. 115, n° 175). Raymond Saleilles indique en effet, après avoir passé en revue les théories de la volonté et de l'intérêt, que « personne ne niera que le droit est avant tout un pouvoir » (R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théorie*, *op. cit.*, p. 540). Nous verrons cependant que la théorie de Raymond Saleilles est porteuse d'une évolution essentielle dans les théories du droit subjectif en ce qu'il met le premier en avant l'élément de pouvoir, à côté de ceux d'intérêt et de volonté (cf. *infra*, n° 43).

63. Cité de la sorte par R. BONNARD, *Les droits subjectifs des administrés*, *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1932, p. 700 et 701. Jellineck définit le droit subjectif comme étant « la puissance de volonté humaine qui, protégée et reconnue par l'ordonnement juridique, a pour objet un bien ou un intérêt ». Il s'agit, en fait, d'une correction apportée par Jellineck à une première définition : il fait passer l'élément prépondérant de l'intérêt à la volonté d'une édition à l'autre de son ouvrage (relevé par J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 74). Ensuite, comme nous le verrons, l'élément de pouvoir l'emportera non seulement sur la volonté, mais supplantera l'élément d'intérêt : voy. aussi en ce sens, par exemple, les définitions du droit subjectif mises en avant par Gérard Cornu, Henri De Page et Pierre Kayser (cf. *infra*, n° 44).

Section 1

La théorie de Jean Dabin

18. Une réaction aux théories antérieures – 19. L'appartenance-maîtrise comme essence interne du droit subjectif – 20. L'appartenance comme lien avec le droit objectif, à la source et aux limites du droit subjectif – 21. Le rapport à autrui comme essence externe du droit subjectif – 22. L'élément de protection juridique dans la définition du droit subjectif, second lien avec le droit objectif – 23. Les critiques portées à la théorie de Jean Dabin – 24. La requalification de la théorie de Jean Dabin en théorie mixte ou théorie du pouvoir ? – 25. L'apport de la théorie de Jean Dabin

18

Une réaction aux théories antérieures. Ironie d'une controverse aujourd'hui séculaire, la théorie de Jean Dabin est à l'heure actuelle considérée par la plupart des auteurs comme une théorie mixte parmi d'autres, raison pour laquelle nous la présentons dans la section consacrée aux théories mixtes. Nous aurions pu aussi, il est vrai, l'exposer comme une théorie du pouvoir. Le choix opéré ici s'explique surtout par la volonté de mettre en avant, dans la chronologie, une théorie qui apparaît réellement comme capitale dans la compréhension des définitions qui suivront.

Jean Dabin exprime du reste clairement sa désapprobation des théories de la volonté, de l'intérêt, et, *a fortiori*, des théories mixtes⁶⁴.

Nous avons relevé à dessein, dans chacune des critiques émises à propos des deux premières théories, celles de Jean Dabin. La critique finale — et fondamentale — qu'il émet à propos de ces théories est de ne pas toucher à la spécificité du droit subjectif, ne mettant en exergue que son but, son objet ou son moyen.

La définition du droit subjectif proposée par Jean Dabin est la suivante : « Le droit subjectif est la prérogative concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maî-

64. « Mais si, comme on croit l'avoir montré, le droit subjectif n'est, considéré en lui-même, en tant que droit, ni intérêt (jouissance au sens de profit), ni volonté (exercice au sens d'action, de mise en œuvre), il ne saurait être davantage une combinaison des deux éléments. » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 80). Dans le même sens, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 143 et 144, n° 192 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 260, n° 139.

tre d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû »⁶⁵.

On connaît le succès et le retentissement de la définition de Jean Dabin dans la doctrine relative au droit subjectif. Elle n'a pas seulement forcé la réflexion au travers même des critiques qui lui ont été opposées — la réaction à la thèse de Jean Dabin est très sensible dans les travaux de Paul Roubier qui en vient finalement à proposer une tout autre approche —, mais également dans sa réception chez des auteurs comme Xavier Dijon⁶⁶ et François Rigaux⁶⁷ qui n'hésitent pas à en faire leur définition de base dans leurs travaux respectifs. Nous retrouvons du reste la définition de Jean Dabin dans bon nombre d'ouvrages et de réflexions de droit positif⁶⁸. Ces considérations justifient amplement la place qui est consacrée à cette théorie dans la présente partie.

19

L'appartenance-maîtrise comme essence interne du droit subjectif. Pour Jean Dabin, « le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise »⁶⁹.

*Sous l'élément d'appartenance*⁷⁰, Jean Dabin indique que « tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance, d'ailleurs consacré par le droit objectif, en sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou valeur est sien »⁷¹. Le droit subjectif est un lien d'appartenance entre une personne et une chose. Ce lien fait naître l'idée de droit et est le principe fondateur du droit subjectif. Jean

65. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 105.

66. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 124, n° 190, qui décide de partir de la définition de Jean Dabin pour, *in fine*, proposer une conception propre après l'avoir confrontée au droit à l'image, au droit du malade à l'intégrité physique et au droit à la mort.

67. F. RIGAU, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bxl-Paris, 1990, p. 739, n° 663 : « La définition de Dabin est d'autant plus pertinente pour l'objet du présent ouvrage qu'assignant au droit subjectif le contenu le plus étendu, elle va jusqu'à y inclure les libertés constitutionnelles, précisément rattachées aux droits de la personnalité. »

68. Voy. par exemple, A. CARETTE, *Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu ?*, T.P.R., 1998, p. 828, nos 10 et s. ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 21 et s. qui fait de la définition de Jean Dabin le fil conducteur de son propre raisonnement ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre universitaire de l'État, 1960 (mise à jour 1978), p. 239, n° 159 ; F. RIGAU, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éd. Vie ouvrière, 1974, p. 19. La définition de Jean Dabin est pratiquement toujours étudiée ou critiquée par les auteurs qui se posent la question de la définition du droit.

69. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 80.

70. *Ibid.*, p. 80 à 87.

71. *Ibid.*, p. 80 et 81. Souligné par l'auteur.

Dabin remplace donc le lien de jouissance de R von Ihering, par celui d'appartenance⁷². Exit également l'élément de volonté qui ne présente pas de connexion nécessaire avec l'appartenance⁷³.

Les choses susceptibles d'appartenance sont très variées. Peu importe la nature extrinsèque ou intrinsèque du bien ou le fait que celui-ci ne serait pas susceptible d'aliénation⁷⁴. Jean Dabin cite ainsi les choses extérieures (meubles, immeubles, etc.), mais aussi les biens ou valeurs inhérents à la personne (vie, intégrité du corps, libertés, etc.) tout comme des prestations quelconques (positives ou négatives, pécuniaires ou extrapécuniaires, etc.) auxquelles une personne est tenue vis-à-vis d'une autre⁷⁵. Dans ce dernier cas, cependant, l'appartenance ne serait qu'indirecte : la prestation due ne parviendra au créancier que par le truchement de l'obligation du débiteur. La prestation due, qui relève de la personne d'autrui, ne peut en effet appartenir au créancier dans le sens plein du terme « précisément parce qu'un homme ne saurait tirer prestation d'un autre homme, son égal en valeur humaine, comme il ferait d'une chose, d'un animal ou d'un esclave assimilé à une chose »⁷⁶. La liste des choses susceptibles d'appartenance, souligne l'auteur, est cependant en constante évolution⁷⁷.

Tous les droits subjectifs, par le truchement de ce lien d'appartenance, impliquent une propriété. Dans l'esprit de Jean Dabin, cette assimilation se traduit par le fait que toutes les choses sur lesquelles porte le lien sont envisagées « comme des valeurs *propres* par quelque côté, impliquant rattachement à un sujet déterminé à l'exclusion de tout autre : *propriété* est devenu synonyme de *droit privatif*, de *droit tout court* »⁷⁸.

72. *Ibid.*, p. 81 et 82.

73. *Ibid.*, p. 82 et 83.

74. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, p. 13. C'est sur ce point précis — le pouvoir d'aliénation — que les thèses de Dabin se séparent radicalement de la thèse de Roubier (pour une présentation de cette dernière, voy. *infra*, n^{os} 26 et s.).

75. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 83 et 84.

76. *Ibid.*, p. 84. Jean Dabin cite encore les bénéfices, offices et fonctions (droit à la jouissance paternelle, droit à la fonction de chef d'État, etc.).

77. *Ibid.*, p. 86 et 87. L'auteur y voit différentes causes : les progrès de la civilisation matérielle faisant apparaître de nouvelles espèces de biens ; une conscience plus fine permettant de découvrir des appartenances autrefois insoupçonnées (par exemple, le droit moral de l'auteur) ; une évolution de la technique juridique permettant de mieux appréhender certaines appartenances plus subtiles et délicates.

78. *Ibid.*, p. 85. Souligné par l'auteur.

Sous l'angle de la maîtrise, second aspect de l'essence du droit subjectif dans sa théorie, Jean Dabin vise en réalité la notion de pouvoir : « Parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître »⁷⁹. C'est l'aspect subjectif du droit qu'il oppose à l'appartenance qui en constitue l'aspect objectif. Alors que l'appartenance est l'attribut de la chose, reliée au sujet par le lien d'appartenance, la maîtrise est l'attribut du sujet vis-à-vis de la chose⁸⁰.

Précisant sa pensée, Jean Dabin indique que la maîtrise consiste en « un *pouvoir de libre disposition de la chose*, objet du droit »⁸¹. Il insiste alors sur l'importance, à ses yeux, de ne pas confondre ce pouvoir de libre disposition avec l'exercice du droit. Celui qui exerce le droit n'en est pas forcément le maître. C'est celui qui en dispose qui en a la maîtrise. Il souligne également l'élément de liberté qui accompagne ce pouvoir : la disposition ne peut être que libre sous peine de ne plus être maîtrisée⁸².

Il admet ensuite que les modalités de la libre disposition — comme celles de l'appartenance — varient en fonction de la nature de la chose assujettie⁸³. Les choses matérielles se prêtent à la disposition la plus totale. Les biens dans lesquels la personne humaine est engagée, soit activement, soit passivement, ne sont, par contre, susceptibles que d'une disposition relative. Il vise principalement, dans cette dernière hypothèse, des droits de la personne (vie, libertés, etc.), des droits de créance et des droits-fonctions qui présentent tous des limites quant à leur disposition. Les droits de la personne ne peuvent pas nécessairement être aliénés ou détruits. Le droit de créance ne permet pas de disposer de la personne de son débiteur. Le droit-fonction, quant à lui, trouve dans la loi la disposition permise⁸⁴.

Enfin, Jean Dabin précise que le pouvoir de disposer subsiste même lorsque cette maîtrise est matériellement impossible. La possibilité morale de disposer suffit et le pouvoir de maîtrise est donc indépendant de l'exercice effectif de la maîtrise⁸⁵.

79. *Ibid.*, p. 87.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.*, p. 89. Souligné par l'auteur.

82. *Ibid.*, p. 90.

83. *Ibid.*, p. 91.

84. *Ibid.*, p. 91 et 92.

85. *Ibid.*, p. 92 et 93.

L'appartenance comme lien avec le droit objectif, à la source et aux limites du droit subjectif. En conclusion du très long chapitre consacré aux théories négationnistes du droit subjectif, Jean Dabin parvient à une affirmation sans ambages ni ambiguïté : « Il appartient [...] au droit objectif, qui fonde le droit subjectif d'en fixer les limites soit au regard des droits subjectifs concurrents (c'est le problème du conflit des droits), soit sur un plan plus élevé, au regard du bien public, du bien de la société en général »⁸⁶.

Ce faisant, Jean Dabin ne rompt pas avec une caractéristique du droit subjectif déjà présente dans les théories antérieures de K. von Savigny et R. von Ihering. Le droit subjectif naît du droit objectif, il y prend sa source et y trouve son fondement⁸⁷. Il trouve également dans le droit objectif ses limites. Le droit subjectif n'est pas absolu, mais encadré par les règles de droit objectif⁸⁸.

C'est précisément — mais pas seulement, puisque la relation s'exprime également, nous le verrons, avec l'action en justice⁸⁹ — au travers du lien d'appartenance que s'exprime ce rattachement au droit objectif. Jean Dabin rappelle que le lien d'appartenance est toujours fondé sur le droit objectif, c'est-à-dire la règle juridique positive. C'est, dans son

86. *Ibid.*, p. 53.

87. Voy. entre autres : « Si la norme juridique est définie, comme il se doit, la règle de conduite édictée par l'État et garantie par lui, il est clair qu'il n'existera de droit subjectif, *au regard de cette norme*, que pour autant que celle-ci admette ce droit subjectif. » (souligné par l'auteur ; *ibid.*, p. 49) ; « [...] il n'y a de droit subjectif juridique qu'en vertu de la règle juridique, de la règle juridique positive, qui, en édictant et en sanctionnant le droit, le crée juridiquement. » (*ibid.*, p. 50) ; « D'autre part, en exécution de sa mission de coordination et d'harmonie, la règle sociale est amenée à établir de toutes pièces des droits subjectifs purement juridiques, qui n'ont de fondement qu'en elle. [...] Du droit objectif sort un droit subjectif. » (*ibid.*, p. 51).

88. Voy. entre autres : « Sans doute, le droit objectif prime : c'est lui qui règle les attributions et qui accorde les voies de droit ; c'est lui encore qui juge de la mesure plus ou moins large de ces attributions. Il reste qu'il ne se borne pas à attribuer des *bénéfices* ou si l'on préfère, que les bénéfices qu'il attribue ainsi ont bel et bien le caractère de *droits subjectifs* » (souligné par l'auteur ; *ibid.*, p. 31 et 32) ; « S'il est vrai que l'individu existe, il est vrai aussi qu'il n'est pas isolé, qu'il doit par conséquent respecter les droits égaux ou parfois supérieurs (selon la qualité) de ses semblables ; il est vrai aussi, et de surcroît, que l'individu vit au sein d'une société organisée, qui est la société politique, dont le rôle est précisément d'accorder avec la norme du bien général les droits et libertés de chacun (individus ou groupes) pris séparément. Dès lors, ni en soi, sur le plan du droit moral ou philosophique, ni par rapport au droit objectif (au sens du droit juridique positif), le droit subjectif ne saurait être érigé en absolu. [...] Il n'y a rien de contradictoire ni dans l'idée d'une « socialisation » (*sensu lato*) du droit subjectif, ni dans celle d'une autonomie limitée selon les exigences, d'ailleurs mouvantes et progressives, de la vie sociale. » (*ibid.*, p. 53 et 54).

89. Cf. *infra*, n° 22.

esprit, un présupposé : « Le droit subjectif n'existe que par la décision du droit objectif »⁹⁰. Étant entendu que le droit objectif ne vient que constater ou consacrer un lien d'appartenance qui est l'œuvre de la nature ou de la volonté humaine⁹¹.

Mais il défend une vision large de ce soutènement par le droit objectif : un texte qui l'énonce, certes, mais aussi une appartenance dégagée par un raisonnement selon les procédés de l'interprétation juridique⁹².

21

Le rapport à autrui comme essence externe du droit subjectif. Jean Dabin est souvent présenté comme le premier auteur ayant expressément mis en exergue l'importance du rapport à autrui dans la théorie du droit subjectif⁹³. L'affirmation est inexacte puisque l'altérité était déjà au centre de la théorie de Roger Bonnard, vingt ans auparavant⁹⁴. Cependant, il est sans doute l'auteur qui en a, le premier, proposé une analyse précise et approfondie. Nous retrouvons dans sa présentation trois éléments essentiels dans la compréhension du rapport à autrui : l'opposabilité, l'inviolabilité et l'exigibilité.

Analysant le droit subjectif « du point de vue externe », l'auteur note qu'outre une prérogative reconnue à un sujet, celui-ci implique l'altérité, « c'est-à-dire un ou plusieurs autres sujets, par conséquent intersubjectivité »⁹⁵. L'altérité est évidente dans le lien de droit obligationnel. L'appartenance est alors indirecte : le droit de l'un (créancier) a précisément pour objet l'obligation de l'autre (débiteur). Il en serait de même pour les droits dits absolus — appartenance directe — « où le droit frappe des choses directement siennes, en dehors de toute intervention d'un obligé »⁹⁶. À la différence des obligations, autrui ne vise pas alors une personne déterminée, « mais, de façon indistincte, tout le monde, hormis le sujet de droit lui-même »⁹⁷.

90. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 85.

91. *Ibid.*, p. 86.

92. *Ibid.*, p. 85 et 86.

93. D'autres auteurs avaient cependant intégré autrui dans leur approche du droit subjectif. Ainsi, Winscheid, cité par Jean Dabin (J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 95), pour qui le pouvoir de volonté, à la base de sa définition du droit subjectif, est « le droit à un comportement, action ou omission, de la part de toute personne quelconque ou d'une personne déterminée, vis-à-vis du titulaire ».

94. Cf. *infra*, n° 48.

95. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 94.

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

L'altérité découle de l'appartenance-maîtrise qui est « assignation de parts », dans la mesure où elle fixe un « domaine réservé au titulaire ». L'appartenance et la maîtrise sont donc, par définition, *exclusives* d'autrui et, du même coup, lui sont *opposables*⁹⁸. Cette opposabilité s'explique, selon l'auteur, par les concepts jumelés d'*inviolabilité* et d'*exigibilité*.

L'*inviolabilité* exprime l'idée selon laquelle il n'y a pas de droit subjectif sans obligation correspondante du respect de ce même droit (*Jus et obligatio sunt correlata*). L'appartenance directe implique une obligation de respect qui lie tout le monde, « au titre du respect du devoir général du respect du droit d'autrui »⁹⁹. Cette obligation est alors d'abstention pure. C'est l'obligation négative de ne pas violer la relation d'appartenance-maîtrise du sujet à l'objet qui est le sien. En cas d'appartenance indirecte, les tiers sont soumis à la même obligation de ne pas violer cette relation. Pour le débiteur, par contre, l'obligation d'inviolabilité a pour objet l'exécution même de son obligation de prêter la chose ou le service auquel le créancier a droit.

L'*exigibilité* rend compte de la faculté du titulaire de requérir le respect ou la non-violation de son droit. Maître de la chose qui est sienne, le titulaire a le droit de revendiquer ou de défendre ce qui lui appartient ou lui revient¹⁰⁰. Selon l'auteur cependant, même « si le droit comporte nécessairement la faculté d'exiger quelque chose de positif ou de négatif de la part d'une ou de plusieurs personnes »¹⁰¹, ce n'est pas le « pouvoir d'exiger » qui constitue et définit le droit. Pour lui, celui-ci existe, comme appartenance-maîtrise d'une chose propre au sujet, antérieurement à l'exigibilité¹⁰².

Jean Dabin reproche aux doctrines qui lui étaient antérieures de ne pas avoir souligné suffisamment cet aspect externe de la notion de droit subjectif. Autrui doit apparaître au premier plan de la définition du droit subjectif¹⁰³. Nombreux sont les auteurs qui, par la suite, ont suivi Jean Dabin sur ce point. Ce qui ne veut pas dire que le rapport à autrui est compris de manière unanime.

98. *Ibid.*, p. 95.

99. *Ibid.*, p. 96.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*, p. 96.

102. *Ibid.*, p. 96 et 97.

103. *Ibid.*, p. 94.

22

L'élément de protection juridique dans la définition du droit subjectif, second lien avec le droit objectif. Le dernier élément de la définition du droit subjectif selon Jean Dabin est à trouver dans la protection juridique du droit ¹⁰⁴. Cet élément est essentiel sous l'angle du droit objectif sans quoi le droit subjectif ne saurait exister.

La règle de droit objectif et le groupement qui l'établit — l'État dans la sphère nationale — n'a pas pour seule fonction de déterminer les droits de chacun, mais doit aussi les garantir. L'action est ainsi considérée comme la sanction nécessaire du droit ¹⁰⁵. Nous retrouvons donc ici, à côté de l'appartenance, une seconde expression du lien existant entre le droit subjectif et le droit objectif : non seulement le droit objectif le crée, le limite, mais il vient le protéger en offrant des moyens de droit pour lutter contre sa violation par des tiers.

Normalement, la défense du droit subjectif via l'action incombe à l'intéressé ou à la personne chargée de la protection de ses intérêts ¹⁰⁶. L'instrument de protection est ainsi mis à disposition du sujet, qui est libre d'en user ou non. Cette protection consiste en toutes les voies de recours juridictionnelles mises à disposition du sujet pour défendre son droit (exceptions, actions préventives, actions en responsabilité, etc.) ¹⁰⁷.

Jean Dabin insiste sur le fait que le droit subjectif est toujours accompagné d'une ou de plusieurs actions protectrices appartenant à l'ayant droit ¹⁰⁸. Il distingue enfin le droit lui-même du droit d'action, né de la protection accordée au droit subjectif ¹⁰⁹.

23

Les critiques portées à la théorie de Jean Dabin. Les critiques de la théorie de Jean Dabin furent nombreuses. Elles visent tous les éléments de sa définition, ainsi que l'application qu'il en a faite dans sa classification des droits subjectifs. Nous ne retiendrons ici que les principales, énoncées surtout par Charles Eisenmann dans un article qui fit grand bruit après la publication de la théorie de Jean Dabin ¹¹⁰.

La critique la plus générale tient au fait que sa définition englobe pratiquement toutes les prérogatives juridiques protégées par le droit objec-

104. *Ibid.*, p. 97 et s.

105. *Ibid.*, p. 98.

106. *Ibid.*, p. 99.

107. *Ibid.*, p. 100.

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*, p. 101 à 103.

110. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *Rev. dr. publ.*, 1954, p. 753 à 774.

tif¹¹¹. Elle ne permet pas de distinguer des prérogatives qui ne s'unifient sous le concept qu'au mépris de leur nature propre. Charles Eisenmann y voit du reste une véritable erreur de méthodologie, la comparaison et la distinction étant en définitive les seules possibilités d'arrêter une définition satisfaisante du droit subjectif¹¹².

Les critiques se concentrent ensuite sur la face interne du droit subjectif, à savoir l'idée d'appartenance-maîtrise dont chaque facette a été remise en question.

Charles Eisenmann avoue ne pas trop comprendre le concept d'appartenance dont l'application au droit de créance — en tant qu'appartenance indirecte — lui paraît par trop singulière et mystérieuse¹¹³. Finalement, vu l'étendue donnée au terme, il lui paraît que toute prérogative reconnue et garantie par l'ordre juridique répond à l'idée d'appartenance. Dès lors, le concept de Jean Dabin n'apporte rien et il le rejette comme par trop entouré d'obscurité¹¹⁴.

Ibrahim Najjar, quant à lui, se demande comment distinguer l'appartenance du lien d'appartenance et s'interroge sur la question de savoir comment celui-ci se transforme en lien juridique. Plus fondamentalement, ce dernier critique l'assimilation de tout droit subjectif à la propriété auquel il serait réduit¹¹⁵.

En ce qui concerne l'aspect maîtrise, Charles Eisenmann relève une contradiction. Jean Dabin ne pourrait à la fois dire que l'appartenance et

111. Voy. par exemple en ce sens, J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 144, n° 192 ; I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 85, n° 87 et p. 87 ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 29 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 47 et s. et spéc. p. 50, p. 71 et 72, note 1 ; voy. aussi, incidemment, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 741, n° 667.

112. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 772 et 773.

113. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 757. On retrouve cette objection notamment chez A. CARETTE, *Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu*, *op. cit.*, p. 829, n° 10 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 143, n° 192, spéc. note 83 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 452, n° 6 ; L.J.L.J. VAN APELDOORN, « Een nieuwe theorie over het Subjectieve Recht ? Jean Dabin en Hugo de Groot », *R.W.*, 1952, col. 299 et 300.

114. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 758.

115. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 87. Dans le même sens, P. KAYSER, « Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 452.

la maîtrise sont deux facettes d'une même réalité et faire découler la maîtrise de l'appartenance¹¹⁶. Il lui reproche également, suivi par Ibrahim Najjar¹¹⁷, de ne pas comprendre, dans la disposition, la possibilité de renoncer, ce qui l'entraîne à admettre comme droits subjectifs des « faux » droits comme, par exemple, le droit à la vie.

En outre, Jean Dabin ne résoudrait pas de manière satisfaisante le problème de la reconnaissance de droits dans le chef d'incapables. Charles Eisenmann relève en effet une autre contradiction. Jean Dabin ne peut définir la maîtrise comme étant la libre disposition de la chose qui est sienne, d'une part, et admettre, d'autre part, cette maîtrise dans le chef des incapables qui n'ont même pas la faculté d'agir ou de choisir¹¹⁸. La distinction entre la maîtrise matérielle — dont les incapables sont dénuées — et la maîtrise morale — dont ils disposeraient — n'arrive pas à résoudre ladite contradiction.

Enfin, Charles Eisenmann remarque une dernière contradiction. Jean Dabin ne peut dire à la fois que l'exigibilité n'est qu'une conséquence du droit et affirmer que la référence à l'altérité et à l'exclusion d'autrui se retrouvent d'emblée dans la définition même de l'appartenance-maîtrise¹¹⁹. Nous retrouvons là une critique déjà adressée au lien entre l'appartenance et la maîtrise. Jean Dabin semble à la fois affirmer que tous les éléments de sa définition sont à mettre sur le même pied et doivent être additionnés pour arriver à la définition du droit tout en admettant que maîtrise, altérité et protection juridique découlent de l'appartenance, auquel cas seule l'appartenance suffirait à définir le droit subjectif.

24

La requalification de la théorie de Jean Dabin en théorie mixte ou théorie du pouvoir ? La doctrine considère souvent aujourd'hui que la théorie de Jean Dabin est une théorie mixte parmi d'autres où les concepts d'appartenance et de maîtrise rejoignent inéluctablement ceux de l'intérêt et du pouvoir¹²⁰.

116. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 758 et 759.

117. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 86.

118. Ch. EISENMANN, Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 763.

119. *Ibid.*, p. 760.

120. Voy. en ce sens, X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 118 et s., n^{os} 181 à 190 ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 90, n^o 51 ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 28 et 29 *contra* J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 159 et 160.

Le rapprochement entre l'intérêt et l'appartenance est, de l'aveu même de l'auteur, évident. L'intérêt de jouissance est simplement remplacé par l'intérêt d'appartenance afin de traduire plus précisément le lien existant entre le droit et le sujet.

Le lien entre la maîtrise et la volonté nous paraît, par contre, moins clair. Jean Dabin a exclu purement et simplement la volonté de sa définition. En fait, les auteurs qui procèdent à l'assimilation le font au travers de la notion de pouvoir, censée caractériser, voire remplacer, l'élément de volonté¹²¹. Il est vrai que le lien entre l'aspect de maîtrise et de pouvoir est explicite dans la définition de Jean Dabin puisqu'il la comprend comme le pouvoir de disposition.

Jean Dabin, comme d'autres avant lui, définit donc le droit subjectif en termes de pouvoir lié à la recherche de l'intérêt du sujet.

25

L'apport de la théorie de Jean Dabin. L'apport principal de la théorie de Jean Dabin, outre des précisions essentielles sur les autres caractéristiques du droit subjectif, tient, selon nous, surtout dans deux des éléments de sa définition.

L'élément de maîtrise revient à la mise en avant d'un pouvoir particulier reconnu par le droit objectif dans le chef du titulaire du droit. Nous verrons que l'on peut sans conteste affirmer que l'effort doctrinal de la seconde moitié du xx^e siècle sera précisément de tenter de déterminer les contours et l'étendue exacte de ce pouvoir.

L'élément d'altérité est également essentiel. Il est au cœur de la théorie de Jean Dabin. Nous avons vu que l'altérité se trouve au centre même du double concept d'appartenance-maîtrise qui sont par définition « exclusives » d'autrui et « opposables » à autrui.

Sur ce dernier point, Jean Dabin est véritablement précurseur et livre ainsi le matériel permettant d'affiner le concept de droit subjectif par le biais du rapport à autrui. Il n'est, dès lors, pas étonnant que d'autres

121. Voy. ainsi, X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 119, n° 182 : « Quant à la maîtrise, elle n'est sans doute plus privilégiée comme dans la doctrine de Savigny et des auteurs qui situent le droit subjectif en régime de pouvoir, mais sa subordination par rapport à l'appartenance est parfois si peu évidente qu'on y voit légitimement l'autre donnée de la doctrine mixte : le pouvoir » ; P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 452, n° 6 : « Il reconnaît également que la maîtrise, objet du droit, n'existe d'une manière complète que dans la propriété des choses corporelles, et qu'il y a seulement des modalités de ce pouvoir dans les autres droits subjectifs. Mais n'est-ce pas revenir à la notion large de pouvoir, commune à tous les droits subjectifs, qui est leur caractéristique essentielle ? ».

auteurs, par la suite, y rechercheront les éléments distinctifs des droits subjectifs par rapport à d'autres « pouvoirs », telles les libertés civiles.

Jean Dabin échoue cependant dans sa tentative de mettre en avant une définition permettant de distinguer le droit subjectif d'autres prérogatives. C'est la critique principale qui lui a été adressée. Le droit subjectif, conçu comme appartenance-maîtrise, englobe largement d'autres prérogatives, en particulier celles qui seront étudiées ci-après : les libertés civiles et les intérêts légitimes. Ce manque de précision, largement dénoncé, a suscité d'autres réflexions, dont celles de Paul Roubier, étudiées ci-après, en vue, précisément, de distinguer les différentes prérogatives juridiques entre elles.

Section 2

La théorie de Paul Roubier

26. Une construction originale embrassant l'ensemble des prérogatives juridiques – 27. Les concepts-clés de la théorie de Paul Roubier : l'opposition entre règles juridiques et situations juridiques ou le lien originel entre droit objectif et droit subjectif – 28. Les autres concepts-clés de la théorie de Paul Roubier – 29. Les droits subjectifs dans la théorie de Paul Roubier : une situation juridique parmi d'autres — 30. Les caractéristiques du droit subjectif dans la théorie de Paul Roubier – 31. Le rapport à autrui dans la théorie de Paul Roubier – 32. L'élément de protection juridique dans la définition du droit subjectif, second lien avec le droit objectif – 33. La requalification de la théorie de Paul Roubier en théorie mixte ou théorie du pouvoir ? – 34. Critiques portées à la théorie de Paul Roubier – 35. Apports de la théorie de Paul Roubier

26

Une construction originale embrassant l'ensemble des prérogatives juridiques. De toutes les théories relatives au droit subjectif, la théorie de Paul Roubier est sans conteste la plus ambitieuse et la plus complexe. Il ne limite pas l'objet de son étude aux droits subjectifs, mais les intègre dans une vision globale des prérogatives reconnues par le droit objectif aux personnes.

L'intérêt principal d'une telle théorie est d'avoir tenté de distinguer entre elles les prérogatives et d'avoir ainsi évité l'éclatement de la notion de droit subjectif par absorption de la quasi-totalité des autres prérogatives juridiques, lui enlevant ainsi une grande partie de son utilité.

La pensée de Paul Roubier est complexe : elle s'exprime notamment par l'utilisation de termes juridiques et techniques propres à l'auteur. Toute étude de cette théorie suppose donc au préalable de comprendre les divers concepts qu'il utilise.

Pas plus que pour les autres théories du droit subjectif, le but n'est ici de faire une description exhaustive de la construction de Paul Roubier et des critiques qui lui ont été opposées. Il s'agit de dégager les éléments nécessaires à la construction de notre raisonnement. La mise en avant de l'élément de pouvoir et d'autrui dans cette théorie participe à cette construction.

27

Les concepts-clés de la théorie de Paul Roubier : l'opposition entre règles juridiques et situations juridiques ou le lien originel entre droit objectif et droit subjectif. D'emblée, l'auteur distingue et précise les concepts qui soutiendront l'ensemble de sa théorie. Il n'est pas étonnant de retrouver, dans un vocabulaire propre à l'auteur, et de l'aveu même de celui-ci ¹²², l'opposition entre le droit objectif et le droit subjectif. Encore faut-il, d'entrée de jeu, souligner que par « situations juridiques », Paul Roubier ne vise pas seulement les droits subjectifs, mais aussi d'autres situations « subjectives ».

Une première distinction s'opère en effet entre les notions de règles juridiques et de situations juridiques ¹²³. Les premières visent « les règles générales et abstraites qui gouvernent les relations juridiques dans la société » ¹²⁴. Les secondes, par contre, appréhendent les « situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres, sur la base des règles juridiques » ¹²⁵.

Le critère de distinction entre les deux concepts se situe dans le caractère général et abstrait des règles juridiques par opposition au caractère individuel et concret des situations juridiques ¹²⁶. Ces dernières ne peuvent s'établir que sur une base conforme aux premières ¹²⁷. Il y a, dès lors, antériorité des règles juridiques par rapport aux situations juridiques ¹²⁸. Nous verrons en outre que l'auteur introduit dans la définition de la situation subjective l'idée d'une situation régulièrement établie, ren-

122. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 1 et 2, n° 1.

123. *Ibid.*, p. 1 et s., n° 1.

124. *Ibid.*, p. 2, n° 1.

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*, p. 2 à 5, n° 1.

127. *Ibid.*, p. 4.

128. *Ibid.*, p. 5.

voyant par là à l'idée d'une conformité du droit subjectif qui en est issu, à la loi ou à la volonté, et ce dans le respect des règles applicables ¹²⁹.

Nous retrouvons donc l'idée que le droit objectif est à la source et aux limites du droit subjectif ¹³⁰. Il est également, dans la théorie de Paul Roubier à la source de ses sanctions ¹³¹.

28

Les autres concepts clés de la théorie de Paul Roubier. Une *seconde distinction* opérée d'emblée dans la catégorie des situations juridiques oppose les notions de situations objectives et de droits subjectifs, qui donneront chacun lieu à de longs développements dans le corps de la théorie.

Les situations objectives sont sources de prérogatives et de charges pour l'individu, tout comme les droits subjectifs. À la différence de ces derniers, les situations objectives sont « établies d'autorité en vue du bien commun, et non pas pour le service d'intérêts individuels » ¹³². Les charges y dépassent alors les prérogatives alors que le rapport s'inverse au niveau des droits subjectifs ¹³³ : les situations objectives ne sont pas toujours à la source d'avantages pour leurs titulaires, ces derniers ne peuvent du reste s'en désister ou y renoncer. L'auteur prend comme exemples de

129. *Ibid.*, p. 72 et 73, C.

130. Voy. entre autres : « Mais on comprend aussi que l'ordre juridique ne crée pas un nombre de droits subjectifs illimité, et qu'il veuille s'assurer que les prérogatives ainsi consenties correspondent à une utilité réelle et à un besoin économique et social. C'est pour cela que ces droits se trouvent en général définis par la loi, d'où le nom qu'on leur donne aussi de droits définis, lequel pourrait être entendu en ce sens qu'en dehors de cette définition légale, il ne pourrait en exister d'autres » (*ibid.*, p. 38) ; « Jamais surtout aucun juriste sérieux n'a prétendu que les droits subjectifs étaient au-dessus du droit objectif : les contrats entre particuliers, malgré la liberté qui est laissée à ceux-ci, ne sont valables que s'ils ne sont pas contraires à la loi ou à l'ordre public (C. civ., art. 6) » (*ibid.*, p. 82, suite de la note 1 de la page 80) ; « Au contraire, la création des situations juridiques se trouve toujours soumise à des règles juridiques supérieures. Les particuliers disposent d'une certaine autonomie, sans doute, qui leur permet de chercher le cadre qui convient le mieux à leurs désirs, mais tout cela s'organise sous la tutelle de règles plus hautes » (*ibid.*, p. 123, n° 17).

131. Voy. entre autres, : « [...] mais tout intérêt ne peut être élevé au rang de droit : il faut pour cela que la protection juridique soit acquise, c'est-à-dire que l'autorité publique lui accorde sa sanction. C'est bien sur la base de ce processus que le droit subjectif a commencé sa carrière ; nous l'avons déjà dit, c'est l'ordre juridique qui a été à la base de la création des droits, parce qu'il est intervenu aux fins d'empêcher les troubles sociaux pour conserver les situations valablement acquises [...] » (*ibid.*, p. 68) ; « Au contraire, les droits subjectifs ne s'imposent pas à autrui par la propre volonté de leurs titulaires, mais bien parce que le droit objectif leur donne cette sanction » (*ibid.*, p. 124).

132. *Ibid.*, p. 10, n° 2.

133. Aussi, *ibid.*, p. 22, n° 3.

situations objectives l'incapacité, la responsabilité, le mariage et la filiation¹³⁴.

En ce qui concerne les droits subjectifs, les prérogatives comportent plus d'avantages que de charges pour leurs titulaires. Dès lors, ces derniers les considèrent « comme des biens précieux, dont l'appropriation leur paraîtra désirable »¹³⁵. Et si la réalité n'est pas à la hauteur de leurs attentes, ils peuvent toujours les aliéner ou y renoncer. Paul Roubier prend ici comme exemple les droits de créance, les droits réels, les droits de propriété industrielle, artistique et littéraire¹³⁶.

Les actions attachées à la violation de ces deux types de situations seraient particulièrement aptes à faire comprendre la distinction. Ainsi, l'action en concurrence déloyale, appartenant à la famille des actions en responsabilité, sanctionne la violation d'une situation objective en sanctionnant un comportement fautif, c'est-à-dire la violation d'un devoir. L'action en contrefaçon sanctionne, par contre, la violation d'un droit subjectif, le droit de l'inventeur breveté, par exemple, ce qui permet une protection supérieure puisque la sanction est indépendante du comportement du contrefaisant¹³⁷.

29

Les droits subjectifs dans la théorie de Paul Roubier : une situation juridique parmi d'autres. Poussant plus loin l'analyse, Paul Roubier refuse l'abus qui, selon lui, est fait du mot « droit »¹³⁸. On confondrait alors les droits proprement dits avec de multiples autres prétentions. Car le droit objectif dispose d'autres moyens que la création de droits subjectifs, pour protéger ce qui lui paraît particulièrement précieux, notamment l'action en responsabilité civile¹³⁹. Ainsi en serait-il du prétendu droit à la vie, des libertés ou de l'honneur. Or, ces droits n'existent pas. Par contre, il s'impose « un devoir pour toutes les autres personnes de ne pas porter injustement atteinte à la vie d'autrui, et ce devoir est sanctionné par une action en responsabilité »¹⁴⁰ pour reprendre l'exemple du « droit » à la vie.

Les droits subjectifs sont protégés pour eux-mêmes contre toute atteinte. Ils s'opposent aux devoirs qui sont également sanctionnés par le droit, mais sous la forme d'une réaction à l'atteinte à ce devoir moins

134. *Ibid.*, p. 11 à 16.

135. *Ibid.*, p. 22, n° 3.

136. *Ibid.*, p. 23 et 24, n° 3.

137. *Ibid.*, p. 24.

138. *Ibid.*, p. 47 et s.

139. *Ibid.*, p. 49 et 50.

140. *Ibid.*, p. 50, n° 6.

complète : il n'y a pas normalement de restitution de l'objet protégé, les conditions de l'action sont différentes. Nous retrouvons sa distinction entre situations objectives et subjectives.

Comment reconnaître la situation juridique subjective ? Par deux de ses caractéristiques, répond l'auteur ¹⁴¹.

La première est que la situation juridique subjective est préétablie. Elle n'est pas une réaction juridique sur un fait ou un acte donné. Elle constitue une position prise à l'avance qui est censée assurer à son bénéficiaire les effets juridiques prévus. C'est une position régulièrement établie qui apporte une sécurité juridique pour l'avenir.

La seconde est qu'elle a pour but de créer principalement des prérogatives ou avantages. Les charges et les devoirs qui les accompagnent ne peuvent cependant entrer « en parallèle avec le profit qui doit en résulter » ¹⁴².

Ces caractéristiques lui permettent alors de définir les situations juridiques subjectives comme « des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent en principe renoncer » ¹⁴³.

Paul Roubier distingue ensuite les droits subjectifs d'autres situations juridiques subjectives. Pour y arriver, il cherche à caractériser le droit subjectif plus qu'à le définir.

30

Les caractéristiques du droit subjectif dans la théorie de Paul Roubier. D'après Paul Roubier, le droit subjectif est caractérisé par trois éléments : une prérogative, qui a valeur de bien et à laquelle le titulaire peut normalement renoncer ¹⁴⁴.

La *première caractéristique* est la prérogative. À la base du droit subjectif, on trouve un avantage, une prérogative à laquelle le bénéficiaire du droit peut prétendre.

La *seconde caractéristique* est attachée au fait que la prérogative, enclose dans certaines conditions auxquelles la loi a subordonné l'existence du droit subjectif, est constitutive d'un véritable bien dont dispose le titulaire. Il peut donc normalement l'aliéner.

141. *Ibid.*, p. 72 et 73, n° 9 C.

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*, p. 73.

144. *Ibid.*, p. 128 à 130. Voy. aussi, p. 37 et 38, p. 50.

Enfin, la *troisième caractéristique* est que cette prérogative comporte généralement la possibilité d'une renonciation. C'est ce que fera sans doute le bénéficiaire s'il considère que les charges dépassent les avantages qu'il retire de son droit.

Paul Roubier met finalement en exergue le fait que chaque fois que l'on a un droit subjectif, on a aussi une action en justice qui vient le garantir ¹⁴⁵.

Il distingue alors, sur cette base, cinq catégories principales de droits subjectifs dont les prérogatives répondent chacune aux trois éléments repris ci-dessus ¹⁴⁶ : les droits de créance ¹⁴⁷, les droits réels, les droits d'entreprise et de clientèle, les droits universels et les droits extrapatrimoniaux.

À côté des prérogatives propres aux droits subjectifs, ainsi compris, il en existe d'autres, dont la liberté et la faculté. Elle gravitent autour de la notion de *situation juridique* au sens rappelé ci-avant. Nous verrons, au moment voulu, comment il définit celles-ci au regard des caractéristiques propres aux droits subjectifs.

31

Le rapport à autrui dans la théorie de Paul Roubier. Même s'il n'apparaît pas aussi clairement que dans la théorie de Jean Dabin, le rapport à autrui est central dans la théorie du droit subjectif proposée par Paul Roubier.

On y retrouve, en effet, la notion de propriété et d'appropriation. Pour Paul Roubier — comme pour Jean Dabin —, le droit subjectif est « une prérogative appropriée à la manière d'un bien » ¹⁴⁸. « C'est mon bien » exprime cette appropriation ¹⁴⁹. L'idée d'exclusion d'autrui est au centre de la notion de droit subjectif. Le sens de l'appropriation chez Paul Roubier ne peut être compris que comme excluant le bien qui en fait l'objet du pouvoir d'autrui parce qu'il relève du seul pouvoir de disposition de son titulaire.

Ce bien approprié doit donc être respecté par autrui. Le titulaire du droit subjectif dispose donc d'une action en justice ayant cet objet. L'existence même de cette action suppose du reste, comme chez Jean Dabin,

145. *Ibid.*, p. 130. Pour plus de précisions sur ce point, voy. *infra*, n° 32.

146. *Ibid.*, p. 136 à 138.

147. L'auteur le définit comme une « prérogative en vertu de laquelle une personne (le créancier) a le droit de réclamer à une autre personne (le débiteur) certains biens ou certains services » (*ibid.*, p. 136).

148. *Ibid.*, p. 37 et 38.

149. *Ibid.*, p. 129.

l'opposabilité du droit à autrui¹⁵⁰. Pour qu'il soit possible de parler d'un droit, il ne suffit pas de faire apparaître son objet comme appréhendé comme un bien : « il faut que cette possibilité d'appréhension et d'usage soit exclusive »¹⁵¹.

Paul Roubier reconnaît une opposabilité à tous les droits subjectifs, en ce compris les droits de créance¹⁵². Tous les droits sont inviolables et font naître un devoir juridique de respect dans le chef d'autrui, quelle que soit, du reste, l'étendue de la méconnaissance du droit : « Le droit subjectif doit être respecté, quelle que puisse être la portée de l'atteinte qui lui a été faite »¹⁵³. Dénonçant, fort à propos, la confusion entre l'exigibilité du droit de créance vis-à-vis du débiteur vu à tort comme le sujet passif du droit, il admet son caractère inviolable par autrui en trouvant son expression dans la théorie de la tierce complicité¹⁵⁴ : « C'est un devoir pour le second contractant de respecter les droits du premier, lorsqu'il a connu l'existence du contrat de celui-ci »¹⁵⁵.

32

L'élément de protection juridique dans la définition du droit subjectif, second lien avec le droit objectif. Une action en justice est attachée au droit subjectif en vue de le garantir et d'en sanctionner sa violation de sorte que : « Toutes les fois où on a un droit de cette sorte, on a aussi une action en justice qui vient le garantir »¹⁵⁶.

Pour Paul Roubier, la prétention à un droit qui ne serait pas sanctionnée par une action en justice est insoutenable, sous peine de retomber dans les excès de la théorie du droit naturel : « Pour qu'on ait un droit, il faut qu'on ait une action en justice »¹⁵⁷. Véritable bien approprié, le droit

150. Voy. par exemple, *ibid.*, p. 247 et s, n^{os} 30 à 32.

151. *Ibid.*, p. 249, B, n^o 30.

152. *Ibid.*, p. 258, n^o 31.

153. *Ibid.*, p. 303.

154. *Ibid.*, p. 253, n^o 30 : « Ainsi, il n'est pas douteux que, toutes les fois tout au moins qu'il y avait connaissance par un tiers du lien contractuel enchaînant le débiteur, la responsabilité de ce tiers pourrait être engagée du fait de la rupture de ce lien contractuel, comme complice de cette rupture. C'est donc dire que le droit de créance existant entre deux personnes ne peut être violé par un tiers, de concert avec le débiteur ; ainsi l'inviolabilité — tout au moins dans certaines limites — du droit de créance apparaît, et le respect passif du droit ne peut être considéré *a priori* comme exclu, sous prétexte qu'il n'existe qu'un droit de créance. »

155. *Ibid.*, p. 269.

156. *Ibid.*, p. 130. Aussi : « Il est inexact que l'admission d'une action en justice soit une condition suffisante pour qu'on conclue à l'existence d'un droit. Mais du moins est-il vrai que, si ce n'est pas une condition suffisante, c'est tout au moins une condition nécessaire » (p. 54, n^o 7).

157. *Ibid.*, p. 54, n^o 7.

subjectif est une prérogative juridique particulièrement forte. Non seulement le titulaire est assuré d'un pouvoir de disposition et de transmission de son droit, mais il jouit aussi « *ipso facto*, d'une action en justice pour le faire respecter »¹⁵⁸. Si la loi n'a admis qu'un nombre limité de droits subjectifs et a strictement conditionné leur naissance, elle admet qu'une fois né, le droit bénéficie de la garantie de l'ordre juridique et que son titulaire puisse se reposer sur les juges¹⁵⁹.

C'est d'évidence le droit objectif qui concède cette action en justice, mais les titulaires de droits subjectifs ne sont pas les seuls à voir leur situation garantie par une telle action¹⁶⁰. Le propre du droit est que l'action en justice est reconnue du fait même que l'on a un droit et dans la mesure où on a ce droit¹⁶¹. Le résultat de cette action est de tendre avant tout à restituer au titulaire la jouissance et la disposition entière de son droit et, si cela s'avère impossible, une indemnisation limitée au préjudice souffert : c'est le régime de la réparation¹⁶².

Pour Paul Roubier, les autres actions en justice viennent sanctionner, non plus un droit antérieur, mais un devoir du défendeur. Ainsi, tel serait le cas de l'action en responsabilité extracontractuelle qui sanctionne le devoir de ne pas causer un dommage injuste à autrui¹⁶³. Contrairement aux actions attachées aux droits subjectifs, il faudra rechercher quelles sont les personnes pouvant agir : seul le porteur d'un intérêt légitime pourra s'en prévaloir¹⁶⁴. Pour le droit subjectif, l'action appartenant à son titulaire, cette question ne se pose pas. Le seul problème qui surgit sera celui de l'existence du droit et de sa violation. Au contraire, pour les autres actions, il faudra vérifier si les autres conditions d'action, parfois fort nombreuses, sont remplies¹⁶⁵.

158. *Ibid.*, p. 281 et 282, n° 34. Aussi, p. 289 : « [...] dans le cas où il existe un droit subjectif, ce droit comporte tout naturellement, par son nom même, la possibilité d'agir en justice pour sa sanction » et p. 297 et s.

159. *Ibid.*, p. 300.

160. *Ibid.*, p. 130.

161. *Ibid.*, p. 131.

162. *Ibid.*, p. 307.

163. *Ibid.*, p. 130. Aussi, p. 55 et s., n° 7.

164. *Ibid.*, p. 131. Aussi, p. 58 à 60.

165. *Ibid.*

Nous retrouvons en effet les deux éléments des théories primaires : pouvoir de volonté et intérêt sont chez lui inhérents au droit subjectif. Chez Paul Roubier, pouvoir et intérêt semblent même s'identifier. N'a-t-on pas vu en effet que la prérogative s'identifie chez lui à un avantage recherché ?

Mais, nous le verrons, Paul Roubier peut également sans conteste entrer dans le classement des théories du pouvoir en ce sens que la prérogative de disposer est au centre de sa théorie.

34

Critiques portées à la théorie de Paul Roubier. Quelles que soient l'ampleur et l'extrême finesse des thèses de Paul Roubier, celles-ci ont donné lieu à différentes critiques, dont les principales ont été énoncées par Jean Dabin ¹⁶⁶.

Pour les uns, les caractères des droits subjectifs, relevés par Paul Roubier, permettraient leur reconnaissance, mais ne suffiraient pas à dégager leur structure intrinsèque ¹⁶⁷. Les droits subjectifs sont des avantages prévus par la loi et susceptibles de renonciation, mais quel est cet avantage, quels en sont les éléments et la structure ? ¹⁶⁸

Dans le même sens, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux se demandent si les caractéristiques des droits subjectifs mises en avant par Paul Roubier s'attachent bien à l'essentiel ¹⁶⁹. Rejoignant sur ce point Jean Dabin, ils relèvent que la distinction des prérogatives est basée sur des différences respectives d'objet. Or, les caractères retenus de l'objet des droits subjectifs ne s'imposeraient pas d'évidence. Il s'agirait de limites convenues sans qu'elles ne soient proprement démontrées.

Ibrahim Najjar, quant à lui, critique la méthode de Paul Roubier : on ne distinguerait pas les droits subjectifs sur lesquels ce dernier aurait trouvé la base de départ de son raisonnement. La méthode de Paul Roubier est « aprioristique » et la définition du droit subjectif n'a pas été suffisamment confrontée aux divers cas des droits subjectifs ¹⁷⁰.

166. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, op. cit. où l'auteur, sur plus de septante pages, passe en revue la théorie de Paul Roubier afin de lui répondre, la plupart du temps, par une argumentation tirée de l'affirmation de sa propre théorie. De cette façon, les deux auteurs ne pouvaient parvenir réellement à dialoguer, mais seulement à se contredire par opposition de leur théorie respective, ce qui enlève parfois de l'intérêt à ces critiques réciproques.

167. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., p. 89, n° 89.

168. *Ibid.*, p. 89-90, n° 89.

169. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., op. cit., p. 146, n° 194.

170. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., p. 90, n° 89.

Ghestin et Goubeaux, rejoignant quelque peu la critique de Najjar, considèrent que Paul Roubier a construit une théorie contredisant la réalité¹⁷¹. Ils reprochent ainsi à la définition d'exclure de son champ la catégorie des droits de la personnalité alors que ceux-ci seraient, d'après ces auteurs, dans la réalité juridique actuelle incontestablement des droits subjectifs.¹⁷²

François Ost se demande s'il est opportun de distinguer situations subjectives ou droits et les situations objectives sur la base de la prédominance des avantages ou des devoirs ou charges dès lors que les deux catégories sont enchevêtrées dans un complexe de droits et devoirs¹⁷³.

Du reste, dit Jean Dabin, les devoirs ne sont jamais que des devoirs subjectifs corrélatifs à des droits subjectifs. Le devoir ne serait donc rien d'autre que la règle du respect d'un certain droit d'autrui¹⁷⁴. L'action en responsabilité sanctionne un dommage injustement causé donnant lieu à un droit à réparation, par exemple l'atteinte au bien d'autrui, c'est-à-dire au droit de propriété de ce bien « en vertu duquel le propriétaire a le droit d'empêcher tout tiers d'exercer une action matérielle quelconque sur le bien qui lui appartient »¹⁷⁵. Du reste, pour Jean Dabin, le dommage affecte toujours un bien sur lequel la victime peut invoquer un droit. Par cette fusion entre le dommage et l'atteinte à un droit¹⁷⁶, il rejette la distinction entre l'atteinte à un droit et l'atteinte à un devoir, chère à Paul Roubier. Le problème, c'est que la base de l'argumentation de Jean Dabin est ici tout aussi critiquable : nous verrons que les notions d'atteinte aux droits subjectifs et de dommage ne se confondent pas¹⁷⁷.

Jean Dabin rejette également les distinctions proposées par Paul Roubier entre les notions de droit subjectif, de liberté civile, de faculté et de fonction¹⁷⁸. Nous reviendrons sur ces oppositions entre les deux auteurs

171. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 146, n° 194.

172. Dans le même sens, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, p. 453, n° 6.

173. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 32.

174. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 16.

175. *Ibid.*, p. 18.

176. *Ibid.*, p. 20 à 22.

177. Cf. *infra*, n°s 232 et s.

178. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 31 et s.

dans le chapitre consacré à la distinction entre droits subjectifs et libertés civiles ¹⁷⁹.

35

Apports de la théorie de Paul Roubier. L'apport principal de Paul Roubier se situe sans conteste dans son souci de distinguer les diverses prérogatives juridiques. Il cherche ainsi à ramener le droit subjectif à sa juste place afin d'éviter son éclatement et, finalement, son absence d'utilité dès lors que la notion qualifierait simplement toute prérogative juridique.

Dans des termes sans doute moins tranchés, Paul Roubier indique également la place d'autrui dans la théorie du droit subjectif. Elle est à la fois au centre de la notion — par la caractéristique du bien approprié — et à ses limites — par ses réflexions sur l'opposabilité et la distinction entre l'action en responsabilité et l'action sanctionnant la violation des droits subjectifs. Les travaux de Paul Roubier se révéleront ainsi une base de réflexion extrêmement riche pour nos tentatives de distinctions entre les concepts de droit subjectif, libertés civiles et intérêts légitimes.

S'il est vrai que Paul Roubier use de concepts spécifiques — par exemple les notions de situations juridiques et objectives —, n'ayant pas vraiment été reçus en droit positif, ils constituent indéniablement des pistes à suivre au travers de l'utilisation d'autres concepts, tel celui de l'intérêt légitime que nous étudierons ultérieurement.

Une relecture de Paul Roubier à la suite de Jean Dabin nous permet également d'affirmer qu'en réalité, peu de choses séparent fondamentalement les deux éminents auteurs. Tous deux expliquent le droit subjectif par la notion d'appropriation. La différence, qui explique ensuite toutes leurs oppositions, se situe dans la portée qu'ils confèrent à cette notion. Extrêmement large chez Jean Dabin, qui reconnaît celle-ci dans la quasi-totalité des rapports entre le titulaire et les multiples objets des droits qu'il considère comme « appropriables ». Réduite chez Paul Roubier, qui en conditionne l'existence par l'exigence de pouvoirs de disposition, d'aliénation et de renonciation ¹⁸⁰.

Les deux auteurs se rapprochent également de façon étonnante dès lors qu'ils analysent le rapport à autrui induit du concept étudié. Tous deux affirment l'inviolabilité de tout droit subjectif et leur opposabilité. Ils se séparent pourtant dès lors qu'il s'agit de comprendre les conséquences de ces deux caractéristiques, par exemple en termes de responsabilité dans le chef de la personne qui viole le droit subjectif d'autrui.

179. Cf. *infra*, n° 67.

180. Dans le même sens, J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 160 et 161.

Section 3

Conclusion du chapitre second

36. Une face interne du droit subjectif définitivement assise ? – 37. La découverte de la face externe du droit subjectif – 38. Des théories qui commencent à distinguer les prérogatives entre elles – 39. Des caractéristiques communes du droit subjectif qui se précisent

36 **Une face interne du droit subjectif définitivement assise ?** Les théories mixtes semblent — et le double exemple des théories de Jean Dabin et Paul Roubier le démontre — avoir fixé le contenu de la face interne du droit subjectif. Il n'est plus aucune théorie du droit subjectif un peu approfondie qui ne relate l'existence de trois éléments touchant à la structure ou à l'essence du droit subjectif : le pouvoir ou la prérogative, la volonté et l'intérêt.

En vérité, la doctrine semble quelque peu s'être figée sur ces trois éléments. Elle imagine toutes les combinaisons possibles pour les lier — ou les délier si on pense à l'élément de volonté qui perd de plus en plus d'importance au profit de l'élément de pouvoir — sans réellement faire de progrès décisif dans cette voie de recherche. Sur ce point, Paul Roubier et Jean Dabin n'innovent pas réellement malgré les spécificités du vocabulaire employé. Ils « jouent » avec les mêmes éléments (nous avons déjà souligné leurs divergences ci-avant).

Nous devons également souligner à quel point la doctrine du droit subjectif est théorique : elle paraît détachée du droit positif et de la manière dont le droit subjectif y prend réellement sa place. Les auteurs arrêtent les éléments constitutifs des droits subjectif *in abstracto* — dans l'ordre et selon l'importance qui leur convient — et ensuite s'efforcent de les appliquer aux prérogatives rencontrées en droit positif.

Les possibilités d'évolution de la réflexion au départ de la face interne du droit apparaissent limitées. Le seul élément donnant encore prise à un approfondissement est l'élément de pouvoir. Il n'est donc pas étonnant de voir Jean Dabin et Paul Roubier se différencier, précisément, sur la portée du pouvoir propre au droit subjectif et de voir ensuite la doctrine tenter de la préciser de plus en plus.

37 **La découverte de la face externe du droit subjectif.** À côté d'une recherche sur la face interne du droit apparaît une réflexion sur l'élément d'altérité

dans le droit subjectif. C'est la face externe du droit qui commence à retenir l'attention de la doctrine.

Nous pressentons déjà toute la richesse du nouveau versant de la réflexion en la matière. En effet, quel sens donner à des concepts théoriques et abstraits, si ce n'est une utilité dans le droit positif ? Or, il nous paraît de plus en plus évident que si on veut donner une efficacité et une utilité au concept de droit subjectif, c'est à travers les effets juridiques qu'il convient de lui reconnaître. Mais ces effets n'ont de sens qu'à l'égard de ceux qui ne disposent pas d'un même droit subjectif. Sans cela, rien ne distinguerait le titulaire du droit subjectif des autres personnes et nous, nous n'aurions plus qu'à constater l'absence de tout intérêt à rechercher la structure ou la définition du droit subjectif.

Chez Paul Roubier comme chez Jean Dabin, cet effet externe est approché par deux biais : l'opposabilité ou l'inviolabilité du droit et l'action en justice qui y est attachée. Dès lors s'ouvrent de nouveaux champs d'investigation. Quel est exactement l'effet de l'opposabilité du droit subjectif ? Tous les droits jouissent-ils de la même opposabilité ? Quel est le lien exact existant ou devant exister entre l'opposabilité et l'action en justice ? En quoi l'action en justice liée au droit subjectif est-elle spécifique ? En quoi se distingue-t-elle de l'action en responsabilité ? Autant de questions auxquelles il paraît nécessaire d'apporter des réponses.

Cette évolution amènera certains auteurs, et non des moindres, à insérer cet effet dans la définition proposée de sorte que le rapport à autrui sera considéré comme participant à l'essence de la qualification ¹⁸¹.

38

Des théories qui commencent à distinguer les prérogatives entre elles. Il n'est pas étonnant de relever une autre évolution intrinsèquement liée à la précédente : de plus en plus, les auteurs tenteront de distinguer les droits subjectifs d'autres prérogatives ou concepts. Deux voies étaient possibles pour atteindre ce résultat : partir soit de la face interne du droit, soit de sa face externe.

Nous verrons, dans le titre suivant, combien les auteurs se sont attachés à partir de la face interne du droit et de ses trois éléments structurants pour distinguer les droits subjectifs d'autres prérogatives, comme les libertés civiles. Ainsi, le caractère déterminé ou non des prérogatives ou la nature de la règle de droit objectif qui sous-tend le droit subjectif donneront lieu à la proposition de critères de distinction.

181. Cf. *infra*, n^{os} 47 et s.

Mais la face externe offre de nouveaux critères pour affiner les distinctions entrevues par la première approche. Si les prérogatives visées sont distinctes, il est en effet à prévoir que leurs effets juridiques vis-à-vis des tiers, notamment en termes d'opposabilité et de responsabilité, sont distincts.

39

Des caractéristiques communes du droit subjectif qui se précisent. Comme nous l'avons déjà dit ci-avant, les caractéristiques communément admises des droits subjectifs commencent à se préciser au sein des théories mixtes du droit subjectif.

Dans les deux théories principales étudiées, cinq éléments communs font leur apparition et sont présentés comme faisant partie de l'essence ou des caractéristiques du concept de droit subjectif : le lien intrinsèque avec le droit objectif ; l'existence d'un pouvoir ou d'une prérogative spécifique interne reconnu au titulaire du droit subjectif au regard de ce qui forme l'objet de son droit (un bien, une prestation, une valeur, etc.) ; le lien avec un intérêt recherché par le titulaire du droit, qui forme en quelque sorte le but de ce droit ; un effet d'irradiation vis-à-vis des tiers ; l'existence d'une action en justice qui permet de défendre la prérogative interne du droit.

Voyons maintenant comment les théories du droit subjectif ont évolué.

Chapitre 3

Les théories du pouvoir

40. L'émergence des théories du « pouvoir » – 41. L'ambiguïté de la notion de pouvoir – 42. L'opposition entre le pouvoir d'agir en général et la prérogative spécifique

40

L'émergence des théories du « pouvoir ». L'élément de pouvoir s'est progressivement distingué de ceux, traditionnels, d'intérêt et de volonté pour devenir prédominant dans la plupart des définitions mixtes retenues dans la seconde moitié du ^{xx}e siècle¹⁸². Nous avons retrouvé ce pouvoir dans les deux théories les plus fameuses de cette période : les théories de Jean Dabin et de Paul Roubier.

Par facilité et parce que cette évolution présente une grande importance dans tous les développements de ce travail, nous appellerons ces théories « théories du pouvoir ».

Il y a lieu, selon nous, de distinguer *a priori* les théories de la volonté et du pouvoir, même si certains auteurs paraissent assimiler intégralement les deux éléments¹⁸³. Nous verrons que les théories du pouvoir se nourrissent, entre autres, de réflexions remettant en question l'élément de volonté dans la définition du droit subjectif. Le pouvoir dont il est question ici ne peut ni remplacer ni s'identifier à l'élément de volonté. Raymond Saleilles, par exemple, distingue soigneusement ces deux éléments¹⁸⁴. D'autres iront du reste jusqu'à gommer l'élément de volonté de leur définition pour ne retenir que le pouvoir et l'intérêt¹⁸⁵.

La confusion naît vraisemblablement de l'expression « pouvoir de volonté » pour désigner l'élément de volonté¹⁸⁶. Le glissement du concept de « pouvoir de volonté » vers celui de « pouvoir » était, dès lors, prévisi-

182. Pour une constatation identique, voy. par exemple, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 450, n° 5.

183. Voy. par exemple, X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 61 et s., spéc. n°s 88 et 91 et s., qui regroupe indifféremment les théories du pouvoir et de la volonté en partant de la définition de K. von Savigny ; E. GULDIX, *De persoonlijheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband* (multig.), Thèse de doctorat, V.U.B., 1986, p. 55 et s., spéc. n°s 117 à 119 ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 23 et s.

184. Cf. *infra*, n° 43

185. Cf. par exemple, Roger Bonnard, *infra*, n° 49.

186. Voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 56 et s. ainsi que Xavier Dijon (*supra*, note 183).

ble. La volonté est cependant le moteur du pouvoir qui permet son exercice, mais elle ne s'identifie pas avec celui-ci.

K. von Savigny, chef de file des théories de la volonté, désignait, il est vrai, le droit par un pouvoir de l'individu. Il n'identifiait cependant pas celui-ci à la volonté qui ne fait que régner en maître dans les limites qui lui sont assignées par ce pouvoir, lui-même déterminé par le droit objectif dans lequel il prend sa source¹⁸⁷. Pouvoir et volonté ne s'assimilent donc pas. Quand à la *Willensmacht* de Windscheid, même si l'on comprend sa traduction en pouvoir de volonté, elle désignait la faculté de faire ou non usage de la prérogative reconnue par le droit objectif¹⁸⁸. Dans la théorie de la volonté, « pouvoir de volonté » et pouvoir formant le contenu du droit nous semblent donc déjà distingués assez nettement.

Quand nous parlerons de pouvoir, ci-après, nous n'assimilerons pas ces deux concepts. Pouvoir et volonté resteront distincts.

41

L'ambiguïté de la notion de pouvoir. Si la notion de pouvoir évoque irrésistiblement les constructions doctrinales relatives au droit subjectif, le droit positif, lui, associe l'idée de fonction, au cœur des théories de la représentation. À tel point que d'aucuns, dans un souci de précision, mais surtout pour des raisons de fond, plaident pour une dissociation des concepts de pouvoir et de droit subjectif. Préférant la notion générique de prérogative juridique, Emmanuel Gaillard distingue au sein de celles-ci, les prérogatives accordées à leurs titulaires dans leur intérêt propre — dénommées droits subjectifs — de celles qui ne leur sont attribuées que dans un intérêt déterminé, au moins partiellement distinct de leur intérêt propre — dénommées pouvoirs¹⁸⁹.

La représentation ne fait pas l'objet de la présente étude. En outre, l'emploi des termes de « pouvoir » ou de « prérogatives » est profondément ancré dans l'usage des théoriciens du droit subjectif. Enfin, l'ambiguïté relevée par Emmanuel Gaillard n'a pas de conséquence sur l'objet de notre étude. Nous préférons, dès lors, assumer pleinement ce vocabulaire sans modifier une terminologie peut-être ambiguë, mais entrée solidement dans les usages.

42

L'opposition entre le pouvoir d'agir en général et la prérogative spécifique.

Une analyse des théories du pouvoir nous permet de les classer en deux types correspondant assez bien à leur évolution chronologique.

187. Cf. *supra*, n^{os} 4 et 5.

188. Cf. *supra*, n^o 4.

189. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, spéc. p. à 9 et p. 22 à 53 ; dans le même sens, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 19.

Les premières — centrées sur le pouvoir d'agir ou la prérogative générale — se contentent de mettre en avant l'existence et la reconnaissance d'une prérogative très générale dans le chef du titulaire d'un droit subjectif comme caractéristique essentielle du concept. Le pouvoir dont il s'agit n'est pas directement tourné vers autrui. Mais autrui réapparaît dans des caractéristiques secondaires de ce pouvoir (section 1^{re}).

Les secondes — centrées sur le pouvoir d'exiger ou la prérogative spécifique — cherchent à approfondir la relation à autrui qui découle de ce pouvoir et la mettent véritablement au centre de celui-ci. Le pouvoir d'exiger quelque chose d'autrui est ainsi mis en relief comme faisant partie de la structure interne même du droit subjectif (section 2^e).

Cette ultime avancée des théories du droit subjectif cache mal des limites nébuleuses qu'il convient de discerner pour progresser dans l'analyse.

Section 1

Le droit subjectif comme pouvoir d'agir ou prérogative générale

43. La prise d'autonomie du pouvoir dans la définition du droit subjectif dans la théorie de Saleilles. – 44. Le succès des théories du pouvoir d'agir – 45. Autrui dans les théories du pouvoir d'agir – 46. Les limites des théories du pouvoir d'agir

43

La prise d'autonomie du pouvoir dans la définition du droit subjectif dans la théorie de Saleilles. Raymond Saleilles est sans doute le premier auteur à trouver l'essence du droit subjectif dans la notion de pouvoir¹⁹⁰, en tentant de le distinguer des éléments traditionnels de volonté et d'intérêt.

Pour lui, le droit subjectif « est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome »¹⁹¹. Sa définition s'écarte quelque peu des théories traditionnelles voyant dans l'intérêt et/ou la volonté, les éléments premiers des droits subjectifs. Pour Raymond Saleilles, l'intérêt n'est qu'un but, un objet et la volonté, le moyen d'exer-

190. Voy. aussi, Raoul Brugges, qui, à la même époque — nous sommes au tout début du xx^e siècle — voit dans le rapport juridique l'élément essentiel du droit et qui sur cette base, encore peu claire, il est vrai, met en avant l'obligation corrélatrice entraînée par ce rapport juridique vis-à-vis des tiers (R. BRUGES, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, spéc. p. 298 et 299).

191. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, op. cit., p. 543.

cice du pouvoir¹⁹². Un troisième élément, apparaissant d'emblée comme le principal, fait son entrée dans la définition du droit subjectif : les pouvoirs.

Ces derniers seraient caractérisés par le fait qu'ils sont « laissés à l'autonomie individuelle de ceux à qui ils appartiennent »¹⁹³. Le droit subjectif renvoie à des moyens de protection laissés à la fois à l'initiative et à l'autonomie des intéressés : « À eux d'en user comme ils l'entendront, au mieux de leurs intérêts ; et c'est en cela qu'il s'agit de droits existant à titre particulier »¹⁹⁴. Cela permet de les distinguer des moyens de protection ressortissant au droit public qui laissent soit l'initiative, soit la mise en œuvre des moyens de protection « non pas au bénéficiaire et à celui dont l'intérêt est en cause, mais à la communauté elle-même, représentée par les pouvoirs publics »¹⁹⁵. L'abus de droit apparaît alors déjà comme le correctif indispensable de cette large autonomie individuelle reconnue au travers du droit subjectif¹⁹⁶.

Raymond Saleilles identifie donc le droit subjectif à un pouvoir reconnu à l'individu sans autre précision, de sorte que tout pouvoir juridique reconnu à l'individu paraît devoir être qualifié de droit subjectif, dès lors qu'il est exercé de façon autonome, sans intervention de l'État.

44

Le succès des théories du pouvoir d'agir. Nombreux sont les auteurs qui, par la suite, ont repris la notion de pouvoir dans leur définition du droit subjectif. Jean Dabin et Paul Roubier, dont les définitions ont sans doute eu le retentissement le plus important dans la doctrine juridique belge et française du xx^e siècle, mettaient aussi la notion de pouvoir au centre de leurs définitions.

Qu'est-ce que la maîtrise, chère à Jean Dabin, si ce n'est le pouvoir de libre disposition exercé sur la chose¹⁹⁷. Ce pouvoir est bien celui d'agir le plus étendu puisqu'il trouve son modèle et son application dans le lien d'appartenance reliant le sujet à l'objet du droit.

192. L'auteur refuse également, comme certains l'avaient fait avant lui, d'identifier pouvoir et volonté : « Mais dire du droit que c'est un pouvoir, même s'il s'agit, comme c'est forcé, d'un pouvoir impliquant la mise en œuvre de la volonté, ne revient pas à dire que l'on identifie le droit avec la volonté. Car un pouvoir peut appartenir à quelqu'un, sans qu'il l'exerce par lui-même. [...] Il y a toujours une volonté mise au service du pouvoir constitutif du droit, mais la volonté est séparée de la personne du titulaire lui-même » (*ibid.*, p. 542).

193. *Ibid.*, p. 544 ; comp. avec R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, trad. fr. de O. de Meulenaere, *op. cit.*, p. 340.

194. *Ibid.*, p. 537.

195. *Ibid.*

196. *Ibid.*, p. 542.

197. Cf. *supra*, n° 19.

Paul Roubier, quant à lui, reconnaît comme caractéristique principale du droit subjectif, la prérogative concédée par le droit objectif. Cette prérogative entraîne la disposition du bien sur lequel porte le droit¹⁹⁸. Nous retrouvons aussi un large pouvoir d'agir en propre sur le bien, objet du droit, bridé cependant par l'existence nécessaire de caractéristiques posées *a priori* par l'auteur : les pouvoirs d'aliénation et de renonciation.

Cette conception est partagée par des auteurs comme Jean Carbonnier¹⁹⁹, Ludo Cornelis²⁰⁰, Gérard Cornu²⁰¹, Henri De Page²⁰², André Gervais²⁰³, Octavian Ionescu²⁰⁴, Pierre Kayser²⁰⁵, Sabien Lust²⁰⁶, Lucien

198. Cf. *supra*, n^{os} 30 et 31.

199. J. CARBONNIER, *Droit civil — Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 271, n^o 161 : « Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité, dont ils vont jouir sous la protection de l'État : ce sont les droits individuels, les *droits subjectifs* (les droits de la personne, que l'on appelle justement sujet de droit) » (souligné par l'auteur) ; p. 275, n^o 163 : « Le droit subjectif est un pouvoir, mais un pouvoir garanti par l'État, parce qu'il est conforme au droit subjectif. ».

200. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samson, 1991, p. 149 : « Les droits subjectifs expriment l'intérêt individuel et concret que les sujets de droit peuvent tirer de l'application de règles juridiques générales et abstraites qui protègent les valeurs et les finalités d'une société donnée. Un pouvoir, une capacité sont en même temps attachés à cet intérêt, dont le contenu et la portée — comme c'est également le cas pour l'intérêt — sont déterminés en fonction du contenu et de la portée de la règle de droit à caractère général et abstrait sur laquelle se fonde le droit subjectif, ainsi qu'en fonction des circonstances de fait auxquelles s'est trouvé confronté le sujet de droit. » (souligné par l'auteur). Mais cet auteur, que l'on pourrait qualifier de « mixte », pourrait également — et nous l'avons fait — être rangé dans les théories du pouvoir d'exiger (cf. *infra*, n^o 53).

201. G. CORNU, *Droit civil — Introduction — Les personnes — Les biens*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, p. 25, n^o 35 : « Sous diverses nuances, on définit en général le droit subjectif comme une *prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel* » (souligné par l'auteur) ; aussi, p. 25, n^o 37 : « En soi, le droit subjectif constitue une *prérogative individuelle*. Il a un titulaire : le *sujet* de droit (d'où son nom). À ce bénéficiaire, il confère une certaine liberté, une faculté, un pouvoir, « un pouvoir d'agir » ; il lui ouvre et lui réserve « une certaine sphère d'activité ». Il lui procure la satisfaction individuelle d'un intérêt personnel (certains mettant l'accent sur la notion de pouvoir, d'autres sur celle d'intérêt. » (souligné par l'auteur).

202. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 31 : « Un droit est une prérogative reconnue et sanctionnée dans la mesure où elle est conforme à l'intérêt social, et compatible avec les droits d'égale valeur des autres hommes. ».

203. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz-Sirey, p. 242 : « Un droit apparaît comme une « prérogative », ou un ensemble de prérogatives, définies par le Droit, c'est-à-dire par l'autorité sociale, et reconnues ou attribuées par elle à une personne déterminée, le titulaire ou le sujet de ce droit, dans des cas où cette personne, son activité ou ses biens sont estimés devoir faire l'objet d'une protection sociale particulière. ».

204. O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 128, n^o 75 : « Le droit subjectif est un pouvoir d'agir d'une personne individuelle ou collective en vue de réaliser un intérêt dans les limites de la loi. » Aussi, p. 97, n^o 57.

Martin²⁰⁷, Georges Michaelides-Nouaros²⁰⁸, Gabriel Marty et Pierre Raynaud²⁰⁹, Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas²¹⁰, Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer²¹¹, Pierre Pescatore²¹², Guy Raymond²¹³, François Rigaux²¹⁴ et Walter Van Gerven²¹⁵.

205. P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, op. cit., p. 454, n° 7 : « Le droit subjectif est un pouvoir, ayant un contenu déterminé, mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome. » (souligné par l'auteur).

206. S. LUST, *Raad van State Afdeling administratie — 6. Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000, p. 13 : « Als werkdefinitie wordt dan ook voorgesteld het subjectieve recht te omschrijven als een door het (objectieve) recht beschermende aanspraak op andermans gedrag. ».

207. L. MARTIN, *Le secret de la vie privée*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 235, n° 10, où l'auteur reprend la définition précitée de Ionescu.

208. G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 235 : « Le droit subjectif est une prérogative reconnue par l'ordre juridique au profit d'un particulier, en tant que personne et membre de la société, dans le but de déployer une activité utile à lui-même et au bien commun. ».

209. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, op. cit., p. 260, n° 139, où les auteurs, parlant des théories de Saleilles et Dabin, affirment : « C'est bien dans cette direction que la solution doit être avers retenue, mais en tenant compte du fait que, par définition même, le droit subjectif est un pouvoir appartenant à un sujet de droit » ; aussi, p. 263, n° 141 : « Quoi qu'il en soit, c'est autour du sujet de droit et par rapport à lui que s'organisent les droits subjectifs, pouvoirs, qui sont destinés à la réalisation de ses fins et mis à sa disposition par le droit objectif. ».

210. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1^{er} vol., *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, p. 253, n° 155 : « Dans une définition large que nous avons retenue, le droit est toute prérogative dont une personne est titulaire en vertu du droit subjectif. ».

211. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 359, n° 946, qui, se plaçant clairement dans la ligne des thèses de Paul Roubier, affirment d'emblée que : « On appelle droits subjectifs, les prérogatives, les pouvoirs que les particuliers que possèdent à l'égard de certains biens ou à l'égard de certaines personnes. ».

212. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 239, n° 159, qui, faisant référence à Jean Dabin, énonce que le droit subjectif, « c'est la prérogative, concédée à une personne par l'ordre juridique et garantie par des voies de droit, de disposer d'une valeur qui est reconnue lui appartenir, soit comme sienne, soit comme due. ».

213. G. RAYMOND, *Droit civil*, 3^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 49, n° 68 : « Le droit subjectif est une prérogative que le droit objectif confère à chaque individu. ».

214. F. RIGAU, *Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 19, qui définit alors les droits subjectifs comme « appartenance-maîtrise » à l'instar de Jean Dabin, et qu'il énonce comme des prérogatives que le droit objectif reconnaît aux individus.

215. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 87, n° 30 : « Een subjectief recht kan men dus definiëren als een door objectieve recht aan een individu –rechtssubject genoemd — erkende of toegekende heerschappij strekkende tot de bevrediging van menselijke behoeften. ». Il est à noter que l'auteur, sous le vocable « heerschappij », semble viser la maîtrise, étant entendu que cette dernière se subdivise en « aanspraken » ou prétentions dont nous parlons ici et « bevoegdheden », pouvoir juridique propre, selon l'auteur, permettant d'agir unilatéralement sur sa propre situation juridique ou celle d'autrui (*ibid.*, p. 88 et s.).

Autrui dans les théories du pouvoir d'agir. Comme chez Jean Dabin et Paul Roubier, le rapport à autrui, bien qu'au centre des théories du pouvoir d'agir, est relégué, en règle, en dehors de la définition du droit subjectif en tant que telle. Ce rapport à autrui n'est du reste toujours pas étudié en rapport direct avec cette définition²¹⁶.

Cette relation à autrui se traduit dans les caractéristiques d'« opposabilité », d'« inviolabilité » et s'exprime la plupart du temps par la reconnaissance d'un devoir de respect du droit à l'égard d'autrui et d'une action en justice sanctionnant la violation du droit subjectif par un tiers²¹⁷.

Ce caractère d'opposabilité découle la plupart du temps du caractère exclusif du pouvoir reconnu au titulaire du droit subjectif. Elle traduit la reconnaissance de cette exclusivité en ce que le titulaire peut exiger le respect de sa prérogative par les tiers²¹⁸.

Si cette opposabilité n'est pas affirmée par tous, certains auteurs expriment au moins l'idée d'une part de pouvoir réservé — une exclusivité — reconnue au titulaire du droit qui dispose d'une action en justice sanctionnant la violation du droit par les tiers. Ainsi, selon Gérard Cornu, le pouvoir d'agir ouvre et réserve une part d'activité au titulaire du droit. Ce dernier dispose alors, dans le droit objectif, d'outils lui permettant de le sanctionner et d'en assurer le respect²¹⁹. Selon Ludo Cornelis, le pouvoir offre à son titulaire la possibilité d'obtenir d'autres sujets de droit, le respect du droit

216. Des auteurs comme Jean Carbonnier, Henri De Page ou Georges Michaelides-Nouaros ne disent mot sur le rapport à autrui lorsqu'ils en présentent la définition (cf. *supra*, n° 44).

217. Voy. par exemple, O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 223, n° 179, pour les droits de créance, mais de manière très « timide » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 484, n° 304 : « D'autre part, l'obligation de respecter les droits d'autrui n'est pas spéciale aux droits réels ; elle existe pour tous les droits, même le droit de créance [...] » ; et p. 485 et 486, n° 306 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, 1^{er} vol., *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., *op. cit.*, qui, s'ils n'affirment pas d'emblée l'opposabilité de tous les droits aux tiers, l'admettent expressément ainsi que l'obligation pour autrui de ne pas les méconnaître en ce qui concerne les droits réels et personnels ou de créance (p. 266 et 267) ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 361, n° 953, qui affirment l'opposabilité et le devoir de respect des droits réels, des droits intellectuels et extrapatrimoniaux, mais aussi des droits personnels ou de créance néanmoins dans son ouvrage relatif aux obligations (*ibid.*, *Obligations*, t. 2, *Les contrats*, 5^e éd., Paris, Litec, 1995, p. 531 et 532) ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 87 et s., qui affirme, quant à lui, l'opposabilité de tout droit et traduit l'obligation de respect des tiers par les concepts de « *rechtsplicht* » ou de « *rechtsgebondheid* » selon le type de droit subjectif considéré.

218. Voy. principalement *supra*, n°s 21 et 31, les développements de Jean Dabin et de Paul Roubier.

219. G. CORNU, *Droit civil — Introduction — Les personnes — Les biens*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 25 et 26, n°s 37 et 38.

subjectif en question, ou de manière plus générale, l'exécution de l'obligation qui leur incombe de faire, de ne pas faire ou de donner quelque chose : « Il crée dans le chef de ces autres sujets de droit une obligation juridique »²²⁰. Pierre Pescatore indique, quant à lui, que : « Tout autre sujet est tenu de respecter la maîtrise exercée par autrui sur l'objet de droit ou, selon les cas, de déférer aux exigences contenues dans le droit d'autrui »²²¹.

Si cette opposabilité est affirmée de manière explicite ou implicite, encore faut-il constater que les auteurs divergent quant à la portée de celle-ci. Faut-il y voir un pouvoir d'exiger le respect du droit par tout tiers ? Il semble que cette affirmation l'emporte chez la plupart des auteurs étudiés²²².

D'autres se contentent d'y voir un rapport d'obligation ou de devoir vis-à-vis des tiers²²³ sans que sa portée soit réellement claire²²⁴. Mais

220. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 149, n° 80.d.1. À sa suite, dans le même sens, A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht — Inhoud & Grondslagen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 153, n° 123 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 244 : « Le porteur d'intérêt devenu titulaire d'un droit subjectif sera doté des prérogatives correspondantes, la satisfaction de son droit lui sera due et l'autorité sociale prêter son concours à la réalisation de ce droit ou sanctionnera, civilement ou pénalement, les atteintes qui y seraient portées. » et p. 245 : « Dans certains cas, l'obligation est établie, comme conséquence d'une prérogative attribuée à une personne déterminée, prérogative qui doit être respectée, qui entraîne l'obligation de respect : il faut alors parler de « droit subjectif », parce que c'est le sujet qui est au premier plan, et que c'est la protection des prérogatives reconnues à ce sujet qui entraîne la création d'une obligation pour les tiers de les respecter. ».

221. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 239, n° 159.

222. Cf. les auteurs cités *supra*, note 217.

223. Mais le tiers est souvent confondu avec le débiteur.

224. Voy. par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 242 : « À chaque droit d'une personne correspond une obligation d'autres personnes envers le titulaire du droit, et, un droit existe lorsqu'est établie une obligation d'autres personnes en faveur de son titulaire. Le contenu et l'ampleur des prérogatives reconnues au titulaire d'un droit, et par là même de l'obligation qui y correspond, peuvent varier considérablement [...] mais cette diversité du contenu des droits importe peu : on est en face d'un « droit » dès qu'est reconnue une prérogative à laquelle correspond une obligation » et p. 245 : « Les droits subjectifs sont des prérogatives étendues attribuées au sujet de droit en vue de l'autosatisfaction de ses intérêts érigés en droit, ils comportent les pouvoirs d'agir, d'exiger, ou d'empêcher, ou au moins l'un d'entre eux » ; G. RAYMOND, *Droit civil*, 3^e d., *op. cit.*, p. 50, n° 69 : « La notion de droit subjectif est inséparable de celle d'obligation. Il s'agit de deux facettes d'une même réalité : ce qui est prérogative pour l'un est obligation pour l'autre [...] » ; F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 20 : « La deuxième erreur consiste, dès qu'on parle de droits subjectifs, à négliger les devoirs ou les obligations des individus. Ils sont inséparables les uns des autres et souvent d'ailleurs corrélatifs. ».

quel est alors le lien entre cette opposabilité du droit subjectif et la théorie de la responsabilité civile et, de manière générale, l'action en justice reconnue au titulaire du droit d'imposer le respect de celui-ci ? Nous verrons dans une seconde partie, consacrée à ces problématiques, que les avis des auteurs divergent sensiblement.

Des discussions existent également en ce qui concerne la portée du droit de créance, d'une part, et du droit réel ou des droits de propriétés intellectuelles, voire des droits de la personnalité pour ceux qui y voient de véritables droit subjectifs, d'autre part. Une confusion sensible apparaît ici entre l'opposabilité du droit de créance et le pouvoir qui en forme le contenu ou l'objet²²⁵. Cette confusion s'exprime le mieux, selon nous, dans la distinction entre droits absolus — principalement les droits réels — et droits relatifs — principalement les droits de créance. Cette distinction nous paraît éminemment critiquable. Elle met sur le même pied deux choses différentes qui ne peuvent s'unifier : l'opposabilité de tout droit et l'exigibilité de son pouvoir vis-à-vis de celui qui est directement obligé, le débiteur. Elle suppose en effet que le droit de créance s'identifie en un lien de droit entre deux et plusieurs personnes, alors que le droit réel aurait en face de lui une sorte de « sujet passif universel »²²⁶. Ce faisant, on compare le contenu du droit de créance — un pouvoir d'exiger quelque chose du débiteur — à l'opposabilité du droit réel — un pouvoir d'obliger au respect du droit.

Si nous admettons avec la doctrine quasi unanime que tout droit est pouvoir, encore faut-il accepter également que ce pouvoir porte sur des

225. Cf., par exemple, G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *op. cit.*, p. 224, qui attire l'attention sur les confusions entre contenu et objet du droit, d'une part, et entre objet et sujet passif du droit, d'autre part, spécialement en ce qui concerne le droit de créance.

226. En ce sens, voy. par exemple, O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 201, n° 49. Également, dans la comparaison entre les droits de la personnalité et les droits de créance, P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, p. 467, n° 22 : « À ces pouvoirs, correspondent le devoir juridique des autres personnes de ne pas divulguer la vie privée d'autrui, et celui de ne pas s'immiscer dans celle-ci. Toute personne se trouve ainsi dans une situation analogue à celle du créancier d'une obligation de ne pas faire. Il y a cependant cette différence que l'obligation de ne pas faire, consistant dans la limitation de la liberté d'autrui, ne peut exister qu'à la charge d'une ou plusieurs personnes. Le devoir juridique de ne pas divulguer la vie privée d'autrui et de ne pas s'immiscer dans celle-ci existe, au contraire, à la charge de toute personne : à l'universalité du droit, correspond celle du devoir » ; pour une critique de cette vision, voy. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 484, n° 304 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 361, n° 953. Sur les critiques de cette théorie, voy. *infra*, n° 209.

objets différents. Le droit réel s'exerce directement sur un bien, le droit de créance sur une prestation d'un ou de plusieurs débiteurs déterminés. Ces deux genres de pouvoirs s'unifient dans la définition de droit subjectif. Ils peuvent, nous le verrons aussi, s'unifier dans son caractère d'opposabilité. Cette opposabilité implique seulement que les deux types de pouvoirs doivent être respectés par les tiers. Ce qui ne veut pas dire que ces tiers deviennent débiteurs d'une obligation au sens corrélatif du droit de créance.

Certains auteurs défendant la théorie du pouvoir ont cependant déjà relevé cette confusion et d'aucuns affirment avec force l'opposabilité de tout droit, et *a fortiori*, des droits de créance aux tiers, même si — nous le verrons dans la partie consacrée à l'opposabilité des droits subjectifs — les nuances quant à la portée de l'opposabilité du droit de créance sont aujourd'hui encore nombreuses en droit positif²²⁷.

46

Les limites des théories du pouvoir d'agir. Le droit subjectif comme pouvoir d'agir pose principalement le problème de l'étendue du pouvoir ainsi reconnu aux titulaires de droits subjectifs.

À défaut de spécifier l'objet et l'étendue du pouvoir, on fait, à la limite, de toute prérogative juridique un droit subjectif. Tout pouvoir d'agir peut alors se définir comme un droit subjectif. C'est certes une possibilité à ne pas exclure. Cependant, même dans la doctrine qui peut être classée sous la théorie du pouvoir, des auteurs ont vite cherché à définir plus précisément le genre de pouvoir ainsi reconnu²²⁸. Nous pensons principalement à la maîtrise de Jean Dabin ou au pouvoir de disposition de Paul Roubier.

La tentative de définition du droit subjectif, dans les théories du pouvoir d'agir, reste cependant essentiellement une analyse de la face interne du droit. Ce faisant, les limites du raisonnement apparaissent clairement. L'évolution de la notion de droit subjectif revient à stabiliser l'appréhension de sa nature par l'acceptation, généralement partagée aujourd'hui,

227. Cf. par exemple, O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 201 et 202, où l'auteur perçoit la différence sans arriver à la systématiser (p. 202 : « Le pouvoir exercé par le titulaire d'un droit réel sur une chose implique un certain rapport avec le sujet passif universel, rapport qui diffère de celui qu'on trouve dans le droit personnel ») ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 485 et 486, n° 306 et les auteurs cités comme ayant dépassé l'ambiguïté lors de l'évolution de la controverse sur la distinction entre les droits réels et personnels (cf. *infra*, n°s 209 et s.).

228. Comp. Ch. EISENMANN, « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *op. cit.*, p. 772 : « Le droit subjectif doit être une espèce du genre « pouvoirs d'agir » ou « prérogatives » de source et de nature juridique. ».

de l'existence d'un pouvoir mis au service d'un intérêt. Mais tenter d'unifier à tout prix une définition du contenu de ce pouvoir qui soit propre à tout droit subjectif semble mener à une impasse. Pourquoi alors ne pas avoir tenté l'exercice par une délimitation des genres d'intérêts poursuivis ? Sans doute parce que cette approche est apparue *a priori* comme illusoire, vu le nombre illimité d'intérêts différents qui peuvent être à la base de la reconnaissance du droit subjectif. Mais, précisément, le contenu même du pouvoir reconnu au titulaire du droit subjectif ne pourrait-il lui-même être divers et, de ce fait, être rétif à toute unification par sa description ? Pourquoi arrêter ce pouvoir d'agir à la disposition, comme Jean Dabin, ou à la renonciation, comme Paul Roubier ?

En effet, sur quel critère objectif, posé *a priori*, pourrait-on délimiter l'étendue du pouvoir exercé par le titulaire du droit subjectif sur son objet ? Nous rejoignons ici certaines critiques opposées tant à Jean Dabin qu'à Paul Roubier, taxés d'avoir arrêté *a priori*, chacun en ce qui le concerne, et de manière quelque peu arbitraire, une quasi-absence de limite ou, au contraire, une limite précise au pouvoir reconnu comme spécifique à tout droit subjectif. La doctrine a beau jeu de critiquer les théories ainsi proposées : elles ne correspondent pas nécessairement à la réalité du droit positif, soit qu'elles étendent presque à l'infini les prérogatives visées chez Jean Dabin, soit qu'elles les limitent, sans que l'on perçoive nettement le raisonnement qui sous-tend la fixation de la limite à telle ou telle caractéristique chez Paul Roubier. Les autres définitions proposées à leur suite dans les théories du pouvoir, quant à elles, peuvent être classées derrière l'un ou l'autre de ces auteurs en prêtant le flanc à des critiques similaires.

Il est pourtant certain que, rapidement, les tentatives d'isoler le droit subjectif d'autres pouvoirs ou prérogatives n'ont cessé de se multiplier, surtout après le travail effectué en ce sens par Paul Roubier en réaction aux opinions de Raymond Saleilles, et surtout, de Jean Dabin. C'est ce que Georges Michaelides-Nouaros révélait déjà en 1966, lorsqu'il constatait l'existence de deux mouvements contradictoires : multiplication des droits subjectifs opposée à une restriction et délimitation plus précise du droit subjectif²²⁹.

C'est ici qu'une autre évolution doit être constatée dans le développement des théories du droit subjectif. Au lieu de se focaliser sur la recherche précise du contenu de la prérogative, l'attention va, progressivement se tourner vers ses effets vis-à-vis des tiers. Apparaissent, dès lors, ce que nous nommons les théories « du pouvoir d'exiger ».

229. G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *op. cit.*, p. 222.

Section 2

Le droit subjectif comme pouvoir d'exiger ou prérogative spécifique

47. Introduction – 48. Le pouvoir d'exiger comme essence du droit subjectif dans la théorie de Roger Bonnard – 49. Le rapport entre le pouvoir d'exiger, l'intérêt et la volonté dans la théorie de Roger Bonnard – 50. Le droit subjectif comme pouvoir d'exiger dans la théorie de Ibrahim Najjar – 51. Le pouvoir d'exiger dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation des articles 144 (92 anc.) et 145 (93 anc.) de la Constitution : le contexte – 52. Le pouvoir d'exiger dans la jurisprudence de la Cour de cassation (suite) : portée – 53. Le succès des théories du pouvoir d'exiger – 54. Le pouvoir d'exiger et autrui : critique de l'ambivalence des théories du pouvoir d'exiger

47 **Introduction.** Tentant d'affiner l'analyse en caractérisant le pouvoir reconnu au titulaire de tout droit subjectif, certains auteurs se sont tournés vers les effets de ces pouvoirs à l'égard des tiers, souvent afin de distinguer le droit subjectif d'autres prérogatives reconnues à l'individu. Deux auteurs, en particulier, Roger Bonnard et Ibrahim Najjar, retiendront notre attention.

D'autres auteurs ont par la suite suivi la voie ainsi tracée²³⁰. Ce faisant, autrui entre au cœur des définitions du droit subjectif. L'introduction de la relation à autrui au fondement du droit subjectif ne va cependant pas sans poser question et ne résout pas *de facto* le difficile problème de la distinction entre droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime.

48 **Le pouvoir d'exiger comme essence du droit subjectif dans la théorie de Roger Bonnard.** Roger Bonnard ne rejette pas les théories du droit subjectif qui l'ont précédé. Pour lui, les éléments de puissance de volonté, d'intérêt et

230. Il n'a pas toujours été aisé de « classer » les auteurs entre théorie du pouvoir et théorie du pouvoir d'exiger. Tout classement *a posteriori* présente toujours quelque chose de subjectif dans le chef de celui qui l'opère. Certains auteurs, comme Ludo Cornelis, ont du reste été classés dans les deux théories. Nous avons retenu dans les théories du pouvoir d'exiger ceux qui introduisaient explicitement ou implicitement dans leur définition un rapport de devoir ou d'obligation à l'égard des tiers.

de pouvoir d'agir en justice²³¹ contiennent tous une part de vérité. Cependant, aucun de ces éléments ne peut, selon l'auteur, prétendre toucher à l'essence du droit subjectif²³².

Influencé par Kelsen et Duguit, Roger Bonnard tire de leur doctrine négationniste du droit subjectif l'idée selon laquelle le droit objectif est à la base du droit subjectif et lui donne sa force. L'intérêt devient la condition du droit et l'action en justice, sa sanction. L'essence du droit subjectif est à trouver dans le pouvoir d'exiger quelque chose de quelqu'un²³³.

Roger Bonnard définit dès lors le droit subjectif comme « pouvoir exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, une chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice ; le contenu de la chose exigible étant fixé immédiatement soit par le droit objectif, soit par un acte juridique individuel »²³⁴.

Pour l'auteur, le droit subjectif ne peut consister en un simple pouvoir d'agir ou de s'abstenir. En effet, la prérogative en question ne s'attache pas « à l'individu pris isolément du point de vue de son activité propre »²³⁵. Elle a trait à l'activité de son titulaire à l'égard des autres. Pouvant agir ou s'abstenir, ce dernier peut, à cette occasion, exiger quelque chose de quelqu'un. L'essence du droit subjectif est à trouver dans cette possibilité²³⁶.

Les droits subjectifs se distinguent également d'après ce qui peut être exigé : une action ou une abstention. L'action peut être un acte juridique ou matériel. L'acte juridique peut avoir pour objet d'imposer une charge, une obligation ou de procurer un avantage, satisfaire à un besoin. On peut exiger que ces actes soient accomplis par une personne capable ou compétente, suivant certaines formes et procédures, dans un certain but, etc.²³⁷.

231. Selon une théorie émise à la fin du xx^e siècle et dont Roger Bonnard se fait ici l'écho, le droit subjectif s'identifierait au pouvoir de mettre en mouvement l'action en justice qui l'accompagne (R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 702). Cette doctrine n'a plus cours en droit positif belge actuel (sur le lien entre le droit subjectif et l'action en justice, voy. *infra*, nos 131 et s.).

232. *Ibid.*, p. 707.

233. *Ibid.*

234. *Ibid.* Comp. avec A. Colin et H. Capitant qui, quant à eux, à la même époque, parlaient de « pouvoir de commandement » pour caractériser le droit subjectif (A. COLIN, H. CAPITANT et M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1934, p. 2, n^o 1).

235. R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 708.

236. Le droit subjectif peut, dès lors, être privé ou public selon que ce pouvoir d'exiger s'exerce entre particuliers ou entre l'État et les particuliers (*ibid.*, p. 709).

237. *Ibid.*, p. 709.

Si l'exigence est une abstention, elle se présente comme corrélative à une certaine activité du titulaire du droit pour lui permettre de l'exercer librement. Ce qui distingue ainsi le droit subjectif d'autres prérogatives, principalement la liberté, serait que le titulaire du droit subjectif peut exiger des autres que l'élément de liberté, inhérent à son droit, soit respecté et ne soit pas entravé²³⁸.

L'auteur fait une dernière distinction entre les droits subjectifs selon la source du pouvoir d'exiger, « c'est-à-dire ce qui détermine le contenu et l'objet de ce pouvoir »²³⁹. Ce qui est exigible est fixé, soit directement par le droit objectif formulé dans les lois et règlements, soit par des actes juridiques individuels accomplis en vertu de pouvoirs reconnus par le droit objectif. Une première catégorie de droits subjectifs est, sur cette base, désignée par la notion de « situations juridiques légales ou réglementaires », une seconde par la notion de « situations juridiques individuelles ».

Le pouvoir d'exiger comporte le pouvoir d'agir en justice comme sanction convenable de sa réalisation²⁴⁰. Si l'on ne donne pas satisfaction à l'exigence issue du droit du titulaire, ce dernier peut introduire une action en justice pour triompher de cette résistance. Deux pouvoirs s'exercent donc successivement : le pouvoir d'exiger, puis le pouvoir d'agir en justice lorsque le titulaire se heurte à une attitude non conforme à l'exigence.

49

Le rapport entre le pouvoir d'exiger, l'intérêt et la volonté dans la théorie de Roger Bonnard. Roger Bonnard considère que tout droit subjectif doit comporter un intérêt juridiquement protégé, même si celui-ci est étranger à l'essence du droit subjectif²⁴¹. L'intérêt en constitue cependant la condition d'existence.

Le pouvoir d'exiger n'existera que si son titulaire a un intérêt personnel à obtenir ce qu'il exige et si cet intérêt mérite d'être pris en considération et protégé. En outre, l'activité que le titulaire prétend imposer doit être instituée afin de donner satisfaction à l'intérêt protégé. En conséquence, « il n'y a pas droit subjectif à l'égard d'une activité à laquelle on n'a pas intérêt, ni lorsque, ayant intérêt à cette activité, cet intérêt n'est pas reconnu, ni enfin, lorsque l'activité exigée existe en vue de la satisfaction d'un intérêt autre que celui qui est invoqué, quoique cependant cette

238. *Ibid.*, p. 710.

239. *Ibid.*, p. 710.

240. *Ibid.*, p. 715.

241. *Ibid.*, p. 716.

activité donne, en fait dans une certaine mesure, satisfaction à l'intérêt invoqué »²⁴². L'intérêt devient donc, selon l'auteur, le motif qui légitime, à la fois condition et justification du droit subjectif²⁴³.

Si tout droit subjectif est indissociable de la notion d'intérêt, il existe toutefois des intérêts qui ne paraissent pas suffisants pour être juridiquement reconnus et protégés. Un individu peut avoir intérêt à ce qu'un certain acte soit accompli pour le satisfaire. Parce que cet intérêt ne mérite pas en lui-même d'être pris en considération ou parce qu'un intérêt plus pressant s'oppose à lui, aucun pouvoir d'exiger n'est accordé à l'individu. En conséquence, ce dernier pourra solliciter l'acte, non l'exiger.

Le droit subjectif étant par essence un pouvoir d'exiger, on pourrait être tenté de prétendre que c'est au moyen de la puissance de volonté que le titulaire du droit impose son exigence à une autre volonté²⁴⁴. Il faut bien, en effet, que l'exigence émise s'impose et se réalise d'une certaine façon.

L'auteur n'énonce cette idée que pour la mieux réfuter. Il ne peut admettre que le pouvoir d'exiger repose sur la puissance de volonté du titulaire du droit ni que ce soit en vertu de cette puissance qu'il peut être exigé ou imposé quelque chose. En outre, il rejette l'idée selon laquelle le droit subjectif comprendrait « ce phénomène psychologique d'une volonté s'imposant à une autre volonté »²⁴⁵.

C'est que la place qui serait alors reconnue à la volonté lui paraît contraire au principe de l'égalité des volontés humaines. Selon Roger Bonnard, tous les êtres humains ayant une volonté de même nature, et donc, de même force, on ne peut imaginer l'une d'entre elles s'imposer à d'autres, soit à titre originaire, soit à titre dérivé. L'objection deviendrait d'ailleurs insurmontable dans les rapports de l'individu avec l'État puisque, dans la conception traditionnelle, l'État souverain possède une volonté d'une nature et d'une force supérieures à la volonté des sujets.

Reprenant les idées de Duguit et de Kelsen, Roger Bonnard constate que, pour nier la notion même de droit subjectif, ces derniers considéraient que son essence était, et ne pouvait être, constituée que par la puissance de volonté²⁴⁶. Il admet avec eux le rejet de l'élément de volonté

242. *Ibid.*, p. 717.

243. « L'idée de droit n'exclut pas l'idée d'intérêt. Bien plus, elle la suppose, puisque le pouvoir d'exiger inclus dans le droit a pour base un certain intérêt à satisfaire, puisque c'est à raison de cet intérêt que le pouvoir d'exiger est institué » (*ibid.*, p. 717).

244. *Ibid.*, p. 719.

245. *Ibid.*, p. 720.

246. *Ibid.*, p. 721.

tout en ne niant pas l'existence du droit subjectif. En effet, sans la volonté, il reste le pouvoir d'exiger qui en constitue l'essence. Mais si la volonté n'est pas le moyen de réalisation du droit, il faut trouver ce dernier dans le droit objectif²⁴⁷.

C'est en vertu du droit objectif qu'une personne reçoit le pouvoir d'exiger et qu'une autre doit s'y plier. Il n'existe pas de volonté qui s'impose à une autre, mais c'est le droit subjectif qui intervient en vertu de son caractère impératif pour imposer une chose et permettre de l'exiger. Le titulaire du droit peut émettre l'exigence, mais c'est le droit objectif qui l'impose, pas sa propre volonté²⁴⁸.

50

Le droit subjectif comme pouvoir d'exiger dans la théorie de Ibrahim Najjar. Ibrahim Najjar, dans une thèse de doctorat consacrée au droit d'option²⁴⁹, analyse le droit subjectif près de trente-cinq ans après Roger Bonnard. Il est d'évidence séduit par ses thèses et les relit en les réactualisant, notamment à la lumière des écrits de Paul Roubier²⁵⁰.

Retenons, pour l'instant, qu'il part de la constatation que le droit subjectif suppose un rapport de droit conférant au sujet le « pouvoir d'exiger » quelque chose d'un tiers : action, abstention, activité matérielle ou juridique, et que, corrélativement, tout tiers a à sa charge un devoir « qui consiste à donner satisfaction à l'exigence émise »²⁵¹.

Pour Ibrahim Najjar, l'idée même de droit subjectif « s'attache à un individu *pris* dans un rapport de droit avec un *autre* individu. Ce n'est pas l'idée de pouvoir juridique d'un individu exerçant sa *propre* activité qui constitue l'essence du droit subjectif, *mais c'est l'individu exigeant d'un tiers une certaine prestation, action ou abstention* »²⁵².

S'expliquant sur la notion de « pouvoir d'exiger », l'auteur la rapproche de l'idée d'exigibilité. Il confère au titulaire du droit la possibilité de

247. *Ibid.*, p. 722.

248. Selon l'auteur (*ibid.*, p. 722 et s.), cette conception se heurte, cependant, à une grave difficulté. Roger Bonnard relève en effet que les droits subjectifs trouvent parfois leur source dans des actes juridiques individuels ou même dans des actes juridictionnels. Comment le droit objectif intervient-il alors ? L'auteur propose deux explications qu'il ne convient pas de préciser ici.

249. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 72 à 100.

250. Nous reviendrons plus loin sur les efforts de Ibrahim Najjar pour distinguer les droits subjectifs des libertés civiles. Cf. *infra*, n° 98.

251. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 93, n° 92.

252. *Ibid.*, p. 93, n° 93. Souligné dans le texte par l'auteur.

produire des « effets juridiques précis à l'égard du droit subjectif, et cela parce que la loi ou la règle de droit le lui permettent »²⁵³.

51

Le pouvoir d'exiger dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation des articles 144 (92 anc.) et 145 (93 anc.) de la Constitution : le contexte. Notre Cour de cassation semble bien avoir emboîté le pas aux théories civilistes du pouvoir d'exiger.

Elle a paradoxalement pris position au travers d'un débat nourri, alimenté et étudié en droit constitutionnel et en droit administratif, voire en droit judiciaire, assez éloigné des développements sur le sujet en droit civil.

Il s'agit en effet de déterminer les limites de la compétence du ressort du pouvoir judiciaire, d'une part, et du Conseil d'État, d'autre part, par application et interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution²⁵⁴.

Il découle de l'interprétation donnée aux articles 144 et 145 nouveaux de la Constitution que la qualité de droit subjectif, qu'il soit civil ou, sauf exceptions légales, politique, constitue la condition du ressort exclusif ou non des tribunaux du pouvoir judiciaire. On touche ici à un fondement du droit judiciaire privé : l'action introduite devant les juridictions du pouvoir judiciaire a pour objet la sauvegarde des droits subjectifs²⁵⁵.

253. *Ibid.*, p. 97.

254. Art. 144 de la Constitution : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux » ; art. 145 de la Constitution : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi ». Avant la révision constitutionnelle de 1994, ces dispositions faisaient l'objet des articles 92 et 93.

255. Voy. par exemple, B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202 et 203 et 208 et s. spéc. note 16 : « Certes, la Constitution ne se réfère pas expressément à la notion de « droit subjectif ». Cela se comprend : l'expression n'a fait son apparition dans le langage juridique courant qu'à dater de la fin du XIX^e siècle, vraisemblablement en vue de l'opposer à une autre notion dégagée à la même époque : celle de Droit Objectif. Cela dit, dès lors qu'en Belgique, une convention de langage veut qu'on qualifie les droits civils et politiques de droits subjectifs, il y a lieu, sauf à remettre en cause cette convention, de considérer que la notion de droit subjectif a été consacrée par la Constitution. » ; M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *R.W.*, 1987, col. 1250 ; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires — Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, Fac. de droit, 1992, p. 45, b) ; Ch. GOOSSENS, « Droits civils et politiques : constantes et variantes dans la jurisprudence ; nature du droit à réparation en cas de lésion du droit politique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1965, *R.C.J.B.*, 1969, p. 312 ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, 2^e d., t. I, Diegem, Kluwer, 1994, p. 207, n° 502 ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass.

(1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 446 ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 17 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 520 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, p. 1996, p. 71 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 304 à 307 et réf. citées ; B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, 3^e éd., Brugge, die keure, 2001, p. 16 ; A. MAST, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, p. 239, n° 266 ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 704 et s., n°s 751 et 752 ; L. MOUREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la Constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1972, p. 605 et s., spéc. p. 608 ; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 248 et 249 ; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 463, n° 3 ; conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (1^{re} ch.), *Pas.*, 1985, I, p. 908 et s., spéc. p. 917 et 918, n° 16 et p. 925, n° 22 ; conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 301 et s., spéc. n° 13 ; P. WIGNY, *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 340, n° 433 ; voy. en France, H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 196, n° 221.

La Cour de cassation rappelle de manière constante la nature de droit subjectif des droits civils et politiques. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, n° 420, p. 1222 et s. : « Attendu qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution, le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil ; Attendu que, de même, le juge statuant en référé comme en l'espèce trouve dans les articles 584 et 1039 du Code judiciaire la compétence pour prendre au provisoire à l'égard de l'auteur d'une telle lésion les mesures nécessaires à la conservation des droits subjectifs si des apparences de droit le justifient ; » ; Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 2000, *Bull.*, 2000, n° 275, p. 843 et s. ; *R.W.*, 2000-2001, p. 590, avec conclusions de l'avocat général BESSELEERS : « Que cette règle ne déroge toutefois pas à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire pour statuer sur les contestations relatives aux droits subjectifs ; Que plus spécialement la compétence attribuée au Conseil d'État d'ordonner la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative, ne limite pas la compétence du juge des référés pour statuer au provisoire à propos des droits subjectifs ; » ; Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 1996, *Arr. Cass.*, 1996, I, p. 359 et s., n° 137 : « Overwegende dat, krachtens artikel 92 (oud) van de Grondwet, geschillen over burgerlijke subjectieve rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van rechtbanken behoren ; » ; Cass. (1^{re} ch.), 26 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 79 : « Attendu que le Conseil d'État a ce pouvoir d'annulation lorsque l'acte de l'autorité administrative peut faire l'objet d'un recours objectif, par opposition au recours dont l'objet véritable et direct est de faire consacrer l'existence d'un droit subjectif, civil ou politique, ou de faire assurer le respect d'un tel droit ; Qu'il n'est pas dérogé à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire de statuer sur les contestations relatives à des droits subjectifs ; » ; Cass. (1^{re} ch.), *Pas.*, 1985, I, p. 928 et 929 : « Attendu que le juge des référés ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir exécutif lorsque, statuant au provisoire dans un cas dont il reconnaît l'urgence, il se déclare, comme en l'espèce, compétent pour, dans les limites de sa mission, prescrire à l'autorité administrative les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte portée fautivement par cette autorité à des droits subjectifs dont la sauvegarde relève des cours et tribunaux ; » ; Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 430 et s., spéc. p. 466 : « Attendu que les contestations qui ont pour objet des droits subjectifs relèvent, non de l'administration active, mais de la juridiction ; Que celles qui portent sur des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ; Que celles qui ont pour objet des droits politiques sont en principe du ressort des tribunaux, mais que le législateur peut néanmoins en déléguer à la connaissance d'autres juridictions ; ».

Il convient également de rappeler qu'en vertu de l'article 158 de la Constitution, il revient à la Cour de cassation de statuer sur les conflits d'attribution et donc, en la matière, de déterminer ce que recouvrent les notions de droits civils, politiques et, en définitive, ce qu'il convient d'entendre par la notion de droit subjectif.

L'appréhension du concept de droit subjectif, au travers des notions de droits civils et politiques, est cependant malaisée. Avant d'analyser la notion de droit subjectif finalement retenue en la matière, il convient de retracer brièvement l'évolution de la notion constitutionnelle de droit civil²⁵⁶, telle que perçue en doctrine et jurisprudence.

Après une définition métaphysique assimilant les droits civils aux droits naturels, adoptée au XIX^e siècle et restée très vivace au XX^e siècle jusque dans les années trente²⁵⁷, la Cour de cassation a opté, dans son fameux arrêt *Flandria*, pour une définition pragmatique visant par la notion de droit civil « tous les droits privés consacrés ou organisés par le Code civil et les lois qui le complètent »²⁵⁸. Cette définition, essentiellement dans sa seconde partie, a été critiquée comme étant trop restrictive dès lors que notamment, elle ne permettait pas d'inclure certaines contestations opposant les citoyens à l'État²⁵⁹. Il s'en est dès lors suivi un développement important de la notion de droit politique englobant les droits subjectifs que le citoyen pouvait faire valoir à l'égard de l'autorité publi-

256. Nous laissons ici de côté les discussions propres à la détermination des droits politiques qui n'opèrent que dans les relations entre particuliers et autorités publiques, vu la limitation de notre étude aux relations entre personnes privées.

257. Sur cette tendance, notamment défendue devant la Cour de cassation par des membres du ministère public comme les procureurs généraux Terlinden et Leclercq dans les années 1920 et 1930, voy. par exemple, C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen, 2000, p. 97, n° 186 et réf. citées ; B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 229 et réf. citées à la note 86 ainsi que la critique de cette conception p. 234 à 236 ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 447 et réf. citées.

258. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, p. 193 et s. et conclusions de l'avocat général P. LECLERCQ.

259. Pour de telles critiques, voy. par exemple, C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, *op. cit.*, p. 97 et 98, n° 187 et réf. citées ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 447 et 448 et réf. citées ; L. MOREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », *op. cit.*, p. 611, note 21.

que ainsi que des tentatives de création d'une troisième catégorie de droits subjectifs, dits « administratifs »²⁶⁰.

Mais définir ainsi les droits civils en les assimilant à des droits subjectifs, ou tenter de classer les droits subjectifs selon qu'ils sont civils, politiques, voire administratifs, implique nécessairement que l'on définisse les droits subjectifs eux-mêmes. Apparaissent dès lors en la matière certaines définitions du droit subjectif telles que présentées en théorie générale du droit civil.

La définition de R. von Ihering est restée assez vivace dans la doctrine du droit constitutionnel et judiciaire²⁶¹, malgré l'abandon massif de celle-ci par les civilistes. La définition de Jean Dabin est également souvent citée²⁶². Mais les passerelles visibles avec la doctrine de droit civil s'arrêtent pratiquement là²⁶³. Tout se passe comme si la notion de droit subjectif avait, ici, fait l'objet d'un domaine réservé à la doctrine constitutionnaliste et judiciaire.

C'est pourtant au départ de ces deux définitions civiles du droit subjectif, analysées précédemment, que notre Cour de cassation, sous

260. Sur cette évolution, voy. notamment, Ch. GOOSSENS, « Droits civils et politiques : constantes et variantes dans la jurisprudence ; nature du droit à réparation en cas de lésion du droit politique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1965, *op. cit.*, p. 313 et s. Pour des opinions favorables à la reconnaissance de droits subjectifs administratifs, voy. par exemple, P. WIGNY, *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 337 et s. ; pour une opinion défavorable, voy. par exemple, A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? — Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 170 à 175 ; Cette troisième catégorie de droit subjectif a été rejetée par la Cour de cassation (voy. Cass., 1^{re} ch., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 466).

261. Voy. par exemple, M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, p. 36 ; C. CAMBIER, *L'annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1951, col. 27 ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 207, n° 502, qui définit — nous sommes en 1994 — le droit subjectif comme « un intérêt juridiquement protégé par la loi par l'ouverture de recours juridictionnels » ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 451, qui prend soin cependant de préciser que l'intérêt doit être protégé par une action de nature juridictionnelle ; A. MAST, « Droits civils, droits politiques et intérêts administratifs », *J.T.*, 1947, 193 ; P. WIGNY, *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 337 : « N'importe quel intérêt, même légitime, même important n'est pas un droit subjectif. Pour qu'il le devienne, il faut qu'il soit protégé, [...] » et « Un droit est un intérêt juridiquement protégé. Cette protection prend la forme d'une action en justice. Celui qui ne trouve pas de prétoire où il peut se plaindre de la violation de son droit n'a en réalité aucun droit » et aussi p. 368, n° 459.

262. Voy. par exemple, M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *R.W.*, 1987, col. 1251 ; conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *AP.T.*, 1987, p. 305 et s., n° 20.

263. Voy. cependant, M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *op. cit.*, col. 1252 et 1253.

l'impulsion des notes souvent très fouillées de son ministère public, a mis en avant une conception du droit subjectif que nous rangeons dans la catégorie des théories du pouvoir d'exiger.

52

Le pouvoir d'exiger dans la jurisprudence de la Cour de cassation (suite) : portée. Ayant, nous l'avons vu, assimilé les droits civils et politiques aux droits subjectifs, la Cour énonce désormais le critère matériel suivant pour déterminer s'il s'agit d'un contentieux portant ou non sur un droit subjectif : « Les cours et tribunaux connaissent de la demande introduite par une partie, fondée sur une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre »²⁶⁴.

Ce critère est directement issu des conclusions de l'avocat général Velu précédant un arrêt conforme du 10 avril 1987 statuant toutes chambres réunies²⁶⁵. Partant du lien que la notion entretient avec la notion distincte d'intérêt, l'avocat général énonce que pour qu'un intérêt soit assorti d'un droit subjectif « il faut qu'il ait, moyennant certaines conditions, le pouvoir d'exiger un comportement déterminé de la part d'un tiers, le cas échéant par l'exercice de l'action juridictionnelle. *L'essence du droit subjectif, c'est tout d'abord le pouvoir d'exiger quelque chose d'un tiers* »²⁶⁶. Il renvoie alors aux conclusions du procureur général Krings déclarant explicitement que : « C'est l'opposabilité de l'intérêt aux tiers qui constitue le fondement du droit »²⁶⁷.

264. Cass. (1^{re} ch.), 22 décembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 720 ; pour un critère identique ou quasi identique : Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 2000, *Bull.*, 2000, n° 643, p. 1804 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 387 et s. ; *Arr. Cass.*, 1996, I, p. 359 et s. et conclusions conformes de l'avocat général DUBRULLE ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 237 et s. ; voy. aussi, Cass. (ch. réun.), 17 novembre 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 496, p. 966 et s. et conclusions conformes de l'avocat général B. JANSSENS DE BISTHOVEN, où la Cour applique le critère mis en avant par l'avocat général Velu sur conclusions conformes de l'avocat général B. JANSSENS DE BISTHOVEN qui reprend expressément la définition mise en avant par son prédécesseur.

265. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 288 et s. (cf. le texte de l'arrêt seulement in *Pas.*, 1987, I, p. 950 et s.).

266. Nous soulignons. *Ibid.*, p. 306, n° 20.

267. Conclusions du procureur général KRINGS précédant Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. cass.*, 1985-1986, p. 251, n° 8 : « Het bestaan van een belang volstaat niet. Dat belang moet juridisch beschermd zijn. Op die bescherming van het belang moet men zich immers steeds tegen iemand anders kunnen beroepen. *Het is de tegenwerpbaarheid van het belang aan derden die de grondslag van het recht uitmaakt.* Men heeft wellicht terecht doen opmerken dat Robinson Crusoe, die alleen op zijn eiland woonde, rechteloos was, zolang er niemand kwam opdagen tegen wie hij enig recht kon doen gelden. Tot dan toe behoefde hij toch geen recht. ». Nous soulignons.

Se référant encore à certains de ses prédécesseurs²⁶⁸, l'avocat général souligne que ce pouvoir d'exiger doit être garanti par l'existence d'un recours juridictionnel. Une caractéristique du droit subjectif est donc considérée comme essentielle : l'existence d'une action de nature juridictionnelle sanctionnant la violation du droit et permettant de rendre ce respect obligatoire.

Jacques Velu dégage dès lors deux conditions d'existence du droit subjectif.

La *première condition* vise l'existence d'une obligation juridique déterminée à charge d'autres personnes, le ou les sujets passifs du droit. Le comportement exigé par le sujet actif, faisant l'objet d'une obligation juridique précise, doit être imposé par l'effet du droit objectif. C'est ici une autre caractéristique essentielle du droit subjectif généralement admise qui est exprimée : l'obligation déterminée doit être prédéfinie par une norme de droit objectif²⁶⁹.

L'avocat général précise ensuite que, pour lui, on peut distinguer deux catégories de droits subjectifs : les droits subjectifs relatifs qui ont pour objet d'imposer à une ou plusieurs personnes d'accomplir une prestation déterminée à l'égard du titulaire et les droits subjectifs absolus dont l'objet est d'imposer à tous de s'abstenir d'actes portant atteinte à l'intérêt du titulaire²⁷⁰.

La *seconde condition* concerne la nature de l'intérêt dont doit pouvoir se prévaloir celui qui se prétend titulaire du droit subjectif. Il faut que ce dernier ait personnellement intérêt à obtenir l'exécution de l'obligation déterminée. L'intérêt général ne suffit donc pas à créer le droit subjectif²⁷¹.

268. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 306 ; voy. aussi conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 452 : « L'intérêt doit être protégé par une action de nature juridictionnelle, qui en assure le respect. [...] Il [le titulaire du droit] peut l'obliger par un recours à la juridiction. » ; note P.L. sous Cass. (1^{re} ch.), 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 323 : « Le droit de l'individu vivant en société est sommairement le pouvoir reconnu par la société à l'individu d'obtenir tel résultat, pouvoir garanti généralement par une sanction sociale [...]. Le droit implique que son titulaire peut obliger à telle chose celui à charge duquel le droit existe. ».

269. L'avocat général se réfère encore ici aux conclusions précitées du procureur général KRINGS (précédant Cass., 1^{re} ch., 25 octobre 1985, *Arr. cass.*, 1985-1986, p. 251, n° 8) : « Er is echter een aspect van het vraagstuk waarover eensgezindheid bestaat, nl. dat de houder van het recht zijn bekwaamheid ontleent aan de objectieve norm. ».

270. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 306.

271. Voy. sur ce point à nouveau les conclusions précitées du procureur général KRINGS précédant Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. cass.*, 1985-1986, p. 251, et s.

L'avocat général conclut en incluant la formule qui sera reprise ensuite par la Cour dans ses arrêts précités : « Ainsi, dans cette optique, le droit subjectif qui a pour essence le pouvoir d'exiger d'un tiers un certain comportement, le cas échéant par l'exercice d'un recours juridictionnel, est conditionné à tout le moins par l'existence d'une obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge du tiers, ainsi que par celle d'un intérêt propre dans le chef de celui qui exige l'exécution de cette obligation »²⁷².

Cette définition a été généralement approuvée par la doctrine de droit constitutionnel ou administratif qui suit la publication des conclusions de l'avocat général Velu²⁷³. Elle trouve un ancrage certain dans des études doctrinales antérieures²⁷⁴.

53

Le succès des théories du pouvoir d'exiger. Nombreux sont aujourd'hui les auteurs qui souscrivent à l'idée de l'identification du droit subjectif à la reconnaissance d'un pouvoir d'exiger.

Comme dans les définitions de Roger Bonnard et de Ibrahim Najjar, le rapport à autrui prend place dans la définition du droit subjectif elle-même et supprime les autres critères de pouvoir et d'intérêt. Ainsi, en France, Jean-Luc Aubert définit le droit subjectif comme « l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire consi-

272. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 307.

273. Voy. par exemple, B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 209 et s., où l'auteur constate, notamment, que l'accord de la doctrine existe sur le point de caractériser le droit subjectif par un pouvoir d'exiger ; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., *op. cit.*, p. 699, n° 744, où les auteurs reprennent la définition de Jacques Velu ; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 248 : « Une personne est titulaire d'un droit subjectif lorsque le droit objectif lui confère le pouvoir d'exiger d'un tiers un comportement déterminé. ».

274. Voy. par exemple, M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *op. cit.*, col. 1253. Il est à noter que ce dernier auteur a publié son article au début de l'année 1987 et pourrait, dès lors, avoir influencé directement l'avocat général dans sa synthèse effectuée dans les conclusions précitées ; Ch. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. dr. Lg.*, 1960, p. 154, qui parle du droit subjectif comme « un pouvoir d'exiger une prestation, reconnu à un individu pour sa satisfaction personnelle » ; Id., « Droits civils et politiques : constantes et variantes dans la jurisprudence ; nature du droit à réparation en cas de lésion du droit politique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1965, *op. cit.*, p. 327 ; L. MOUREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la Constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », *op. cit.*, p. 606 et s., où l'auteur insiste à plusieurs reprises sur le pouvoir d'exiger comme caractère propre du droit subjectif et le contenu précis de l'obligation qui en est le corollaire ; P. WIGNY, *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 370, n° 462.

déré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la vie sociale »²⁷⁵. Del Vecchio en donne, quant à lui, la définition suivante : « Dès lors, nous pouvons définir le droit subjectif, en tenant compte de ses divers éléments : la faculté attribuée à un sujet de vouloir et d'exiger, à laquelle correspond une obligation de la part d'autrui »²⁷⁶. Pour Karila de Van : « Il [le droit subjectif] est le pouvoir d'exiger d'autrui, il traduit une relation sociale inégalitaire en faveur du sujet »²⁷⁷. Nous retrouvons la même idée chez des auteurs comme Stelios Castanos²⁷⁸, Ambroise Colin et Henri Capitant²⁷⁹, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux²⁸⁰, Alain Benet²⁸¹ ou Alex Weill²⁸².

275. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 6^e éd., Paris, Armand Collin, 1995, p. 188, n° 187.

276. G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1953, p. 326.

277. J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 535.

278. S. CASTANOS, *Nouvel essai de classification du droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1958, p. 14 : « Le droit subjectif ou la situation juridique subjective est la conséquence d'un acte de droit accordant à un sujet la faculté d'accomplir des actes déterminés. [...] Le droit n'est donc rien d'autre qu'une possibilité de faire accordée par la loi à un individu. » ; aussi, p. 25 : « Tel est l'objet classique du droit : une entité placée au-delà du sujet et vers laquelle ce dernier exerce son pouvoir de prédominance dans le but de satisfaire à un de ses intérêts. » Mais l'auteur souligne directement, ce qui nous permet de le classer dans les théories du pouvoir d'exiger, que : « Or, en l'occurrence, cette première conviction c'est que tout droit est au fond, et à y regarder de plus près, un droit d'obligation. Car, si l'obligation est un rapport juridique entre deux sujets, en vertu duquel l'un d'eux, appelé « créancier », a le droit d'exiger un certain fait de l'autre, qui est appelé « débiteur », il n'y a pas de droit auquel une pareille définition ne s'appliquerait pas de manière idéale. ». Et l'auteur de l'appliquer aux droits réels. (p. 15 et 16, n° 4).

279. A. COLIN, H. CAPITANT et M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 2, n° 2 : « Le mot *droits* (avec un petit d et au pluriel) désigne les *facultés* ou *prérogatives* appartenant à un individu et dont il peut se prévaloir à l'égard de ses semblables dans l'exercice de son activité [...] On doit donc concevoir tout droit comme un *pouvoir de commandement*. Mais tout commandement chez les uns suppose l'obéissance chez les autres. » (Souligné par l'auteur.).

280. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil — Introduction générale*, *op. cit.*, p. 149, n° 198 et p. 151, n° 191. Nous analyserons plus avant les thèses de ces auteurs lorsqu'il s'agira de distinguer le droit subjectif des libertés civiles (cf. *infra*, n°s 69 et s.).

281. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles* (multig.), thèse de doctorat, Paris II, 1985, p. 113 et s. Nous analyserons plus avant l'opinion de cet auteur lorsqu'il s'agira de distinguer le droit subjectif des libertés civiles (cf. *infra*, n°s 74 et s.).

282. A. WEILL, *Droit civil — Introduction générale*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970, p. 28, n° 24 : « Les droits, d'après la conception traditionnellement admise, consistent dans les prérogatives, les pouvoirs d'agir que le Droit objectif reconnaît aux individus sur les choses ou à l'égard des autres individus (droit de créance, droit de propriété, etc.) [...] dès lors que l'existence des droits subjectifs est tenue pour hors de contestation, on constate que tout droit met son titulaire dans une situation de supériorité par rapport à celui ou à ceux de qui il est justifié à exiger quelque chose. ».

Nous la retrouvons également dans la doctrine civiliste belge chez des auteurs comme Ann Carette²⁸³, Ludo Cornelis²⁸⁴, Rogier de Corte²⁸⁵, Joseph Gillain²⁸⁶, Erna Guldix²⁸⁷ et Alain François²⁸⁸. Sans compter les

283. A. CARETTE, *Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu*, op. cit., p. 828, n° 9 : « Niettemin vindt men bij alle auteurs terug dat het objectieve recht aan de basis van de subjectieve rechten ligt en dat deze plaatsten « aanspraken » uitmaken. Naast het aanduiden van de bron van de subjectieve rechten, het objectieve recht, wijst men er dus steeds op dat subjectieve rechten een gebruiksfunctie hebben : aanspraken maken betekent immers iets van iemand eisen en vele auteurs leggen daar dan ook de nadruk op in hen omschrijving van het begrip. ».

284. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, op. cit., p. 149, n° 80, d.1 : « Ce pouvoir offre au titulaire du droit subjectif, dans le cadre des conditions mises par la règle juridique générale et abstraite à son application, la possibilité d'obtenir d'autres sujets de droit qu'ils respectent le droit subjectif en question ou, de manière plus générale, qu'ils exécutent l'obligation qui leur incombe de faire quelque chose, de ne pas faire quelque chose ou de donner quelque chose. Il crée dans le chef de ces autres sujets de droit une obligation juridique. ».

285. R. DE CORTE, *Privaatrecht — Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2000, p. 160, qui décrit le droit subjectif comme un rapport de prétention ou revendication (*aanspraak*) et/ou d'obligation : « Subjectief recht wordt omschreven als een objectiefrechtelijke aanspraak en/of verplichting, gezien vanuit de heerschappij van het individu of het rechtssubject [...] het subjectief recht bestudeert de bevoegdheid (richt) van een dergelijke regel vanuit het standpunt van titularis, het subject. ».

286. J. GILLAIN, *Introduction au droit et éléments de droit civil*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2000, p. 28, pour qui le droit subjectif « vise l'ensemble des droits et prérogatives, partant des obligations qui leur sont corrélatives et que chacun peut faire valoir à l'égard d'autrui », étant entendu que pour qu'un droit subjectif existe, deux conditions doivent être remplies : « D'une part, il faut que le droit objectif prévoie ou valide une obligation dont l'exécution est réclamée par un sujet actif à un tiers, sujet passif ; d'autre part, il faut que ladite obligation soit prescrite, non en considération de l'intérêt général, mais ne fût-ce qu'en partie, pour satisfaire des intérêts particuliers individualisés dont les titulaires ont avantage à les faire judiciairement protéger. » (p. 30).

287. E. GULDIX et A. WYLLEMAN, « De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1999, p. 1602 et 1603, n° 6 : « Het subjectief recht doet zich dan voor als een driehoeksverhouding tussen de titularis van het recht, die t.a.v. derden onderwerping kan eisen aan zijn machtsbevoegdheid met betrekking tot een goed of waarde [...] nastreeft. » Comp. E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband* (multig.), Thèse de doctorat, V.U.B., 1986, p. 61, n° 131 : « Rekening gehouden met al zijn hoger aangehaalde kenmerken, kan het subjectief recht in het privaatrecht gedefinieerd worden als de juridisch gesanctioneerde relatie tussen juridische personen, waarbij de titularis van het recht ten aanzien van één of meer derden aanspraak heeft op hun onderwerping aan zijn vrije maar specifieke machtsuitoefening m.b.t. een waarde waaromtrent hij een welbepaald belang bezit dat door de rechtsorde als essentieel herkend wordt. ».

288. A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht — Inhoud & Grondslagen*, Antwerpen, Grondingen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 153, n° 123 : « Een mogelijke definitie volgens die opvatting zou dan kunnen zijn dat het subjectief recht de macht of de mogelijkheid is van een rechtssubject om binnen de verwezenlijken toepassingsvoorwaarden van een algemene en abstract rechtsregel, van de overige rechtssubjecten te bekomen dat zij het door het rechtssubject-titularis van het subjectieve recht uit dit algemene en abstracte rechtsregels geputte belang eerbiedigen, of meer in het algemeen, dat zij iets zouden doen of iets zouden geven. ».

auteurs de droit constitutionnel ou administratif qui partagent la conception du droit subjectif exprimée par la Cour de cassation ²⁸⁹.

54

Le pouvoir d'exiger et autrui : critique de l'ambivalence des théories du pouvoir d'exiger. Avec l'émergence des théories du pouvoir d'exiger s'effectue en quelque sorte une révolution copernicienne. La nature, l'essence ou la structure du droit subjectif n'est plus à trouver en lui-même dans ses éléments constitutifs propres, indépendamment d'autrui, mais dans la relation à autrui qui est induite de sa reconnaissance. Autrui est au cœur du droit subjectif.

Ce mouvement n'est-il pas devenu un peu excessif ? Dans la recherche de la définition du droit subjectif, le rapport à autrui doit-il aller jusqu'à être identifié avec le concept du droit subjectif lui-même ? Reconnaître que le lien à autrui est au cœur du droit subjectif est une chose. Le réduire à ce lien en est une autre.

La confusion dénoncée ci-avant concernant les théories du pouvoir réapparaît ici avec plus de force. Identifiant le droit subjectif avec un pouvoir d'exiger, on tend à mettre sur le même pied le pouvoir d'exiger propre au créancier d'une obligation vis-à-vis de son débiteur et le devoir de respect des droits réels par les tiers. Il est significatif, à ce propos, de relever que dans les théories de Roger Bonnard et de Ibrahim Najjar, le destinataire du pouvoir d'exiger est désigné par le vocable de tiers et que la relation au débiteur d'une obligation contractuelle est pratiquement passée sous silence ²⁹⁰. Rappelons également la distinction de l'avocat général Velu entre le droit subjectif relatif — le droit de créance — et les droits subjectifs absolus — principalement les droits réels — définis au départ du même pouvoir d'exiger ²⁹¹.

L'ambiguïté nous apparaît, dès lors, comme patente. En empruntant au vocabulaire propre à la description de la relation juridique engendrée par des droits subjectifs personnels, le risque apparaît de confondre l'objet et le contenu du pouvoir d'agir reconnu au titulaire de tout droit subjectif avec la relation aux tiers qui en est automatiquement induite. Si un pouvoir spécifique est reconnu au titulaire du droit subjectif, son effectivité dans la sphère juridique implique qu'il puisse être protégé vis-à-vis des immixtions des tiers, qui n'ont pas reçu du droit objectif un égal pouvoir sur l'objet du droit subjectif en cause.

289. Cf. *supra*, n° 52.

290. Voy. dans le même sens, les définitions proposées par Erna Guldix (*supra*, note 287).

291. Cf. *supra*, n° 52.

Section 3

Apports et limites des théories du pouvoir

55. Pour une distinction claire entre le pouvoir interne et le pouvoir externe de tout droit subjectif – 56. Pour une recherche plus précise des limites du pouvoir d'exiger comme élément externe du droit subjectif – 57. Pour une admission de la grande variété du pouvoir d'agir comme élément interne du droit – 58. Le maintien du lien avec le droit objectif – 59. Le lien avec les éléments d'intérêt et de volonté

55

Pour une distinction claire entre le pouvoir interne et le pouvoir externe de tout droit subjectif. Des discussions relatées concernant les théories du pouvoir, la première leçon que nous retiendrons est le besoin de distinguer soigneusement dans toute recherche de définition du droit subjectif, la relation qu'il établit entre le sujet de droit et son objet constitué par un pouvoir spécifique, d'une part, et la relation qu'il implique vis-à-vis des tiers, d'autre part.

C'est en effet vers cela que tend toute l'évolution retracée ci-avant. Au commencement, la discussion est presque uniquement tournée sur la relation entre le sujet et son objet. C'est ensuite la lente affirmation de l'existence d'un pouvoir spécifique mis en œuvre par une volonté en vue de la satisfaction d'intérêts. Une évolution subséquente apparaît alors, marquée par les efforts de Jean Dabin et de Paul Roubier qui mettent tous deux en avant la relation à autrui dans le giron descriptif de la notion de droit subjectif. Une fois l'importance de l'élément d'altérité compris par la doctrine, c'est enfin la recherche de la place exacte qu'il doit prendre dans la définition du droit subjectif qui retient l'attention jusqu'à lui en attribuer la principale.

L'analyse des diverses théories présentées fait émerger une première conclusion susceptible d'asseoir la distinction entre le droit subjectif, la liberté civile et l'intérêt légitime : le droit subjectif présente une réalité bicéphale. Du point de vue de son titulaire, il est à la fois tourné vers son objet propre et vers les tiers. Réalité juridique indiscutable, il prend place dans une structure dont il n'est qu'un élément parmi d'autres. Pour être compris, il doit faire l'objet d'une double approche : par son objet et par ses effets à l'égard des tiers qui doivent le reconnaître et lui faire une place. Le droit objectif doit alors intervenir pour maintenir un ordre entre l'attribution de ces droits, d'une part, et d'autres prérogatives, d'autre part.

Il nous semble dès lors erroné de faire fi du contenu et de l'objet propre de chaque droit subjectif dans une définition qui tend à en dégager la structure ou l'essence. Si les droits réels, comme le droit de créance, constituent des pouvoirs d'exiger quelque chose de tiers, ils ont également un objet et un contenu propres qui ne peuvent se confondre. Le droit réel a un objet propre : un bien. Il procure au titulaire du droit des pouvoirs spécifiques vis-à-vis de ce bien et cela en vue de la satisfaction de ses intérêts : par exemple, un droit d'usage, de jouissance ou de disposition. Le droit de créance a également un objet propre : l'exécution de prestations ou d'abstentions à l'égard du titulaire du droit. Vis-à-vis de son débiteur, le créancier est investi d'un pouvoir particulier : exiger la prestation ou l'abstention due. Ces pouvoirs sont certes multiples et différenciés. Mais il est vain de les unifier de manière plus précise que par la reconnaissance d'un pouvoir d'agir trouvant sa source dans le droit objectif, relayé, le cas échéant, par la volonté des sujets de droits évoluant dans une sphère d'autonomie contractuelle reconnue par ce même droit objectif.

D'après nous, ce rapport à autrui constitué d'un pouvoir d'exiger, reconnu à tout titulaire de droit, se place à côté et sur le même plan que la recherche de sa structure interne dans les éléments de pouvoir d'agir et d'intérêt.

Jean Dabin, tout comme G. Del Vecchio²⁹², avaient raison d'opposer une structure interne et une structure externe du droit subjectif. Cette structure interne serait constituée d'un pouvoir reconnu et sanctionné par le droit objectif en vue de la réalisation d'intérêts propres au titulaire du droit. La structure externe serait alors vue comme le corrélat nécessaire à l'attribution de ce pouvoir. Le titulaire du droit peut en effet exiger des tiers qu'il soit respecté.

C'est aussi la voie retenue par Alain Benet dans sa thèse de doctorat. Il y propose une distinction entre l'aspect statique et l'aspect dynamique de tout droit subjectif. L'aspect statique est la relation à autrui, le pouvoir d'exiger dont on a parlé ci-avant²⁹³. L'aspect dynamique est constitué par

292. G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, op. cit., 1953, p. 325 qui distingue la « possibilité de vouloir et d'agir » comme élément interne du droit subjectif et la « possibilité d'exiger des autres le respect » comme élément externe du droit parce qu'il concerne autrui. Aussi, dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, op. cit., p. 149 et 150, n° 180, qui distingue trois éléments constitutifs : intérêt, pouvoir et relation juridique concrète vis-à-vis d'autrui.

293. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 86 et s., n°s 88 à 122.

le jeu de la volonté poursuivant un intérêt. La volonté permet en effet de mettre en œuvre le pouvoir reconnu au titulaire²⁹⁴.

56

Pour une recherche plus précise des limites du pouvoir d'exiger comme élément externe du droit subjectif. Les limites du pouvoir d'exiger, retenu comme élément externe du droit subjectif, demandent, quant à elles, à être précisées.

Une chose est de dire que tout droit subjectif entraîne le pouvoir d'exiger quelque chose d'autrui. Autre chose est de déterminer l'objet même de ce pouvoir d'exiger. La confusion relevée ci-avant entraîne les auteurs à une imprécision embarrassante : quelque chose²⁹⁵ ou « quelque chose dont on a intérêt »²⁹⁶, une action ou une abstention²⁹⁷, une activité matérielle ou juridique²⁹⁸ ou un certain fait²⁹⁹ ou comportement³⁰⁰.

D'après nous, si l'on admet la distinction proposée entre le pouvoir d'agir — aspect interne du droit — et le pouvoir d'exiger — face externe —, l'objet véritable de ce pouvoir d'exiger est d'obtenir le respect du droit, c'est-à-dire du pouvoir spécifique reconnu au titulaire du droit à l'égard de ce qui en forme l'objet.

Ce devoir de respect du droit est du reste, nous l'avons vu, affirmé avec plus ou moins de vigueur dans l'ensemble des théories analysées précédemment. Il est implicite dans les théories de la volonté et de l'intérêt et apparaît comme le seul objet *a posteriori* possible de l'action en justice qui sanctionne le droit. Il est ensuite clairement affirmé dans la plupart des théories mixtes et théories du pouvoir, même si, dans ces dernières, il se confond souvent avec le pouvoir appréhendé comme face

294. Mais contrairement à l'auteur, nous refusons l'assimilation de l'aspect statique du droit avec le contenu du droit, c'est-à-dire la relation juridique particulière qui est établie par le pouvoir d'agir à l'égard de cet objet. Cette assimilation amène l'auteur à ne retenir comme spécifique au droit subjectif que l'existence d'une obligation corrélative à charge de sujets passifs déterminés, à l'exemple du droit de créance, en vue, principalement, d'éviter la surmultiplication des droits subjectifs. S'il existe bien, ce qu'il ne nie pas, un devoir de ne pas porter atteinte au droit d'autrui, il ne le retient pas comme élément constitutif du droit subjectif. (*ibid.*, spéc. p. 106 et s., spéc. nos 121 et 122).

295. A. WEILL, *Droit civil — Introduction générale*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 24.

296. R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op. cit.*, p. 707.

297. *Ibid.*, p. 709. Dans le même sens, I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 93, n° 92.

298. I. NAJJAR, *Le droit d'option-Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 93, n° 92.

299. S. CASTANOS, *Nouvel essai de classification du droit civil*, *op. cit.*, p. 25.

300. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 307.

interne du droit. Comme est généralement affirmée l'existence d'une action en justice permettant de sanctionner la violation du droit et, donc, de ce devoir ou de cette obligation.

Reste à savoir si ce pouvoir d'exiger est réellement le propre du droit subjectif et s'il permet *a priori* de le distinguer des autres prérogatives étudiées. Il conviendra du reste de se poser la question de la portée que ce devoir ou cette obligation reçoivent en droit positif.

57

Pour une admission de la grande variété du pouvoir d'agir comme élément interne du droit. Nous pensons qu'au point de vue du pouvoir comme élément interne, la doctrine consultée montre les limites de cette recherche. Si le droit subjectif est pouvoir d'agir, l'action même qui lui est ainsi reconnue est protéiforme et résiste mal à toute tentative de délimitation *a priori* sous peine de tomber, à l'instar de Paul Roubier, dans le péché d'arbitraire.

Ne va-t-on pas, dès lors, nous opposer la critique — devenue traditionnelle — consistant à dire que nous ouvrons ainsi la porte à la surmultiplication des droits subjectifs conduisant, *in fine*, à leur dilution, par l'incapacité de notre approche à les distinguer d'autres prérogatives ?

Notre réponse est la suivante : il est vain de tenter encore de continuer à chercher le moteur de la distinction entre les différentes prérogatives via uniquement l'aspect interne des prérogatives juridiques. Une autre voie de distinction apparaît et s'impose d'elle-même dans la continuation de la réflexion féconde de la doctrine, retracée ci-avant : l'effet des différentes prérogatives à l'égard des tiers. Si une différence existe entre les diverses prérogatives juridiques que sont les droits subjectifs, les libertés civiles et, dans une moindre mesure, les intérêts légitimes, alors leur utilisation en droit positif entraîne des conséquences, des effets distincts d'un point de vue juridique. Si tel n'était pas le cas, l'effort de distinction serait inutile. Autant, en effet, admettre que toute prérogative est un droit subjectif.

C'est par ce biais que nous pensons arriver, plus sûrement que par la face interne des droits, à des critères de distinction plus précis dont la mise en œuvre serait praticable en droit positif.

58

Le maintien du lien avec le droit objectif. Une autre constatation doit être faite.

Les doctrines de la théorie du pouvoir affirment toutes un lien fort devant exister entre le droit objectif et les droits subjectifs.

Les auteurs s'accordent tous pour dire que les droits subjectifs y trouvent leur source ou leur fondement. Ils y voient aussi la source de la délimitation des pouvoirs en cause et de leur sanction³⁰¹.

301. Cf., outre les principales opinions développées ci-avant (Dabin, Roubier, Bonnard, etc.) : J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op. cit., p. 187, n° 187 : « Les droits subjectifs sont dans la dépendance du droit objectif ; ils sont, parce que la règle de droit objectif les admet » ; J. CARBONNIER, *Droit civil — Introduction*, 24^e éd., op. cit., p. 271, n° 161 : « Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives [...] dont ils vont jouir sous la protection de l'État » (aussi, p. 275, n° 163) ; A. CARETTE, *Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu*, op. cit., p. 828, n° 9 : « Niettemin vindt men bij alle auteurs terug dat het objectieve recht aan de basis van de subjectieve rechten ligt » ; S. CASTANOS, *Nouvel essai de classification du droit civil*, op. cit., p. 14 : « Le droit subjectif est [...] dérivé, puisqu'il dépend de l'acte primaire (la loi) instituant cet état de droit » ; A. COLIN, H. CAPITANT et M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., op. cit., p. 2, n° 1 : « Les droits subjectifs ne peuvent d'ailleurs s'exercer que sous le contrôle du Droit objectif grâce à la définition qu'il en fournit et au concours qu'il leur prête. [...] Or, ces devoirs, ces obligations ont besoin d'être sanctionnés, c'est-à-dire imposés au besoin par la force sociale que peut, seul, mettre en mouvement un précepte du Droit objectif. » ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, op. cit., p. 148 et s., spéc. p. 149 d.1. : « On admet généralement que les sujets de droit tirent les droits subjectifs qui leur sont reconnus de règles générales et abstraites faisant partie du droit positif. » ; G. CORNU, *Droit civil — Introduction — Les personnes — Les biens*, 8^e éd., op. cit., p. 26, n° 38 : « Cependant cette prérogative individuelle est placée sous l'égide du droit objectif : pouvoir reconnu et consacré par le droit objectif, le droit subjectif se définit comme un intérêt légitime ou encore (formule célèbre) comme un « intérêt juridiquement protégé ». Le droit objectif apporte au droit subjectif sa protection. Il le sanctionne. Il concourt à en assurer le respect » (souligné par l'auteur) ; R. DE CORTE, *Privatrecht — Een inleiding*, op. cit., p. 160, n° 489 ; G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 325, qui comprend l'élément interne du droit comme une possibilité d'agir et de vouloir « en conformité et dans les limites des impératifs », impératifs qui constituent le droit objectif selon l'auteur ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e d., t. 1^{er}, op. cit., p. 31, n° 16, qui accepte le fait que le droit est une faculté « reconnue à une personne par la loi, qui lui permet d'accomplir des actes déterminés », même s'il affine ensuite d'autres éléments de cette définition reprise de Planiol ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », op. cit., p. 242, qui énonce que les prérogatives sont « définies par le Droit, c'est-à-dire par l'autorité sociale, et reconnues ou attribuées par elle [...] » ; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht — Inhoud & Grondslagen*, op. cit., p. 153, n° 123, qui dans sa définition précitée insiste sur le fait que le pouvoir du sujet de droit découle d'une règle générale et abstraite ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., op. cit., p. 136, n°s 185 et s., spéc. p. 137, n° 185 : « Par conséquent, en examinant au titre des « sources des droits subjectifs » les événements concrets qui déclenchent l'application de la loi, tous les auteurs qui rendent compte du droit positif admettent, par prétérition mais avec une absolue netteté, que les droits subjectifs ont pour seule origine les règles objectives » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, op. cit., p. 263, qui relie directement leur définition précitée au droit objectif par l'affirmation que le pouvoir est « mis à la disposition » du sujet de droit « par le droit objectif », qui voient le droit subjectif comme une des situations juridiques « découlant de la règle de droit objectif » (p. 260,

La différence qui apparaît entre les auteurs est plutôt relative à la portée qu'il faut entendre par le concept même de droit objectif. Doit-on le limiter aux règles générales et abstraites formelles telles qu'elles apparaissent dans l'ordre juridique — lois, règlements, etc. — ou faut-il admettre plus largement que, par exemple, la jurisprudence peut être créatrice de droits subjectifs nouveaux ? Le débat n'est pas neuf. Nous le retrouverons tout au long de cette étude, notamment lorsque nous analyserons la théorie de l'abus de droit.

Quelles que soient les controverses qui traversent la problématique des sources de droit, nous entendons par droit objectif l'ensemble des règles de droit générales et abstraites issues de la loi au sens large, englobant les règles créées par le pouvoir réglementaire, telles qu'interprétées, précisées, voire parfois complétées par la jurisprudence ³⁰².

59

Le lien avec les éléments d'intérêt et de volonté. Dans les théories du pouvoir, l'intérêt ne disparaît pas. Son rôle est souligné chez la plupart des auteurs ³⁰³. Il est le but même du droit. Nous ne distinguons cependant pas nettement de quel intérêt il s'agit. Un intérêt abstrait posé *a priori* par le droit objectif ou l'intérêt réellement poursuivi dans l'exercice du droit par son titulaire ?

n° 139) ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1^{er}, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e d., Paris, Montchrestien, 1996, p. 253, n° 155 : « La règle de droit, ou droit objectif, confère aux individus des prérogatives, appelées droits individuels, ou droits subjectifs [...] » ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 753, n° 679 : « Le droit subjectif ne prend naissance que par l'adoption d'une norme législative ou réglementaire conférant au sujet le droit à la prestation appropriée » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 360, n° 950 : « Les droits subjectifs [...] n'existent que dans les limites qui sont tracées par les différentes règles de droit et sous les conditions posées par ces règles » ; conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 305 à 307 et le critère d'identification du droit subjectif repris par la Cour de cassation qui précise que l'obligation juridique corrélatrice du pouvoir d'exiger est mise à charge du tiers par le droit objectif.

302. Nous souscrivons ainsi à l'idée que le juge contribue à la production du sens de la règle. Dans le même sens, P.-A. COTÉ, « Fonctions législatives et fonctions interprétatives : conceptions théoriques de leurs rapports », in *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. AMSELEK, Bruxelles et Aix-Marseille, Bruylant et Presse universitaire Aix-Marseille, 1995, p. 189 à 199 ; M. COIPEL, *Les réactions de la doctrine à la création de droits par les juges en droit civil*, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XXXI, 1980, p. 29 à 42.

303. Cf. outre les opinions de Dabin, Roubier et Bonnard et Saleilles développées ci-avant, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, p. 187 et 188, n° 187, auteur qui, dans sa définition, introduit l'élément d'« utilité » du pouvoir de la personne, ce qui n'est rien d'autre que son intérêt ; S. CASTANOS, *Nouvel essai de classification du droit civil*, *op. cit.*, p. 14 : « Par conséquent, le droit subjectif est privé, puisqu'il a pour but la satisfaction d'un intérêt particulier [...] » ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 149 et 150, n° 180, qui, à côté du pouvoir et de la relation juridique concrète vis-à-vis d'autrui, retient l'intérêt comme un des éléments cons-

Notons ici — nous y reviendrons dans le titre III consacré à l'intérêt — que la Cour de cassation met fortement cet élément en avant comme une des deux conditions essentielles du droit subjectif, permettant d'opérer un tri dans la reconnaissance de tout droit subjectif³⁰⁴.

Nous avons vu que certains auteurs refusaient toute fonction à la volonté dans les théories du pouvoir. Nous pensons essentiellement ici à Roger Bonnard et Ibrahim Najjar. Il nous apparaît qu'il faut relativiser cette exclusion. Influencés par les théories négationnistes du droit subjectif, ils paraissent subjugués par le rôle à donner au droit objectif dans la mise en œuvre et l'exercice du droit subjectif.

Or, comment nier sérieusement le rôle de la volonté du titulaire ou de la personne habilitée à exercer le droit en son nom et/ou pour compte ? Il revient toujours, *ab initio*, à la personne de décider si elle exerce ou non un droit qui lui est reconnu par le droit objectif. Il ne faut cependant pas tout confondre : si le droit subjectif s'impose à autrui, ce n'est pas par le simple jeu d'une volonté libre du titulaire qui s'impose à la volonté d'autrui. Le jeu d'imposition qui se met alors en œuvre n'est possible que parce que le droit objectif l'a prévu et permis par la reconnaissance du droit subjectif lui-même³⁰⁵. Du reste, le droit objectif, nous le verrons, va prévoir égale-

titutifs du droit subjectif ; G. CORNU, *Droit civil — Introduction — Les personnes — Les biens*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 25, n° 37 : « Il [le droit subjectif] lui procure la satisfaction individuelle d'un intérêt personnel [...] » ; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht — Inhoud & Grondslagen*, *op. cit.*, p. 153, n° 123, qui met l'intérêt au centre de sa définition du droit subjectif ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 243 : « La qualité de droit, avec les prérogatives plus ou moins étendues qui le caractérisent, n'est attribuée ou reconnue par l'autorité sociale qu'à certains intérêts qu'elle estime dignes de protection particulière, plus ou moins accentuée, les autres restant à l'état d'intérêts ne bénéficiant pas de la protection publique. » et p. 245 : « Les droits subjectifs sont des prérogatives étendues attribuées au sujet de droit en vue de l'auto-satisfaction de ses intérêts érigés en droit [...] » ; J. GILLAIN, *Introduction au droit et éléments de droit civil*, *op. cit.*, p. 30, qui précise que pour que le droit subjectif existe, « il faut que le droit objectif prévoie ou valide une obligation dont l'exécution est réclamée par un sujet actif à un tiers, sujet passif » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 263, qui indique dans sa définition précitée que les pouvoirs sont reconnus au sujet de droit « à la réalisation de ses fins » et qui précise qu'il s'agit « de ses fins propres, individuelles, familiales, professionnelles, corporatives ou autres » (p. 256), c'est-à-dire, implicitement mais certainement, de ses intérêts.

304. Cf. *infra*, n° 135.

305. Dans le même sens, J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, *op. cit.*, p. 187, n° 187 : « La notion de droit subjectif ne peut donc être niée. Mais sa consécration n'implique nullement qu'on y voie la marque d'un prétendu pouvoir supérieur de la volonté de l'individu. Les droits subjectifs sont dans la dépendance du droit objectif ; ils sont, parce que la règle de droit objectif les admet. ». L'auteur intègre du reste implicitement la volonté dans sa définition où il souligne que la personne, titulaire du droit, est prise comme individu — il faut lui reconnaître les prérogatives qui lui permettent de définir son identité propre, souligne-t-il (p. 187, n° 187).

ment les garde-fous qui permettront d'endiguer les excès des volontés individuelles. Nous pensons ici principalement aux théories de l'abus de droit et du trouble du voisinage.

Conclusion

Description provisoire des caractéristiques du droit subjectif

60. But de la définition provisoire – 61. Cinq caractéristiques communes aux droits subjectifs

60

But de la définition provisoire. Le but de ce premier titre n'était ni de proposer une nouvelle théorie du droit subjectif, ni de relater de manière exhaustive les différentes théories qui jalonnent les discussions autour de la notion analysée. Il nous permet cependant d'arrêter — provisoirement — une compréhension du droit subjectif qui, parce qu'elle est compatible avec la plupart des définitions proposées dans les théories du droit subjectif défendues dans la seconde moitié du xx^e siècle, apparaît comme une base de travail stable dans l'effort de distinction théorique qui suivra.

Il s'agit, en quelque sorte, de trouver une espèce de « plus petit dénominateur commun » de ce qui est accepté généralement comme définition du droit subjectif, sans nier qu'il existe cependant des nuances importantes dans les diverses théories défendues dans la doctrine contemporaine.

La définition proposée ci-après est cependant provisoire. Elle sera précisée au fur et à mesure de sa confrontation avec la liberté civile et l'intérêt légitime. Elle sera encore ensuite affinée lorsque nous aurons recherché les effets juridiques exacts qu'il convient, théoriquement, de lui accorder.

61

Cinq caractéristiques communes aux droits subjectifs. L'analyse qui précède permet d'arrêter provisoirement cinq caractéristiques du droit subjectif.

La *première* est à trouver dans *le lien indéfectible que présente le droit subjectif avec le droit objectif*. Il y a quasi-unanimité sur ce point dans la doctrine du droit subjectif, même si, selon la théorie défendue, ce lien est plus ou moins mis en avant.

La *seconde* renvoie au fait que la reconnaissance d'un droit subjectif, par le droit objectif, revient à admettre *l'existence d'un pouvoir juridique spécifique* du titulaire vis-à-vis de ce qui en forme l'objet. Le pouvoir qui fait partie de ce que nous avons appelé la face interne du droit subjectif est le contenu du droit subjectif. Cette affirmation, que nous retrouvons tant dans les théories du pouvoir que du pouvoir d'exiger, se retrouve également dans les théories mixtes et — dans une moindre mesure, il est vrai

— dans les théories de la volonté (le pouvoir de volonté), voire dans la théorie de l'intérêt où la volonté est perçue en tant que moteur ou force du droit. Nous pouvons donc admettre raisonnablement qu'il en forme aujourd'hui la caractéristique principale généralement admise.

La *troisième* caractéristique se situe dans l'admission que *ce pouvoir est lié à un intérêt recherché — ou censé recherché — par le titulaire* du pouvoir inhérent au droit subjectif. L'intérêt forme le but du droit, sa finalité. Le titulaire exerce son droit dans la recherche d'un avantage qui lui est propre ou censé l'être. Que l'on considère que le pouvoir est au service de l'intérêt en vue de sa protection ou que, à l'inverse, l'élément de pouvoir soit mis en avant et que l'intérêt n'en forme que l'objet ne change rien de fondamental. Le droit a une fonction, une utilité pour son titulaire : le droit lui reconnaît un pouvoir afin qu'il l'exerce en vue de satisfaire des intérêts considérés comme particulièrement dignes de protection.

La *quatrième* caractéristique du droit subjectif est à trouver dans sa face externe. Il porte en lui un pouvoir de rayonnement juridique vis-à-vis des tiers car *le titulaire peut en exiger le respect*. Il porte en lui le pouvoir d'exiger des tiers la reconnaissance du pouvoir constitutif de sa face interne. Si un droit subjectif est reconnu par le droit objectif, les tiers sont tenus de ne pas l'enfreindre, de ne pas le nier, de ne pas empêcher son exercice par le titulaire du droit.

La *cinquième* caractéristique du droit tient au fait que l'on reconnaît *l'existence d'une action qui permet d'en sanctionner le non-respect*. Le droit objectif offre ainsi au titulaire du droit une arme afin de défendre son pouvoir interne et la violation qui serait commise par les tiers. Cette action est mise en œuvre pour ne pas laisser lettre morte le pouvoir d'exiger le respect du droit subjectif.

Ces cinq caractéristiques mises en avant, nous pouvons proposer une définition provisoire qui rende compte de celles-ci : le droit subjectif est le pouvoir juridique spécifique reconnu par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique.

DU DROIT SUBJECTIF À LA LIBERTÉ CIVILE

62. Question de méthode – 63. But du titre – 64. Plan du titre

62

Question de méthode. Alors que le droit subjectif a fait l'objet de très nombreuses études publiées sous formes d'ouvrages ou d'articles, un manque criant d'analyses apparaît en matière de liberté civile.

Ce dernier concept, relativement neuf en droit civil, apparaît principalement dans les recherches des auteurs s'intéressant au droit subjectif et tentant de distinguer diverses prérogatives entre elles. La principale prérogative opposée au droit subjectif est, précisément, la liberté civile. De cette confrontation jaillissent des critères de distinction.

Notre méthode s'est calquée sur cette réalité. Point n'est question ici d'imaginer *in se* une théorie globale de la liberté civile au départ de ce qui pourrait être qualifié de tel *a priori* dans le droit positif belge. Cette méthode, certes intéressante, nous amènerait à insérer une thèse accessoire dans la thèse principale. Elle demanderait en outre des développements qui n'ont pas lieu d'être pour l'objet du présent travail.

Partant, dès lors, de ce qui existe dans la théorie générale du droit actuelle, nous irons à la recherche des critères de distinction généralement mis en avant dans les doctrines du droit subjectif.

L'objet de notre étude nous impose de ne prendre en considération que l'aspect civil de la liberté. Nombreuses libertés dites civiles se présentent comme la face civile d'une liberté publique. Nous pensons ainsi à la liberté d'expression ou à la liberté de la vie privée. Alors que la liberté civile vise un rapport de droit entre particuliers, la liberté publique vise *a priori* le seul rapport entre le citoyen et l'État. Seule la liberté civile, ainsi précisée, retient spécifiquement notre attention.

63

But du titre. Le présent titre a pour but d'analyser les critères actuellement retenus pour distinguer les droits subjectifs des libertés civiles et d'en montrer les limites.

Cela nous permettra de constater que les critères de distinction sont, d'après nous, davantage à rechercher dans l'effet juridique à l'égard des tiers propre à chaque concept — leur face externe — que dans l'analyse du pouvoir reconnu au travers des concepts de droit subjectif et liberté civile au regard de ce qui forme leur objet — leur face interne.

C'est en effet dans les éléments considérés comme essentiels et constitutifs de chaque concept que les auteurs ont tenté jusqu'à présent de mettre en avant les critères de distinction. Mais les résultats de l'analyse traditionnelle ne sont pas à rejeter. Ils nous serviront de base pour fixer les caractéristiques communément admises des libertés civiles et pour en construire une définition provisoire.

64

Plan du titre. Nous commencerons par analyser les critères de distinction traditionnellement retenus par la doctrine du droit subjectif (chapitre premier).

Ensuite, nous tenterons de distinguer les deux concepts au départ des caractéristiques du droit subjectif mis en avant dans le chapitre premier (chapitre second).

Nous conclurons en mettant en avant les caractéristiques communément admises des libertés civiles ainsi qu'en proposant une définition provisoire du concept.

Chapitre 1

Les critères traditionnels de distinction entre le droit subjectif et la liberté civile

Section 1

Le critère des conditions d'octroi et des modalités d'attribution

Sous-section 1 Les conditions d'octroi : l'analyse de Roubier

65. Le contenu du critère de Roubier – 66. Les critiques portées à l'analyse de Roubier : le caractère conditionné comme critère distinctif – 67. Les critiques portées à l'analyse de Roubier : le moment de la formation des libertés et des droits subjectifs – 68. Évaluation du critère des conditions et de ses critiques

65

Le contenu du critère de Roubier. Le critère tenant à l'existence ou à l'absence de conditions quant à l'octroi d'un droit ou d'une liberté a été énoncé par Paul Roubier. Il a ensuite été repris par des auteurs comme Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer³⁰⁶.

Dans la théorie propre à Paul Roubier, les droits subjectifs sont des situations juridiques³⁰⁷ conditionnées quant à leur existence et leur validité. L'auteur se réfère explicitement aux conditions relatives à la capacité, au consentement ou à des exigences de forme. Une demande de brevet ou un dépôt de marque exige, par exemple, la réunion de conditions de forme ou de fond, l'achat d'une propriété immobilière se fait par acte notarié, etc.³⁰⁸. À l'opposé, la liberté serait, selon la formule de l'auteur, en principe inconditionnée.

La liberté se situe en effet en amont des situations juridiques. Reprenant l'idée de L. Josserand selon laquelle la liberté constituerait la

306. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 1996, p. 366 et 367, n^{os} 959 à 962.

307. Pour un exposé plus complet de cette théorie, voy. *supra*, n^{os} 26 et s.

308. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 147 ; ID., « Les prérogatives juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, n^o 5, Paris, Sirey, 1960, p. 82, II, 1^o.

« souche commune »³⁰⁹ de tous les droits, l'auteur constate que si l'on envisage les droits dans la période où ils prennent naissance, on s'aperçoit qu'ils font l'objet d'un libre choix. En effet, « avant de définir les droits et les devoirs qui naissent par exemple d'un mariage une fois conclu, il faut, si on se place au temps de sa formation, reconnaître qu'il existe une liberté de se marier ou de ne pas se marier. Avant de définir les droits qui découlent d'un contrat, il faut d'abord reconnaître, en se plaçant au temps de sa formation, qu'il existe une liberté de contracter ou de ne pas contracter. Avant de définir les droits qui se rattachent à la propriété, il faut d'abord reconnaître qu'il existe une liberté d'aliéner et d'acquérir »³¹⁰. Ainsi comprise, la liberté juridique ou civile consiste en la liberté d'accès aux situations juridiques. L'auteur y voit l'élément principal de sa définition de la liberté : « Une prérogative qui ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques, qui se placent dans le cadre de cette liberté »³¹¹.

L'auteur tente ensuite d'expliquer le caractère inconditionné de la liberté³¹². Il se fonde, pour ce faire, sur l'examen des conditions propres aux droits subjectifs repris ci-avant. Avant de se poser la question des conditions propres à l'acquisition de la propriété d'un immeuble, il faut se poser la question de la liberté dont dispose l'acquéreur en la matière. Si la propriété en question est inaliénable, il serait vain de se mettre en quête d'un procédé d'aliénation. Un étranger pourrait se voir refuser l'acquisition d'un droit de brevet ou de marque dans un pays donné. Si on reconnaît à l'étranger cette liberté, cela revient à dire, selon l'auteur, que l'accès à ces situations juridiques n'est pas grevé d'une condition relative à la qualité d'étranger. Cette reconnaissance n'implique cependant pas que sa demande ou son dépôt soit affranchi des conditions imposées en droit interne pour la création de ces droits au profit des Français. Mais la liberté, a, dans ce cas, pour but de mettre l'étranger sur le même pied que les Français en l'affranchissant de toute restriction tenant à son extranéité.

309. Josserand est en effet un des premiers auteurs à affirmer, non sans ambiguïté, l'existence d'une distinction à faire entre les libertés civiles et les droits subjectifs : L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939, p. 343 : « [...] la liberté n'est pas un droit ; elle est la souche commune et des droits et des devoirs ; elle est une possibilité, une virtualité de droits, rien de moins, mais rien de plus [...] » ; aussi, p. 275, n° 203 ; p. 362, n° 262.

310. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 146. L'auteur applique le même raisonnement aux droits découlant d'un testament, d'un brevet d'invention ou d'une marque et du droit d'auteur.

311. *Ibid.*, p. 147 ; aussi *Id.*, « Les prérogatives juridiques », *op. cit.*, p. 82.

312. *Ibid.*, p. 148 et 149.

La liberté est donc une prérogative relative à la construction de la situation juridique : une initiative est laissée aux particuliers pour la création de leurs situations juridiques. Elle permettra même, quand son ampleur est la plus grande, de donner un contenu spécial à la situation, autre que le contenu légal. L'auteur en conclut que le terme de liberté évoque, en lui-même, un affranchissement de certaines conditions imposées pour les situations juridiques, hormis les restrictions imposées par la loi³¹³ : pas de toutes les conditions, donc, mais au moins de certaines. Le cadre créé par le mot « liberté » au seuil d'une situation juridique consiste en « une prérogative qui ne doit pas supporter d'autres conditions que celles imposées par la loi : la liberté civile est un principe qui permet de faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi »³¹⁴.

66

Les critiques portées à l'analyse de Roubier : le caractère conditionné comme critère distinctif. Jean Dabin a émis de très vives critiques à l'égard de la théorie de Paul Roubier, notamment sur le critère distinctif analysé³¹⁵. D'autres critiques ont été émises notamment par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux³¹⁶ et par Alain Benet³¹⁷.

Certaines critiques portent tout d'abord sur le critère même des conditions.

Jean Dabin, reprenant certains exemples avancés par Paul Roubier, constate qu'il existe des libertés juridiques étroitement conditionnées : les libertés de se marier, de contracter et de tester. Ces dernières ne sont en effet accessibles qu'à ceux qui remplissent déjà les conditions d'accession au mariage, au contrat et au testament. Dès lors, la liberté d'établir ces situations est grevée des mêmes conditions que celles qui affectent ces situations³¹⁸.

313. Un autre exemple, particulièrement lumineux, est proposé par Starck, Roland et Boyer : la liberté de tester est amputée s'il existe des héritiers réservataires : le testateur ne peut alors disposer de l'intégralité de son patrimoine. Mais si l'on sort de cette limitation, « la liberté retrouve son empire ; dans la mesure de la quotité disponible, le testateur est libre de prendre toutes sortes de dispositions pour le temps où il ne sera plus » (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, op. cit., p. 366, n° 960).

314. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 149, adde, p. 165 ; ID., « Les prérogatives juridiques », op. cit., p. 149.

315. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, spéc. p. 35 et 36.

316. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 150, note 117.

317. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles* (multig.), thèse de doctorat, Paris II, 1985, p. 398 à 401.

318. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, op. cit., spéc. p. 35.

Pour Jean Dabin, la portée du critère est illusoire dès lors que la loi prescrit des conditions tant pour les droits subjectifs que pour les libertés. De manière plus générale, la loi limite, restreint et conditionne les libertés aussi bien que les droits au nom de l'intérêt public ou de l'intérêt général³¹⁹. À l'opposé, il existerait des droits innés qui ne sont en rien conditionnés : droit à la vie, à l'intégrité du corps, à l'intégrité morale, etc.³²⁰.

L'auteur termine en indiquant que ce n'est pas le caractère plus ou moins conditionné d'une prérogative qui permet de la qualifier ou non en droit subjectif. La condition, imposée, ne peut en effet influencer que sur l'existence ou l'étendue de la prérogative et pas sur ce qui distingue l'une ou l'autre qualification³²¹.

Alain Benet émet une critique différente de celle de Jean Dabin. Il admet le caractère inconditionné de la liberté car elle relèverait de son essence même. Pour lui, Paul Roubier confondrait, par contre, les conditions pour être titulaire de la liberté, d'une part, et celles pour la mettre en œuvre, d'autre part³²². Des conditions peuvent être posées quant à sa jouissance ou son exercice. Le pouvoir juridique issu de la liberté peut en effet être réglementé et canalisé par certaines défenses.

67

Les critiques portées à l'analyse de Roubier : le moment de la formation des libertés et des droits subjectifs. Le critère des conditions part, nous l'avons vu, du présupposé que les droits et libertés apparaissent à des moments différents. La liberté se situerait en amont des situations juridiques alors que le droit subjectif serait à placer dans la période des effets des situations juridiques.

Cette opinion a fait l'objet de différentes critiques.

Pour Jean Dabin³²³, l'approche de Paul Roubier pèche d'abord par une limitation non justifiée du champ d'application des libertés. Outre le domaine juridique, seul retenu par Paul Roubier, la liberté peut avoir pour objet tous actes quelconques, qu'ils soient ou non juridiques ou producteurs d'effets juridiques. Et, pour Jean Dabin, la liberté de poser des actes matériels est constitutive d'un droit général de liberté.

319. *Ibid.*, p. 36.

320. *Ibid.*

321. *Ibid.*

322. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, *op. cit.*, p. 399.

323. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 32 et 33.

En ce qui concerne le domaine juridique, la critique de Jean Dabin est d'abord identique et se fonde sur sa propre conception de la liberté, objet spécifique de certains droits subjectifs³²⁴. En outre, il ne voit pas pour quelles raisons le droit subjectif ne pourrait pas apparaître au stade de la formation des situations juridiques. Pour lui, des droits subjectifs pourraient parfaitement trouver leur source dans d'autres droits subjectifs primaires dont ils seraient l'aboutissement : les droits du mariage seraient alors nés de l'usage, par les conjoints, de leur liberté de se marier, les droits contractuels seraient nés de l'usage, par les parties, de leur liberté de contracter, etc.

Pour Jean Dabin, la liberté offre la possibilité de choisir entre plusieurs partis et, d'abord, entre les deux partis d'agir ou de ne pas agir. La liberté se change en droit au moment où est pratiquée l'option. Mais rien n'empêche de faire de l'option même l'objet d'un droit subjectif. Ainsi, le droit subjectif jouerait tant à la source qu'au niveau des effets des situations juridiques³²⁵.

Selon Alain Benet, Paul Roubier ne prend en compte qu'un seul aspect des libertés. Les libertés offrent avant tout « la possibilité de jouir pleinement de l'état dans lequel nous vivons et que nous organisons »³²⁶. Il y voit une situation juridique antérieure à « l'éventuelle création qui viendrait s'adjoindre à la précédente ». En effet, à la suite d'Alain Benet, force est de constater que les situations juridiques évoluent et se modifient au rythme des actes et faits juridiques posés par le sujet de droit. Les libertés trouvent alors à s'exercer non seulement en amont de la situation juridique originelle, mais, ensuite, dans le cadre des diverses situations juridiques créées. Afin d'exercer au mieux sa liberté d'aller et venir, une personne peut louer une voiture — acte juridique — lui permettant ensuite de se transporter où bon lui semble. Elle peut ensuite décider d'emprunter ou non des routes donnant lieu à un paiement pour leur utilisation. Certes, on peut dire que chaque situation trouve à sa source l'exercice d'une liberté. Mais ne pourrait-on pas soutenir également que chaque situation juridique permet à la liberté de s'inscrire dans un cadre donné et façonné par les droits dont dispose un individu et, ainsi, renverser la logique défendue par Paul Roubier ?

324. *Ibid.*, p. 33.

325. *Ibid.*, p. 34.

326. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 399 ; aussi p. 248 et s. concernant une critique analogue faite à la notion de faculté, telle que retenue par Paul Roubier.

Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux vont encore plus loin³²⁷. Ils soulignent également le fait que la liberté ne peut être confinée en amont des droits subjectifs. Mais tout droit comprend une possibilité de choix postulée par la liberté du sujet. En ce sens, le droit est liberté. Ces deux auteurs ne se rangent pas pour autant à l'opinion de Jean Dabin qui unifie les deux concepts en faisant de chaque liberté l'objet d'un droit subjectif.

68

Évaluation du critère des conditions et de ses critiques. La critique de Jean Dabin ne satisfait pas pleinement en l'état actuel de notre analyse. Elle est trop imprégnée du présupposé selon lequel la liberté est elle-même l'objet d'un droit subjectif. En ce sens, Dabin ne prouve pas en quoi le présupposé de Roubier serait erroné autrement que par la mise en exergue du présupposé de sa propre thèse.

Cela étant, le critère des conditions tel qu'exprimé par Paul Roubier ne nous convainc pas.

Nous pouvons admettre avec Paul Roubier que la naissance de droits suppose nécessairement un état de liberté primaire. Ne fût-ce que parce que, la plupart du temps — mais pas toujours³²⁸ — l'acquisition d'un droit suppose un acte volontaire du titulaire qui se met en situation d'acquiescer ce droit en remplissant les conditions prévues pour sa naissance par le droit objectif. Ainsi, par exemple, une personne négociera les éléments essentiels d'un contrat avant de devenir titulaire des créances qui en naîtront à son avantage.

Mais nous reprenons à notre compte un élément des critiques rappelées ci-avant. La définition donnée à la liberté par Paul Roubier n'éclaire la notion de liberté civile que dans son rapport avec une situation juridique nouvelle et postérieure — au sens donné par l'auteur à cette notion —, comprenant principalement l'acquisition de nouveaux droits. Or, l'exercice d'une liberté ne débouche pas forcément sur une situation juridique nouvelle ou sur l'acquisition de droits nouveaux³²⁹.

327. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 150, note 117.

328. Le droit d'auteur naît de la création d'une œuvre protégeable. Mais la loi reconnaît ce droit dès la création de l'œuvre sans qu'il y ait nécessairement volonté de l'auteur d'acquiescer des droits nouveaux. Il se fait que le droit naît dès lors que l'œuvre remplit les critères de protection. Bien sûr, il y a normalement existence d'une volonté créatrice d'une œuvre, mais cette volonté ne porte pas nécessairement sur son caractère protégeable.

329. Dans le même sens, I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 93, n° 92 : « Pour qu'un droit subjectif naisse, il faut que son titulaire ait la possibilité de devenir titulaire d'un droit subjectif. Mais toute liberté ne conduit pas nécessairement à un droit subjectif puisqu'elle peut ou non se manifester par l'établissement d'un rapport de droit. » (souligné par l'auteur).

De simples actes matériels peuvent être posés dans le cadre de la liberté et être protégés par le droit objectif sans concourir à la naissance de nouveaux droits subjectifs. Nous ne voyons pas, par exemple, en quoi l'exercice de la liberté d'opinion déboucherait systématiquement sur une situation juridique nouvelle, et encore moins sur l'exercice de droits subjectifs. Si un citoyen accorde une interview à un journal, il exerce sa liberté d'expression. Le but n'est pas de créer par là même un complexe nouveau de droits et devoirs. Cela ne le fait pas rentrer dans une situation juridique particulière. Même l'exercice de la liberté contractuelle ne débouche pas nécessairement sur l'acquisition de droits nouveaux. Un négociateur peut rompre les pourparlers, par exemple, et n'acquérir aucun droit de l'exercice de sa liberté de contracter.

Dès lors, nous ne pensons pas qu'il existe un lien nécessaire et systématique entre l'exercice d'une liberté et la création ou l'acquisition de droits nouveaux. Les deux concepts peuvent rester à ce niveau, distincts.

L'opposition entre l'absence ou l'existence de conditions quant à l'octroi d'un droit ou d'une liberté civile n'est pas pour autant à rejeter en elle-même. Nous pensons que, ce faisant, Paul Roubier a ouvert là une piste féconde. Elle a, du reste, permis à d'autres d'améliorer l'énoncé du critère. De l'opposition entre Jean Dabin et Alain Benet, nous retenons que, si conditions il y a, en ce qui concerne les libertés, elles jouent plus au niveau de ses conditions d'exercice qu'au niveau de sa reconnaissance dans le chef de son titulaire.

La liberté ne paraît pas, en effet, s'acquérir de la même manière que les droits subjectifs. La liberté ne s'acquiert pas individuellement au regard de conditions à remplir *a priori*, même si son exercice est la plupart du temps limité, voire conditionné. Ainsi, se voir reconnaître la titularité de la liberté d'expression, de la liberté de commerce ou de la liberté contractuelle ne nécessite aucune condition particulière. Bien sûr, le journaliste professionnel verra l'exercice de sa liberté d'expression favorisé par des règles qui protègent sa profession. Bien entendu également, le commerçant sera soumis à des règles d'exercice spécifiques de sa liberté. D'évidence également, l'exercice effectif de la liberté contractuelle supposera une capacité juridique particulière. Il n'en reste pas moins qu'il ne faut pas être journaliste pour se voir reconnaître un état de liberté d'expression. Que l'état de commerçant — et les devoirs que cet état implique juridiquement — ne se déduit que des actes de commerce posés par un individu, *a priori* libre de les poser en vertu même de sa liberté de commerce et d'entreprendre. Que l'incapacité juridique d'un mineur, par exemple, n'implique pas que la liberté contractuelle ne lui soit pas reconnue, même si elle est, en fait, exercée par un de ses représentants légaux.

Que la liberté d'aller et venir, même limitée par certaines circonstances de fait, est reconnue à toute personne capable de se mouvoir, etc.

Autrement dit, la reconnaissance d'une liberté civile ne paraît pas *a priori* conditionnée de manière stricte autrement que par des contingences factuelles ou juridiques tenant plus aux nécessités naturelles de son objet qu'à des choix *a priori* posés par le droit objectif. Par contre, la reconnaissance d'un droit subjectif et, particulièrement, ses conditions d'acquisition, font l'objet d'une détermination *a priori* par le droit objectif qui en limite ainsi l'accès. Acquérir un droit de propriété sur un immeuble suppose qu'une multitude de conditions soient remplies dans le chef de l'acquéreur. Et sauf partage des droits, il sera seul à se voir reconnaître ce droit. Il faut nécessairement remplir ces conditions — qui ne vont pas nécessairement d'elles-mêmes — pour acquérir tel ou tel droit subjectif. C'est tellement vrai que pour acquérir des droits subjectifs similaires, deux systèmes juridiques peuvent déterminer des conditions radicalement différentes.

Sous-section 2 **Les modalités d'attribution :** **l'analyse de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux**

69. L'objet du critère – 70. La justice distributive à la base des droits subjectifs – 71. La justice commutative à la base des droits de créance – 72. L'attribution égalitaire des libertés civiles – 73. Évaluation du critère de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux

69 **L'objet du critère.** Quoiqu'ils s'en défendent³³⁰, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux ont assurément introduit un souffle nouveau dans l'étude de la notion du droit subjectif.

La mise en avant de l'élément d'inégalité légitime, propre aux droits subjectifs, et de son corollaire, l'exclusivité du pouvoir sur l'objet du droit, ont amené les auteurs à distinguer les concepts de droits subjectifs et de libertés. Cette distinction est même à la base du critère proposé. Si les droits subjectifs se caractérisent par une attribution inégale, les libertés sont attribuées de façon égalitaire.

70 **La justice distributive à la base des droits subjectifs.** Le droit objectif — au sens de normes juridiques — organise la vie en société et aménage la

330. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale, op. cit.*, p. 147, n° 196.

situation des individus les uns par rapport aux autres. Ce faisant, il distribue des droits subjectifs. Pouvoir d'exiger d'autrui, le droit subjectif traduit une relation sociale inégalitaire, en faveur du sujet, consacrée par la règle juridique³³¹.

Les droits subjectifs sont répartis de manière inégalitaire : les prérogatives du titulaire restreignent, à son profit, la liberté d'autrui et non la sienne³³². « Domaine réservé au titulaire »³³³, le droit subjectif établit en faveur d'un individu déterminé une inégalité juridique³³⁴. La liberté d'agir du propriétaire d'un terrain est entière vis-à-vis de ce dernier. Corrélativement, la liberté de tous les autres est amputée. La liberté d'aller et venir d'autrui cesse aux frontières de sa propriété. La même logique prévaudrait pour les autres droits. Ainsi, le droit reconnu sur ma propre image restreint la liberté d'autrui de photographier ou de publier des photographies ; le droit d'auteur interdit à d'autres de reproduire les écrits du créateur, etc.

La caractéristique du droit subjectif serait donc l'exclusivité — l'exclusion des autres — dont profite le titulaire dans un secteur déterminé. Cette exclusivité est source d'inégalité³³⁵. Seul le titulaire peut agir dans la sphère définie de son droit : « Il bénéficie de pouvoirs que les autres n'ont pas »³³⁶. Cette inégalité est cependant légitime car elle bénéficie d'un titre trouvant sa source dans la norme objective³³⁷. L'ordre juridique admet en effet des causes de préférence qui justifient le bénéfice réservé au titulaire du droit subjectif. Les auteurs en donnent de multiples exemples. La dignité de la personne humaine explique qu'elle constitue bien souvent un domaine inaccessible à autrui ; l'activité créatrice de l'auteur justifie l'exclusivité d'exploitation de son œuvre ; l'attitude du cultivateur d'une terre dont le propriétaire s'est désintéressé est jugée socialement utile et implique la consécration de l'acquisition par prescrip-

331. *Ibid.*, p. 149, n° 198 ; voy. auparavant, F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, Paris, Dalloz, 1977, p. 49 : « La liberté civile est une assertion d'égalité ; le droit subjectif est un « signe d'inégalité » » ; à la suite de ceux-ci, voy. notamment, J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 535.

332. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 147.

333. *Ibid.*, p. 151, n° 199.

334. *Ibid.*, p. 150, n° 199.

335. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 151, n° 200.

336. G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil-Les personnes*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 252, n° 281.

337. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 151 et 152, n° 200.

tion, etc. En bref, des avantages sont accordés aux titulaires de droits à raison de leurs mérites propres « parce qu'ils sont en situation de servir certains intérêts de la société ou de défendre des valeurs jugées essentielles pour la civilisation »³³⁸.

On retrouve, dès lors, l'idée de *justice distributive*. L'ordre juridique a pour fonction d'attribuer à chacun la part qui lui revient. Il se laissera guider, selon les uns, par la Nature, selon d'autres, par des impératifs sociologiques et économiques ou simplement par la volonté de l'État. La situation sociale de chaque individu, différente de celle d'autrui, justifie une distribution qui, pour être juste, doit être inégale. Les droits subjectifs, qui impliquent une répartition inégalitaire des avantages matériels et moraux, des « richesses » au sens large, traduisent une telle attribution de parts entre individus³³⁹.

71

La justice commutative à la base des droits de créance. L'idée d'inégalité légitime ne suffit cependant pas à caractériser les droits de créance³⁴⁰. Le sujet est ici investi du pouvoir d'exiger l'exécution de certaines prestations d'une personne déterminée. On retrouve, bien sûr, la restriction à la liberté d'autrui au bénéfice du titulaire du droit de créance : tout le monde doit respecter son droit. Cependant, à l'égard du débiteur, le droit établit une inégalité toute spéciale. Sa liberté subit non seulement une restriction, mais aussi une emprise car sa personne est engagée. Le droit de créance « porte une attaque contre un autre individu » et donne un « pouvoir d'agression » envers le débiteur.

La légitimité d'un tel pouvoir trouve également sa source dans la norme objective. L'explication serait ici à trouver dans la nécessité d'ajuster, de maintenir ou de rétablir l'état d'équilibre entre les droits dans une situation qui évolue³⁴¹. Le droit de créance se caractérise par un aspect dynamique et temporaire. Le pouvoir d'exiger prend fin avec l'exécution de la prestation. Cette dernière constitue le véritable avantage procuré au créancier, le pouvoir d'exiger, substance du droit, n'étant que le moyen d'y parvenir. Le droit de créance peut s'appréhender comme une anticipation sur un nouveau partage : une fois la prestation exécutée, le créancier aura plus et le débiteur aura moins. Le droit de créance est donc « une étape dans un aménagement nouveau des situations respectives du créancier et du débiteur »³⁴².

338. *Ibid.*, p. 152, n° 200.

339. *Ibid.*, p. 152 et 153, n° 200.

340. *Ibid.*, p. 153, n° 201.

341. *Ibid.*, p. 154, n° 202.

342. *Ibid.*

Loin de détruire l'équilibre antérieurement établi, l'aménagement futur, que les droits de créance préfigurent, corrige un déséquilibre entre les situations juridiques. Les auteurs distinguent les cas où la loi reconnaît un droit de créance de l'accomplissement d'un simple fait de ceux où la loi donne effet aux volontés des parties³⁴³. Dans la première situation, l'individu qui cause un dommage illégitime à autrui en excédant les limites de sa liberté porte atteinte à la répartition antérieure des biens, des droits et des libertés. La loi accorde alors à la victime un droit de créance lui permettant d'exiger la réparation de son préjudice et, ce faisant, rétablit l'équilibre rompu. La loi peut aussi donner effet aux volontés conjuguées du créancier et du débiteur. Elle se fie alors à l'appréciation des intéressés. Le débiteur qui accepte de s'engager le fait en vue de se procurer une contrepartie sous la forme d'un avantage matériel ou moral. Le débiteur n'accorde au créancier le pouvoir d'exiger une prestation qu'en considération de cette contrepartie.

On retrouve dès lors l'idée de *justice commutative*³⁴⁴. Le pouvoir d'exiger d'une personne l'exécution d'une prestation, inégalitaire s'il est envisagé isolément, se révèle égalitaire dans son contexte. La situation des créanciers et débiteurs est maintenue en équilibre grâce au droit de créance. Soit le débiteur avait soustrait quelque chose au créancier ou avait déjà reçu quelque chose de ce dernier, soit le débiteur bénéficie d'un droit de créance symétrique, le créancier jouant le rôle de débiteur dans cette autre relation juridique, ou il tire de son engagement un profit d'ordre moral. Il ne s'agit donc plus d'attribuer des avantages en fonction de justes causes d'inégalités (justice distributive), « mais de maintenir ou rétablir en valeur l'état de choses préexistant entre le créancier et le débiteur sur une base d'égalité »³⁴⁵.

72

L'attribution égalitaire des libertés civiles. À l'opposé des droits subjectifs, les libertés feraient l'objet, selon Jacques Ghestin et Gilles Goubeau, d'une attribution égalitaire³⁴⁶. Plus précisément, elles sont accordées à tous dans un esprit égalitaire.

343. *Ibid.*

344. *Ibid.*, p. 155, n° 202.

345. *Ibid.*

346. *Ibid.*, p. 150, n° 199 ; G. GOUBEUX, *Traité de droit civil-Les personnes*, op. cit., p. 252, n° 281 ; aussi, F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, Paris, Dalloz, 1977, p. 49, n° 64 : « La liberté civile est une assertion d'égalité ; le droit subjectif est un « signe d'inégalité ». ».

L'attribution n'est cependant pas égale³⁴⁷. Certaines personnes peuvent en effet être privées d'une liberté dont d'autres profitent. Ainsi, une peine d'emprisonnement retire la liberté d'aller et venir, certains fonctionnaires ne sont pas libres de poursuivre une activité commerciale, etc. Mais ces restrictions sont l'exception car quiconque ne remplit pas les conditions d'une catégorie exclue bénéficie de la liberté considérée. D'autre part, ces restrictions ont lieu dans l'intérêt général et non au profit d'un individu. La limitation du nombre de ceux qui exercent en concurrence la même liberté peut certes constituer, en fait, un avantage pour certains. Mais ce n'est là qu'une conséquence indirecte non recherchée à titre principal. Dans cette forme de répartition inégale des libertés, ce n'est pas, au premier chef, pour que les autres aient plus. La privation de liberté se justifie en elle-même sous son aspect négatif.

La seule autre source d'inégalité dans les libertés résulte des circonstances matérielles : la liberté de circuler en automobile n'est évidemment accessible qu'aux détenteurs de tels véhicules³⁴⁸. L'usage par autrui de la même liberté peut d'ailleurs être à la source de l'obstacle matériel. En cas d'embouteillage, on ne peut profiter de sa liberté de circulation en raison de la présence des autres automobilistes. Le principe égalitaire reste toutefois sauf. La personne qui acquiert une automobile se met immédiatement en mesure de profiter de la même liberté de circulation que les autres usagers.

73

Apports de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux : les liens entre l'exclusivité et l'inégalité. À bien y réfléchir, l'idée de base, d'où part la réflexion des auteurs, est déjà bien ancrée dans les théories antérieures. Le droit subjectif est un domaine réservé à son titulaire. Il est, en ce sens, exclusif d'autrui.

Cette idée simple et généralement acceptée est poussée loin en avant dans ses conséquences. C'est ce qui constitue véritablement l'apport des auteurs examinés.

Si le droit subjectif est exclusion d'autrui du domaine réservé à son titulaire, il implique une relation inégalitaire à sa base.

La distribution inégalitaire des droits subjectifs est alors opposée à une attribution égalitaire des libertés. L'égalité ou l'inégalité y joue un rôle fondamental.

L'inégalité légitime se retrouve au fondement des droits subjectifs en général. L'égalité est comprise comme le but à atteindre du droit de

347. *Ibid.*

348. *Ibid.*, p. 151 et 152, n° 199.

créance, mais l'idée est ici bien différente. Le fondement du droit de créance en tant que tel est aussi forgé sur l'idée d'inégalité légitime si l'on admet qu'il provoque une situation d'exclusion d'autrui sur l'objet même du droit. Il tend cependant à rétablir une égalité si l'on veut bien admettre, avec les auteurs, soit qu'il vient sanctionner une atteinte à un équilibre antérieur préexistant (par exemple, le droit de créance issu de l'application des règles de responsabilité civile extracontractuelle), soit qu'il participe à un équilibre contractuel voulu par les parties.

L'égalité est par contre au fondement de l'attribution des libertés en ce que celles-ci sont attribuées à tous sans avoir pour but de soustraire un quelconque pouvoir à autrui ou de réserver celui-ci à quelques-uns. Si, par voie de conséquence, les titulaires d'une même liberté voient réciproquement leur liberté restreinte par les autres, il ne s'agit que d'une conséquence de l'attribution *a priori* égalitaire bénéficiant à chacun. Cette limitation est en outre générale : elle joue dans le chef de tous les titulaires de libertés qui s'opposent, alors que, nous l'avons vu, le droit subjectif ne vient limiter que la liberté d'autrui ³⁴⁹.

Le caractère non exclusif des libertés doit être bien compris. Ce n'est pas parce que la liberté appartient à tous que chacun peut l'exercer comme il l'entend et que le titulaire d'une liberté peut se voir dépouiller de celle-ci. Chaque titulaire d'une liberté voit, également, un champ d'action propre et personnel. Il s'agit seulement de mettre en évidence le fait — essentiel — que celle-ci appartenant à tous, sa distribution n'implique pas, de ce fait, un dépouillement d'autrui sur ce qui en fait son objet. Être libre d'exprimer son opinion n'empêche nullement autrui d'exercer la même liberté civile. Être titulaire d'un droit de propriété sur un bien empêche par contre autrui d'acquérir le bien, sauf l'autorisation du titulaire du droit. Obtenir un droit d'utilisation d'une banque de données, même non exclusif, divise le « monde » entre deux types d'individus : ceux qui obtiennent ce droit — par exemple contre paiement et en respectant un certain nombre de règles d'utilisation — et les autres. Non que ces derniers ne pourraient obtenir un droit analogue. Mais pour utiliser la banque, il leur faut, nécessairement, acquérir un pouvoir concédé par autrui.

349. Il convient en outre de remarquer que l'égalité dont il est question n'est pas celle comprise dans le principe de l'égalité civile postulant qu'une personne physique quelconque est *a priori* égale à n'importe quelle autre en droit civil. C'est que nous nous situons ici dans l'analyse d'éléments techniques du droit civil, le droit subjectif et la liberté civile et non à un des grands principes qui en serait un des fondements. Ainsi, s'il est vrai que, juridiquement, chacun peut, de manière égale, accéder à la propriété immobilière, cette dernière sera pourtant distribuée de manière inégalitaire. Sur ce point, voy. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 89 et 90 et sur ce dernier, *infra*, n^{os} 74 et s.

Le critère, ainsi compris, renvoie, il est vrai, au caractère conditionné ou non des prérogatives, analysé ci-avant³⁵⁰. En effet, si les libertés sont accordées à tous, c'est sans doute qu'aucune condition particulière ne doit être remplie pour accéder aux libertés. Par contre, si les droits subjectifs ne sont que le reflet d'une distribution inégale des richesses, alors c'est que certaines conditions spécifiques doivent être remplies pour permettre aux individus d'acquérir ces droits. Associées, ces deux théories permettent d'appréhender une différence essentielle entre les deux concepts.

Il convient enfin de relever la résolution d'une opposition entre les opinions de Jean Dabin et Paul Roubier concernant le lien entre le droit subjectif et la liberté. Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux renvoient en effet, en quelque sorte, les deux éminents juristes dos à dos. Ils évitent en effet tant une imperméabilité radicale entre les deux concepts, qu'une nécessaire continuité ou assimilation de l'un par l'autre. Ils relèvent en effet que « le contenu du droit est liberté »³⁵¹. Ils mettent ainsi le doigt sur une ambiguïté qui pèse lourd dans le débat de la distinction des concepts. Dans la limite de ce qui forme l'objet du droit, le titulaire jouit généralement d'une faculté de choix qui apparente le droit à une liberté. Cette affirmation est intéressante à plus d'un titre. Elle nous permettra, postérieurement, de mieux cerner l'objet et le contenu des deux prérogatives opposées.

Sous-section 3 La synthèse de Alain Benet

74. L'approfondissement du critère des conditions et des modalités d'attribution dans l'analyse structurelle d'Alain Benet – 75. Les fondements de la distribution inégale des droits subjectifs – 76. Les fondements de l'attribution égalitaire des libertés dans la structure de toute norme juridique – 77. Les fondements de l'attribution égalitaire des libertés dans la structure de la norme porteuse de la liberté civile – 78. Évaluation de l'analyse d'Alain Benet

74

L'approfondissement du critère des conditions et des modalités d'attribution dans l'analyse structurelle d'Alain Benet. Alain Benet paraît être l'auteur qui a poussé le plus avant l'analyse des normes de droit objectif à la base des

350. Cf. *supra*, n^{os} 65 et s.

351. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 149 et 150, n^o 199. Roubier admet du reste lui-même, à la suite de Josserand, que les droits « ne sont pas autre chose que des fragments de libertés » (*Les prérogatives juridiques*, op. cit., p. 84). Voy. aussi, *infra*, n^o 89.

droits subjectifs et libertés civiles. À la recherche de leur structure, l'auteur a approfondi les critères de distinction mis en avant par Paul Roubier, d'une part, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, d'autre part.

À la suite de l'analyse de ces derniers, l'auteur reprend l'idée d'une inégalité dans la distribution des droits subjectifs³⁵². D'après lui, la « raison juridique » de cette distribution inégalitaire est à trouver dans la structure des normes porteuses des droits subjectifs. Celles-ci se caractériseraient par un impératif conditionné. À l'opposé, les normes porteuses des libertés civiles trouveraient leur spécificité dans un permissif pur.

75

Les fondements de la distribution inégale des droits subjectifs. Alain Benet constate que la doctrine moderne affirme tout à la fois le principe de l'égalité civile selon lequel une personne physique quelconque est égale à n'importe quelle autre et l'inégalité de la distribution des droits subjectifs³⁵³. Cette double affirmation ne serait cependant pas contradictoire. L'égalité dont question vise seulement l'individu face aux grands principes du droit civil alors que l'inégalité s'attache à l'analyse spécifique d'un des éléments techniques du droit civil, à savoir le droit subjectif. Les individus seraient donc égaux quant à la vocation d'accéder aux situations juridiques, par exemple l'attribution éventuelle de droits subjectifs, et inégaux dans la distribution de ceux-ci.

Le problème rencontré par l'auteur est alors de savoir si tout être humain bénéficie de droits subjectifs au même titre qu'il bénéficie de libertés³⁵⁴. La théorie de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux implique une réponse négative à cette question. Alain Benet reproche cependant à ces auteurs de donner une explication plutôt factuelle à leur théorie, se bornant à constater que la distribution n'est jamais égalitaire. Il désire, quant à lui, découvrir la raison juridique de cette inégalité.

Alain Benet prend alors comme point de départ, la norme de droit elle-même³⁵⁵. Une large doctrine s'accorde à dégager deux éléments constitutifs de la norme juridique : la présupposition, la condition ou l'hypothèse, d'une part, l'effet juridique ou l'impératif, d'autre part. Toute norme de droit n'est cependant pas porteuse de droits subjectifs. Suivant alors les thèses de Jean-Louis Souriaux, Alain Benet affirme que l'impératif conditionné est l'essence même des normes porteuses des droits

352. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 90.

353. *Ibid.*, p. 90.

354. *Ibid.*, p. 91.

355. *Ibid.*, p. 92.

subjectifs³⁵⁶. L'impératif n'est pas alors catégorique, absolu, mais est soumis à condition (« si... alors »).

L'auteur en déduit que le droit subjectif ne s'actualise que lorsque la condition ou présupposition que renferme la norme juridique porteuse est satisfaite. La réalisation de la condition de l'impératif est une étape indispensable de la naissance du droit.

Alain Benet recherche ensuite quels événements correspondent aux notions de conditions ou présuppositions. Il les identifie aux actes et faits juridiques répondant fidèlement à l'hypothèse posée dans la norme porteuse de droits subjectifs³⁵⁷.

L'auteur prend quelques exemples de droits subjectifs afin de vérifier si leur naissance résulte de la satisfaction à la condition d'un impératif³⁵⁸. Comme droit subjectif issu de faits juridiques, Benet prend d'abord l'exemple du droit à réparation. La norme envisagée est l'article 1382 du Code civil. La condition est le fait fautif dommageable. La possession ensuite, qui peut aboutir à la naissance d'un droit subjectif de propriété, doit également remplir des conditions précisées par la loi, dont, par exemple, un délai de prescription acquisitive. Le droit de succession, issu du décès, est aussi soumis à diverses conditions posées par la loi.

L'auteur constate en outre que la réalisation des actes juridiques ne débouche sur l'avènement d'un droit subjectif que lorsque celui-ci est compris dans la norme de droit comme condition d'application de l'impératif qu'elle renferme. La convention en est l'exemple le plus remarquable : outre les conditions posées par la loi s'ajoutent celles déterminées par l'autonomie de la volonté³⁵⁹.

Alain Benet en conclut donc que « tout droit subjectif, nécessairement issu de la norme de droit, résulte de la satisfaction à des conditions ou présuppositions contenues dans celle-ci »³⁶⁰. Telle serait l'explication d'ordre technique de l'inégalité dans la distribution des droits subjectifs.

L'auteur ajoute également un argument tiré du principe de l'égalité civile. Si le principe est l'égalité, l'inégalité ne peut se manifester que par une norme de droit qui l'instaure. Cette inégalité étant l'exception, il devient en effet indispensable de poser des conditions à sa consécration. Si l'égalité est inconditionnée, l'inégalité est conditionnée. La condition

356. *Ibid.*, p. 93.

357. *Ibid.*, p. 95.

358. *Ibid.*, p. 96.

359. *Ibid.*, p. 97.

360. *Ibid.*, p. 97.

est le procédé technique permettant à l'auteur de la norme de domestiquer l'inégalité.

La logique du système de droit privé présenterait, dès lors, une caractéristique importante : « Le titulaire d'un droit subjectif donné est toujours une ou plusieurs personnes déterminées, mais il n'est jamais l'ensemble des individus, au même instant, sans distinction »³⁶¹.

76

Les fondements de l'attribution égalitaire des libertés dans la structure de toute norme juridique. Pour rechercher les éléments caractéristiques de la norme porteuse des libertés civiles, Alain Benet part également de la structure de toute norme juridique³⁶².

Il prend cependant une position plus nuancée que celle concernant les droits subjectifs. D'emblée, il admet que l'existence même de l'impératif, présenté antérieurement comme constitutif de toute norme juridique, fait l'objet d'une controverse doctrinale³⁶³. Certains y voient un élément constitutif nécessaire de la norme juridique alors que d'autres n'y voient qu'un élément constitutif éventuel.

Suivant le premier courant doctrinal, dont font par exemple partie Georges Del Vecchio, Jean Dabin et Henri Motulsky, il n'y aurait pas de place pour des règles purement permissives³⁶⁴. Les règles permissives ne pourraient être autonomes, soit parce qu'elles sont toujours dépendantes de règles impératives dont elles restreignent ou délimitent la sphère d'application, soit parce qu'elles comportent toujours une injonction aux tiers de respecter le règlement légal.

Suivant le second courant, représenté principalement par Kalinowski et Amselek, les règles permissives peuvent être autonomes. Pour Amselek, il convient de bien distinguer l'obligatorité de la norme³⁶⁵, et le contenu de celle-ci. L'obligatorité renvoie à la forme obligatoire de la réglementation juridique, le contenu à la matière réglementée. Ce contenu peut être impératif ou simplement habilitateur ou facultatif de manière indépendante de la règle qui constitue un modèle devant obliga-

361. *Ibid.*, p. 99.

362. *Ibid.*, p. 281.

363. *Ibid.*, p. 282 à 289.

364. *Ibid.*, p. 282 à 285.

365. Pour M. AMSELEK (*Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 277 et 278, cité par A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 288), « la norme juridique a la signification, la vocation d'un modèle, auquel l'objet, la réalité, les conduites humaines notamment, doivent obligatoirement correspondre ».

toirement être réalisé. L'impératif est, dans ce dernier cas, purement formel.

Alain Benet considère que si l'impératif est indispensable dans toute norme juridique, alors cette dernière entraîne l'existence d'une obligation ou d'un devoir, notions qualifiées du terme générique d'« injonctif »³⁶⁶. Suivant les théories d'Amselek, il dénonce, chez les tenants du premier courant, la confusion entre la forme obligatoire de la norme et son contenu impératif³⁶⁷. Toute norme ne crée pas une obligation, ce qui n'empêche pas qu'elle doive être respectée par les tiers. La difficulté de concevoir l'autonomie de la règle permissive proviendrait également d'une acceptation du critère de la juridicité dans la sanction au sens de condamnation juridique. Une norme purement permissive aura, dans ce cadre, bien du mal à prétendre à la juridicité : le titulaire d'une liberté ne peut être condamné à en jouir. Alain Benet préfère alors une conception plus large de la sanction comprise comme consécration, prise en considération ou signe de la non-indifférence du droit. Il en conclut que la norme permissive présente les mêmes caractéristiques que toute autre norme juridique : l'impératif — obligatorité — et la sanction — consécration³⁶⁸.

77

Les fondements de l'attribution égalitaire des libertés dans la structure de la norme porteuse de la liberté civile. Partant du modèle précisé ci-avant, Alain Benet énonce que la liberté civile provient d'une norme juridique à « permissif pur »³⁶⁹. Elle ne contient ni impératif ni injonctif. Elle reconnaît et confère à l'individu une permission, s'exprimant dans un « pouvoir juridique nu ». Son existence n'est pas sous la dépendance d'une obligation, d'une prescription corrélatrice.

Les caractéristiques essentielles de cette norme porteuse, qui intéressent directement les critères présentement analysés, sont l'universalité du sujet titulaire de la liberté³⁷⁰ et l'absence de condition d'acquisition de la prérogative qui en est issue³⁷¹. Intimement lié au principe de l'égalité juridique, justifié par le principe du respect de l'intégrité humaine, le permissif ne peut en effet voir son existence soumise à des conditions.

366. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 289, n° 88.

367. *Ibid.*, p. 291 à 293.

368. *Ibid.*, p. 295.

369. *Ibid.*, p. 296 et s.

370. *Ibid.*, p. 298 et 302.

371. *Ibid.*, p. 299 et 302.

Concernant l'universalité ou l'égalité d'attribution des libertés, Alain Benet voit sa justification dans le principe, d'ordre public, d'inviolabilité de l'intégrité individuelle³⁷². Les libertés concernent non seulement la dignité de la personne, mais son existence. Qu'en serait-il ainsi de la dignité de l'individu s'il ne pouvait jouir d'une protection de sa vie privée ?

L'opposition avec les droits subjectifs serait ici très marquée. Si tout individu a vocation à devenir créancier d'une prestation contractuelle ou d'une réparation délictuelle, la jouissance réelle de la prérogative « n'appartient jamais à tous les individus, naturellement ». L'opposition s'expliquerait par les finalités différentes des deux prérogatives. La liberté a pour seule finalité la reconnaissance d'une sphère de liberté dans le domaine qu'elle régit, indispensable à l'être humain pour sa réalisation. Le droit subjectif ne remplit pas nécessairement une fonction identique. Il conduit à un résultat inverse lorsqu'il confère un pouvoir d'exiger : il est créateur d'inégalité³⁷³.

Alain Benet termine alors son raisonnement par un appel au droit public. Il lui paraît en effet symptomatique que les libertés reconnues à l'homme soient classées par certains auteurs dans la catégorie des libertés fondamentales³⁷⁴ se subdivisant elles-mêmes en libertés privées et libertés publiques. Concernant les libertés publiques, il souligne également le principe d'égalité d'attribution qui leur est reconnue. Il en conclut que l'attribution universelle des libertés s'explique par la nature du domaine protégé : « Toutes ces normes contenues dans notre droit positif, quelle qu'en soit la source formelle (déclaration universelle, constitution, principes généraux de droit, loi), contiennent une « présupposition » naturellement satisfaite puisque la règle de droit attribue à tout individu la jouissance d'une prérogative ayant pour finalité de lui assurer une zone de liberté dans un domaine donné. Il en est ainsi dans les rapports de l'État avec l'individu comme dans les rapports entre individus »³⁷⁵.

78

Évaluation de l'analyse de Benet. L'analyse d'Alain Benet vient confirmer en différents points les théories de ses prédécesseurs analysées ci-avant. Pour la doctrine qui s'est penchée sur le problème de la distinction des droits subjectifs et libertés civiles, l'unanimité paraît se faire sur l'idée que la liberté civile est reconnue universelle. En ce sens, la liberté est attribuée

372. *Ibid.*, p. 309.

373. *Ibid.*, p. 310.

374. *Ibid.*

375. *Ibid.*, p. 313.

à tous également en l'absence de conditions juridiques restrictives posées *a priori* par le droit objectif. Le droit subjectif, par contre, conditionné dans sa distribution, ne se verra accordé qu'aux personnes répondant aux conditions fixées par le droit objectif.

L'explication éminemment positiviste d'Alain Benet convainc cependant moins. La dissection des normes porteuses et les conclusions tirées laissent en effet place au doute.

La méthode, tout d'abord, pose question. Alain Benet constate peut-être une structure particulière des normes porteuses, mais n'en donne aucune justification *a priori*. Si nous voulons comprendre la différence intrinsèque entre les qualifications analysées, il faut sans doute aller plus loin. La norme ne traduit jamais qu'un choix posé par le droit objectif. Elle ne dit rien sur la raison, le motif qui a poussé à tel ou tel choix. Une réponse est certes ébauchée par Alain Benet. Les libertés civiles toucheraient à la dignité et à l'existence de l'individu. Nous restons songeur. Ainsi, dans nos sociétés démocratiques fondées sur un modèle capitaliste et libéral, l'inaccessibilité à la propriété de biens — on peut penser ici aux S.D.F. — ne provoque-t-elle pas des situations individuelles dont l'indignité se fait de plus en plus criante, plaçant par là même certains droits subjectifs — la propriété n'est-elle pas proclamée comme un droit de l'homme dans la Convention européenne des droits de l'homme ? — très haut dans l'échelle des valeurs reconnues à certaines prérogatives ? La référence naturelle des libertés civiles à des valeurs considérées comme particulièrement essentielles dans nos sociétés est évidente. Mais il nous paraît que cette référence ne permet pas seule de comprendre une distinction claire entre les différentes qualifications.

En outre, la structure même de ce permissif pur dont serait caractérisée la norme porteuse des libertés civiles laisse songeur. Nous pouvons l'admettre s'il s'agit seulement d'y voir la consécration de l'universalité et de l'absence de conditions d'acquisition. Nous sommes moins confiant lorsqu'il s'agit de mettre en avant l'absence d'impératif propre aux règles consacrant les libertés civiles. L'auteur ne nie du reste pas réellement l'absence d'impératif, mais soutient qu'elle serait prévue dans une norme distincte de celle consacrant la liberté civile³⁷⁶... Qu'il nous soit permis une réflexion plus pratique : la thèse d'Alain Benet sur ce point peut se résumer à soutenir que l'injonctif se situe dans la même norme pour le droit subjectif alors qu'elle se situe dans deux normes distinctes pour les libertés civiles. L'important, alors, n'est-il pas plus de vérifier si ces injonc-

376. *Ibid.*, p. 304, n° 101.

tions sont identiques ? Autrement dit, si les deux qualifications sont porteuses d'impératifs, ont-ils la même portée ? La réponse à cette question nous paraît bien plus permettre une distinction pratique entre les concepts que l'identification et le nombre de normes nécessaires à la reconnaissance d'un tel impératif.

Sous-section 4 **Appréciation des critères des conditions et des modalités d'octroi**

79. Du critère des conditions au critère des modalités d'octroi – 80. Une distinction théorique dont les conséquences pratiques n'apparaissent pas clairement – 81. Des critères malaisés à appliquer

79

Du critère des conditions au critère des modalités d'octroi. Le critère des conditions, mis en avant par Paul Roubier, se retrouve en filigrane dans celui des modalités d'octroi de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux. Le principe inconditionné des libertés participe à l'idée d'attribution égale et collective des libertés.

Des deux théories qui précèdent, et de leur essai de systématisation par Alain Benet, nous pouvons *a priori* tenter de distinguer droits subjectifs et libertés civiles comme suit.

Tout individu ayant la personnalité juridique³⁷⁷ peut prétendre à exercer les libertés civiles reconnues à tous par le droit objectif. La liberté de commerce permet *a priori* à tout individu de poser des actes de commerce, sauf les restrictions établies par la loi. La liberté d'aller et venir permet à tout individu de se déplacer et de circuler librement, sauf les restrictions établies par la loi. La liberté d'expression permet à quiconque d'exprimer ses opinions, sauf les restrictions établies par la loi.

Parce qu'elle est attribuée à tous, *la liberté est porteuse d'un champ d'action ou d'inaction non exclusif*. Si chacun reçoit *a priori* « ses » libertés civiles, alors personne ne se voit amputé ou dépouillé *a priori* de ce qui fait l'objet de chacune des libertés civiles. Cela n'empêche nullement que chaque titulaire exerce sa liberté en propre et que personne ne peut lui retirer.

377. Un animal ou une chose ne deviennent pas titulaires d'une liberté au sens juridique du terme. Une certaine capacité juridique paraît donc bien être une condition de l'attribution de la liberté. Mais il se fait que les conditions d'attribution s'arrêtent là. Dès lors, puisque tous les sujets de droit se voient attribuer les libertés civiles *a priori*, nous pouvons admettre le caractère inconditionné proposé.

La liberté est en principe inconditionnée car elle est attribuée à tous, à charge, pour son titulaire, d'en respecter les modalités d'exercice prévues par le droit objectif. Son exercice est en effet *toujours* réglementé car aucune liberté n'est reconnue sans limites. Le système juridique a donc dû imaginer certaines règles permettant de déterminer ces limites tout en garantissant un équilibre harmonieux entre les différentes prérogatives qui s'opposent.

La liberté est attribuée à tous de manière égalitaire sans que des conditions particulières propres à sa reconnaissance soient posées *a priori*. L'appréhension des pouvoirs contenus dans la liberté se fait en quelque sorte par la négative. Plus la liberté est définie et reconnue à tous de manière large, plus les prérogatives réellement attribuées se détermineront *a posteriori* par un *jeu de soustraction* : l'individu peut tout faire sauf ce qui lui est interdit. Cette soustraction s'effectue cependant ultérieurement à l'attribution de la liberté civile elle-même.

Les droits subjectifs, par contre, *se distribuent de manière inégalitaire*. Ils sont reconnus exclusivement aux personnes remplissant certaines conditions définies par le droit objectif. Les droits subjectifs s'acquièrent généralement par le jeu de la volonté du futur titulaire qui se met, seul, ou avec d'autres, en mesure de remplir les conditions pour se voir reconnaître certaines prérogatives prédéterminées par la loi et les conventions. Les prérogatives reconnues à l'individu suivent ici un *jeu d'addition*. Elles s'acquièrent et sont recherchées comme des richesses ou des biens. Peu importe que le droit soit exercé ou non.

80

Une distinction théorique dont les conséquences pratiques n'apparaissent pas clairement. Tels qu'ils sont actuellement développés, les critères de distinction explicités ci-avant pèchent encore par leur caractère trop théorique et par la difficulté de percevoir les conséquences pratiques de leur acceptation.

Théorique car nous pressentons que la liberté civile comme le droit subjectif n'est pas, en réalité, attribuée de manière égale à tous. Sa jouissance ou son exercice sont dépendants de certaines circonstances factuelles, voire parfois juridiques, dans lesquelles évolue chaque titulaire. Les différences d'intelligence, de fortune, de milieu social, le régime politique en place, etc., seront autant de causes d'inégalités de fait dans la jouissance des libertés civiles de chacun. Le critère n'est cependant pas à rejeter sur cette base si l'on admet, avec Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, que cette attribution s'effectue plus dans un « esprit » égalitaire que sur la base d'une égalité réelle.

En outre, les conséquences de ce critère n'apparaissent pas clairement. Quelles sont, en pratique, les conséquences de l'exclusivité et de l'inégalité de distribution des pouvoirs associées au droit subjectif ? En quoi les relations juridiques nouées par le titulaire d'un droit subjectif sont-elles différentes de celles d'un titulaire de libertés civiles ? Etc.

S'il est parfaitement acceptable de voir une différence théorique dans la distribution de l'une et l'autre des prérogatives analysées, cette différence ne paraît pas encore apte à tracer une ligne claire de démarcation entre les deux qualifications. L'exercice des libertés civiles, comme celui des droits subjectifs, est largement réglementé par le droit objectif. Cette réglementation en cisaille le régime réel et, par là même, réduit la portée des qualifications respectives analysées. D'après nous, la qualification n'a en la matière de portée réelle — outre le nécessaire ordonnancement conceptuel — que si elle est porteuse de conséquences juridiques distinctes trouvant naissance dans le ou les critères de distinction que nous recherchons. À ce stade de l'analyse, nous ne distinguons cependant pas en quoi les critères proposés justifient ou annoncent de telles distinctions de régime.

81

Des critères encore malaisés à appliquer. En outre, les critères analysés ci-avant sont malaisés à mettre en œuvre et ne paraissent pas, dès lors, suffisamment complets et précis pour permettre une distinction certaine entre droits subjectifs et libertés.

Quel est du reste le véritable critère : la distribution égalitaire ou non ou le caractère exclusif ou non du pouvoir concédé par le droit objectif ?

Même lorsque les auteurs s'accordent sur la reconnaissance d'un critère, ils en arrivent à des conclusions opposées lorsqu'il s'agit de l'appliquer. C'est ainsi que Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux voient dans les droits de la personnalité de véritables droits subjectifs³⁷⁸ alors que, par exemple, Alain Benet voit dans les normes affirmant l'existence du droit à la vie privée la trace d'une liberté civile.

Des critères de distinction fiables devraient normalement permettre d'opter pour l'une ou l'autre des qualifications qui en font l'objet. Les droits de la personnalité paraissent certes rétifs aux essais de qualifi-

378. G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil — Les personnes*, op. cit., p. 253, etc., n° 282. Ce faisant, ils suivent un raisonnement quelque peu étriqué puisque, selon eux, les droits de la personnalité paraissent *a priori* répondre au critère de distribution égalitaire propre aux libertés civiles (pour une remarque analogue, voy. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 6^e éd., Paris, Armand Collin/Masson, 1995, p. 188, n° 187 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 165, n° 133).

cation. Mais si les critères avancés ne permettent pas d'apporter une réponse à leur qualification, nous sommes forcé de nous poser la question de leur efficacité et de leur valeur.

Section 2

La détermination de l'objet et des prérogatives

82. Précision terminologique – 83. Contenu du critère

82

Précision terminologique. Nous adoptons la distinction retenue par Jean Dabin entre, d'une part, l'*objet* du droit — « ce sur quoi le droit en question porte » — et, d'autre part, le *contenu* du droit — « ce qui le délimite dans son mode et dans son étendue : il inclut telle prérogative ou tel « faisceau » de prérogatives »³⁷⁹.

L'exemple de la propriété donné par l'auteur et amplifié par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux est éclairant : le propriétaire d'un immeuble est, en principe, libre de faire tout ce qu'il veut (*contenu* du droit) de cet immeuble (*objet* du droit)³⁸⁰.

Le droit de créance a un contenu immatériel : une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner. L'objet du droit de créance porte sur l'objet même de l'obligation : la prestation qui est due.

Cette distinction permet en effet d'affiner plus avant les différences qui pourraient être retenues entre les notions de droit subjectif et de liberté civile.

83

Contenu du critère. La plupart des auteurs qui se sont penchés sur la distinction entre la liberté et le droit subjectif s'accordent à reconnaître un critère distinctif dans le degré de détermination du contenu ou de l'objet soumis à qualification : le droit subjectif se caractériserait par sa détermination ou sa précision à l'opposé de la liberté³⁸¹.

379. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 168.

380. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, op. cit., p. 172 et 173, n° 221.

381. Voy. par exemple, P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 50, n° 57 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, op. cit., p. 311 ; 24^e éd., 1996, p. 273 ; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 840 et s., n°s 17 et s., spéc. n° 21 ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 284 ; S. GUTWIRTH, *Waarheid aanspraken in recht en wetenschap*, Bruxelles, Maklu-VUB press, 1993, p. 650 et 657 ; ID., *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Rathenau Instituut, werkdocu-

François Rigaux a précisément énoncé le critère analysé, en l'appliquant aux droits de la personnalité : « À la différence des droits subjectifs dont l'assiette est délimitée par la configuration physique de la chose (droit réel), par la détermination de la loi ou du contrat (droit de créance) ou par l'énumération limitative des prérogatives du titulaire (droits intellectuels), les droits de la personnalité [que l'auteur rattache aux libertés] et, à plus forte raison, le droit général de la personnalité ont des contours indistincts qui ne donnent prise ni à la maîtrise absolue du droit de propriété ni au pouvoir limité et partiel dont l'obligation personnelle investit le créancier à l'égard du débiteur. Quelque définition qu'on donne du droit subjectif, elle ne saurait englober un faisceau de prérogatives floues et qui trouvent leur limite dans les libertés dont peuvent se prévaloir tous les autres sujets, accusés à tort ou à raison d'avoir porté atteinte à un bien de la personnalité d'autrui »³⁸². Parlant de la liberté, l'auteur ajoute : « L'originalité de celle-ci est de trouver en elle-même l'objet de sa propre spécification. Rien d'extérieur à elle ne la détermine, l'ordre juridique objectif se bornant à lui imposer des limites sans la prédéterminer »³⁸³.

La détermination des droits subjectifs ou l'indétermination des libertés porteraient donc tant sur l'objet que sur le contenu des prérogatives issues des qualifications analysées, au sens précédemment défini. Il paraît, dès lors, nécessaire de préciser chacun de ces deux éléments.

Sous-section 1 La détermination de l'objet

- 84. Détermination de l'objet des droits subjectifs
- 85. Indétermination originelle de l'objet des libertés
- 86. L'appréciation du critère de la détermination de l'objet

84

Détermination de l'objet des droits subjectifs. L'objet même du droit permettrait, par le degré de précision avec lequel il peut s'appréhender, le

ment 64, Den Haag, juni 1998, p. 51 à 54 ; J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *op. cit.*, p. 535 ; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband* (multig.), Thèse de doctorat, V.U.B., 1986, p. 43, n° 93 et p. 48, n° 102 ; P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, p. 453 et 454 ; L. MARTIN, « Le secret de la vie privée », *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 237 et s., spéc. p. 239 et 239, n°s 15 et 16 ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 119 ; F. RIGAU, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990, p. 734 et s., spéc. n° 668 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, pp. 149 et 150 ; ID., « Les prérogatives juridiques », *op. cit.*, p. 84 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p. 367, n° 961.

382. F. RIGAU, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 737.

383. *Ibid.*, p. 736 et 737, n° 662 ; aussi, ID., *La vie privée, une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur n° 17, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 224, n° 219.

choix de sa qualification en droit subjectif ou en liberté³⁸⁴. L'objet dont on parle ici est ce sur quoi porte le droit.

En ce qui concerne le droit de propriété, il s'exerce sur un bien meuble ou immeuble extérieur au sujet. L'objet du droit a donc ici un contour et une substance nettement délimités dans l'espace.

Le droit de créance porte sur une prestation déterminée ou déterminable mise à charge du ou des débiteurs. Si l'obligation est de *dare*, la prestation due est le transfert de la propriété ou d'un autre droit réel. En vertu des articles 1108 et 1129 du Code civil, l'objet de la prestation, c'est-à-dire le bien sur lequel s'exerce le droit réel transmis, doit être déterminé et certain. Si l'obligation de faire a pour objet une prestation positive autre qu'une dation (délivrer, payer, effectuer un travail, etc.), l'objet de cette prestation doit également être certain et déterminé. La prestation exigible peut ou non se matérialiser en un bien extérieur au sujet qui constitue alors soit l'objet de la prestation elle-même, soit en constitue le support. La prestation, certaine en ce qui concerne la prérogative reconnue au créancier, ne laisse pas toujours prise à une relation à un bien déterminé. Ainsi, lorsque l'avocat s'engage à défendre au mieux les intérêts de son client ou lorsque le médecin s'engage à diagnostiquer une maladie. La prestation promise est intellectuelle. Le débiteur a devant lui une palette de possibilités quant à la réalisation de la prestation.

L'obligation de ne pas faire consiste en une abstention. Il s'agit de définir négativement une obligation de faire. Les exigences de détermination de l'objet sont donc identiques à l'obligation de faire.

En matière de droit d'auteur, les droits portent sur une œuvre qui se confond bien souvent avec le support qui la matérialise. Cette œuvre est parfois indépendante de tout support (par exemple, une improvisation musicale ou théâtrale). Il n'en reste pas moins qu'elle n'est créée que par la formalisation d'idées se matérialisant nécessairement par un objet

384. Parlant des droits subjectifs, François Rigaux énonce que : « Tous les théoriciens s'accordent à reconnaître que le droit de propriété est la matrice intellectuelle des droits subjectifs. Non en raison de son caractère économique, mais parce qu'il a pour objet une chose occupant une portion définie de l'espace (ou dans l'espace, s'il s'agit d'un meuble corporel) et que le devoir d'abstention des tiers est lui-même rigoureusement déterminé. Les droits de créance ont un objet immatériel, une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner, dont le contenu est lui aussi rigoureusement délimité : seul « (un) objet certain » peut former « la matière de l'engagement » (C. civ., art. 1108). Enfin, les divers droits intellectuels confèrent eux aussi à leur titulaire des prérogatives limitativement énoncées par la norme qui les institue. Les biens de la personnalité ne présentent pas la précision requise pour qu'en émane l'objet d'un droit subjectif » (*La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 742, n° 668).

extérieur au sujet, aux contours délimités ou par une prestation du sujet nécessairement délimitée dans l'espace et dans le temps.

85

Indétermination originelle de l'objet des libertés. Les libertés, quant à elles, se caractériseraient par une indétermination de leur objet. Mais que veut-on dire par là ?

Cette affirmation semble partir d'une confusion. En réalité, l'objet propre d'une liberté n'est pas, comme pour les droits subjectifs, une prestation ou un bien extérieur au sujet, mais une action du sujet, un agir défini de manière abstraite par le nom ou le qualificatif générique qui lui est attribué : la liberté d'expression, la liberté d'aller et venir, la liberté contractuelle, la liberté de commerce, etc. La liberté civile n'est pas liée, *a priori*, à un bien déterminé ou à une prestation déterminée attendue d'autrui³⁸⁵.

Un nombre indéterminé de biens peut devenir le support de l'exercice d'une liberté. Le bien, et les droits que l'on peut acquérir sur ceux-ci, ne sont que des moyens choisis par le titulaire de la liberté pour parvenir au but auquel tend la liberté.

L'objet de la liberté — ce sur quoi elle porte — est donc d'abord à trouver dans le titulaire de la liberté. Plus précisément, il est constitué par le titulaire en action. L'action — ou l'abstention — tend à la réalisation du but particulier de la liberté spécifique. Le titulaire agit ou non en vue de l'exercice d'émettre une opinion, de contracter ou d'exercer une activité commerciale, par exemple. Dans ces cas, la distinction entre objet et contenu perd de son utilité. L'action du titulaire est précisément l'exercice des prérogatives qui lui sont reconnues sous le couvert de la liberté civile. La liberté lui offre un choix d'actions ou d'abstentions qu'il lui revient d'opérer dans le respect des lois. Ces choix sont incertains car ils sont dépendants — dans le respect des limites spécifiées par la loi — de la seule volonté autonome du titulaire. Nous rejoignons donc ici l'opinion déjà émise par Jean Dabin³⁸⁶.

385. Voy. dans le même sens, X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 285 : « La liberté ne porte pas sur « ceci » ou « cela », comme c'est le cas du droit subjectif classique tel que la propriété de l'article 544 C. civ. ; plutôt qu'un mouvement qui partirait d'un sujet vers un objet, la liberté connote le second sens de la propriété ; elle évoque ce sujet même, dans son activité « propre » qui, comme telle, ne relève pas du monde des objets. sans doute, la liberté s'exprime-t-elle *en* « ceci » ou « cela », mais ces expressions ne sont pas des « choses » détachées du sujet qui les livre, elles sont bien plutôt ce sujet lui-même dans le mouvement de sa liberté. ».

386. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 170 ; ID., *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, op. cit., p. 36 et 37.

86

L'appréciation du critère de la détermination de l'objet. L'opposition entre l'objet du droit subjectif à trouver dans un bien ou une prestation extérieure à son titulaire et l'objet de la liberté civile à trouver dans l'(in)action de son titulaire en vue de réaliser la finalité dont la liberté est porteuse, ne paraît pas contestable. Elle n'est toutefois pas porteuse d'une utilité directe au stade actuel de l'analyse.

Même si l'opposition semble plus ténue en ce qui concerne la distinction entre un droit subjectif de créance et une liberté civile, celle-ci n'en est pas moins réelle. Il s'agit certes, dans les deux cas, d'une prestation — action ou inaction — attendue sur laquelle s'exerce un pouvoir. Mais alors que pour le droit de créance, le pouvoir est exercé à l'égard du débiteur, le pouvoir du titulaire de la liberté ne s'exerce qu'à l'égard de lui-même. En outre, l'objet de la créance est normalement spécifié avec précision dans le contrat ou dans la loi alors que la prestation ou l'abstention issue de la liberté civile reste *a priori* indéterminée.

Ce qui ne veut pas dire que ce critère serait sans utilité. Vis-à-vis des tiers, l'existence ou non d'un objet déterminé sur quoi porte le droit subjectif facilite grandement la spécification du contenu des devoirs qui pèsent sur eux à l'égard du titulaire de ce droit. Il n'en est par contre pas de même avec l'objet spécifique de la liberté civile. On pourra toujours tenter de dire que le titulaire de la liberté ne peut se voir interdire *a priori* l'exercice de sa liberté, que ce soit par une contrainte physique ou autre. Ceci étant, cela ne permettra pas de spécifier dans quels cas certaines actions ou abstentions sont permises, alors qu'elles se voient interdites dans d'autres cas, au nom des pouvoirs exercés par des tiers.

Sous-section 2 La détermination des prérogatives

87. Détermination des prérogatives issues du droit subjectif
– 88. Indétermination des prérogatives issues des libertés civiles – 89. L'appréciation du critère d'indétermination des prérogatives

87

Détermination des prérogatives issues du droit subjectif. Le degré de détermination du contenu du droit, c'est-à-dire des prérogatives attribuées à son titulaire, procurerait un critère de choix entre la qualification de liberté civile ou de droit subjectif.

Le droit de propriété, tel que défini à l'article 544 du Code civil, donne à son titulaire les prérogatives les plus étendues sur le bien qui en forme l'assiette : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Les limites du droit de propriété sont du reste définies par la loi (législations concernant l'expropriation, système

du démembrement de la propriété prévu par le Code civil, etc.) ou par des théories jurisprudentielles (abus de droit, troubles du voisinage, etc.).

Le titulaire d'un droit subjectif de créance a un droit sur la prestation due par son débiteur. Le droit de créance a en effet pour objet une action ou une abstention promise par le débiteur, c'est-à-dire une obligation. Même si ce droit ne permet pas au créancier de disposer de la personne du débiteur, il dispose de la prestation due en ce sens qu'il a le droit d'en réclamer ou non l'accomplissement, d'y renoncer par remise de la dette ou de la céder à autrui³⁸⁷. Ces prérogatives sont clairement précisées et délimitées par la loi, le contrat ou par les exigences de la bonne foi.

Il en est de même pour les droits d'auteur. La loi détermine généralement avec une grande précision les obligations auxquelles sont tenus les tiers à l'égard de l'œuvre elle-même ou des auteurs et de leurs ayants droit. Les prérogatives issues des droits moraux sont, quant à elles, clairement délimitées par la loi.

88

Indétermination des prérogatives issues de la liberté civile. D'après de nombreux auteurs, à la détermination des prérogatives du droit subjectif répond l'indétermination de celles issues de la liberté³⁸⁸.

Cette affirmation est commune et se retrouve dans certaines définitions que l'on a pu donner au concept de liberté. Jean Carbonnier énonce ainsi que : « La liberté est la possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir d'agir selon sa propre détermination »³⁸⁹. De manière encore plus générale, on identifie souvent la liberté à la latitude de « faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi »³⁹⁰. Jean Dabin, quant à lui, parle de la « liberté d'accomplir (ou de ne pas accomplir) tous actes quelconques, de quelque nature et en quelque domaine que ce soit, naturellement sous réserve des prohibitions, limitations ou conditions posées par la règle de droit. »³⁹¹.

387. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 91.

388. Cf. *supra*, n° 83.

389. J. CARBONNIER, *Droit civil*, 10^e éd., t. I, Paris, P.U.F., 1974, p. 311.

390. P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 50 ; O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », op. cit., p. 843 et s., n^{os} 22 et 23 ; *Lexique des termes juridiques*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 234 ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 244 ; F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 37 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 147 et 149.

391. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 170.

Si la liberté est une possibilité d'agir en posant ou non un nombre indéterminé d'actes quelconques, faut-il nécessairement reconnaître que l'on ne peut trouver en elle-même des principes permettant la détermination de prérogatives précises reconnues à celui qui l'exerce ?

Une fois la liberté reconnue, c'est à son titulaire qu'il revient d'en déterminer le contenu au gré de son exercice. Ainsi, la liberté d'expression permettra à une personne d'écrire un article déterminé et de le faire publier, la liberté d'aller et venir permet à une personne déterminée d'user de sa voiture ou d'en louer une à autrui pour se rendre en excursion à la ville voisine durant un congé, la liberté contractuelle autorisera une personne à rechercher un acheteur intéressé par un bien qui lui appartient, etc.

Ce n'est donc pas tellement en elle-même que la liberté trouve sa détermination³⁹², mais bien dans son exercice par le titulaire. Cet exercice l'insère dans la réalité et, par ce fait, lui donne un contenu ayant un contour précis, même s'il se modifie au rythme de l'action du sujet. *A fortiori*, le contenu de la liberté est précisément déterminé lorsqu'elle est contrecarrée par l'action d'un tiers³⁹³. L'opposition fige alors le contenu de la liberté qui servira de référence obligée dans la recherche d'une solution au conflit.

89

L'appréciation du critère d'indétermination des prérogatives. Nous ne pouvons ériger en principe que les prérogatives issues des libertés sont indéterminées ou indéfinies et y voir le critère de distinction entre droits subjectifs et libertés civiles.

La *première raison* tient au fait que plus le but de la liberté civile est défini précisément, plus les choix laissés au titulaire diminuent pour en arriver, le cas échéant, à une parfaite détermination *a priori*.

Ainsi, Paul Roubier n'évite pas certaines contradictions entre son principe et les exemples de libertés sur lesquels il raisonne. En quoi consistent les prérogatives issues de la liberté de se marier ou de ne pas se

392. Voy. *contra supra*, F. RIGAUX, n° 83.

393. Voy. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 742 qui semble se rendre compte également de la faiblesse du raisonnement : « [...] la négation « d'un droit de l'individu *in se ipsum* » est moins pertinente quand on retarde l'éventuelle naissance d'un droit subjectif jusqu'au moment où la liberté individuelle, le *Selbstbestimmungsrecht*, est contrecarrée par l'action d'un tiers. L'élément d'altérité ou d'intersubjectivité requis pour la formation d'un droit subjectif ne se retrouve-t-il pas alors réalisé ? Dans la relation nouée avec un autre sujet se laisserait déceler un objet adéquat du droit subjectif ou, selon la terminologie de Jean Dabin, de « l'appartenance-maîtrise ». Le *Selbstbestimmungsrecht* n'implique-t-il pas que le sujet maîtrise ce qui lui appartient dans sa relation à autrui ? ».

marier, de celle de contracter ou de ne pas contracter, de celle d'aliéner ou d'acquérir, de tester ou non, si ce n'est dans le pouvoir d'opter pour l'une ou l'autre des branches de l'option ? Peut-on imaginer des prérogatives mieux définies ou déterminées ?

Le discours sur les libertés est, nous le voyons, dépendant de la détermination préalable des différentes libertés en droit positif. Celle-ci est plus ou moins large suivant le qualificatif attaché à la liberté. Lorsque l'on oppose l'indétermination de la liberté à la détermination de celles issues du droit subjectif, il conviendrait de distinguer la liberté générale des libertés spécifiques ainsi que de leur exercice.

La liberté générale correspond à une indétermination totale et donne prise seulement à une définition par ses limites. Son contenu — tout acte posé ou non par son titulaire — ne donne pas de prise à une systématisation. Le critère de l'indétermination des prérogatives pourrait donc être admis pour la distinguer des droits subjectifs.

Il n'en est pas forcément de même pour les libertés spécifiques. Ainsi, la liberté de contracter, la liberté d'aller et venir, la liberté de tester, la liberté matrimoniale, la liberté d'expression, etc., définissent plus précisément le type d'action permis au titulaire. Le choix laissé au titulaire peut être parfaitement « déterminé »³⁹⁴ et il est souvent « déterminable »³⁹⁵. Nous ne pouvons donc admettre que le critère retenu soit suffisamment efficace pour être généralisé.

La *seconde raison* tient au fait que le contenu même de certains droits subjectifs ne nous paraît pas nécessairement plus précis que celui de certaines libertés civiles. Nous remarquons ainsi que d'aucuns n'hésitent pas à voir dans le droit de propriété, souvent pris en exemple dans les théories du droit subjectif, comme une liberté en arguant de l'indétermination des pouvoirs qu'il procure à son titulaire³⁹⁶.

394. A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 405 et 407.

395. Voy. dans le même sens, F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, Paris, Dalloz, 1977, p. 49, qui indique : « Ce critère n'est pas satisfaisant parce qu'il laisse sans réponse plusieurs interrogations : Que faut-il entendre par contenu déterminé ? Quelle notion juridique aurait-on si on était en face d'un pouvoir juridique à contenu déterminable ? Aurait-on une catégorie intermédiaire entre la liberté civile et le droit subjectif ou aurait-on un droit subjectif futur, conditionnel, éventuel ? Enfin, et surtout, pourquoi le contenu du droit subjectif serait-il déterminé et celui de la liberté civile ne le serait-il pas ? Cette indétermination interviendrait-elle en faveur de qui ? Ne faut-il pas se référer aux sujets de ces prérogatives juridiques plutôt qu'à leur contenu ? ».

396. Voy. par exemple, F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 315 et 316.

La *troisième raison* est que le contenu du droit subjectif est la plupart du temps constitué d'un espace de liberté. L'assimilation des deux concepts est, à ce niveau, acceptable et prônée par différents auteurs³⁹⁷. Cette réalité est, nous semble-t-il, à la source des divergences qui naissent de l'application dudit critère. Le titulaire du droit subjectif est, en toute hypothèse, normalement libre d'exercer ou non les prérogatives issues de son droit, de choisir la manière dont il les exercera. Une ambiguïté rend donc, d'après nous, l'utilisation du critère proposé hautement délicate.

Section 3

Évaluation critique des critères traditionnels

90. Le caractère incomplet de l'analyse du droit objectif comme recherche de différenciation entre le droit subjectif et la liberté – 91. Efficacité relative des critères analysés

90

Le caractère incomplet de l'analyse du droit objectif comme recherche de différenciation entre le droit subjectif et la liberté. Les diverses opinions analysées ci-avant nous permettent de conclure à une inadaptation de la méthode utilisée pour déterminer les critères de distinction entre le droit subjectif et les libertés civiles.

L'approche se base essentiellement sur une comparaison des règles de droit objectif qui fondent les deux types de prérogatives donnant lieu à qualification. Or, cette comparaison nous paraît *incomplète* et, par là, quelque peu *artificielle*.

Elle est *incomplète* car les deux éléments de la comparaison ne sont pas de qualité égale.

Les droits subjectifs ont donné lieu à de très nombreuses études se nourrissant de près d'un siècle de réflexions. Les libertés civiles n'ont donné lieu à aucune étude systématique et la réflexion à leur propos en est à ses débuts. Il n'est donc pas étonnant que l'effort de distinction ne soit pas encore très poussé. Celui-ci n'intègre qu'une partie des résultats de l'étude du droit subjectif. La doctrine se focalise sur la face interne des droits subjectifs et libertés civiles dans un effort de description du contenu

397. Cf. *supra*, n° 73, Jean Dabin et, dans une mesure plus limitée, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux. Voy. aussi G. CORNU, *Droit civil — Introduction — Les personnes — Les biens*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, p. 25, n° 37, qui explique le droit subjectif comme constituant une prérogative individuelle, c'est-à-dire comme conférant une certaine liberté ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 165, n° 133, note n° 97.

de chacune des prérogatives qui y sont contenues. Mais elle n'y intègre pas encore les réflexions fécondes relatives aux faces externes des concepts et des effets juridiques qu'elles créent à l'égard des tiers.

Elle est *artificielle* car la relation entre, d'une part, le droit subjectif et la liberté civile et, d'autre part, leurs normes porteuses spécifiques, paraît peu propice à une comparaison globale des concepts. Si nous pouvons admettre que la liberté est universelle et reconnue à tous en l'absence de conditions, alors son existence « juridique » s'identifie forcément avec l'exercice qu'en font ses titulaires. Tenir un discours sur ce qu'est la liberté en amont, au travers des normes objectives dont elle est issue, avant tout exercice, présente un côté artificiel. Abstraction est faite alors d'une partie de l'essence de la liberté pour ne donner prise qu'à un raisonnement purement théorique.

L'objet et le contenu de la liberté ne peuvent être véritablement déterminés que lors de son exercice dans des circonstances de fait concrètes. Le contrôle de conformité de l'exercice de la liberté et de la norme qui l'institue perd ici une grande partie de son sens.

L'exercice de la liberté va nécessairement s'insérer dans un cadre juridique et factuel donné. Nous ne pourrions raisonner sans cesse dans l'abstrait comme le font la plupart des auteurs précités. La liberté voit presque toujours son exercice réglementé. Ainsi en est-il, par exemple, des libertés de commerce ou d'entreprendre. Ici aussi, des règles générales et abstraites fixées par le droit objectif délimitent les prérogatives issues de la liberté. Mais elles ne sont pas identiques à celles dans lesquelles la liberté prend naissance. Elles n'opèrent pas non plus de la même manière. L'approche se fait par soustraction plutôt que par addition ³⁹⁸.

Dès lors, quelle portée peut-on par exemple donner au critère de l'existence de conditions ou de la délimitation de l'objet et/ou des prérogatives ? À la limite, ces critères pourraient être valables à la naissance des prérogatives, mais risquent de perdre toute leur portée une fois la liberté en exercice. À ce moment, des conditions d'exercice apparaissent, l'objet et les prérogatives de la liberté civile se précisent.

Ces règles générales et abstraites n'en délimitent pas moins fortement les options et choix laissés au titulaire de la liberté. Le titulaire peut dès lors, s'il s'en donne la peine, prédéterminer les choix qui lui sont laissés par le droit objectif. De même, les circonstances de fait qui s'imposeront au titulaire au moment du choix à effectuer interdiront d'elles-mêmes certaines options, ouvertes au départ. Nous pouvons prendre ainsi

398. Cf. *supra*, n° 79.

comme exemple la liberté matrimoniale. Admettant même que le choix du titulaire soit plus large que celui de se marier ou non et englobe, par exemple, celui de faire précéder le mariage d'une période de fiançailles, il ne pourra cependant pas rompre celles-ci de n'importe quelle manière sous peine de commettre un acte fautif. C'est que, contrairement à ce que soutiennent, par exemple, Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, les devoirs qui s'imposent à lui ne restent pas généraux et abstraits, mais se traduisent, en fait, par des interdictions précises perceptibles lors de l'application de règles comme celles issues de la responsabilité civile. Nous pressentons, dès lors, que c'est des confrontations à d'autres pouvoirs que se perçoivent les limites des pouvoirs issus de la liberté civile, plus que de l'analyse de ses normes porteuses avant tout exercice de la liberté.

91

Efficacité relative des critères analysés. Nous avons vu également que les critères proposés n'offraient, en pratique, pas encore de réelle efficacité³⁹⁹. Soit parce que — en ce qui concerne les conditions, les modalités d'octroi et l'objet — la portée exacte des critères est difficile à cerner et reste trop formelle et théorique, soit parce que — en ce qui concerne le contenu — ils n'évitent pas la contradiction avec la réalité du droit positif qui paraît admettre des libertés au contenu déterminé. En toute hypothèse, ces critères n'ont pas permis de tracer une ligne de démarcation claire entre les prérogatives qui sont habituellement classées comme droits subjectifs ou libertés civiles.

Il en résulte que les critères analysés ci-avant, pour autant qu'ils se vérifient, n'offrent qu'une ébauche de classement. Ils n'expliqueront jamais à eux seuls les différences de contenu et les effets juridiques propres qui distinguent les libertés civiles d'autres prérogatives. Ils doivent donc être complétés.

Nous avons conclu le titre premier de la présente étude en mettant en exergue cinq caractéristiques du droit subjectif.

Les critères proposés habituellement n'offrant pas, selon nous, de distinction précise entre les droits subjectifs et les libertés civiles, il nous paraît nécessaire de confronter ces caractéristiques aux libertés civiles.

399. Cf. *supra*, n^{os} 80, 81 et 86.

Chapitre 2

Les critères issus des caractéristiques des droits subjectifs

Section 1

Le droit objectif comme critère de distinction des droits subjectifs et des libertés civiles

92. Le droit objectif comme source du droit subjectif – 93. Le droit objectif comme source des libertés civiles – 94. Le droit objectif comme critère de distinction entre droits subjectifs et libertés civiles

92

Le droit objectif comme source du droit subjectif. Indépendamment de certaines controverses philosophiques⁴⁰⁰, nous avons vu qu'il était admis, en droit positif, que le droit subjectif, entendu comme une prérogative individuelle, trouve sa source dans le droit objectif visant ici l'ensemble des règles de droit^{401 402}.

La règle de droit, générale et abstraite, ne s'identifie donc pas au droit subjectif⁴⁰³. Le droit subjectif, quoique distinct du droit objectif, entre-

400. D'autres questions, relevant de la philosophie du droit, ne sont pas abordées ici : où le droit objectif lui-même trouve-t-il sa source ? les droits subjectifs trouvent-ils leur source dans la dignité humaine ? Etc.

401. Cf. *supra*, n° 58.

402. Il faut toutefois admettre l'existence même du droit subjectif. Il est intéressant de constater que les auteurs qui se sont le plus opposés à l'existence du droit subjectif, Duguit et Kelsen, ont, pour leur part, opéré une assimilation du droit subjectif au droit objectif. Sur ces thèses, voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 5 à 55 ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles, S.E.M.S.J.-Larcier, 1982, p. 37 à 42.

403. Jean Dabin critique d'ailleurs la terminologie employée, la qualifiant de mal construite et d'équivoque. Elle serait mal construite car les qualificatifs — objectif et subjectif — ne s'appliquent pas à une notion univoque : la règle édicte une conduite à tenir par un sujet — on ajoutera de manière abstraite — alors que la prérogative renvoie à l'activité du titulaire — l'appréhension est ici concrète. Elle serait équivoque car rien ne justifie que la règle soit plus « objective » que le droit subjectif considéré comme un objet donné au destinataire — Dabin parle de l'« auteur », mais il semble qu'il s'agisse là d'une erreur — de la règle. Il faut toutefois admettre, comme Jean Dabin le fait lui-même, la terminologie tant elle est ancrée dans le discours juridique actuel (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 2 et 3).

tient avec ce dernier une relation étroite. Mais le droit subjectif est à la fois intimement lié à et distinct de la norme de droit objectif dont il est issu.

Le droit subjectif est *intimement lié* à la règle de droit objectif car cette dernière va prévoir, de manière plus ou moins précise, son objet, son contenu, sa portée et sa sanction. Par exemple, la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins prévoit l'objet des droits : l'œuvre littéraire ou artistique ; elle indique qui peut en être le titulaire : il faut être, pour les droits d'auteur, l'auteur ou un ayant droit subséquent, etc. ; elle précise leur contenu : la loi fait par exemple une distinction entre les différents pouvoirs — les droits patrimoniaux d'auteur, c'est-à-dire le pouvoir exclusif de reproduire, d'adapter, de traduire, etc., et les droits moraux d'auteur ; elle délimite leur portée : l'œuvre ne peut être reproduite, adaptée, etc., par un tiers que sous l'autorisation de l'auteur ou de l'ayant droit, sauf exceptions légales ; elle prévoit leur durée, les actions qui en sanctionnent la violation — l'action en cessation ou contrefaçon civile ou pénale —, etc.

Les caractéristiques essentielles du droit subjectif — le pouvoir et l'intérêt — se déterminent alors, concrètement, en fonction du contenu et de la portée de la règle générale et abstraite dont il est issu, mais, aussi, en fonction des circonstances de fait auxquelles est confronté le sujet de droit⁴⁰⁴ et de la volonté propre de ce dernier⁴⁰⁵. C'est le caractère dynamique du droit subjectif⁴⁰⁶ qui ne peut être intégré dans la règle générale et abstraite. Ainsi, le titulaire du droit d'auteur recevra plus ou moins de pouvoirs selon sa situation concrète — nous pensons par exemple aux différents coauteurs d'une œuvre indivise —, exercera ou non les pouvoirs reçus de la loi en les cédant en tout ou partie s'il le désire, en octroyant ou non des licences d'utilisation sous conditions spécifiques selon l'intérêt qu'il en aura, etc.

Le droit subjectif est pourtant *distinct de la règle de droit objectif*. Un hiatus existera la plupart du temps entre la règle générale et abstraite qui est

404. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-ced.samson, 1991, p. 149.

405. Le propriétaire d'un immeuble peut avoir, par exemple, concédé des droits à autrui sur son propre bien de sorte que ses prérogatives s'en trouvent limitées par rapport au contenu normal du droit de propriété tel que prescrit par le Code civil.

406. Selon l'expression d'A. Benet, quoique dans un sens un peu différent (*Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 120 et s.).

à la base d'un droit subjectif particulier et la situation concrète du titulaire du droit subjectif.

La règle du droit subjectif ne prévoit souvent pas tout ou demande à être précisée — l'œuvre protégeable n'est pas définie dans la loi sur le droit d'auteur, le régime d'octroi d'une licence est prévu de manière très succincte, etc. De plus, les règles qui s'imposent aux titulaires du droit, mais aussi aux tiers, outre celles dont le droit subjectif est issu, sont en général nombreuses et complexes, voire contradictoires, et se combinent les unes aux autres. Le contenu exact de leurs pouvoirs est par conséquent parfois difficilement déterminable et pourra donner lieu à de longues discussions. Il en est ainsi, par exemple, du titulaire d'un droit de créance soumis tout à la fois aux règles du Code civil qui prévoient leurs conditions d'existence, aux principes généraux de l'exécution de bonne foi du contrat, en ce compris l'interdiction d'abus de droit, et à certaines modalités volontairement consenties (conditions suspensives, etc.). Le régime du droit d'auteur n'est pas non plus réglé par la seule loi du 20 juin 1994, mais doit, le cas échéant, tenir compte d'une réglementation spécifique — par exemple la loi du 30 juin 1994 sur la protection des logiciels — ou de conventions internationales directement applicables, comme la convention de Berne. Les droits subjectifs ne peuvent donc être saisis qu'en tant que résultante d'une analyse du droit objectif et de la situation concrète des parties.

Il se produit également très souvent une « personnalisation » du contenu de la règle de droit objectif par le titulaire du droit qui en est le destinataire. C'est que le pouvoir reconnu par la règle de droit objectif laisse souvent une marge de manœuvre plus au moins grande au titulaire du droit. Ce dernier va « modaliser » le pouvoir qui lui est reconnu de manière générale en un pouvoir *ad hoc* rencontrant le plus possible des intérêts qu'il poursuit *in concreto*. Nous retrouvons ici l'idée d'une marge de liberté dans le contenu même du droit subjectif prévu par le droit objectif.

Le droit objectif est donc le creuset originel dans lequel se créent et évoluent les droits subjectifs reconnus à l'individu. Le droit subjectif naît « en vertu »⁴⁰⁷ d'une règle juridique positive, mais ne se confond pas avec les règles de droit objectif qui s'imposent à son titulaire. Le droit subjectif ne peut cependant sortir du cadre qui lui est donné par le droit objectif. Une relation nécessaire de conformité ou de conciliation doit toujours

407. J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 50.

exister entre les règles issues des normes objectives et le droit subjectif issu de la rencontre de leur application aux circonstances concrètes⁴⁰⁸.

93

Le droit objectif comme source des libertés civiles. La source des libertés civiles n'a pas réellement retenu l'attention de la doctrine.

La liberté, en tant que telle, fait plutôt l'objet d'un principe général dont l'indétermination ne permet pas réellement d'y voir le creuset d'une prérogative juridique⁴⁰⁹ et est, en elle-même de peu d'utilité⁴¹⁰. Les libertés particulières, par contre, sont consacrées par la loi⁴¹¹ au sens large ainsi que par la doctrine ou la jurisprudence.

Nous pouvons soutenir qu'elles trouvent, tout comme les droits subjectifs, leur source dans les règles de droit objectif qui les consacrent et, le cas échéant, en réglementent l'exercice.

Quelques exemples suffisent pour s'en convaincre.

- a) *La liberté d'expression*, ainsi que la liberté de la presse et d'opinion, sont généralement présentées comme trouvant leurs sources dans des textes de droit objectif. Ainsi, la doctrine vise généralement, à ce titre, les articles de la Constitution qui les consacrent — articles 19 et 25 — ainsi que les dispositions des conventions internationales qui font

408. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 151 ; voy. également R. von IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, trad. fr. de O. de Meulenaere, Bologna, Forni Editore Bologna, 1969, p. 319 : « Veut-on dire que le droit de l'individu doit rester en relation avec la volonté générale, de telle manière que la volonté individuelle ne puisse s'exercer qu'à la condition d'être couverte par la volonté générale ? Cela est parfaitement exact. Ce n'est qu'autant que ce rapport d'égalité existe entre la volonté générale et la volonté individuelle, que la première communique sa puissance à la seconde, et que le droit objectif devient subjectif. Mais si l'équilibre est détruit, la volonté individuelle reste impuissante ; elle ne peut dépasser les limites que lui assigne la volonté générale. ».

409. En ce sens, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 402 et s. ; l'auteur affirme que la liberté générale, « permis indéterminé » en ce sens qu'elle exprime le résultat obtenu après déduction de tout ce qui est expressément interdit par la norme de droit, n'est ni « juridicisée » ni positivement consacrée ; selon Erna Guldix : « De vrijheid als algemeen filosofisch concept wordt door het recht bekrachtigd in de vorm van afzonderlijke vrijheden » (E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, op. cit., p. 45, n° 97).

410. En ce sens, voy. L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., t.II, *Contrat*, Paris, Litec, 1995, p. 11, n° 32 ; J. CARBONNIER, *Droit civil — Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., 1996, p. 311 : « Il ne faut pas, du reste, s'en tenir à un concept général, qui, par son abstraction même, serait peu utilisable. La liberté se diversifie selon l'activité humaine qui est en cause. Plutôt qu'avec la liberté civile, c'est avec des libertés civiles concrètes que la pratique a à faire. » (souligné par l'auteur).

411. J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, p. 43.

de même, principalement l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹².

Ces dispositions ne se bornent pas à consacrer lesdites libertés, mais en organisent partiellement l'exercice. Ainsi par exemple, l'article 25, alinéa 2, de la Constitution introduit le principe de la responsabilité en cascade de la presse. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme organise, quant à lui, la protection en cas d'atteinte à la liberté d'expression par les États membres ou les tiers, en se fondant principalement sur une règle de proportionnalité.

D'autres textes, sans consacrer directement la liberté d'expression, règlent certains aspects de leur exercice. Nous pensons par exemple à la loi du 23 juin 1961 sur le droit de réponse, aux décrets communautaires sur l'audiovisuel ou à la loi du 30 juillet 1981 qui réprime certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie ou encore à la loi du 23 mars 1995 contre le révisionnisme.

De manière générale, la liberté d'expression reste amplement soumise aux règles de droit commun et, notamment, en matière civile, à l'application des principes de responsabilité civile contenus dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

- b) *La liberté contractuelle*, souvent identifiée à l'autonomie de la volonté, complétée par le principe de la convention-loi, n'est pas expressément consacrée par le Code civil, mais elle est bien au fondement du droit des contrats codifié dans une optique libérale au début du XIX^e siècle.

Cette liberté est aujourd'hui encore considérée, malgré le dirigisme contractuel qui a marqué le XX^e siècle, comme un principe fondamental du droit des contrats, même si des garde-fous lui sont imposés par des législations impératives ou des principes correcteurs, tel celui de l'exécution de bonne foi⁴¹³.

412. Voy. par exemple, « Liberté de la presse et droit de réponse », in *R.P.D.B.*, vol. VII, p. 571 et s. ; M. HANOTIAU, « Le droit à l'information », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 30 et s. ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, p. 23 et 24, nos 8 à 13 et p. 55 à 141 ; J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *Ann. dr. Louvain*, 1980, p. 217 et s. ; pour une présentation analogue en France, voy. par exemple, X. AGOSTINELLI, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1994, p. 59 à 82.

413. Voy. par exemple, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 14, n° 18 ; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 247, n° 52 ; J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 43 et s., spéc. p. 63 et s.

De manière encore plus évidente que pour la liberté d'expression, le lien avec le droit objectif se fait, dès lors, plus directement par le biais des limitations apportées par ce dernier à la liberté contractuelle au nom de la défense d'autres intérêts ou libertés. L'exercice de cette liberté est en quelque sorte organisé négativement par les limites qui lui sont de plus en plus assignées par des règles ou principes reconnus par le droit positif.

- c) La *liberté de commerce et d'entreprise* est, quant à elle, consacrée tant par le très célèbre article 7 du décret d'Allarde que par l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁴¹⁴.

Tout comme les deux libertés précédentes, le lien qu'elle entretient assurément avec le droit objectif se marque plus par les limites de sa portée, tracées par ce dernier, que par la description positive de son contenu. Qu'il suffise de penser à l'importance prise dans les relations commerciales de législations restreignant la liberté de commerce comme, par exemple, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection des consommateurs, ou à celles imposant une véritable police des contrats, comme la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, ou plus récemment la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

94

Le droit objectif comme critère de distinction entre droits subjectifs et libertés civiles. Le droit objectif étant à la source des droits subjectifs comme des libertés, il n'est donc pas étonnant que la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la distinction entre les deux concepts aient cru trouver, dans la comparaison des règles originaires, les critères distinctifs recherchés.

Nous venons de voir que cette approche ne débouchait cependant pas sur un critère satisfaisant. Voyons maintenant ce qu'il en est des autres caractéristiques du droit subjectif, retenues comme telles au titre précédent.

414. « En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des [...] de la liberté de commerce et d'industrie [...] ».

Section 2

La nature de la prérogative comme critère de distinction des droits subjectifs et des libertés civiles

95. Introduction – 96. La notion de pouvoir juridique et son existence au sein des libertés civiles – 97. La doctrine opposée à la reconnaissance d'un pouvoir juridique propre au titulaire d'une liberté civile – 98. La doctrine qui reconnaît un pouvoir juridique au titulaire de la liberté civile – 99. L'ambiguïté et le dépassement des thèses en présence – 100. L'intérêt et la volonté au centre des deux notions analysées – 101. L'absence de critère déterminant dans l'analyse de la nature de la prérogative issue des droits subjectifs et libertés civiles

95

Introduction. Nous avons vu, sous le premier titre, qu'une évolution avait mené la doctrine à admettre que l'existence d'un pouvoir spécifique du titulaire sur l'objet du droit était une des caractéristiques principales du droit subjectif. Qualifié hier de pouvoir de volonté, aujourd'hui de pouvoir d'agir ou de pouvoir d'exiger, des divergences subsistent sur la nature de ce pouvoir et sur sa place exacte dans la définition du droit subjectif.

Par contre, rares sont les auteurs qui ont tenté de définir plus précisément les prérogatives reconnues aux titulaires des libertés civiles. Certains nient toute juridicité à la liberté en dehors de l'apparition d'un élément d'altérité. D'autres admettent cette juridicité tout en déniaient à son titulaire un pouvoir au sens juridique du terme. D'aucuns, enfin, se sont efforcés de démontrer l'existence d'un « pouvoir » au sens juridique reconnu au titulaire de la liberté en amont de l'intervention d'un tiers. Il est nécessaire de s'attarder quelque peu sur ces opinions dès lors qu'elles participent à l'effort de qualification faisant l'objet du présent travail.

96

La notion de pouvoir juridique et son existence au sein des libertés civiles. Si le droit objectif reconnaît un pouvoir ou une prérogative à un individu, il lui permet d'agir ou de ne pas agir⁴¹⁵. L'action peut alors prendre la forme d'actes juridiques ou de faits.

Ainsi, le titulaire de la liberté d'expression peut écrire un article ou exprimer une opinion à la télévision (fait). Il peut aussi accorder une interview ou prendre la parole à un congrès moyennant paiement (acte

415. Dans le même sens, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 265, n° 68.

juridique). Le titulaire de la liberté de contracter peut décider de lancer une offre de contracter (acte juridique) ou prendre contact avec des clients potentiels (fait). Le titulaire de la liberté d'entreprendre peut utiliser un outil pour fabriquer un produit (fait) et ensuite le vendre (acte juridique).

Si l'exercice de la liberté civile couvre tant la possibilité de poser des actes juridiques que des faits, nous pouvons nous demander si la possibilité de poser de simples faits, en dehors de tout contact avec des tiers, dans le cadre de la liberté civile, rentre bien dans la juridicité ou s'il s'agit d'un simple pouvoir de fait, non juridique. La question est importante puisque, nous le verrons, l'argument est régulièrement invoqué pour dénier la qualification de pouvoir aux libertés civiles.

La réponse doit, d'après nous, être positive si l'on admet que la juridicité se marque par la non-indifférence du droit eu égard aux faits posés⁴¹⁶. Cette absence d'indifférence peut s'opérer de manière positive, le pouvoir étant expressément reconnu *a priori* par le droit objectif en dehors de toute relation à autrui. Elle peut aussi apparaître de manière négative, le pouvoir étant reconnu *a posteriori* au moment où son titulaire, dans une relation à autrui, en demande la protection devant les autorités juridictionnelles compétentes.

D'après nous, les libertés civiles, même dans le cas où elles traduisent un pouvoir de poser des faits, présentent toutes les caractéristiques de la juridicité au sens précisé ci-avant.

Toute liberté civile, comme tout pouvoir juridique, présente nécessairement une double facette. Sa face interne permet au titulaire d'agir ou non selon la voie reconnue par le droit objectif. Les faits posés, par exemple sous le couvert de la liberté d'expression, sont juridiques dès lors que, précisément, ils sont posés sous le couvert d'une liberté civile juridiquement reconnue. Cette reconnaissance de la liberté civile par le droit objectif est, en d'autres termes, déjà un signe suffisant de sa juridicité. Les faits posés par le titulaire d'une liberté civile sous son couvert ne sont pas indifférents au droit : ce dernier consacre la liberté et, par là même, reconnaît de manière particulière tous les actes et faits posés au nom de cette liberté. Pour rendre ce pouvoir efficient, il faut nécessairement, en outre, qu'il présente une face externe, en ce sens que les tiers soient tenus, d'une manière ou d'une autre, d'admettre l'existence de ce pouvoir et d'y trouver, le cas échéant, une limite dans l'exercice de leurs propres pouvoirs. Autrement dit, un pouvoir juridique se voit toujours protégé par le droit

416. *Ibid.*, p. 274, n° 76.

objectif. C'est ce qui le distingue d'un pouvoir de pur fait. La liberté civile contient un pouvoir juridique. Ce dernier est consacré par des normes de droit objectif. Son titulaire dispose toujours de voies d'actions judiciaires pour défendre sa liberté civile.

Enfin, il convient de noter que la face externe de la liberté civile, tout comme celle des droits subjectifs, consacre nécessairement le pouvoir interne que la liberté comprend. Si la liberté n'était pas « juridique », elle ne serait pas protégée vis-à-vis des tiers par le droit objectif qui y resterait indifférent, même en cas de violation ⁴¹⁷.

97

La doctrine opposée à la reconnaissance d'un pouvoir juridique propre au titulaire d'une liberté civile. Pour Erna Guldix, si les libertés sont des concepts juridiques bénéficiant d'une protection juridique ⁴¹⁸, seul l'intérêt qu'elles représentent est juridiquement protégé ⁴¹⁹. En ce sens, les libertés sont « négatives » : « Hun rechtsbescherming is nl. gericht op de relatie met derden, meer bepaald op onthouding van inmenging door deze derden. » ⁴²⁰. Si les libertés sont porteuses d'un pouvoir, celui-ci est non juridique, de pur fait ⁴²¹. Le droit n'en tiendrait donc pas compte. Le titulaire de la liberté ne pourrait ainsi s'opposer au tiers qui violerait son pouvoir de fait « [...] tenzij deze laatste een rechtsplicht overtreedt in welk geval hij (quasi)-delictueel aansprakelijk kan gesteld worden. De vordering is in dat geval gesteund niet op de niet-naleving van een recht, maar van een rechtsplicht » ⁴²². Cette absence de pouvoir juridique distinguerait la liberté du droit subjectif. Dans ce dernier cas, le titulaire trouve « in het subjectief recht de bevoegdheid om de derde tot eerbiediging van zijn

417. Dans le même sens, voy. *ibid.*, p. 278, n° 80.

418. E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, op. cit., p. 46, n° 99.

419. *Ibid.*, p. 60, n° 130.

420. *Ibid.*, p. 46, n° 99 ; voy. aussi X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, op. cit., p. 284.

421. E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé — leven in hun onderling verband*, op. cit., p. 46, n° 99 ; p. 48, n° 102 ; p. 60, n° 130, spéc. : « Maar juridische vrijheden dekken ook een feitelijk vrijheidsbegrip of beter, het juridisch aspect van de vrijheid gaat samen met een feitelijk, niet juridisch aspect. Die feitelijk aspect heeft wel een positief karakter. Het bestaat in de mogelijkheid voor de beneficiaris van de vrijheid om, over de door de vrijheid beschermde waarde (feitelijke) macht uit te oefenen. De vrijheid van mening bijvoorbeeld heeft een negatief karakter. Zij werpt een barrière op t.a.v. de buitenwereld om geen druk uit te oefenen op de meningsvorming van de beneficiaris van de vrijheid. Maar zij impliceert evenzeer het vermogen voor haar beneficiaris om, onafhankelijk van de relatie met derden, een persoonlijke mening op te bouwen of integendeel geen mening te hebben. Dit « inwendig » feitelijk aspect is positief. » (p. 46, n° 99).

422. *Ibid.*, p. 60, n° 130.

machtsuitoefening te dwingen en kan hij bij overtreding de rechtsvoorde-
ring instellen, die specifiek aan het betrokken subjectief recht gebonden
is »⁴²³.

Ludo Cornelis arrive à une conclusion identique, bien que par des
voies différentes⁴²⁴. La liberté règne dès lors que le sujet de droit
emprunte un intérêt individuel et concret à une règle juridique et abs-
traite sans entrer dans une relation juridique concrète avec d'autres sujets
de droit. Dès lors que la liberté est placée dans le cadre d'une relation juri-
dique concrète, elle subit des limitations qui découlent de la règle juridi-
que générale et abstraite applicable à la relation donnée. Le pouvoir
n'apparaît qu'avec les modifications des situations juridiques imposées
par ces limitations : certains se voient reconnaître des pouvoirs, d'autres
se voient imposer des obligations, dont la portée est déterminée en fonc-
tion des circonstances individuelles et concrètes de leur situation juri-
dique. Ce pouvoir est alors le signe révélateur d'un véritable droit
subjectif⁴²⁵. En d'autres termes, la liberté, en elle-même, n'impose aucun
devoir à l'égard des tiers. Ce n'est que par l'application de règles juri-
diques externes à elle-même que sa violation est sanctionnée⁴²⁶ et que naît,
le cas échéant, un véritable droit subjectif.

François Rigaux paraît également épouser cette conception lorsqu'il
se déclare attentif à éviter toute confusion entre la liberté « éthique ou
psychologique » et la liberté au sens juridique du terme⁴²⁷. C'est que les
relations juridiques requièrent nécessairement un élément d'altérité. La
liberté « ne pénètre dans le champ du droit que si elle est atteinte ou seu-

423. *Ibid.*

424. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*,
p. 152, n° 82.

425. Comp. R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *Rev. dr. publ. et sc.
pol.*, 1932, p. 710, où l'auteur considère qu'un droit subjectif s'ajoute à une liberté pour la
rendre effective et permettre ainsi à son titulaire d'exiger des tiers certaines abstentions con-
cernant son exercice.

426. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000,
p. 304, n° 248. L'auteur prend sur ce point, une position quasi identique à celle d'Erna Gul-
dix. Il est à noter que dans le traité cité ici, Ludo Cornelis ne rappelle pas sa position selon
laquelle la liberté ainsi protégée se transforme en un droit subjectif.

427. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 738 et
739, nos 663 et 664 et p. 769, n° 687 ; aussi *Id.*, *La vie privée une liberté parmi les autres ?*, *op.
cit.*, 18, n° 20 et p. 136 et 137, qui explique que pour que la liberté entre dans le champ du
juridique, il faut qu'elle ait été exercée dans une relation à autrui et que l'autorité publique
ou un autre agent juridique se soient emparés de la situation relationnelle ainsi créée à la
suite d'une perturbation qui y a été apportée.

lement menacée par un acte extérieur au sujet [...]. Loin de s'identifier avec un droit subjectif (ou avec un *interest* au sens de la *common law*), la liberté ne donne naissance à un tel droit ou intérêt que par la médiation d'une norme objective qui ne saurait saisir le sujet que sorti de sa solitude »⁴²⁸.

98

La doctrine qui reconnaît un pouvoir juridique au titulaire de la liberté civile. Au premier rang des auteurs qui reconnaissent un pouvoir juridique issu des libertés, il faut, cela va de soi, citer ceux qui assimilent droits subjectifs et libertés. Ainsi en est-il de Raoul Brugueilles⁴²⁹, de Jean Dabin⁴³⁰, ou plus récemment de José Duclos⁴³¹ et, de manière moins explicite, d'auteurs qui, comme Jean-François Romain⁴³² ou Pierre Van

428. *Ibid.* ; *adde*, p. 768 et 769 : « Le seul problème qui se pose dans la société civile est de concilier les conflits d'intérêts qui vont surgir au moment où l'exercice par le sujet des attributs de sa liberté institue une relation juridique, c'est-à-dire qu'il accomplit un acte matériel qui le met en relation avec autrui et qui menace par conséquent la liberté d'autres sujets. [...] Il en résulte qu'aucun acte solitaire (tel le suicide accompli sans aide extérieure) ne relève du domaine du droit : de tels actes sont l'exercice d'une liberté distincte de la liberté garantie par l'ordre juridique positif, qu'on appelle éthique ou psychologique. Le droit ne connaît pas la liberté d'opinion, mais la liberté d'expression, ni la liberté de création artistique, mais celle de communiquer ou non à autrui le produit de cette création. » On voit donc que l'auteur s'écarte ici de l'opinion de Ludo Cornelis : le rapport à autrui ne débouche pas nécessairement sur la naissance d'un droit subjectif, mais sur la liberté juridique. On reviendra sur ce point important ci-après. Il convient en outre de remarquer que l'opinion de François Rigaux n'est pas exempte d'ambiguïté. Ainsi, qualifiant le droit à l'autodétermination de liberté, ce dernier y reconnaît « le pouvoir de se présenter aux autres tel qu'il entend être perçu par eux. Une de ses composantes essentielles est le droit à la confidentialité ou au secret, incluant la maîtrise de ce que le sujet entend divulguer de lui-même à autrui » (*ibid.*, p. 759, n° 684). Voy. aussi, S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, *op. cit.*, p. 52, qui paraît appliquer le même raisonnement que François Rigaux à la vie privée : « [...] maar ook en vooral omdat privacy — zoals we al zagen — bij uitstek relationeel en contextueel is en slechts juridisch betekenis krijgt in een belangafweging in functie van de omstandigheden eigen aan de casus. ».

429. R. BRUGUEILLES, « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 297.

430. Cf. *supra*, n° 19.

431. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 163 et s., n° 133 qui se range *in fine* à l'idée de Jean Dabin selon laquelle la liberté est un droit de liberté qui, dès lors, comme tout droit subjectif, « représente un pouvoir juridiquement protégé ».

432. J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 457 et 458, n° 13.3. : pour l'auteur, si distinction il y a entre droits subjectifs et libertés, il ne s'agirait que d'admettre que les premiers ont un contenu mieux déterminé et donc, également, une relation à autrui plus précise. Pour le reste, il se réfère à Pierre Van Ommeslaghe, qui en appelle à Jean Dabin et donc à l'assimilation entre les concepts.

Ommeslaghe⁴³³, défendent l'idée de l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles sur la base d'une assimilation entre les concepts.

Le sujet est alors « reconnu maître de sa décision ou de son option »⁴³⁴. Cette maîtrise équivaut à la notion de pouvoir dont il est question ici⁴³⁵. Jean Dabin prend bien soin de préciser que la liberté porte sur l'accomplissement tant d'actes matériels que juridiques : « La liberté de création d'effets juridiques, dans la mesure où le droit objectif l'admet, constitue évidemment l'un des aspects du droit général de liberté : celui de la liberté d'action sur le terrain *juridique*, ou liberté *juridique* »^{436 437}.

Nous retrouvons aussi, dans cette catégorie, certains auteurs qui considèrent que les libertés ne sont pas des droits subjectifs à défaut d'un pouvoir suffisamment déterminé⁴³⁸.

Les auteurs qui ont tenté de préciser le pouvoir juridique reconnu aux titulaires de droits subjectifs ont, dans le même temps, reconnu un pouvoir aux titulaires des libertés.

Ainsi, Fayez Hage-Chahine définit la liberté comme « un pouvoir juridique reconnu à une personne » à l'opposé du droit subjectif qui est « un pouvoir juridique donné à une personne contre une personne »⁴³⁹. Raoul Bonnard et Ibrahim Najjar opposent, quant à eux, le pouvoir d'agir au pouvoir d'exiger⁴⁴⁰. D'après Raoul Bonnard, « le pur fait pour un individu

433. P. VAN OMMEFLAGHE, « 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. 324 et 325, n° 9, qui se réfère à l'opinion de Jean Dabin en arguant du fait que la liberté doit nécessairement se concrétiser dans des actes précis que l'on a le droit de faire, mais aussi du fait que la doctrine n'a jamais réussi à présenter des critères de distinction clairs entre les concepts permettant d'asseoir l'exclusion de l'application de la théorie de l'abus de droit à la liberté civile. Nous prendrons, quant à nous, position en défendant l'inapplication de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles dans la deuxième partie de ce travail (cf. *infra*, n°s 345 et 346).

434. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 171.

435. Cf. *supra*, n° 24.

436. Souligné par l'auteur.

437. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 171.

438. Voy. par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I., *Introduction-Les personnes*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 1974, p. 311 : « La liberté [...] est le pouvoir pour elle (ndla : de la personne) d'agir selon sa propre détermination » ; P. KAYSER, *Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques*, *op. cit.*, p. 454, où, parlant de la liberté de contracter : « Il ne s'agit pas cependant d'un droit véritable, parce que le pouvoir conféré par cette liberté n'a pas un contenu déterminé [...] ».

439. F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, *op. cit.*, p. 49, n° 64.

440. Cf. *supra*, n°s 48 à 50.

de pouvoir agir ou s'abstenir ne constitue pas son droit, mais sa liberté »⁴⁴¹. Le pouvoir issu de la liberté s'exerce en dehors de tout rapport de droit avec autrui. Il est limité à son titulaire, dans son activité propre⁴⁴². Ibrahim Najjar en conclut à sa suite que : « Une liberté est simplement la possibilité reconnue à celui qui en bénéficie en vertu du droit objectif d'exercer une certaine activité matérielle et juridique »⁴⁴³.

99

L'ambiguïté et le dépassement des thèses en présence. Nous ne pouvons suivre les thèses, du reste minoritaires, niant l'existence d'un pouvoir juridique propre issu des libertés civiles. Les thèses l'approuvant n'échappent cependant pas non plus à la critique dans leur essai de distinction entre les différentes prérogatives en présence.

Les deux positions paraissent se baser sur une ambiguïté relative à la notion même de pouvoir juridique (a). Nous proposons de la dépasser en partant du principe que, *a priori*, un pouvoir juridique pourrait prendre différentes formes et pourrait ne pas être uniquement assimilé au droit subjectif (b). Cela nous permet de mieux nous opposer aux opinions défendues par ceux qui dénie tout pouvoir juridique aux libertés civiles et prônent la transformation de la liberté civile en un droit subjectif dans tout rapport particulier entre sujets de droit (c). Nous en concluons que la liberté civile ne se distingue pas *a priori* du droit subjectif par l'absence d'un pouvoir juridique, mais que si distinction il y a, elle serait à trouver dans la manière dont ce pouvoir devrait être respecté par les tiers.

- a) Le débat relatif à la reconnaissance ou non d'un pouvoir juridique contenu dans la qualification de liberté civile nous paraît se nourrir d'une ambiguïté quant à la notion même de pouvoir juridique ou de prérogative juridique : elle semble assimilée, dans le rapport à autrui, à la notion de droit subjectif. Plus exactement, la liberté paraît confinée en amont de la relation à autrui tout entière occupée par le droit subjectif. Nous retrouvons ici très nettement l'influence des thèses de Paul Roubier où la liberté était considérée comme passage obligé avant la construction des situations juridiques⁴⁴⁴.

441. R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *op. cit.*, p. 708.

442. *Ibid.*. Nous avons cependant déjà rappelé que, pour l'auteur, la liberté ne devient effective que si elle est assortie d'un droit donnant à son titulaire un pouvoir d'exiger à l'égard des tiers (*ibid.*, p. 710) ; I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 93, n° 92.

443. I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, p. 94, n° 93.

444. Cf. *supra*, n° 66.

Ceux qui nient l'existence d'un pouvoir juridique dans le chef des titulaires de libertés civiles paraissent, en réalité, partir de la constatation d'un rayonnement juridique différent des libertés civiles et des droits subjectifs à l'égard des tiers. Pour reprendre le vocabulaire que nous utilisons sous le titre consacré aux droits subjectifs, d'une différence issue de la face externe des deux prérogatives, ils en arrivent à modifier la qualification de la face interne de la liberté civile pour lui dénier la qualification de pouvoir juridique.

Telle est bien, selon nous, la logique du raisonnement de Erna Guldix. Elle vise en réalité à démontrer comment la protection de la vie privée serait passée du régime protecteur de la liberté — la mise en cause de la responsabilité civile de celui qui y porte atteinte — à celui du droit subjectif — l'action en cessation de l'atteinte indépendante de la responsabilité civile. La justification serait à trouver dans une transformation du pouvoir de fait, contenu dans la liberté, en un pouvoir juridique qualifié de droit subjectif. Le droit subjectif serait alors, par lui-même, capable de justifier une protection plus efficace que celle octroyée à la liberté. Cette justification serait à trouver dans l'élément de pouvoir contenu dans le droit subjectif, pouvoir dénié à la liberté civile.

Telle est aussi la logique qui transparaît de l'opinion de Ludo Cornelis. Le droit subjectif serait la seule qualification permettant à un sujet de droit de faire respecter un intérêt qui découle d'une norme juridique et abstraite dans le cadre d'une relation juridique individuelle et concrète. En amont, c'est-à-dire préalablement à la relation à autrui, n'existe qu'une liberté ne pouvant faire naître, par elle-même, un devoir de respect dans le chef d'autrui à défaut de contenir un pouvoir analogue à celui contenu dans un droit subjectif.

Ces opinions partent toutes deux du même postulat de principe, à savoir que seul le droit subjectif serait le lieu d'un pouvoir faisant naître de lui-même un devoir à l'égard des tiers qui tenteraient d'y porter atteinte. Chacun en ce qui les concerne, ils déniaient alors la qualité de pouvoir juridique aux prérogatives qui ne seraient pas des droits subjectifs, en l'espèce, les libertés civiles.

Mais la même idée se retrouve également dans le chef de ceux qui reconnaissent que droits et libertés comportent un pouvoir juridique tout en le distinguant selon la qualification. Tout en reconnaissant la qualification de pouvoir à la prérogative contenue dans la liberté civile, certains limitent ce pouvoir à l'individu en dehors de toute relation à autrui. Pour Raoul Bonnard, le pouvoir issu de la liberté est

constitué d'une permission d'agir, mais elle ne devient efficace que lorsqu'elle est assortie d'un droit permettant à son titulaire d'exiger son respect des tiers. Ibrahim Najjar reprend la même idée. En réalité, l'opinion de ces auteurs est fort proche des opinions de Ludo Cornelis et de Erna Guldix, puisque le seul pouvoir qui impose un devoir corrélatif dans le chef de tiers est précisément le droit subjectif.

C'est encore, selon nous, la même logique qui pousse à assimiler droit subjectif et liberté civile. C'est alors parce que l'on ne voit pas pourquoi dénier à la liberté civile la protection propre aux droits subjectifs que l'assimilation est prônée.

- b) L'assimilation de la relation à autrui aux seuls droits subjectifs ne nous paraît pas justifiable *a priori*. D'un point de vue théorique, rien ne l'impose. La limitation de l'exercice des libertés civiles en amont des situations juridiques, issues de la théorie de Paul Roubier, a été justement critiquée par la doctrine⁴⁴⁵.

Il ne reste alors qu'une autre voie de raisonnement : admettre que le pouvoir juridique issu de la liberté civile pourrait être distinct de celui issu du droit subjectif. Favez Hage-Chahine y invite en ce qu'il admet que le pouvoir contenu dans la liberté civile ne se situe pas en dehors de la relation à autrui. Mais il distingue alors — de manière très obscure — « le respect de tout le monde » spécifique à la liberté civile de « l'obéissance d'un sujet passif » propre au droit subjectif⁴⁴⁶. C'est également la voie que paraît suivre François Rigaux lorsqu'il prétend distinguer la liberté éthique ou psychologique de la liberté juridique.

Nos réflexions relatives au pouvoir juridique ainsi qu'à la nécessité — née de l'analyse de l'évolution doctrinale de la définition du droit subjectif — de distinguer les faces internes et externes des pouvoirs contenus dans les droits subjectifs nous poussent à rejeter tant la dénégation de la qualification de pouvoir juridique à la liberté civile que son confinement dans l'individu pris dans sa solitude. Nous lui préférons une autre approche. Partant de l'analyse de la face interne du droit subjectif, il s'agit d'abord de se demander si la liberté civile et le droit subjectif se différencient essentiellement quant à la prérogative qu'ils contiennent, c'est-à-dire s'ils comprennent ou non tous les deux un pouvoir que l'on peut qualifier de juridique au sens précité.

445. Cf. *supra*, n° 67.

446. F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, op. cit., p. 49, n° 64.

Or, nous ne voyons pas, à ce niveau, ce qui distingue le droit subjectif de la liberté civile. Le droit subjectif contient une permission d'agir ou non qualifiée de pouvoir à l'égard de son objet. Le droit d'auteur permet, par exemple, à son titulaire d'exploiter de manière exclusive une œuvre. Une action lui est ouverte en cas de violation de son droit par les tiers. Il en est de même pour les libertés civiles. Elles contiennent toutes un pouvoir d'agir — ou de s'abstenir — en vue de la satisfaction de l'intérêt qui en forme le but. Et le droit objectif donne à son titulaire les moyens de réagir en cas d'atteinte à ce pouvoir par un tiers. En cas d'atteinte à la liberté d'expression, à la liberté de contracter ou à la liberté de commerce, son titulaire peut toujours aller devant un juge pour opposer sa liberté au tiers et obtenir, le cas échéant, le respect de celle-ci.

Il se peut, et ce point fera l'objet de toute notre attention dans la seconde partie de cette étude, que les moyens de défense du titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté civile soient différents ou que le pouvoir octroyé ne soit pas rigoureusement identique pour les deux qualifications. Mais ces différences ne peuvent oblitérer la réalité de départ. Les prérogatives reconnues aux titulaires des droits subjectifs comme des libertés civiles sont reconnues par le droit objectif et leurs titulaires se voient octroyer des moyens de défense en cas d'immixtion ou d'atteinte portées par des tiers. Elles peuvent donc être qualifiées toutes les deux de pouvoirs juridiques.

La clarté, dans la distinction recherchée, ne pourra, selon nous, être atteinte sans distinguer la face interne des prérogatives étudiées de leur face externe tout entière tournée sur le rapport à autrui. Le droit positif actuel connaît du reste, nous le verrons, un concept technique traduisant ce rapport à autrui présent dans toute prérogative juridique : l'opposabilité. Si tout pouvoir juridique possède nécessairement cette double face, les caractéristiques propres de la face externe de chacune des prérogatives n'influent pas sur l'existence ou non de leur face interne, qui, en quelque sorte, précède le rapport à autrui.

- c) C'est pourquoi nous ne pouvons suivre l'opinion, défendue notamment par Erna Guldix et par Ludo Cornelis, selon laquelle la liberté se verrait dénier la qualification de pouvoir juridique et, partant, ne pourrait trouver qu'en dehors d'elle-même la source de sa protection. Ainsi, par exemple, la liberté d'expression ne donnerait aucun pouvoir juridique à son titulaire. Son existence juridique ne transparaîtrait que par l'existence, éventuelle, d'un devoir externe qui viendrait protéger le pouvoir de pur fait que constituerait la liberté civile. Cette distinction nous apparaît comme très artificielle.

Cette opinion part d'abord d'un présupposé non démontré et contraire à la réalité juridique : le pouvoir positif contenu dans la liberté civile serait, en quelque sorte, de pur fait, voire exclu de la juridicité. Mais les libertés civiles ne sont pas des pouvoirs de pur fait. Le pouvoir issu de la liberté d'expression existe. Il est reconnu par de multiples règles, notamment constitutionnelles. Les tribunaux lui reconnaissent un contenu chaque fois qu'ils ont à trancher un conflit entre cette liberté et d'autres prérogatives, notamment le droit à l'image ou le droit au respect de la vie privée. Il en est de même pour la liberté de contracter ou la liberté de commerce. Invoquer une liberté n'est pas juridiquement neutre : cela permet de légitimer l'agissement ou l'abstention dont se prévaut son titulaire à l'égard des tiers.

Certes, la nécessité d'invoquer le pouvoir interne contenu dans la liberté civile n'existe qu'à partir du moment où un tiers le nie ou n'en tient pas compte dans ses propres agissements. Mais ce qui est vrai pour la liberté civile l'est également pour le droit subjectif. Le pouvoir contenu dans le droit subjectif ne trouve pas son sens dans une relation d'imposition au tiers qui refuse de le respecter. Ce n'est pourtant pas une raison suffisante pour lui dénier la qualification de pouvoir juridique. En réalité, la reconnaissance d'un pouvoir juridique n'a de sens que parce que son titulaire n'est pas seul au monde et qu'il sera nécessairement confronté à des tiers qui devront reconnaître ledit pouvoir sous peine de lui enlever toute efficacité. En ce sens, tout pouvoir présente, selon notre vocabulaire, une face externe permettant à son titulaire de faire respecter, dans une certaine mesure, le contenu de son pouvoir interne qui lui a été reconnu par le droit objectif. Mais alors, la reconnaissance ou non d'un pouvoir précède le problème de la détermination exacte de ses effets à l'égard des tiers. Cet effet à l'égard des tiers accompagne nécessairement le pouvoir dit juridique. Il est le signe de sa juridicité.

Cette opinion confond par conséquent le problème de la détermination de la face externe et celui de la face interne de la liberté civile. La face interne de la liberté civile vise le contenu du pouvoir juridique que le droit objectif attribue à chacun par cette qualification. Pour conclure à l'existence de ce pouvoir, il faut, mais il suffit de constater que le pouvoir d'agir ou de ne pas agir contenu dans la qualification de liberté civile est reconnu par le droit objectif qui vient en déterminer la portée, en garantir l'existence et, par là, sa protection. La face externe, par contre, invite à la détermination exacte du devoir de respect qui s'impose aux tiers. Le fait que la protection de la liberté civile ne serait que « négative », que les tiers ne verraient leurs actes commis en violation des libertés civiles sanctionnés que par les règles de responsabilité civile, etc., relève de l'analyse de la

face externe de la liberté civile. La détermination du contenu de chaque liberté civile relève, par contre, de l'analyse de sa face interne.

Or, nous ne voyons pas en quoi ce contenu divergerait radicalement de celui des droits subjectifs. Affirmer d'emblée le caractère non juridique de ce pouvoir ou qu'il relèverait du psychologique en dehors d'une relation à autrui participe de la pétition de principe. S'il est vrai que la liberté civile s'exerce souvent en dehors de toute relation à autrui, il en est du reste de même pour de nombreux droits subjectifs, au premier rang desquels les droits réels. Le droit d'*usus* ou de *fructus* n'impose pas, pour s'exercer, une relation à autrui. Le titulaire d'un droit de propriété use et jouit de son bien comme il l'entend sans nécessairement entrer dans une relation juridique avec un tiers. Il en est de même pour la liberté d'aller et venir, de la liberté de penser, etc. Pourquoi dans le cas de la liberté civile, refuser d'y voir, pour cette raison, un pouvoir juridique et dans celui du droit subjectif, l'accepter ?

La protection des droits subjectifs et libertés civiles pourrait bien être différente à l'égard des agissements des tiers. Mais l'existence ou l'absence d'une action spécifique permettant la défense d'une prérogative ou les spécificités des actions ouvertes à sa défense n'ont pas pour effet de modifier la nature de la prérogative interne des droits subjectifs ou libertés civiles. L'important est, précisément, que des moyens de défense de la prérogative existent vis-à-vis des tiers.

C'est pour des raisons analogues que nous devons rejeter les conclusions d'auteurs comme Raoul Bonnard, Ibrahim Najjar ou Fayez Hage-Chahine. Ils confondent, eux aussi, le problème de l'opposabilité de la liberté avec sa prérogative interne. Le pouvoir d'exiger serait le propre du droit subjectif. Cela n'empêche nullement que d'autres pouvoirs, dont les pouvoirs issus des libertés civiles, doivent être respectés par des tiers et cela, dans une mesure différente de celle issue de la reconnaissance d'un pouvoir strict d'exiger ou de respect. Sans pour autant que le pouvoir interne de ces autres prérogatives soit modifié ou assimilé à celui contenu dans un droit subjectif.

La distinction qui s'ébauche ici entre la face interne et la face externe des libertés civiles nous interdit d'admettre que la liberté civile ne deviendrait juridique que par le biais du rapport à autrui. Si la liberté civile est opposable aux tiers, cela ne peut être logiquement, que par le fait que son existence a été consacrée *a priori* par le droit objectif. On n'oppose pas un pouvoir s'il est inexistant. Et ce n'est pas l'opposabilité d'un pouvoir qui fait naître celui-ci, même si cette opposabilité peut être un des signes extérieurs de sa juridicité, sous peine de tomber dans l'incohérence. C'est

parce qu'un pouvoir existe *a priori* et qu'il est consacré préalablement à son exercice par le droit objectif, que ce dernier permet à son titulaire de le brandir à l'encontre de tiers pour tenter d'en obtenir le respect.

Il nous faut également rejeter l'idée selon laquelle la liberté civile ne deviendrait un pouvoir juridique qu'au moment où elle entrerait dans le cadre d'une relation juridique concrète et, ce faisant, deviendrait un véritable droit subjectif.

Ce passage nécessaire et systématique de la liberté civile au droit subjectif par la relation à autrui est pour le moins étonnant chez des auteurs, tel Ludo Cornelis, qui soulignent particulièrement la nécessité de distinguer les deux concepts. Si la liberté civile disparaissait dès lors qu'elle se concrétiserait dans une relation juridique concrète, où se situerait son utilité ?

Plus fondamentalement, si la liberté existe en se fondant sur des textes de droit objectif, elle ne peut disparaître par le seul fait que des règles en limiteraient l'exercice. Du reste, les droits subjectifs eux-mêmes voient leur exercice limité par des règles de droit objectif autres que celles qui les fondent. Changent-ils de nature pour autant ? Nous ne voyons pas non plus par quel miracle la liberté civile se transformerait en droit subjectif dès lors que, par l'application des règles de droit objectif à une situation de fait concrète, une prérogative déterminée serait protégée *in fine* dans le chef du titulaire de la liberté civile en cause. La liberté civile se trouve limitée par celle d'autrui et par certains pouvoirs qui s'y opposent. Cette confrontation ne la fait pas disparaître. Si le journaliste triomphe dans un litige qui l'oppose à un homme politique qui lui reproche une atteinte à sa vie privée, il n'aura jamais fait qu'exercer sa liberté d'expression. Cette dernière ne s'est pas subitement transformée en droit subjectif lui permettant *in abstracto* l'intrusion en cause du simple fait qu'elle s'est vu reconnaître, dans un conflit spécifique, la supériorité sur le droit ou la liberté à la vie privée.

D'après nous, le rapport à autrui n'a pas pour effet de transformer la nature des prérogatives issues des libertés civiles, pas plus que celles issues des droits subjectifs. Reste à savoir, et c'est une autre question, si le rapport à autrui est identique pour les deux types de prérogatives. C'est là que gît la véritable interrogation à laquelle il nous faudra répondre.

L'intérêt et la volonté au centre des deux notions analysées. L'intérêt, dont nous avons vu qu'il est à la naissance des théories du droit subjectif, n'est pas absent du concept de liberté civile. Il nous paraît même encore plus visible dans les libertés spécifiques que dans les droits subjectifs.

L'intérêt, comme dans le droit subjectif, apparaît en effet comme la véritable finalité du pouvoir juridique reconnu au travers de la liberté civile. Si la liberté d'expression est reconnue, c'est précisément en vue d'admettre l'existence d'une prérogative — le choix d'agir ou de s'abstenir — en vue de la réalisation du but particulier repris dans l'énoncé même de la liberté en cause, l'expression de la personne. C'est parce que cet intérêt à laisser s'exprimer le titulaire de la liberté, c'est-à-dire toute personne, est considéré comme capital dans nos sociétés démocratiques qu'il est consacré au travers d'une liberté publique en droit constitutionnel et d'une liberté civile dans les rapports entre particuliers. Il faut du reste souligner que ces intérêts protégés par des libertés civiles sont grevés d'un poids important d'intérêt général. La liberté civile, par l'indétermination même du pouvoir qu'elle comprend, et par le mode d'attribution universelle qui est le sien, offre en effet une qualification particulièrement adaptée à la reconnaissance de valeurs considérées comme fondamentales.

Nous retrouvons les mêmes caractéristiques de l'intérêt dans les autres libertés spécifiques prises comme exemples dans cette étude. L'intérêt de contracter ou de ne pas contracter est évidemment capital dans une société d'échanges généralisés. Nul ne peut douter qu'il est porteur également d'intérêt général, se retrouvant à la base du droit des contrats. Une concrétisation et une personnalisation de cet intérêt s'effectuent, ici aussi, au gré de l'exercice de la liberté de contracter par son titulaire. Nous pouvons également faire les mêmes remarques pour la liberté de commerce.

Dans son rapport avec l'intérêt, la liberté civile ne présente donc pas de différence significative avec le droit subjectif. Tous deux protègent des valeurs considérées comme importantes dans nos sociétés. La différence, qui ne provient pas du critère analysé, est que l'intérêt du titulaire du droit subjectif n'est admis que s'il répond aux conditions de distribution du droit en cause alors que l'intérêt protégé par la liberté civile est reconnu *a priori* à tout un chacun.

Au niveau des libertés civiles, la volonté nous paraît jouer le même rôle, déjà souligné, que dans les théories du droit subjectif. Elle est le moteur de la prérogative tournée vers son but. Au titulaire de choisir s'il exerce sa liberté et comment il le fera dans le respect des règles de droit objectif qui s'imposent à lui.

libertés civiles et, d'autre part, dans les droits subjectifs présenterait des différences significatives.

Dans les deux cas, une prérogative juridique est reconnue par le droit objectif au titulaire du droit ou de la liberté. Il s'agit de possibilités d'actions ou d'abstention dont la violation par les tiers peut donner lieu à sanction. Dans les deux cas, ces pouvoirs sont multiples et protéiformes en fonction de l'objet et du contenu du droit ou de la liberté en cause.

Dans les deux qualifications, nous retrouvons le trio pouvoir juridique-intérêt-volonté mis en avant dans l'évolution du droit subjectif. Il nous paraît dès lors difficile de déterminer une différence de nature entre droits subjectifs et libertés civiles.

Une absence de distinction quant à la nature de la prérogative n'empêche pas que d'autres critères de distinction soient retenus en relation avec elle. Nous avons déjà vu que l'indétermination de l'objet et du contenu était souvent retenue comme un critère, même si ce dernier ne nous satisfaisait pas pleinement. D'autres pistes peuvent encore être creusées.

Section 3

L'exigence de respect et l'action en justice comme critère de distinction des droits subjectifs et libertés civiles

- 102. L'absence de recherche quant au critère analysé
- 103. Le rapport à autrui au centre des libertés civiles
- 104. Le modèle de l'équilibre des libertés civiles opposé au modèle de l'imposition du respect des droits subjectifs
- 105. L'action en responsabilité opposée à l'action en cessation de l'atteinte au droit subjectif

102

L'absence de recherche quant au critère analysé. L'analyse naissante des libertés civiles ne s'est pas fort intéressée à l'action qui sanctionne leur violation. Nous avons vu précédemment que la doctrine du droit subjectif reconnaissait la plupart du temps l'existence d'une action particulière attachée à la sanction de la violation des droits subjectifs, à côté de celle en responsabilité émanant du droit commun⁴⁴⁷.

La situation paraît fort différente concernant les libertés civiles. Aucun des auteurs analysés ne prétend qu'il existerait nécessairement de telles actions à leur profit.

447. Cf. *supra*, n° 61.

Ils n'ont du reste pas pointé les spécificités des actions qui sanctionnent le non-respect des libertés. Peut-être parce que, nous l'avons vu, l'analyse du rapport à autrui dans les théories du droit subjectif est relativement neuve. Mais si le rapport à autrui devient essentiel dans l'effort de distinction des concepts analysés, il nous semble nécessaire d'apporter une réponse claire à la question de savoir si l'un et l'autre sont protégés par des actions en justice de nature différente.

103

Le rapport à autrui au centre des libertés civiles. Quelle que soit l'opinion exprimée concernant la distinction à opérer, le problème du rapport à autrui paraît essentiel pour caractériser la liberté civile.

Que l'on soutienne avec François Rigaux que le rapport à autrui conditionne l'entrée en juridicité de la liberté civile⁴⁴⁸, avec Ludo Cornelis que ce rapport transforme la liberté en droit subjectif⁴⁴⁹ ou suivant Favez Hage-Chahine⁴⁵⁰ que si la liberté est un pouvoir reconnu à une personne, le droit subjectif est un pouvoir donné contre une autre personne, une constatation s'impose. Le rapport à autrui est non seulement au centre des tentatives de caractérisation de la liberté civile, mais aussi des tentatives de distinction d'avec les droits subjectifs. Rappelons d'ailleurs que la place centrale du rapport à autrui se retrouve également dans les caractéristiques reconnues communément aujourd'hui à la notion de droit subjectif, comme indiqué dans les conclusions du premier titre⁴⁵¹.

À propos des libertés civiles, les opinions apparaissent encore plus inconciliables et opposées. Le rapport à autrui, dans ses différentes composantes, se présente encore comme un large champ d'investigation à défricher en grande partie. Cette voie de recherche demande à être systématisée. Ce sera du reste l'objet de toute la seconde partie de la présente recherche.

Toutefois, nous pouvons relever d'ores et déjà les axes principaux de recherches qui paraissent d'emblée, dans le rapport à autrui, distinguer les deux notions. Le rapport à autrui va se marquer dans deux rapports de droits liés mais néanmoins distincts : l'opposabilité du pouvoir — que nous avons assimilée jusqu'à présent à la notion imprécise de face externe des pouvoirs — et la responsabilité civile du tiers qui l'enfreint. Ces deux relations pourraient elles-mêmes donner naissance à des

448. Cf. *supra*, n° 97.

449. Cf. *supra*, n° 97.

450. Cf. *supra*, n° 98.

451. Cf. *supra*, n° 61.

actions en justice distinctes s'ouvrant au titulaire du pouvoir afin d'en obtenir le respect ou la réparation.

104

Le modèle de l'équilibre des libertés civiles opposé au modèle de l'imposition du respect des droits subjectifs. Si les droits subjectifs et libertés civiles « s'opposent » de la même manière aux tiers, alors les conflits dans lesquels ils apparaissent devraient se résoudre de la même manière. Le critère de distinction de la relation à autrui perdrait alors sa pertinence.

Ce point fera l'objet de larges développements ci-après. Remarquons ici que l'analyse des libertés civiles et des conflits qui les opposent à d'autres pouvoirs indique d'emblée une différence marquante dans la manière dont une solution est apportée aux conflits et, par là, dans la manière dont le rapport à autrui s'appréhende pour chacune des deux notions analysées.

Si les rapports de force opposant les droits subjectifs à d'autres pouvoirs se résolvent la plupart du temps par l'imposition du respect des droits subjectifs, les oppositions de libertés entre elles ou à l'égard d'intérêts légitimes d'autrui paraissent plus se résoudre par une recherche de conciliation qualifiée de pondération des intérêts ou d'équilibre des intérêts. Non pas que, nous le verrons, le titulaire du droit subjectif puisse nier l'existence des autres libertés ou intérêts, mais que cette prise en compte ne s'opère qu'exceptionnellement, à la marge, alors qu'elle est au centre des conflits qui opposent les deux autres.

Cette constatation, faite *a priori*, avant un approfondissement de la voie de recherche ainsi tracée, nous conforte dans l'idée que le rapport à autrui se présente véritablement comme le critère de distinction par excellence entre les notions analysées.

105

L'action en responsabilité opposée à l'action en cessation de l'atteinte au droit subjectif. Si les deux pouvoirs analysés s'opposaient de la même manière au tiers, leurs violations devraient également être sanctionnées par les mêmes actions en justice.

Tel ne paraît pas non plus être le cas. Si l'existence d'actions protectrices spécifiques relatives aux droits subjectifs est mise en avant, la protection des libertés civiles paraît rester pleinement régie par les règles communes de responsabilité civile⁴⁵².

Demandons-nous alors si les règles de la responsabilité civile, lorsqu'elles s'appliquent, présentent des particularités en fonction des

452. Cf. *infra* nos constatations en droit positif, n^{os} 296 et s.

pouvoirs dans l'exercice desquels elles interviennent. Remarquons d'emblée l'existence de théories particulières ne sanctionnant *a priori* que les droits subjectifs : ainsi en est-il de la théorie de l'abus de droit ou celle de la théorie des troubles de voisinage. Du reste, des controverses existent sur le point de savoir si l'atteinte à un droit subjectif implique que tous les éléments constitutifs de la faute civile soient remplis pour donner lieu à la réparation du dommage subi par son titulaire.

Ici encore, une réflexion très provisoire et *a priori* nous conforte à penser que le rapport à autrui paraît de plus en plus être la voie à suivre pour tenter de distinguer les notions en cause et donner à cette tentative une utilité réelle en droit positif.

Section 4

L'apport des critères issus des caractéristiques des droits subjectifs

106. Une source et une nature analogue des droits subjectifs et des libertés civiles : le pouvoir comme face interne des droits subjectifs et libertés civiles – 107. Le rapport à autrui comme critère de distinction possible entre droits subjectifs et libertés civiles – 108. Le lien entre le rapport à autrui et le caractère exclusif ou non des pouvoirs

106

Une source et une nature analogue des droits subjectifs et des libertés civiles : le pouvoir comme face interne des droits subjectifs et libertés civiles. Dès lors que les droits subjectifs et libertés civiles trouvent leur source dans le droit objectif qui les consacre et en réglemente l'exercice, il est difficile de nier leur ressemblance.

Cette ressemblance apparaît pleinement au niveau de la nature du contenu des droits subjectifs et libertés civiles. Ils sont tous les deux porteurs d'un pouvoir, d'une prérogative juridique permettant à leur titulaire de faire ou de ne pas faire quelque chose. Il n'y a donc pas de différence réelle de nature entre les deux concepts analysés.

Certes, ce pouvoir ne se définit généralement pas de la même manière. Mais la manière dont le pouvoir se détermine ne change rien à sa nature.

La liberté civile voit la plupart du temps son exercice réglementé. Le pouvoir qu'elle comporte est davantage défini négativement. Le droit objectif ouvre un large champ d'action *a priori* pour le limiter *a posteriori*

par des règles plus précises. En outre, la liberté civile, définie *a priori* de manière indéterminée autour d'une finalité spécifique, ouvrant souvent de nombreuses possibilités de choix, voit son contenu se figer dans l'opposition aux autres prérogatives. C'est à l'issue du procès, par exemple, qu'il sera jugé, après identification et jaugeage des intérêts en présence, quelle portée exacte il convient d'admettre à la liberté d'expression exercée dans un contexte particulier.

Le droit subjectif, par contre, voit son pouvoir défini et déterminé *a priori* de manière plus précise. Le champ d'action ouvert est d'emblée clôturé par les règles de droit objectif qui le consacre. Son titulaire se voit, dès lors, consacrer une sécurité juridique particulière, assuré qu'il est à l'avance d'être à même d'exercer le pouvoir ainsi reconnu.

107

Le rapport à autrui comme critère de distinction possible entre droits subjectifs et libertés civiles. L'opposition entre les auteurs précités se focalise principalement sur un point précis : comment joue vis-à-vis des tiers le pouvoir juridique respectivement compris dans les droits subjectifs et libertés civiles ?

Les deux pouvoirs vont-ils rayonner de la même manière vis-à-vis des tiers ou vont-ils se distinguer au niveau de ce rapport ? Si distinction utile il y a entre les deux concepts, c'est à ce niveau qu'elle devrait apparaître.

À la suite de cette première interrogation en apparaît une seconde. Les tiers vont-ils être chargés des mêmes devoirs à l'égard des titulaires des droits subjectifs et des libertés civiles ? Et ces devoirs ne vont-ils pas se différencier selon le type même de pouvoirs dont ils seront titulaires ?

Ce sont précisément ces questions qui constitueront le second titre de cette étude.

108

Le lien entre le rapport à autrui et le caractère exclusif ou non des pouvoirs. Le lien existant entre l'exclusivité du pouvoir accordé et le rapport à autrui mis en avant dans la plupart des essais de distinction entre les notions étudiées devra être approfondi.

Si l'on veut bien repartir de ce constat, une voie simple d'investigation prend forme.

L'exclusivité du droit subjectif implique que les tiers soient *a priori* exclus du pouvoir accordé au titulaire, c'est-à-dire du lien qui le soude à l'objet du droit. Le tiers est donc pris en compte dans la distribution et la définition même du droit subjectif par l'exclusion qui découle de l'exclusivité du pouvoir accordé. Cette exclusion doit, logiquement, impliquer le respect du pouvoir par le tiers. Sans ce devoir de respect, l'exclusion n'aurait en

effet, juridiquement, aucune efficacité. Ce devoir imposé par la définition même du droit subjectif pourrait alors rendre admissible un lien automatique entre la violation du droit subjectif et la notion de faute et expliquer l'admissibilité d'une action permettant au titulaire du droit de demander au juge, outre une réparation pour le dommage subi, la cessation de l'atteinte au droit subjectif, indépendamment de tout dommage.

La non-exclusivité des libertés civiles implique, quant à elle, que les tiers ne soient pas pris en compte *a priori* dans l'attribution des libertés civiles. Le pouvoir issu des libertés étant reconnu à tout un chacun, le tiers n'intervient pas à ce niveau. Il ne réapparaît qu'au moment où, exerçant un autre pouvoir juridique reconnu, voire sans aucune source de légitimité à son action, le tiers énerve ou nie le pouvoir issu de la liberté civile. Une seule hypothèse ressemble à la situation du titulaire du droit subjectif : celle où un tiers nie ou enfreint le pouvoir issu de la liberté civile sans légitimité *a priori* à son action. Le conflit devrait alors se résoudre simplement en faveur du titulaire de la liberté civile violée : le tiers sera tenu de la respecter. Dans les autres hypothèses, naît un conflit d'intérêts devant être résolu sans qu'un intérêt l'emporte d'emblée sur l'autre. En effet, dès lors que chaque pouvoir ou intérêt se drape dans une légitimité consacrée par le droit objectif, sous forme d'une liberté civile, il est impossible, hors contexte, de voir l'un supplanter l'autre. À moins, bien entendu, que la liberté civile puisse l'emporter *a priori* sur un intérêt légitime, hypothèse qui devra être vérifiée dans la suite de cette étude.

Chapitre 3

Conclusion : description provisoire des caractéristiques des libertés civiles

109. Droits subjectifs et libertés civiles : convergences et divergences – 110. Le rapport à autrui au centre des différences entre les deux concepts – 111. Les caractéristiques des libertés civiles – 112. Définitions provisoires des droits subjectifs et libertés civiles

109

Droits subjectifs et libertés civiles : convergences et divergences. De l'analyse comparative qui précède, nous pouvons mettre en avant les convergences et divergences qui existent entre les concepts de liberté civile et de droit subjectif.

Le *premier* niveau de comparaison se situe au plan des *règles de droit objectif* qui consacrent les notions analysées.

Les droits subjectifs présentent un lien très étroit avec le droit objectif qui les crée et en arrête les conditions de distribution, la portée et la sanction en cas de violation. Les libertés civiles ne présentent pas de conditions d'attribution particulières. Celles-ci ne sont pas nécessaires puisque les libertés civiles sont *a priori* reconnues à tous. La portée du pouvoir juridique dont elles sont porteuses n'est pas décrite avec précision, mais reste assez vague. La liberté civile est décrite par son but, non par les moyens reconnus au titulaire pour l'atteindre. Les sanctions paraissent être *a priori* celles du droit commun et ne pas présenter de spécificités particulières.

Les modes d'acquisition des droits subjectifs et libertés civiles dépendent fortement du caractère exclusif ou non des pouvoirs consacrés. Alors que le droit subjectif est un pouvoir reconnu exclusivement à son titulaire, le pouvoir du titulaire de la liberté est *a priori* identique à celui reconnu à autrui. Contrairement à la distribution du droit subjectif, autrui est absent *a priori* de l'attribution des libertés civiles, pour ne réapparaître qu'au niveau de leur exercice.

Le *deuxième* niveau de comparaison se situe au plan du *pouvoir juridique* contenu dans les deux notions.

Le contenu du pouvoir ne diffère pas intrinsèquement. Les deux pouvoirs impliquent une possibilité d'agir et de ne pas agir, que ce soit au niveau factuel ou juridique. C'est en ce sens que l'on a pu dire que le droit subjectif est liberté civile.

L'objet des pouvoirs est cependant différent. Le droit s'exerce sur un bien ou un lien de droit extérieur au titulaire. Cet objet est toujours déterminé ou déterminable avec une relative précision. L'objet sur lequel s'exerce le pouvoir issu de la liberté civile est le sujet titulaire de la liberté lui-même. Ce dernier pouvoir ne s'exerce pas sur un bien qui lui est extérieur ou sur un lien de droit. La liberté est le pouvoir juridique reconnu à l'être agissant. La liberté est de l'ordre de « l'être » et non, comme le droit subjectif, de l'ordre de « l'avoir ».

Le mode de détermination des pouvoirs paraît également distinct. Alors que le pouvoir issu des droits subjectif est prévu *a priori* par le droit objectif, celui des libertés civiles ne se détermine avec précision qu'au gré des conflits qui opposent le titulaire de la liberté civile à d'autres pouvoirs et de l'application d'autres règles de droit objectif qui en régissent l'exercice. En d'autres termes, alors que le droit subjectif ouvre un terrain d'action déterminé et borné avec une relative précision, les libertés civiles ouvrent plutôt un terrain d'action à géométrie variable dont l'étendue va varier en fonction des pouvoirs d'autrui.

Le *troisième* niveau de comparaison se situe au plan de l'admission des liens avec *l'intérêt* dont sont porteurs les pouvoirs consacrés par le droit objectif.

Tant les droits subjectifs que les libertés civiles sont mis à la disposition des sujets en vue de réaliser la satisfaction de leurs intérêts. L'intérêt, dans les deux concepts, forme le but du pouvoir consacré. Dans les deux concepts également, c'est par le jeu de sa volonté que le sujet cherchera ou non la réalisation de cet intérêt par l'exercice du pouvoir qui lui est reconnu.

Le *quatrième* niveau de comparaison se situe au plan de la face externe des pouvoirs intrinsèques aux deux concepts.

Alors qu'en ce qui concerne le droit subjectif, la face externe semble impliquer naturellement un devoir de respect dans le chef d'autrui, la portée de la face externe de la liberté civile apparaît avec moins d'évidence.

Déjà, le conflit à autrui apparaît moins clairement. Si nous comprenons aisément qu'un tiers veuille s'approprier le pouvoir détenu exclusivement par le titulaire du droit subjectif, l'appropriation de la liberté civile d'autrui est moins compréhensible : le tiers dispose de cette même liberté civile. En outre, le contenu déterminé de la liberté civile paraît dépendre lui-même du contenu du pouvoir d'autrui qui s'y oppose. Si les différents pouvoirs qui s'opposent à la liberté civile peuvent s'appuyer sur une base légitime prévue par le droit objectif, la résolution du conflit apparaît plus

complexe, tant il est vrai qu'*a priori* aucun pouvoir ne paraît l'emporter sur l'autre.

Le *cinquième* et dernier niveau de comparaison vise les sanctions qui s'attachent à la violation des droits subjectifs et libertés civiles.

Ce point apparaît encore pour l'instant comme particulièrement nébuleux. L'existence et la nature de l'action spécifique attachée aux droits subjectifs sont sujettes à controverses. Les libertés civiles ne paraissent pas être dotées *a priori* d'une protection identique et paraissent rester amplement soumises aux principes de droit commun de la responsabilité civile. Ce point devra, comme le précédent, être particulièrement creusé si nous voulons mettre en avant les distinctions réelles de régime entre les deux notions analysées.

110

Le rapport à autrui au centre des différences entre les deux concepts. S'il n'y a pas une nette différence de nature entre les deux concepts analysés, le régime des deux notions paraît *a priori* trouver à se distinguer dans le rapport à autrui.

Nous entendons par là le rapport juridique à autrui directement induit des qualifications et qui régit les relations impliquant le titulaire du droit subjectif ou de la liberté civile aux tiers. Ce rapport à autrui se retrouve au centre de chaque divergence relevée ci-avant.

Ce constat, encore provisoire, doit faire l'objet d'une analyse approfondie sous la seconde partie. Il demande également à se vérifier dans l'analyse des rapports entre le droit subjectif et l'intérêt légitime.

111

Les caractéristiques communes aux libertés civiles. De l'analyse qui précède, il nous paraît que nous pouvons arrêter provisoirement cinq caractéristiques communes des libertés civiles.

La *première* vise le lien indéfectible que présente la liberté civile avec le droit objectif. Le droit objectif consacre les libertés civiles en les reconnaissant à tout un chacun sans conditions.

La *deuxième* est à trouver dans le fait que la reconnaissance d'une liberté civile, par le droit objectif, revient à admettre l'*existence d'un pouvoir juridique d'agir* du titulaire en vue de la réalisation du but de la liberté civile en cause. Ce pouvoir en constitue la face interne.

La *troisième* se situe dans le lien existant entre le pouvoir juridique et l'intérêt légitime dont la recherche de la satisfaction constitue la finalité même.

La *quatrième* a trait à l'existence d'un *rayonnement juridique du pouvoir issu de la liberté civile à l'égard des tiers*. Ce rayonnement est la face externe de la liberté civile.

La *cinquième* porte sur l'existence d'une *défense juridique du pouvoir issu de la liberté civile*. Les contours de celle-ci ne sont pas encore bien déterminés au stade actuel de l'analyse. Nous pressentons cependant qu'elle se situe principalement dans l'application des règles de droit commun de la responsabilité civile.

112

Définitions provisoires des droits subjectifs et des libertés civiles. Muni de ces cinq caractéristiques, nous pouvons proposer une définition provisoire de la liberté civile.

La liberté civile est *le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers*.

Cette définition nous amène à modifier quelque peu la définition provisoire du droit subjectif proposée en conclusion du chapitre premier. Afin de mieux mettre en exergue les différences relevées entre les deux concepts, nous considérerons que *le droit subjectif est le pouvoir spécifique et exclusif, distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire, sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique*.

DU DROIT SUBJECTIF À L'INTÉRÊT LÉGITIME

113. But du titre – 114. Plan du titre

113

But du titre. Nous nous sommes déjà expliqué sur la méthode consistant à cerner, au départ des théories du droit subjectif, les deux autres concepts étudiés, la liberté civile et l'intérêt légitime⁴⁵³.

Cette approche se justifie ici d'autant mieux qu'historiquement, la notion d'intérêt n'a pas été perçue comme autonome par rapport au droit subjectif. L'intérêt ne s'en est distingué que récemment dans la théorie générale du droit. Au départ, l'intérêt, notion de fait, ne devient une notion de droit que par son assimilation au droit subjectif. L'intérêt a cependant acquis aujourd'hui son indépendance au travers de différentes évolutions du droit positif.

114

Plan du titre. Dans un premier temps (chapitre premier), nous cernerons la place de l'intérêt dans les théories du droit subjectif. D'abord absorbé, l'intérêt va progressivement acquérir son indépendance à l'égard du droit subjectif dans la théorie générale du droit.

Cette indépendance a trouvé, parallèlement, à s'exprimer de nombreuses manières différentes dans le droit positif actuel de sorte qu'une adéquation existe réellement entre l'évolution de la théorie générale et la pratique du droit (chapitre second).

Une fois constatée cette prise d'indépendance de l'intérêt, nous tenterons alors de comprendre ce qui caractérise la notion d'intérêt et le caractère de légitimité qui lui est accolé en droit positif (chapitre troisième). Cela nous permettra d'obtenir, comme pour les deux autres concepts analysés, une définition provisoire de l'intérêt légitime pour envisager, dans la seconde partie de cette étude, une comparaison des trois notions sur un terrain commun : le rapport à autrui.

453. Cf. *supra*, n° 62.

Chapitre 1

L'intérêt légitime dans la théorie du droit subjectif : de l'absorption à l'indépendance

Section 1

L'intérêt légitime absorbé par le droit subjectif

115. L'intérêt légitime dans la théorie de l'intérêt
– 116. L'intérêt légitime dans les théories mixtes

115

L'intérêt légitime dans la théorie de l'intérêt. Nous avons vu ci-avant que la théorie de R. von Ihering était tout entière centrée sur la notion d'intérêt puisqu'il en fait l'élément essentiel de sa définition du droit subjectif : les droits sont des intérêts juridiquement protégés⁴⁵⁴.

L'auteur ne s'attarde cependant pas longuement sur la notion d'intérêt elle-même. Tout au plus utilise-t-il des synonymes pour expliquer son sens : utilité, service, avantage ou gain assuré par le droit⁴⁵⁵. Cependant, il rapproche l'intérêt d'autres concepts. Le droit porte sur un bien — matériel ou immatériel — qui en forme le contenu. À l'idée de bien se rattache l'intérêt par le détour de la valeur : « L'idée de valeur contient la mesure de l'utilité du bien ; l'idée d'intérêt exprime la valeur dans son rapport particulier avec le sujet et ses buts »⁴⁵⁶. Pour se faire comprendre, R. von Ihering prend comme exemple la servitude de vue accordée à un aveugle : ce droit a une valeur, mais ne présente aucun intérêt pour un aveugle. La mesure de la valeur, c'est-à-dire l'intérêt pratique, s'exprime en argent concernant les biens évaluable. La valeur des autres biens — la liberté, la vie, l'honneur, etc. — prendra également cette forme à titre de pénalité⁴⁵⁷.

Cela étant dit, il construit sa théorie sur la notion d'intérêt : « Tout droit établit l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection »⁴⁵⁸. Les

454. Cf. *supra*, n^{os} 7 et s.

455. R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, 3^e éd., t. IV, Forni Editore Bologna, 1969, p. 328 et 329.

456. *Ibid.*, p. 329.

457. *Ibid.*, p. 330.

458. *Ibid.*, p. 331.

intérêts couverts par les droits subjectifs peuvent changer. Ils sont plus ou moins bien définis selon les droits. Quand l'intérêt protégé par le droit sort ses effets, il y a jouissance du droit, c'est-à-dire adéquation entre les effets prévus et ceux qu'en attend l'ayant droit. C'est ce dernier, dans la marge de liberté plus ou moins grande qui lui est laissée, qui choisit la manière dont il entend jouir de son droit. Si la loi ne dit pas précisément comment le droit doit servir au sujet, c'est ce dernier, par sa volonté, qui lui assigne une direction, qui le fait servir à tels besoins ou utilités ⁴⁵⁹.

Dès lors, nous serions tenté de dire que déjà chez R. von Ihering, une ébauche de distinction apparaît entre la valeur — l'intérêt abstrait, représentant l'intérêt que toute personne est censée avoir *a priori* sur un bien — et l'intérêt, notion concrète, représentant l'attachement réel du sujet à la valeur protégée. Alors que la valeur paraît être fixée plus ou moins précisément par ou en vertu du droit objectif, le sujet, par sa volonté, choisit de quelle valeur protégée par le droit il entend jouir, révélant, par là même, son intérêt concret.

Tout intérêt n'est cependant pas un droit. Il faut, pour cela, qu'il soit protégé par une action en justice. Sans elle, l'intérêt est « de fait » : l'intérêt « ne crée qu'un état de fait d'utilité et de jouissance [...] que le premier venu qui, en fait, en a le moyen, peut impunément, à chaque instant, ébranler ou renverser » ⁴⁶⁰. Le titulaire d'un droit peut par contre recourir à l'action en justice, le juge étant obligé d'octroyer la protection juridique ⁴⁶¹.

Si l'on nous permet de traduire cette dernière opinion dans le langage moderne, il faut donc en conclure que l'intérêt n'est protégé que si le droit offre à son titulaire une possibilité d'agir en justice afin d'en demander le respect. Il faut également, d'ores et déjà, souligner une autre conséquence de la théorie de R. von Ihering : en dehors de l'intérêt coulé en droit subjectif, il n'est d'autre intérêt dont le droit se soucie. L'intérêt non juridiquement protégé est un simple fait. Il ne lui est attaché aucune portée juridique autre que la reconnaissance du fait lui-même.

116

L'intérêt légitime dans les théories mixtes. La notion d'intérêt ne va pas connaître d'évolution marquante dans la plupart des théories mixtes. La notion n'est généralement soumise à analyse que par rapport à son positionnement au regard de la volonté, second élément des définitions mises en exergue.

459. *Ibid.*, p. 331 à 338.

460. *Ibid.*, p. 328.

461. *Ibid.*, p. 310.

Sa position change certes selon le poids attribué à l'intérêt dans la théorie mixte considérée. Ainsi, par exemple, selon Ionescu, l'intérêt est le contenu du droit⁴⁶². Par contre, selon Jean Dabin, il est la matière ou le but du droit⁴⁶³.

Une constante : l'intérêt n'apparaît pas encore comme un concept indépendant du droit subjectif lui-même. Il n'intervient que comme outil de structuration du droit subjectif sans parvenir à s'en distinguer. Tout se passe comme si, en dehors du droit subjectif, la notion n'avait pas d'effet juridique propre.

Même Jean Dabin, qui, pourtant, au hasard d'une note de bas de page, reconnaît que la loi vient parfois protéger un intérêt sans qu'il devienne pour la cause un droit subjectif⁴⁶⁴, parle de l'intérêt comme d'une notion « préjuridique »⁴⁶⁵. Il faut rappeler que, selon lui, tout intérêt est un droit subjectif dès lors qu'il est susceptible d'être protégé par l'article 1382 du Code civil⁴⁶⁶. Enfin, son concept d'appartenance est étroitement lié à la notion d'intérêt : intérêt d'appartenance qui vient remplacer l'intérêt-jouissance de R. von Ihering : « Il y a droit subjectif là où il y a appartenance ; l'intérêt ne devient droit que si l'on quitte le plan de la jouissance pour celui de l'appartenance. Le droit n'est pas un intérêt, même juridiquement protégé ; il est l'appartenance d'un intérêt ou, plus exactement, d'une chose qui touche le sujet et l'intéresse, non en tant qu'il jouit ou est appelé à en jouir, mais en tant que cette chose lui

462. O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 128.

463. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 71.

464. *Ibid.*, p. 69, note 4 : « Il arrive d'ailleurs que des intérêts soient protégés qui ne constituent certainement pas des droits : ainsi non seulement la possession de mauvaise foi [...], mais la catégorie des droits futurs, des droits conditionnels (sous condition suspensive), des droits éventuels. Par hypothèse, ces droits n'ont aucune actualité. À titre d'intérêts, ils sont cependant protégés par des mesures conservatoires (qui feront elles-mêmes l'objet de droits privatifs). ».

465. *Ibid.*, p. 71.

466. *Ibid.*, p. 69. Aussi, p. 82, note 3 : « Mais quand a-t-on affaire à un droit, protégé à ce titre par l'action en dommages-intérêts ? Quand l'intérêt n'est pas seulement de jouissance, mais d'appartenance, en d'autres termes, quand il peut être rapporté au sujet comme sien, détermination qui est l'œuvre du droit objectif, c'est-à-dire de la loi et, à défaut de loi, la jurisprudence et la doctrine. [...] La protection juridique, consistant dans le droit à réparation, n'est d'ailleurs que la conséquence et le signe de ce que l'intérêt est reconnu suffisamment proche, suffisamment défini aussi, pour mériter la qualification de droit et, par suite, la protection. » Adde *Id.*, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, p. 21.

appartient en propre »⁴⁶⁷. L'étendue de son concept d'appartenance est cependant telle que tout intérêt juridiquement protégé paraît bien y être compris.

Il faut également rappeler que l'auteur, en réaction aux thèses de Paul Roubier, s'est même efforcé de nier l'existence d'une protection juridique autonome des intérêts légitimes contenus dans la notion de situations juridiques objectives qui serait indépendante d'un droit subjectif⁴⁶⁸.

Rien d'étonnant à ce que François Ost ait pu écrire, avec raison, que le droit subjectif, tel que compris par Jean Dabin, avait à la fois « disqualifié » et « absorbé » la notion d'intérêt⁴⁶⁹. Disqualifié en le rejetant en dehors du juridique, absorbé en faisant de tout intérêt d'appartenance — c'est-à-dire, *in fine*, pratiquement tout intérêt protégé — un droit subjectif.

Paul Roubier fait cependant déjà exception à cette absorption de l'intérêt par le droit subjectif. Il apparaît donc là comme un précurseur des théories du pouvoir : en distinguant le droit subjectif d'autres prérogatives, ces théories sont le berceau de l'indépendance de la notion d'intérêt légitime.

La majorité des auteurs, cependant, ne s'attarde pas sur la distinction entre le droit subjectif et l'intérêt légitime.

Section 2

L'indépendance de l'intérêt légitime dans les théories du droit subjectif

117. Introduction – 118. L'intérêt légitime dans la théorie de Paul Roubier – 119. Apports et limites de la théorie de Paul Roubier dans la prise d'indépendance de l'intérêt légitime – 120. L'opposition du droit subjectif et de l'intérêt chez Pierre Pescatore – 121. Apports et limites de la réflexion de

467. *Ibid.*, p. 82. Aussi, « ne sont protégés par l'action en responsabilité que les intérêts désignant non une valeur de jouissance, mais une valeur d'appartenance, c'est-à-dire des droits. [...] La vérité est que la protection juridique (qui d'ailleurs ne crée pas le droit, mais le suppose) va non pas aux intérêts comme tels, mais aux intérêts qui sont des droits » (*Id.*, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 21 et 22).

468. *Id.*, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, *op. cit.*, p. 14 à 27.

469. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 29.

Pierre Pescatore – 122. La systématisation de la distinction entre droit subjectif et intérêt légitime par André Gervais – 123. La mise en avant des modes de résolution de conflits par André Gervais – 124. Apports et critiques de la systématisation opérée par André Gervais – 125. La redécouverte des théories d'André Gervais et leur approfondissement par François Ost – 126. Le flou qui entoure le critère de légitimité de l'intérêt dans les thèses de François Ost – 127. L'opposition des modèles d'adjudication des droits et de gestion des intérêts selon François Ost – 128. Apports et critiques de la modélisation de François Ost – 129. Conclusions quant à l'indépendance de l'intérêt prise dans les théories du droit subjectif

117 **Introduction.** Les efforts de distinction systématique entre le droit subjectif et l'intérêt légitime sont peu nombreux.

Pourtant, au début des années soixante, différents auteurs se sont lancés, concomitamment, dans cette tâche. Il s'agit d'abord uniquement de tentatives opérées dans le cadre d'une recherche de la signification de la notion de droit subjectif (Paul Roubier, Pierre Pescatore). André Gervais ouvre ensuite les perspectives en se lançant dans un effort de distinction plus approfondi des intérêts entre eux et dans les modes de résolutions de conflits entre porteurs d'intérêts de qualité différente. Il faudra ensuite attendre les travaux de François Ost pour que s'ébauche une théorie générale autour de la notion.

Une analyse de ces travaux nous permettra de faire le point sur l'état d'avancement de l'indépendance de l'intérêt au niveau de la théorie générale.

118 **L'intérêt légitime dans la théorie de Paul Roubier.** C'est sans doute à Paul Roubier qu'il revient d'avoir, le premier, isolé le concept d'intérêt, qualifié de légitime, du concept de droit subjectif⁴⁷⁰. Il n'a pourtant pas accordé de longs développements à la notion même d'intérêt légitime.

La notion d'intérêt se retrouve certes d'abord dans la compréhension qu'il donne de la notion de droit subjectif elle-même. Classée antérieure-

470. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963. Les thèses de Paul Roubier ont été analysées dans la partie relative au droit subjectif (cf. *supra*, n^{os} 26 et s.). Que le lecteur ne s'y trompe pas. L'essentiel de la thèse de Roubier avait déjà été publié quelques années auparavant dans des publications antérieures (voy. principalement, P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, Archives de philosophie du droit, n^o 5, Paris, Sirey, 1960, p. 65 à 131 ; ID., *Le rôle de la volonté dans la création des droits et de devoirs*, Archives de philosophie du droit, n^o 3, Paris, Sirey, 1957, p. 1 à 69). Parce que son ouvrage de 1963 reprend, élargit et clarifie largement la thèse de l'auteur, nous le retenons comme base de notre étude.

ment dans la présente étude dans les théories mixtes, la théorie du droit subjectif chez Paul Roubier conçoit la notion d'intérêt — individuel⁴⁷¹ — comme étant le but du droit subjectif : « [...] le titulaire d'un droit subjectif use de son droit comme d'une propriété, pour ses intérêts individuels »⁴⁷². Le titulaire du droit a en effet intérêt à l'appropriation des biens qui en forment l'objet et des avantages que ces prérogatives lui procurent⁴⁷³.

Mais, dans cette conception, la notion d'intérêt, fût-elle juridiquement protégée, ne permet pas de différencier le droit subjectif d'une situation juridique objective. Ainsi, la victime d'un dommage a intérêt à introduire une action en justice malgré le fait qu'elle n'a, *a priori*, aucun droit subjectif à faire valoir⁴⁷⁴. Ce qui amène dès lors l'auteur à souligner l'existence d'intérêts en marge de la notion de droit subjectif.

Le concept d'intérêt légitime apparaît en effet dans la distinction proposée entre droits et devoirs. Le non-respect d'un devoir est sanctionné par une action en justice⁴⁷⁵, tout comme la violation du droit subjectif. L'action en justice vient en effet protéger tant les droits que les intérêts privés⁴⁷⁶. Mais, contrairement au droit subjectif, le demandeur doit alors faire la preuve de l'existence d'un intérêt légitime⁴⁷⁷ car « on n'est pas admis à se prévaloir de la violation d'un devoir, si on n'est pas soi-même

471. La poursuite d'intérêts individuels par le droit subjectif permet à l'auteur de distinguer le droit subjectif d'autres notions telles que le pouvoir — qui est exercé par son titulaire dans l'intérêt de la personne pour le compte de qui il agit (*ibid.*, p. 19, 190 et 295) ou la situation juridique objective — qui est établie en vue du bien commun « et non pas pour le service d'intérêts individuels » (*ibid.*, p. 10).

472. *Ibid.*, p. 19. Aussi, p. 150 où l'auteur souligne qu'il peut y avoir abus de droit si le titulaire « use de son droit, non pour satisfaire un intérêt personnel sérieux et avouable, mais seulement pour nuire méchamment à autrui [...] ».

473. *Ibid.*, p. 22 et 23.

474. *Ibid.*, p. 69.

475. *Ibid.*, p. 309.

476. *Ibid.*, p. 32.

477. « [...] ce sont des autorités judiciaires, lesquelles n'ont pas seulement, comme l'autorité administrative, la mission de veiller à l'intérêt général, mais la double mission de veiller à l'ordre public, d'une part, et aux intérêts particuliers légitimes, d'autre part » (*ibid.*, p. 36) ; « Le plus souvent, le droit d'agir en justice est mesuré, et limité à certaines personnes, qui ont seules ce qu'on appelle alors un intérêt légitime » (*ibid.*, p. 58) ; « [...] la délimitation du droit d'agir en justice [...] est tracée sur la base d'un intérêt légitime. [...] le devoir ne comporte une sanction judiciaire que s'il est invoqué par une personne ayant un intérêt légitime » (*ibid.*, p. 60, n° 7) ; « Si l'ordre juridique prend sous sa protection comme nous l'avons vu, un certain nombre d'intérêts légitimes qui ne constituent pas des droits subjectifs au sens strict du terme [...] » (*ibid.*, p. 106) ; aussi, p. 131 et 312.

dans une situation régulière »⁴⁷⁸. Autrement dit encore, l'action en justice ne protège pas toutes les sortes d'intérêts, mais seulement les intérêts légitimes⁴⁷⁹ et « tout le monde n'est pas admis en principe à rappeler autrui à l'observation d'un devoir, il faut que l'intérêt qui se trouve à la base de l'action en justice soit un intérêt légitime »⁴⁸⁰. La légitimité de l'intérêt doit alors être appréciée par le juge⁴⁸¹.

La notion d'intérêt légitime est donc essentielle pour comprendre l'ensemble de la théorie complexe développée par Paul Roubier, mais il est vrai que l'intérêt légitime n'est pas opposé systématiquement au droit subjectif ou à d'autres prérogatives. Il l'est seulement, indirectement, par le biais de l'action en justice. Il faut cependant noter que cette opposition est parfois plus directe lorsque Paul Roubier dénie à certaines prérogatives la qualité de droit subjectif. Ainsi, il énonce relativement à ce que l'on désigne comme des droits de la personnalité que : « La vérité est qu'il n'y a, en pareille matière, que des intérêts légitimes, protégés par des actions en justice »⁴⁸².

119

Apports et limites de la théorie de Paul Roubier dans la prise d'indépendance de l'intérêt légitime. Paul Roubier ne définit ni le concept d'intérêt ni celui de sa qualification nécessaire de « légitime ». L'intérêt paraît souvent être assimilé à l'avantage recherché par le titulaire du droit subjectif ou au désir à satisfaire⁴⁸³. Parfois, cependant, l'avantage semble être assimilé à

478. *Ibid.*, p. 313.

479. *Ibid.*, p. 36 ; « L'action ne peut être en principe subordonnée seulement à la condition d'un intérêt ; il serait trop à craindre qu'on aboutisse à une multiplication de procès vexatoires. » (*ibid.*, p. 58).

480. *Ibid.*, p. 60, n° 7. Dans le même sens, p. 131.

481. « [...] dans le cas où il existe un droit subjectif, ce droit comporte tout naturellement, par son nom même, la possibilité d'agir en justice pour sa sanction ; dans le cas où il n'existe pas, la concession d'une action en justice signifie qu'il existe un intérêt légitime dont le juge aura à apprécier la valeur » (*ibid.*, p. 289) ; aussi, lorsque Paul Roubier parle de l'action relative au droit à l'image : « En vérité, l'action ne s'apparente guère à celles qui ont pour but de sanctionner un droit subjectif, mais bien plutôt au groupe des actions en responsabilité, où le juge apprécie la conduite des parties, et la légitimité de leurs intérêts » (*ibid.*, p. 369).

482. *Ibid.*, p. 366. Voy. aussi, p. 369 concernant le droit à l'image en particulier (cf. note précédente).

483. « Car la volonté privée est, avant tout, animée, dans l'ordre juridique, par la pensée de s'assurer des avantages et des droits [...] » (*ibid.*, p. 60, n° 8) ; voy. également la définition que donne Roubier des situations juridiques subjectives dont le but est, d'après lui, de créer des droits subjectifs : « des situations régulièrement établies, soit par acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires et auxquelles ils peuvent en principe renoncer » (*ibid.*, p. 73, n° 9 ; nous soulignons) ; ou parlant des situations juridiques objectives qui « ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs des particuliers » (*ibid.*, p. 73, n° 10).

la prérogative du droit subjectif de sorte qu'il n'est pas certain que ce soit l'intérêt qui est en définitive visé par l'auteur⁴⁸⁴. L'intérêt distinct du droit subjectif ne paraît donc pas avoir été défini et étudié en tant que tel.

Il aborde la notion de légitimité en général⁴⁸⁵, mais ne vise pas, dans ce cas, précisément la légitimité de l'intérêt. Pour Paul Roubier, la légitimité renvoie à la « conformité avec les règles juridiques d'organisation de la société »⁴⁸⁶. Pour qu'une situation puisse être considérée comme juridique, elle doit être légitime, c'est-à-dire s'appuyer sur un titre régulier⁴⁸⁷ qui permette à son bénéficiaire d'en réclamer les effets⁴⁸⁸. Il s'agit donc de se demander si l'ordre juridique a permis ou non la création de la situation invoquée⁴⁸⁹. C'est le titre qui détermine les conditions d'existence et de validité de la situation en cause. Ces titres, sont de plusieurs types : titre conventionnel, légal, judiciaire ou naturel⁴⁹⁰. Ils permettent en définitive de créer les situations juridiques à la base des droits et des devoirs et de s'en ménager la preuve⁴⁹¹.

Cette vision de la légitimité n'éclaire pas le sens qui doit lui être reconnu lié à la notion d'intérêt. Le titre est antérieur à la situation. Ainsi, le titre fondant le devoir de réparer les suites dommageables est à trouver dans l'article 1382 du Code civil⁴⁹². Mais quand l'intérêt du demandeur en réparation doit-il être considéré comme légitime ? L'auteur ne répond pas réellement à cette question. Il indique cependant que l'action en justice est ouverte « aux personnes qui pouvaient compter sur l'exécution de ces devoirs et qui se trouvent ainsi avoir un titre légitime à agir en justice »⁴⁹³. Il indique comme exemple l'action en réparation basée sur

484. « Il faut d'abord mettre, à la base du droit subjectif, un avantage, une prérogative à laquelle le bénéficiaire de ce droit peut prétendre » (*ibid.*, p. 128 ; voy. aussi p. 129).

485. *Ibid.*, p. 223 et s. ; aussi *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, I, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 265 et s.

486. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 223.

487. *Ibid.*, p. 223 ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 270.

488. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 228 ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 270.

489. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 229 ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 270.

490. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 231 et s., n^{os} 28 et s. ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 273 et s.

491. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 238, n^o 29 ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 281.

492. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 229 ; *Id.*, « La légitimité des situations juridiques », *op. cit.*, p. 271.

493. *Id.*, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 310.

l'article 1382 ouverte à toute personne souffrant d'un dommage dans sa personne ou ses biens. Or, il avait admis précédemment que toute personne justifiant d'un dommage consécutif à une faute ne pouvait pas forcément se prévaloir d'un intérêt légitime. Ainsi en était-il de la concubine de la victime d'une faute demandant réparation de son propre dommage⁴⁹⁴. Dans la pensée de Paul Roubier, la légitimité de l'intérêt paraît ainsi distincte de la légitimité du titre donnant naissance au devoir dont se prévaut la victime de sa violation.

L'auteur donne aussi des exemples d'intérêts illégitimes, dont la protection doit être refusée par l'action en justice : la concubine de la victime n'a pas d'intérêt légitime à agir en action en responsabilité, l'action *de in rem verso* est refusée pour cause d'indignité (*in pari causa*), les représentants d'entreprises ou de commerces illicites n'ont pas d'intérêt à agir en concurrence déloyale⁴⁹⁵. La légitimité paraît ici se confondre avec la non-contradiction de l'intérêt invoqué avec une norme juridique préexistante. Mais, avouons-le, les conditions de la légitimité restent encore très floues dans la pensée de Paul Roubier.

Pour ce dernier, en définitive, l'intérêt légitime est tout entier confondu avec la condition de recevabilité de l'action en justice. L'immense avancée par rapport à la doctrine antérieure est d'avoir admis et mis clairement en évidence l'existence d'intérêts — qualifiés de légitimes — distincts des droits subjectifs et pourtant protégés par le droit par le biais d'actions en justice.

Mais la porte ainsi ouverte laisse planer pas mal d'incertitudes sur le concept d'intérêt. Quelles sont les conditions exactes de cette protection et, partant, de la légitimité de l'intérêt ? L'intérêt légitime ne trouve-t-il pas une protection également en dehors de l'analyse des conditions de la recevabilité de l'action, notamment lorsqu'il est invoqué par le défendeur à l'encontre d'une autre personne ayant introduit une action contre lui ? Comment comprendre la valeur, le poids d'un intérêt légitime opposé à des droits subjectifs et des libertés civiles et résoudre alors le conflit ? Ces questions ne trouvent à ce stade de la réflexion aucune réponse.

120

L'opposition du droit subjectif et de l'intérêt chez Pierre Pescatore. Dans son *Introduction à la science du droit*, Pierre Pescatore tente, de manière explicite, de distinguer les notions de droit et d'intérêt⁴⁹⁶.

494. *Ibid.*, p. 59.

495. *Ibid.*, p. 59.

496. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre universitaire de l'État, 1960 (mise à jour 1978), p. 241, n° 161.

Cette approche est intéressante par l'effort de systématisation qui la conduit. Sans chercher à définir la notion d'intérêt en tant que telle, l'auteur, partisan de la théorie du pouvoir, la compare avec les éléments du droit subjectif considérés comme essentiels.

Pour Pierre Pescatore, « l'utilisation du terme de simple intérêt désigne quelque chose de moindre, de plus faible que le droit subjectif proprement dit »⁴⁹⁷. On se trouve, par opposition au droit subjectif, devant un intérêt lorsqu'un des éléments constitutifs du droit subjectif demeure incertain.

Le sujet de droit serait le premier élément constitutif du droit subjectif. Le sujet est le titulaire du droit subjectif, c'est-à-dire une personne déterminée à qui une certaine prérogative juridique est attribuée⁴⁹⁸. Par opposition, un intérêt peut apparaître lorsqu'une incertitude porte sur le sujet. Certains intérêts (intérêts d'un groupe ou d'une profession) ne présentent pas de sujet clairement désigné⁴⁹⁹.

L'objet est le second élément constitutif du droit subjectif pour Pierre Pescatore. Il entend par là « la valeur qui forme l'enjeu du droit »⁵⁰⁰. Cette valeur peut être d'ordre matériel, intellectuel, moral ou humain. Il s'agit, par exemple, des droits de la personnalité, des choses corporelles, des inventions, de prestations d'argent ou de travail, etc. L'intérêt porte, quant à lui, sur des valeurs plus indéfinies que le droit subjectif : le crédit d'une banque, la clientèle d'un commerçant, la réputation d'un médecin, les chances d'avancement d'un fonctionnaire, etc.⁵⁰¹.

Un troisième élément constitutif du droit subjectif est trouvé dans la protection juridique⁵⁰². Le droit est protégé par l'ordre juridique en ce sens que son titulaire dispose d'un moyen d'agir en justice en vue d'assurer le respect ou la réalisation de ce droit. Pour l'intérêt, cette protection soit fait défaut pour les intérêts illégitimes, soit apparaît comme plus incertaine que celle accordée au droit subjectif⁵⁰³.

L'auteur en conclut que « l'intérêt se présente comme une situation dépourvue de la certitude et de la protection judiciaire caractéristiques du droit subjectif »⁵⁰⁴.

497. *Ibid.*

498. *Ibid.*, p. 238, n° 159.

499. *Ibid.*, p. 241, n° 161.

500. *Ibid.*, p. 238, n° 159.

501. *Ibid.*, p. 241, n° 161.

502. *Ibid.*, p. 239, n° 159.

503. *Ibid.*, p. 241 et 242, n° 161.

504. *Ibid.*, p. 242, n° 161.

121

Apports et limites de la réflexion de Pierre Pescatore. La réflexion de Pierre Pescatore est encore imprécise, mais novatrice. Pour la première fois, mais de manière implicite, droits subjectifs et intérêts sont mis sur un même plan évolutif, l'intérêt étant distingué du droit subjectif tout en reconnaissant que ce dernier n'est qu'une forme évoluée de celui-là.

Les deux concepts sont comparés au départ de la notion de droit subjectif. Les résultats de ces comparaisons sont certes encore peu développés. L'incertitude qualifie la notion d'intérêt. Mais la voie est tracée pour une comparaison plus approfondie.

Il est du reste étonnant que l'auteur n'ait pas complété sa comparaison par le dernier élément retenu comme constitutif du droit subjectif, à savoir la relation juridique qu'il contient⁵⁰⁵. L'auteur indique, en effet, que sous l'angle de l'objet du droit, le droit subjectif apparaît comme « un lien exclusif d'appartenance et maîtrise ». Sous l'angle des autres sujets de droit, le droit subjectif apparaît par contre comme un lien d'obligation. Il eût été intéressant de continuer la comparaison afin de positionner l'intérêt face à cet élément qui semble essentiel.

122

La systématisation de la distinction entre droit subjectif et intérêt légitime par André Gervais. André Gervais est, sans conteste, le premier auteur de la doctrine franco-belge à avoir tenté de systématiser la distinction entre le droit subjectif et l'intérêt légitime tout en proposant un mode de résolution des conflits d'intérêts⁵⁰⁶.

Pour lui, droits et intérêts se situent sur deux plans différents.

L'intérêt se situe sur un plan pratique, celui de l'utilité et de l'existence. Il se conçoit en effet comme « une « utilité », matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale « porteuse » (*träger*) d'intérêt »⁵⁰⁷. L'utilité dont question consiste pour son porteur « à avoir la possibilité matérielle, soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients »⁵⁰⁸.

André Gervais distingue alors l'intérêt, concept abstrait, et l'intérêt concret. Le contenu de la notion abstraite d'intérêt est indéfini : il recou-

505. *Ibid.*, p. 239, n° 159.

506. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 à 252.

507. *Ibid.*, p. 241, n° 1.

508. *Ibid.*

vre toutes les utilités imaginables. Les intérêts concrets correspondent chacun « à une utilité particulière ayant un contenu déterminé identifiable par sa spécificité et qui, de ce fait, peuvent être qualifiés d'intérêts « nommés » »⁵⁰⁹.

Le droit subjectif se situe par contre sur un *plan normatif*⁵¹⁰. Adeptes de la théorie du pouvoir, André Gervais définit le droit subjectif comme « une « prérogative », ou un ensemble de prérogatives, définies par le Droit, c'est-à-dire par l'autorité sociale, et reconnues ou attribuées par elle à une personne déterminée, le titulaire ou sujet de ce droit, dans des cas où cette personne, son activité ou ses biens sont estimés devoir faire l'objet d'une protection sociale particulière »⁵¹¹. À cette prérogative correspond toujours une obligation dont le contenu peut varier considérablement. C'est en cela que le droit est normatif : il est à la fois reconnu par une norme sociale et un devoir lui correspond dans le chef d'autres personnes⁵¹².

Mais le droit subjectif se situe également sur un *plan éthique*. La qualité de droit subjectif est en effet reconnue par l'autorité sociale sur la base d'un jugement de valeur qui implique une discrimination entre les cas où un droit est reconnu et ceux où il est dénié⁵¹³.

Ces plans, normatif et éthique pour le droit, utilitaire pour l'intérêt, se rejoignent cependant. Tout d'abord parce que le droit suppose l'existence d'un intérêt⁵¹⁴. Ils se distinguent ensuite car l'existence d'un intérêt n'implique pas nécessairement la reconnaissance d'un droit. La qualité de droit subjectif n'est acceptée qu'à l'égard d'intérêts considérés comme dignes d'une protection particulière, plus ou moins accentuée⁵¹⁵.

André Gervais distingue ensuite quatre types d'intérêts résultant du jugement de valeur de l'autorité sociale :

- a) *L'intérêt illicite* : sa satisfaction est interdite par le droit objectif sous peine de sanctions civiles ou pénales⁵¹⁶.
- b) *L'intérêt indifférent* : c'est l'intérêt « pur et simple » dont la poursuite de la satisfaction n'est ni interdite ni encouragée. Il ne bénéficie d'aucune protection ou garantie sociale⁵¹⁷.

509. *Ibid.*, p. 241 et 242, n° 1.

510. *Ibid.*, p. 242, n° 2.

511. *Ibid.*

512. *Ibid.*

513. *Ibid.*

514. *Ibid.*, p. 243, n° 1.

515. *Ibid.*

516. *Ibid.*, p. 243, n° 2.

517. *Ibid.*

- c) *L'intérêt légitime* : l'intérêt fait l'objet d'une simple reconnaissance qui se manifeste par la qualité d'« intérêt légitime » entraînant elle-même une certaine protection sociale. André Gervais précise alors que cette protection consiste dans une interdiction qui est faite aux tiers de méconnaître cet intérêt. La portée de ce devoir n'est pas très claire. Il semble cependant qu'il ne s'agit pas là d'une obligation stricte de respect puisqu'il indique que : « À cette obligation faite aux tiers *de tenir compte* des intérêts légitimes correspond un « droit » pour leur porteur, droit limité à obtenir que lesdits intérêts ne soient pas méconnus. »⁵¹⁸.
- d) *Le droit subjectif* : un intérêt déterminé est consacré en un droit « qui comporte, d'une part, l'autorisation de satisfaire cet intérêt, d'autre part une protection sociale maxima »⁵¹⁹. En effet, le porteur d'intérêt mué en droit sera doté des prérogatives y attachées, pourra considérer comme due la satisfaction de ce droit et compter sur le concours de l'autorité quant à sa réalisation ou à la sanction, civile ou pénale, des atteintes qui y seraient portées⁵²⁰.

Le porteur de l'intérêt reconnu comme un droit subjectif trouve dans cette qualification elle-même, le titre lui permettant de justifier l'activité déployée en vue de la satisfaction de cet intérêt. Les porteurs d'intérêts simples ou légitimes trouveraient, d'après André Gervais, ce titre dans la liberté civile entendue comme l'autorisation de faire tout ce qui n'est pas défendu par le droit⁵²¹.

Poussant encore plus avant son analyse, l'auteur distingue deux types de droits. Les droits « subjectifs » sont ceux qui attribuent une prérogative à une personne déterminée, entraînant elle-même une obligation de respect. Les droits « objectifs » sont ceux pour lesquels l'obligation préexiste. Par exemple, le droit à réparation ne naît que parce que préexiste un régime de responsabilité et une obligation de réparer qui en découle.

Les droits « objectifs » sont donc, d'après André Gervais, des prérogatives plus limitées que les droits subjectifs et ne sont reconnus que pour la défense des intérêts non érigés en droit subjectif contre l'action d'autres personnes. Ils permettent seulement d'obtenir que les autres respectent les règles protectrices des intérêts et ne leur soient pas « illégalement

518. Nous soulignons. *Ibid.*

519. *Ibid.*, p. 243 et 244.

520. *Ibid.*, p. 244.

521. *Ibid.*, p. 244, n° 3.

nuisibles »⁵²². Ils ne leur donnent aucune autre prérogative. Ainsi, en application des règles de la responsabilité, la victime aura droit à réparation de son dommage, mais le créancier de la réparation ne tire aucun autre droit ou avantage autre que l'exercice de l'action en réparation⁵²³.

André Gervais souligne une autre conséquence importante de sa distinction. Alors que le droit subjectif trouve dans la qualification elle-même la justification de la recevabilité et du fondement de l'action attribuée au titulaire, il n'en est pas de même pour le droit objectif. Le titulaire de ce dernier devra s'appuyer sur son intérêt légitime pour que son action soit recevable et sur la règle de droit générale protectrice de celui-ci pour la fonder. Du reste, l'action ne vise pas à obtenir une condamnation à satisfaire leur droit, mais ne pourrait être qu'une action en annulation ou en réparation⁵²⁴.

Enfin, les droits subjectifs seraient « stricts » et « nommés » en ce sens qu'ils correspondraient à des intérêts concrets nettement spécifiés. Les droits « objectifs » auraient, à l'opposé, leur contenu moins déterminé et seraient abstraits en ce sens qu'ils correspondraient à toute une série d'intérêts variés non porteurs d'un résultat concret et précis, défini d'avance⁵²⁵.

123

La mise en avant des modes de résolution de conflits par André Gervais. André Gervais ne s'est pas contenté de systématiser les distinctions entre les différentes catégories d'intérêts mises en avant. Il est aussi le premier à s'interroger sur la manière de résoudre les conflits entre les différents types d'intérêts.

Le premier conflit qu'il distingue est celui opposant les intérêts protégés des intérêts non protégés. Logiquement, l'intérêt protégé doit l'emporter⁵²⁶. L'auteur précise que le titulaire de l'intérêt non protégé ne peut, dès lors, réclamer une compensation ou exercer un quelconque droit de veto à l'encontre de l'intérêt protégé.

Le deuxième conflit vise celui opposant les intérêts bénéficiant d'une protection d'intensité différente⁵²⁷. Le cas typique est le conflit opposant le droit à un intérêt légitime.

André Gervais pose deux règles complémentaires permettant de résoudre ce second conflit.

522. *Ibid.*, p. 246.

523. *Ibid.*

524. *Ibid.*, p. 246 et 247.

525. *Ibid.*, p. 247, n° 4.

526. *Ibid.*, p. 248, n° 1.

527. *Ibid.*, p. 249, n° 2.

La première règle indique que l'intérêt le plus élevé dans la hiérarchie doit l'emporter. Le titulaire de l'intérêt inférieur ne peut empêcher la satisfaction de l'intérêt le plus élevé. La seconde règle énonce que l'intérêt inférieur ne doit pas être totalement sacrifié en ce sens que le titulaire de l'intérêt supérieur doit tenir compte de l'intérêt inférieur protégé dans la solution de prééminence de son intérêt. Cela implique une compensation en faveur du titulaire de l'intérêt inférieur.

Le troisième conflit qu'il distingue est celui qui oppose des intérêts de même rang⁵²⁸. Ici s'opposent deux droits égaux, deux intérêts purs et simples ou deux intérêts légitimes. Cette égalité a pour conséquence que l'on ne peut préférer l'un à l'autre.

Dès lors, seules deux solutions sont envisageables selon André Gervais. Soit un égal sacrifice est imposé aux deux intérêts égaux en conflit. Il prend l'exemple des troubles normaux de voisinage qui doivent être supportés sans indemnité par des propriétaires voisins. Soit celui des deux intérêts obtenus intégralement ou plus que l'autre devrait paiement pour la satisfaction obtenue au-delà de ce qui est dû⁵²⁹.

124

Apports et critiques de la systématisation opérée par André Gervais. La systématisation d'André Gervais emporte, en de nombreux points, l'assentiment. Elle permet de comprendre, de manière claire et synthétique, les différences principales existant entre les notions analysées. La distinction entre les intérêts eux-mêmes est aussi très éclairante car elle permet de comprendre qu'il existe moins une différence de nature que de degré de la protection entre les intérêts légitimes et les droits subjectifs. Enfin, l'ébauche de la systématisation des modes de résolution de conflit trace la voie d'une réflexion féconde.

L'analyse est cependant encore essentiellement théorique et prospective, sans que le lien soit fait avec le droit positif. Il faut dire qu'à l'époque,

528. *Ibid.*, p. 251, n° 3.

529. Dans cette dernière hypothèse, « un tel conflit entre intérêts égaux devrait donc donner lieu à un « marchandage de bonne foi » tendant à trouver une solution pratique pour les deux compétiteurs, maintenant l'équilibre de leurs intérêts, tout en permettant la réalisation de ceux-ci, en nature pour l'un, par équivalent pour l'autre » (*ibid.*). André Gervais précise cependant que si les droits égaux qui s'opposent comportent chacun un pouvoir d'empêcher, chaque partenaire à la négociation dispose d'un droit de veto jusqu'à ce qu'un accord soit conclu sur une solution maintenant l'équilibre des intérêts. S'il s'agit de deux intérêts légitimes, aucun n'ayant de prérogative aussi absolue, les titulaires sont libres d'adopter une solution qui satisfasse ses intérêts, même au détriment de l'autre, à charge de voir engager sa responsabilité en portant atteinte à l'égalité de rang des intérêts et de devoir payer une indemnité à fixer par le juge censé rétablir ainsi l'équilibre rompu (*ibid.*, p. 251 et 252).

le droit positif n'avait pas encore entièrement assimilé la notion d'intérêt légitime. Surtout, certains points de l'analyse d'André Gervais posent question.

La *première question* concerne la mise en avant de la protection accordée à l'intérêt légitime. André Gervais est particulièrement ambigu sur ce point. Cette protection paraît en effet osciller entre le devoir de respect et celui de la prise en compte de l'intérêt légitime. Or, ces deux devoirs paraissent avoir une portée foncièrement différente. Le devoir de respect implique que celui qui porte l'atteinte se retrouve en situation illicite. La prise en compte des intérêts d'autrui, par contre, laisse la porte ouverte à des atteintes légitimes dès lors que la mesure de cette prise en compte serait considérée comme suffisante.

La *seconde question* concerne la réapparition du concept de droit attaché à l'intérêt légitime. La distinction entre le droit subjectif et objectif ne satisfait pas. Soit les deux notions visent des droits subjectifs, et alors leurs caractéristiques et portées sont identiques. Soit il faut, comme l'auteur y invite lui-même, soigneusement distinguer les deux notions, mais alors pourquoi recourir au concept de droit pour caractériser la protection des intérêts légitimes ?

La *troisième question* concerne l'usage de la notion de prérogative. La définition du droit subjectif adoptée par André Gervais assimile le droit à une prérogative. Pourtant, dans sa distinction du droit subjectif avec le droit « objectif », il semble partir du constat que le droit se dédouble suivant que l'obligation correspondante est la conséquence d'une prérogative préexistante — le droit subjectif — ou d'une obligation première — le droit « objectif ». Est-ce à dire que seul le droit subjectif comprend une prérogative et qu'elle serait absente du droit « objectif » ? S'il en est ainsi, nous retombons sur notre seconde critique : pourquoi lier absolument deux concepts qui n'ont rien d'essentiel en commun et introduire, dès lors, une ambiguïté inutile ? Si le droit objectif, c'est-à-dire l'intérêt légitime, contient une prérogative juridique, quelle est-elle ?

Il semble qu'elle se confonde alors, dans l'opinion d'André Gervais, avec l'obligation de prise en compte de l'intérêt légitime dans le chef d'autrui. Or, la prérogative du droit subjectif est le pouvoir qui lui est donné en vue de la satisfaction de ses intérêts. Il ne s'agit pas du lien juridique qui le lie aux tiers, mais bien de celui qui le relie à l'objet du droit (un bien ou une relation juridique avec un débiteur). Cette constatation vaut également pour le droit à réparation qui naît de la réunion des conditions de la responsabilité civile. Ce dernier est un droit de créance que l'on ne peut faire valoir qu'à l'égard des débiteurs de l'obligation de réparer.

Comme tout droit subjectif, nous verrons qu'il doit être également respecté par les tiers. Mais cette obligation de respect par les tiers ne forme pas l'objet du droit en cause.

Ici apparaît déjà l'apport que peut amener le concept d'opposabilité de l'intérêt légitime et du droit subjectif. Lorsque André Gervais tente de caractériser le droit « objectif » en mettant en avant le devoir qui pèse corrélativement sur autrui, il ne fait que mettre en avant l'effet juridique attaché à l'intérêt légitime, c'est-à-dire la portée de son opposabilité. Mais il ne possède pas encore une notion lui permettant de distinguer cet effet de la notion traditionnelle de droit. Lorsqu'André Gervais a recours à la notion de droit « objectif », c'est principalement l'opposabilité du droit et de l'intérêt légitime qu'il tente de distinguer de manière encore sommaire, plus intuitive que démontrée.

Une *quatrième question* concerne sa compréhension du concept de légitimité. André Gervais ne clarifie pas vraiment la notion de légitimité qualifiant l'intérêt. Certes, il s'agit d'un intérêt reconnu comme digne d'une protection particulière, mais quelles sont les conditions de cette légitimité ? L'auteur ne s'en explique pas clairement. Il fonde, il est vrai, la légitimité de l'activité poursuivie pour la réalisation des intérêts simples ou légitimes sur la liberté civile. Outre que nous ne voyons pas en quoi tout intérêt légitime serait lié à une liberté spécifique, il faut remarquer que cette justification ne porte pas sur la légitimité de l'intérêt, mais plutôt sur l'activité poursuivie en vue de sa satisfaction.

Cette constatation amène à nous interroger sur la pertinence du lien entre l'intérêt et l'activité qui permet de le satisfaire. Comme le souligne André Gervais, aucune prérogative n'est attribuée au porteur de l'intérêt du fait de la reconnaissance de sa légitimité ou d'une action en justice sanctionnant sa violation⁵³⁰. La permission de poursuivre l'activité ne paraît pouvoir être reconnue que par l'admission de la supériorité de l'intérêt légitime en question sur ceux auxquels il s'oppose et du fondement de la demande telle que formulée par le porteur de l'intérêt légitime. Mais la question cruciale, celle de la légitimité de l'intérêt, reste alors sans réponse.

Une *cinquième question* est relative aux modes de résolution de conflits envisagés par l'auteur. Nous y retrouvons l'imposition (par exemple de l'intérêt protégé sur l'intérêt non protégé), l'équilibre (par exemple entre deux droits ou intérêts égaux) et une troisième catégorie encore mal définie par l'auteur qui voit s'affronter l'imposition de l'intérêt supérieur à la

530. *Ibid.*, p. 247, n° 2.

prise en compte de l'intérêt inférieur. C'est assurément la portée de cette obligation de prise en compte qui pose le plus de difficultés à l'auteur. Nous doutons que la compensation intervienne nécessairement dans tout conflit opposant des intérêts de rangs différents. Comme il le fait remarquer, il peut en effet y avoir abus de droit en cas de non-prise en compte de l'intérêt inférieur par le titulaire d'un droit subjectif. Mais outre que l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles est contestable, et semble exclue dans le chef du titulaire d'un simple intérêt légitime, l'abus n'est pas automatique en l'absence de compensation. En toute hypothèse, celle-ci ne sera tout simplement pas due, le droit subjectif l'emportant purement et simplement sur l'intérêt légitime auquel il est opposé dès lors que les conditions de l'abus ne sont pas remplies.

125

La redécouverte des théories d'André Gervais et leur approfondissement par François Ost. François Ost est, à notre connaissance, le seul auteur en doctrine française et belge à avoir tenté dans un travail d'envergure de dégager le statut juridique de l'intérêt ⁵³¹.

Le modèle théorique qu'il propose s'inspire très explicitement de la systématisation d'André Gervais ⁵³². Il reprend en effet de cet auteur l'idée selon laquelle droits et intérêts se situent dans un « continuum ininterrompu ». La différence n'est pas de nature, mais de degré entre les divers intérêts. Le droit subjectif représenterait la phase la plus accomplie de l'intérêt : celle obtenant le maximum de protection en droit positif ⁵³³.

L'apport de François Ost est multiple. Il convient surtout, à ce stade de notre raisonnement, de souligner sa tentative de différencier les droits subjectifs et les intérêts tout en indiquant en quoi ils sont indéfectiblement liés.

Dans la droite ligne de la théorie du pouvoir, droits subjectifs et intérêts font l'objet d'un « impossible partage » ⁵³⁴ dès lors que le droit subjectif n'en est qu'une variété spécifique ⁵³⁵. François Ost admet qu'il y a un intérêt à la source de tout droit, comme R. von Ihering ⁵³⁶. Il admet aussi que l'intérêt, comme le droit subjectif, est un complexe de prérogatives et de charges, reprenant ici une idée chère à Paul Roubier ⁵³⁷.

531. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*

532. *Ibid.*, p. 35 à 41.

533. *Ibid.*, p. 184, 186 et 187.

534. Expression tirée du titre du premier chapitre de l'ouvrage précité de F. OST : *Droit subjectif et intérêt : l'impossible partage* (*ibid.*, p. 21 et s.).

535. *Ibid.*, p. 23.

536. *Ibid.*, p. 27.

537. *Ibid.*, p. 38.

Mais l'intérêt ne peut, loin s'en faut, s'identifier au droit subjectif⁵³⁸. Renonçant à définir la notion d'intérêt, François Ost a préféré, nous le verrons, rechercher ses caractéristiques et ses fonctions⁵³⁹. Afin de déterminer ses spécificités, il le compare au droit subjectif. Ce qui nous permet d'épingler les différences essentielles que l'auteur distingue entre les deux notions :

- 1° À la base du droit subjectif, l'intérêt ne s'y limite pas. Il opère en effet en deçà et au-delà des principaux concepts de notre ordre juridique, dont le droit subjectif fait partie⁵⁴⁰.
- 2° Le droit subjectif suppose, sinon un titulaire exclusif, du moins un ou plusieurs titulaires clairement identifiés, alors que l'intérêt « s'accommode de titulaires plus diffus, plus indéterminés, plus collectifs, ou dont la personnalité prête à discussion (enfant à naître, absent, générations futures, etc.) »⁵⁴¹.
- 3° Le droit subjectif spécifie le bien sur lequel il porte. L'intérêt peut porter, quant à lui, sur des valeurs indéfinies (le crédit d'une banque, la clientèle d'un commerçant, la réputation d'un médecin, les chances d'avancement d'un fonctionnaire)⁵⁴².
- 4° Concernant les relations qu'entretient leur titulaire avec leur objet, François Ost oppose la relative rigidité de l'appartenance-maîtrise qui caractérise le droit subjectif à la grande variété du lien d'intéressement, qui peut aller de la simple convenance au désir le plus possessif⁵⁴³. L'exclusivité et la libre disposition caractérisent, dès lors, le droit subjectif⁵⁴⁴.
- 5° Si intérêts et droits sont des complexes de prérogatives et de charges, il insiste, à la suite de Paul Roubier et surtout d'André Gervais, sur le fait que dans le droit subjectif, il y a *priorité* de la prérogative sur la charge, alors que pour l'intérêt ce serait l'inverse : l'intérêt serait le simple reflet d'un devoir préexistant⁵⁴⁵.
- 6° Les prérogatives du droit subjectif seraient très étendues et diverses : des pouvoirs d'appropriation, de renonciation et d'action ainsi que

538. C'est du reste la principale critique qu'il fait à la théorie de Ihering (*ibid.*, p. 27).

539. Cf. *infra*, nos 161 et 162.

540. *Ibid.*, p. 10.

541. *Ibid.*, p. 12.

542. *Ibid.*

543. *Ibid.*, p. 13.

544. *Ibid.*, p. 28.

545. *Ibid.*, p. 38.

des facultés d'exiger et d'empêcher⁵⁴⁶. Ces prérogatives sont stables et séparées par des frontières nettement assignables : « Il y a, dans le champ du droit privé, rigoureux partage de territoire et pas de réversibilité des rôles »⁵⁴⁷. Ce partage est typique d'une société pacifiée et, sans doute, profondément inégalitaire⁵⁴⁸. Les inégalités sont ressenties comme des inégalités de fait que le droit ne doit pas redresser. À l'inverse, si l'on peut parler de prérogatives en ce qui concerne les intérêts légitimes, il ne s'agirait que de prérogatives limitées de défense qui ne peuvent se faire valoir que par des demandes de compensation ou d'annulation en cas de préjudice⁵⁴⁹. À travers la gestion des intérêts, la société se présente plutôt comme une solidarité conflictuelle⁵⁵⁰. La division sociale qui s'exprime par l'opposition des intérêts apparaît comme la condition nécessaire du progrès. L'inégalité est ainsi combattue par le droit en vue de rétablir l'équilibre des balances⁵⁵¹.

Au niveau des prérogatives, François Ost remarque encore que les droits subjectifs confèrent à leur titulaire une large maîtrise dans leur exercice alors que les prérogatives qui prennent la forme d'intérêts protégés sont nécessairement soumises à un contrôle social plus ou moins large⁵⁵².

- 7° Les droits subjectifs sont préconstitués avant tout litige. Les intérêts n'obtiennent une consistance qu'à l'occasion du litige que suscite la mise en cause de la règle ou de l'obligation dont ils sont la contrepartie. La conséquence est importante — elle sera du reste particulièrement étudiée ci-après dans la partie consacrée à l'opposabilité de l'intérêt légitime — : si le titulaire du droit subjectif peut s'opposer à la moindre atteinte à son droit et cela sans devoir prouver une faute ou un préjudice, le porteur de l'intérêt devra prouver faute et dommage « comme si son intérêt ne prenait vie que d'être lésé et seulement dans la mesure de ce préjudice. Sans doute préexiste le devoir général (de prudence, de diligence, de respect de la légalité, de concurrence honnête), mais l'intérêt légitime correspondant n'apparaîtra — et du reste, pas toujours dans une clarté intégrale — qu'à

546. *Ibid.*

547. *Ibid.*, p. 181.

548. *Ibid.*

549. *Ibid.*, p. 38.

550. *Ibid.*, p. 181.

551. *Ibid.*

552. *Ibid.*, p. 183.

l'occasion du contentieux éventuel »⁵⁵³. D'où la plus grande prévisibilité de la protection du droit subjectif.

François Ost dégage également une fonction spécifique de l'intérêt à l'égard du droit subjectif : la fonction limitative de l'intérêt qui vient relativiser le droit subjectif lui-même⁵⁵⁴. C'est que le droit subjectif est en quelque sorte cerné par des intérêts auxquels le titulaire ne peut rester insensible. Même l'intérêt qui forme le but de son droit peut se retourner contre lui : la théorie de l'abus de droit n'interdit-elle pas que le titulaire du droit l'exerce sans intérêt⁵⁵⁵ ? C'est précisément à cette théorie que l'auteur consacre de longs développements afin de montrer en quoi cette dernière s'appuie sur la reconnaissance de l'intérêt⁵⁵⁶.

Nous reviendrons, ci-après, sur ce point lorsque nous étudierons les expressions de l'émergence de l'indépendance de la notion d'intérêt légitime, en marge de celle de droit subjectif⁵⁵⁷. Retenons cependant pour l'instant que François Ost voit dans le fondement généralement reconnu à la théorie de l'abus de droit — la responsabilité aquilienne — une théorie de la prise en considération de l'intérêt légitime d'autrui⁵⁵⁸. La responsabilité civile serait en effet la contrepartie de l'intérêt, celui-ci n'étant reconnu juridiquement que comme le pendant des règles de prudence et diligence. Aux intérêts correspondent des responsabilités qui permettent la reconnaissance juridique et la légitimité des intérêts en question⁵⁵⁹. Derrière l'idée d'abus de droit, et de la faute aquilienne, c'est en fait le déséquilibre des intérêts en présence qui est reproché⁵⁶⁰. Les critères spécifiques de l'abus ne viseraient en effet qu'à fixer la mesure du déséquilibre inacceptable, la disproportion coupable des intérêts en cause, déséquilibre et disproportion étant, d'après lui, synonymes⁵⁶¹. L'intérêt apparaît, dès lors, au travers du fondement et des critères de la théorie de l'abus de droit, comme jouant le rôle de modérateur du droit subjectif.

François Ost remarque du reste, en analysant certaines dispositions légales de notre droit positif, que l'intérêt joue également ce rôle en

553. *Ibid.*, p. 39.

554. *Ibid.*, p. 138 et s.

555. *Ibid.*, p. 138.

556. *Ibid.*

557. Cf. *infra*, n^{os} 131 et s.

558. *Ibid.*, p. 143.

559. Nous verrons cependant que ce point est remis en question dès lors que, en droit de la responsabilité, on considère généralement que la condition de légitimité n'est pas imposée par les règles et conditions de la responsabilité elles-mêmes.

560. *Ibid.*, p. 144.

561. *Ibid.*, p. 146.

dehors de la théorie de l'abus de droit⁵⁶². Ainsi, lorsque la loi permet le changement de nom patronymique pour un motif sérieux ou qu'elle admet, en droit français, la révocabilité des donations si elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime ou impose la prise en compte de l'intérêt commun⁵⁶³.

126

Le flou qui entoure le critère de légitimité de l'intérêt dans les thèses de François Ost. Pas plus que dans celle d'André Gervais, on ne trouve dans la pensée féconde de François Ost de définition de la légitimité, ni même de critère précis permettant de distinguer la limite de la légitimité et, par tant, de l'illégitimité.

Il précise d'abord, à l'instar d'André Gervais, que le fondement de l'intérêt juridiquement protégé serait à trouver du côté de la liberté. Plus exactement, une liberté d'action « qui prétend être reconnue et protégée, sinon consacrée juridiquement »⁵⁶⁴.

Cette reconnaissance implique un jugement préjuridique de légitimité consacrant, outre l'effectivité de la prétention formulée, son acceptabilité sociale⁵⁶⁵. Pour lui, le critère de la légitimité se situe dans une nébuleuse entre le droit et le non-droit, « à la charnière de la norme sociale et de la norme juridique »⁵⁶⁶. Il traduirait le préjugement positif de reconnaissance, d'adhésion et de consécration nécessaire à l'intérêt pour être sanctionné juridiquement. La légitimité serait ainsi un jugement social objectif consacrant une prétention effective et livrant sa traduction juridique. Ce jugement social serait ensuite suivi de jugements ultérieurs relevant de la technique juridique. Mais la source véritable de la prérogative légalisée qu'est l'intérêt légitime relèverait principalement d'une normativité sociale préjuridique⁵⁶⁷.

Cette reconnaissance supposerait ensuite une traduction juridique dans une des sources faisant autorité en droit (législation, jurisprudence, coutume, principe général, etc.)⁵⁶⁸. La contrepartie de l'intérêt, la charge de reconnaissance, trouverait par contre son fondement dans la responsabilité. À l'intérêt répondrait donc la responsabilité⁵⁶⁹.

562. *Ibid.*, p. 150 et s.

563. *Ibid.*, p. 151 et s.

564. *Ibid.*, p. 185 ; voy. aussi p. 37.

565. *Ibid.*

566. *Ibid.*, p. 15.

567. *Ibid.*

568. *Ibid.*, p. 185.

569. *Ibid.*, p. 56.

Mais tout intérêt lésé ne vaut pas réparation. Pour obtenir la protection, au titre de l'article 1382 du Code civil, l'intérêt doit, d'une part, présenter une certaine consistance — la situation doit notamment offrir une certaine stabilité — et, d'autre part, être légitime, ou du moins, ne pas être illégitime. La protection n'opère donc qu'après un double jugement : de fait, concernant la consistance, et de valeur, concernant la légitimité⁵⁷⁰. Mais comment s'opère ce jugement de valeur ? L'auteur n'en dit mot.

127

L'opposition des modèles d'adjudication des droits et de gestion des intérêts selon François Ost. Les deux notions — droit et intérêt — ne peuvent non plus se confondre car elles participent toutes deux à des modèles théoriques différents : « l'adjudication des droits subjectifs » est opposée « à la gestion des intérêts »⁵⁷¹.

Selon François Ost, ces deux modèles s'opposent tout d'abord *au niveau de l'épistémologie* qui leur est sous-jacente⁵⁷². Le modèle d'adjudication souscrit à la distinction fait-droit (*Sein* et *Sollen*). Le droit s'applique au fait, suivant un mouvement du haut vers le bas, impliquant la mise en œuvre du syllogisme normatif et une logique de commandement. Le modèle est hiérarchique et centralisateur : les règles, comme les droits qu'elles consacrent, sont hiérarchisées et procèdent d'une source unique, la loi, qui se cristallise dans des codes unitaires. La protection juridique suppose une application des trois principes d'identité, de non-contradiction et du tiers exclu. Une logique binaire règne en maître (permis ou interdit ; l'un a tort et l'autre a raison), ce qui exclut la graduation et le flou du droit. Les règles sont marquées par leur généralité et l'abstraction et indexées à l'universel.

570. *Ibid.*, p. 56.

571. *Ibid.*, p. 158 et 159 : l'auteur s'explique sur le fait qu'il s'agit bien ici d'une réflexion au départ d'un « type-idéal », c'est-à-dire « un modèle, un tableau qui unifie des relations et des données de la vie historique réelle en un « cosmos non contradictoire de relations pensées ». Il s'agit d'une « utopie rationnelle » que l'on obtient en accentuant par la pensée des éléments déterminés de la réalité et en enchaînant une multitude de phénomènes apparemment dispersés ». Il ne s'agit donc ni de faire une photographie de la réalité ni de faire une projection de la situation à venir ni même d'un but à atteindre. Pour l'auteur, il n'y a donc pas à choisir, pour le droit positif, entre les deux modèles présentés. Ces modèles sont, pour lui, seulement des outils méthodologiques utiles à l'analyse, sans qu'il soit permis de penser qu'elles permettent d'embrasser l'infinie complexité de la réalité. Voy. également, p. 183 : « Faut-il [...] rappeler une fois encore qu'il ne s'agissait que d'élaborer deux modèles abstraits, toujours en retrait par rapport à la complexité des situations concrètes qu'il nous est loisible d'observer ? Entre les deux modèles, les traits contrastés sont de l'ordre de la différenciation et non de l'exclusion, dès lors du moins qu'on les détache du dogmatisme théorique et politique qui en a souvent nourri l'énoncé. ».

572. *Ibid.*, p. 175 à 177.

Dans la gestion des intérêts, la distinction du fait et du droit s'ame-
nuise sous l'action subversive de l'intérêt. Le lien entre fait et droit parti-
cipe tant d'un mouvement ascendant ou inductif que descendant ou
déductif. Les normes — expressions normatives des intérêts en conflit —
ont ici tendance à s'accumuler, à se juxtaposer, à se contrebalancer et
sont rétives aux tentatives de codification. De l'aspiration à l'unité et à la
simplicité, on passe à la démultiplication des statuts et à la particularisa-
tion des règles. D'une logique identitaire, on passe à une logique gradua-
liste où la certitude fait place à la probabilité, où la proportion remplace le
couple identification/exclusion. Surtout, la logique de l'intérêt est
relativiste : l'intérêt n'existe que par rapport aux autres intérêts et sa
méthode est la pondération, pas l'adjudication. Dans ces conditions, on
renonce à garantir la généralité et l'abstraction de la règle, ainsi que son
universalité.

Les deux modèles s'opposent ensuite en ce qui concerne *les valeurs
qui leur sont sous-jacentes*⁵⁷³. Le premier, celui de l'adjudication des droits,
se fonde sur la liberté. Le droit assure la coexistence des libertés en recon-
naissant, via les droits subjectifs, des sphères d'autonomie dont les limites
sont tracées par les règles du droit objectif.

Le second, celui de la gestion des intérêts, se fonde sur la solidarité
qui implique une égalisation progressive des conditions. Le droit — au
sens objectif ici — vise alors à compenser les inégalités, à rétablir les équi-
libres compromis.

Les deux modèles se distinguent aussi *par leur temporalité*⁵⁷⁴. Le
temps du droit subjectif est assuré et est générateur de sécurité juridique.
Le droit subjectif porte sur des objets existants ou promis à une existence
proche. Il garantit à son titulaire l'exclusivité, l'appartenance et la maî-
trise dans la durée. Le modèle de l'adjudication implique la stabilité du
partage, l'attachement aux droits acquis.

La temporalité de l'intérêt est par contre plus changeante. L'intérêt
peut entraîner la protection de biens futurs et incertains ou imposer des
ménagements en faveur des personnes à venir et des générations futures.
L'équilibration des intérêts s'accompagne de manière générale d'un
temps aléatoire et précaire, l'équilibre étant « un état d'instabilité
dynamique : ce n'est que par le mouvement même de l'équilibration
qu'une stabilité toute provisoire est trouvée »⁵⁷⁵. L'exemple donné par

573. *Ibid.*, p. 177 à 178.

574. *Ibid.*, p. 178 et 179.

575. *Ibid.*, p. 178.

François Ost est particulièrement éclairant : celui du juge des référés qui statue au provisoire afin d'équilibrer des intérêts et modifiera le règlement intervenu en cas de changement de la configuration des intérêts et cela, dans l'attente d'un jugement au fond.

La forme de régulation qui domine peut également différencier les deux modèles⁵⁷⁶. Pour l'adjudication des droits, la règle s'identifie à la loi générale, abstraite et stable. Pour la gestion des intérêts, la règle est la norme ou le standard. La norme est mobile, expérimentale, attachée aux faits, aux variations, homogénéisante et statique. Elle se produit non pas sur le mode du substantif, mais de l'adjectif (anormal, exceptionnel, excessif, abusif, exorbitant déraisonnable, grave, etc.). Elle consacre la conduite « prudente et diligente », le comportement du « bon père de famille », l'administration « raisonnable ». Tout comme l'intérêt qu'elle consacre, la norme est imprécise et protéiforme, souple et subversive.

Dans le prolongement de la distinction qui précède, le type de jugement inféré par chaque forme de régulation est également distinct⁵⁷⁷. La loi implique un jugement déductif, un jugement de légalité. Le droit s'applique au fait dont la licéité est mesurée à l'aune de la loi. Le jugement présente alors une rigueur mathématique qui attribue à chacun ce qui lui est dû. À l'opposé, la norme accorde au juge une marge de manœuvre et produit bien souvent des jugements en équité et en opportunité. L'équité devient ici règle de jugement, principe d'arbitrage. La balance remplace le glaive.

128

Apports et critiques de la modélisation de François Ost. Le travail de François Ost, malgré son ancrage solide dans le droit positif, relève essentiellement de la théorie générale du droit. Notre but étant plus de rechercher comment les distinctions théoriques entre les qualifications étudiées se répercutent au niveau de la technique juridique utilisée par le droit positif, nous restons sur de nombreuses interrogations.

Ces interrogations sont parfois identiques à celles déjà formulées à l'égard de la théorie d'André Gervais. Ainsi en est-il particulièrement du contenu des prérogatives du droit subjectif, de ce que représente exactement l'intérêt légitime et de la portée de leur protection respective⁵⁷⁸.

L'explication relative à la légitimité et à son critère nous laisse également sur notre faim, même si elle est porteuse d'enseignement. Si le fon-

576. *Ibid.*, p. 179 et 180.

577. *Ibid.*, p. 180 et 181.

578. Cf. *supra*, n° 124.

dement de l'intérêt légitime est à trouver dans la liberté, il s'agit bien d'une liberté générale préjuridique qui ne peut, d'elle-même, légitimer l'intérêt. En effet, selon l'auteur, pour être légitimé, l'intérêt doit ensuite faire l'objet d'un préjugement social devant lui-même encore être consacré par des outils spécifiques de la technique juridique.

La manière dont le droit positif légitime l'intérêt reste cependant assez floue. François Ost parle d'abord d'une traduction juridique dans une source de droit faisant autorité. Il vise spécifiquement la législation, la jurisprudence, la coutume ou le principe général de droit. Il nous semble cependant que toutes ces sources ne sont pas à mettre sur le même pied. La jurisprudence — c'est-à-dire le juge lui-même — apparaît comme celui qui décide, la plupart du temps, du caractère légitime ou non d'un intérêt invoqué devant lui. La législation — comme la coutume ou le principe général de droit — peuvent sans doute parfois légitimer un intérêt particulier, mais, la plupart du temps, ils se contenteront de confier au juge la prise en compte des intérêts légitimes des parties qu'ils désignent⁵⁷⁹. C'est donc à nouveau le juge qui vient lui-même décider de la légitimité de l'intérêt que la loi lui impose de prendre en compte. De manière plus générale, c'est à celui que la loi charge de résoudre un conflit d'intérêts qu'il revient d'en apprécier, suite aux parties elles-mêmes, la légitimité.

Quoi qu'il en soit, François Ost force la réflexion sur un point important : le lien existant entre l'intérêt légitime et le droit objectif. Il ne peut être qu'approuvé lorsqu'il relève qu'il y a une différence de temporalité entre droit subjectif et intérêt légitime. Le droit subjectif préexiste au litige, il est préconstitué par le droit objectif qui en détermine les conditions d'existence et la portée de ses prérogatives. Il n'en est pas de même pour l'intérêt légitime.

Encore faut-il bien comprendre l'assertion. L'intérêt est une notion éminemment subjective, propre à chaque porteur et dont la consistance diffère selon le titulaire, ses désirs, les circonstances et le moment. Certes, il ne se révèle à autrui que par sa confrontation avec un autre intérêt poursuivi par un porteur différent. Il n'empêche qu'il préexiste à cette opposition. Mais il est alors en quelque sorte « préjuridique ». Il ne trouve pas d'assise dans le droit objectif qui le légitime *a priori*, lui donnant une définition précise et une portée clairement circonscrite. Il peut parfois être désigné avant toute opposition par la loi (l'intérêt de l'enfant ou de la famille, l'intérêt du mineur, l'intérêt des parties, l'intérêt du créancier,

579. Sur le rôle de la loi dans la légitimation des intérêts, voy. *infra*, n^{os} 147 et s.

etc.)⁵⁸⁰ qui vient, en quelque sorte, imposer sa prise en compte au préalable d'un conflit éventuel. Mais la loi n'en définit généralement ni le contenu ni les conditions précises d'admissibilité.

L'intérêt, pour exister juridiquement, a besoin d'une consécration *a posteriori* au moment où il est statué sur le conflit ou le risque de conflit dans lequel il est énérvé. L'intérêt sera toujours jaugé au cas par cas par le juge qui, guidé par la loi et attentif aux normes sociales, décidera ou non de le consacrer dans un conflit concret. De manière plus générale, les principes de la responsabilité civile viendront, *a posteriori*, consacrer tel ou tel intérêt en admettant de le hisser au rang d'un intérêt protégé dès lors que sa violation peut, en cas de faute d'un tiers, donner lieu à réparation dans le chef du porteur ayant subi un dommage à la suite de cette violation. Un double contrôle, comme le relève lui-même François Ost, s'opère alors. Le premier contrôle porte sur la légitimité de l'intérêt, c'est-à-dire sur sa vocation à la protection par le droit positif. La légitimité est le stade de la reconnaissance de l'existence de l'intérêt et de son besoin de protection. Le second contrôle porte sur sa consistance et s'intègre dans un mode de résolution de conflit. Une fois sa valeur, son contenu jaugés, il doit être statué sur le conflit lui-même qui verra ou non l'intérêt opposé s'imposer au regard de l'intérêt d'autrui.

L'intérêt naît-il, comme François Ost et André Gervais le prétendent, d'une obligation ou d'un devoir préexistant ou cette obligation ne naît-elle que d'un jugement sur l'intérêt préexistant ? La recherche d'une réponse à cette question ne paraît pas nécessaire à ce stade de notre étude. Celle-ci devrait trouver une réponse dans l'analyse des mécanismes de reconnaissance et de protection de l'intérêt. Mais nous pressentons un retournement de la proposition des deux auteurs. Au départ naît l'intérêt. Du contrôle de sa légitimité et de sa consistance naîtront des obligations dans le chef de tiers au gré des conflits dans lequel il est mis en cause. L'intérêt préexiste, l'obligation ne naît que postérieurement en fonction de l'existence d'un conflit concret et de l'application de règles formelles particulières de résolutions de conflits.

Deux objets d'analyse se révèlent, dès lors, pour notre étude et guideront les prochains développements. Comment s'opère le contrôle de légitimité d'un intérêt ? Une fois reconnu ainsi digne d'une protection juridique, comment arrive-t-il à s'imposer à l'intérêt, le droit ou la liberté d'autrui avec lequel il entre en conflit ?

580. Cf. le relevé exhaustif de l'utilisation de la notion d'intérêt dans le Code civil effectué par François Ost (*ibid.*, p. 59 et s.).

Un autre point important se dégage des constatations de François Ost. L'intérêt est-il porteur d'un pouvoir, d'une prérogative à l'instar des droits subjectifs ou des libertés civiles ? Pour nous, la question consiste à se demander si les actes posés en vue de la réalisation de l'intérêt légitime font l'objet en eux-mêmes d'une protection particulière. Le porteur de l'intérêt légitime jouit-il d'un pouvoir lui permettant d'imposer son intérêt à autrui ? Nous subodorons une réponse négative. Pas plus que l'intérêt lui-même, les actes posés en vue de sa réalisation ne jouissent d'une reconnaissance particulière par le droit *a priori*. La légitimité et la reconnaissance de ces actes suivent celles de l'intérêt légitime servi. Ce n'est que la solution du conflit qui amènera la reconnaissance et l'imposition par le droit objectif des actes posés en vue de la réalisation de l'intérêt légitime vis-à-vis d'autrui.

129

Conclusions quant à l'indépendance de l'intérêt prise dans les théories du droit subjectif. La prise d'indépendance de l'intérêt dans les théories du droit subjectif est porteuse d'enseignement.

D'abord, il convient de constater que tout en prenant son indépendance à l'égard du droit subjectif, la définition de l'intérêt légitime — contrairement aux multiples essais de définition du droit subjectif — ne paraît pas au centre des efforts de distinction poursuivis par la doctrine.

Si nous pressentons qu'il est difficile — voire inutile — de faire mieux que d'assimiler l'intérêt à l'avantage ou l'utilité à rechercher, au besoin à satisfaire ou à l'inconvénient à éviter, la notion de légitimité mérite sans doute plus d'attention que celle qui lui est accordée jusqu'à présent dans les théories du droit subjectif. Cette notion doit en effet être approfondie tant en ce qui concerne les conditions de sa reconnaissance que son rôle exact dans le processus de protection juridique de l'intérêt.

Force est de constater, ensuite, que le rapport à autrui est au centre de l'indépendance acquise progressivement, dans la théorie générale du droit, par la notion d'intérêt légitime à l'égard de celle de droit subjectif.

Directement lié au respect par autrui d'un devoir dans la conception de Paul Roubier⁵⁸¹, donnant naissance vis-à-vis d'autrui à une obligation de ne pas le méconnaître dans le système d'André Gervais⁵⁸², prenant consistance et reconnaissance au travers des règles de responsabilité chez François Ost⁵⁸³, l'intérêt paraît entièrement tourné vers le rapport à autrui.

581. Cf. *supra*, n° 118.

582. Cf. *supra*, n° 122.

583. Cf. *supra*, n° 125.

Il n'est, dès lors, pas étonnant que l'intérêt, une fois son indépendance prise, ait principalement été étudié en rapport avec la responsabilité civile de celui qui y porte atteinte ou avec la recevabilité de l'action introduite par son porteur afin d'en obtenir la reconnaissance judiciaire.

Intérêt légitime et droit subjectif ont beau se distinguer, ils n'en restent pas moins liés par un continuum pressenti par Pierre Pescatore et souligné par André Gervais et François Ost. L'intérêt est perçu comme la notion centrale qui perdure, quelle que soit la qualification qui lui est donnée en fonction de la force de la reconnaissance sociale que le droit objectif traduit. La liberté civile paraît plus difficile à « placer » : considérée comme à la base de la légitimité de l'intérêt, elle paraît quelque peu oubliée dans la variation continue de l'intérêt.

De la place centrale de l'intérêt naît enfin la tendance, inaugurée par André Gervais, à ramener tout conflit entre les différents titulaires de droits subjectifs, libertés civiles ou intérêts légitimes à une opposition d'intérêts dont les solutions divergent en fonction de la reconnaissance sociale dont est porteuse chacune de ses métamorphoses.

Une dernière constatation doit être soulignée. L'intérêt apparaît comme une notion juridique abstraite traduisant en réalité une grande diversité factuelle. Il peut soit se référer à certaines catégories d'intérêts considérés abstraitement dans une relation étroite à des valeurs qu'il exprime. C'est le cas lorsqu'il est pris en compte dans les définitions de droits subjectifs particuliers ou de libertés civiles spécifiques. C'est le cas également lorsque, bien qu'indépendant des deux autres notions analysées, il est spécialement qualifié (intérêt de l'enfant, intérêt économique, etc.). Il peut soit s'identifier à un avantage, une utilité purement concrète qui ne se révèle que par l'exercice des prérogatives contenues dans les concepts de droit subjectif ou liberté civile ou par la recherche de la satisfaction d'un besoin dans un contexte factuel déterminé. Le lien entre ces intérêts abstraits et concrets demande à être précisé. Nous pressentons que ce lien se situe au niveau de la légitimité de l'intérêt. Ainsi, l'intérêt abstrait servi par un droit subjectif présente une légitimité *a priori* dont ne bénéficie pas l'intérêt nu, recherché par son porteur indépendamment de toute prérogative préalablement définie. Ainsi également, l'exercice du droit subjectif, censé servir l'intérêt abstrait au centre de sa définition, peut s'avérer abusif si l'intérêt concret dont l'assouvissement est recherché s'écarte de son modèle.

Reste à découvrir comment se traduit techniquement le rayonnement de l'intérêt sous ses multiples facettes et comment systématiser la résolution de conflits qui, s'ils paraissent naître sur le terrain commun de

l'intérêt, semblent rétifs à se réduire à un modèle unique. Ni André Gervais, dont les solutions paraissent plus intuitives que fondées sur un raisonnement serré, ni François Ost, qui rappelle à l'envi que ses modèles n'ont pas vocation à « systématiser » le droit positif, ne semblent répondre précisément à ces questions.

Chapitre 2

Les expressions de l'indépendance de l'intérêt légitime

130. Introduction

130 **Introduction.** L'indépendance de l'intérêt légitime par rapport au droit subjectif, même si elle est relativement peu soulignée par la doctrine, n'en est pas moins une réalité en droit positif belge.

Cette indépendance s'est exprimée au travers de différentes évolutions du droit positif. Il serait excessif et vain de tenter de décrire l'ensemble de ces expressions tant elles paraissent nombreuses. Nous avons donc retenu celles qui nous paraissent les plus significatives afin de les décrire succinctement, ce qui nous permettra d'approfondir ultérieurement la notion d'intérêt légitime dans le cadre de la présente analyse.

Cinq évolutions du droit positif, correspondant chacune à une section du présent chapitre, nous paraissent devoir être épinglées afin de comprendre comment s'exprime aujourd'hui l'indépendance de l'intérêt légitime.

Section 1

La prise d'indépendance de l'intérêt en droit judiciaire

131. L'extrême complexité de la matière – **132.** L'intérêt légitime comme condition de recevabilité de l'action : l'article 17 du Code judiciaire – **133.** L'exigence d'un intérêt ne doit pas être confondue avec le droit subjectif au niveau de la condition de recevabilité – **134.** Les remises en cause de l'indépendance de l'intérêt comme condition de recevabilité – **135.** La distinction entre droit subjectif et intérêt dans l'interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution – **136.** Les conséquences de l'interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution : l'exclusion des contestations portant sur des libertés civiles et intérêts légitimes ? – **137.** Conclusions sur l'indépendance de l'intérêt en droit judiciaire

131 **L'extrême complexité de la matière.** La notion d'intérêt en droit judiciaire et ses liens avec la notion de droit subjectif sont d'une rare complexité pour le civiliste qui, comme nous, s'y attarde incidemment.

C'est que les notions interviennent dans des débats *a priori* différents : la recevabilité pour l'intérêt ; la compétence des tribunaux du judiciaire ou le fond du litige pour le droit subjectif. Les relations étroites qu'on leur reconnaît rendent cependant toute tentative de distinction particulièrement difficile.

De plus, les concepts d'intérêt et de droit subjectif, essentiels en droit privé, sont discutés dans le contexte particulier, en droit judiciaire et constitutionnel, de l'interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution. Le manque de liens entre les matières est cependant frappant, ce qui rend l'analyse plus ardue, mais féconde pour notre étude.

Le but de la présente section n'est cependant pas de tenter de mettre de l'ordre dans ce qui apparaît comme un imbroglio juridique, mais bien de souligner qu'en la matière, comme dans d'autres, la notion d'intérêt prend sensiblement son indépendance vis-à-vis de celle de droit subjectif et participe ainsi à la consécration d'un concept autonome.

132

L'intérêt légitime comme condition de recevabilité de l'action : l'article 17 du Code judiciaire. Se départissant de l'adage « Pas de droit, pas d'action »⁵⁸⁴, le Code judiciaire, lui, préfère celui « Pas d'intérêt, pas d'action » : « L'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former » énonce l'article 17 du Code judiciaire.

L'article 18 du même code précise encore que cet intérêt doit être né et actuel et que l'action peut être admise en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé.

Introduites dans le nouveau Code judiciaire, ces dispositions n'avaient pas pour but d'énoncer une théorie exhaustive de l'action en justice⁵⁸⁵. Elles se contentent d'énoncer quelques règles fondamentales qui s'imposent au juge dans le contrôle de la recevabilité de l'action⁵⁸⁶.

L'intérêt à agir n'a, dès lors, pas été défini par le Code judiciaire, laissant une large part d'interprétation du concept au juge. M. Van Reepin-

584. Sur le caractère encore vivace de cet adage en France dans la première moitié du XX^e siècle, voy. H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, p. 195 à 197, n° 221.

585. Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, t. I, Bruxelles, Moniteur belge, 1964, p. 37.

586. *Ibid.*, p. 38. Du reste, l'exigence d'un intérêt comme condition de recevabilité de l'action est également traditionnelle devant les cours et tribunaux non judiciaires. Voy. par exemple, S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *P.&B.*, 2000, p. 155 et s. ; M. BEERNAERT, M. KAISER, « L'intérêt légitime devant le Conseil d'État », note sous C.E. (6^e ch., réf.), 4 janvier 2000, n° 84493, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1250 et s.

gen en précise cependant la portée en énonçant qu'il consiste « en tout avantage matériel ou moral — effectif mais non théorique — que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme, dussent la reconnaissance du droit, l'analyse ou la gravité du dommage n'être établies qu'à la prononciation du jugement »⁵⁸⁷. Cette définition de l'intérêt processuel a souvent été reprise telle quelle par la doctrine actuelle⁵⁸⁸. D'autres définitions analogues ont également été mises en avant, mais toutes se ramènent à l'avantage recherché par celui qui intente l'action auprès du juge⁵⁸⁹.

587. Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, t. I, *op. cit.*, p. 39.

588. Voy. par exemple, S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *op. cit.*, p. 157, n° 7 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J. VAN COMPERNOLLE, « Examen de jurisprudence (1985 à 1996) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1997, p. 511, n° 25 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de droit, 1987, p. 37, n° 27 E. GUTT, J. LINSMEAU, « Examen de jurisprudence (1971 à 1978) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1980, p. 418, n° 4 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire-Introduction générale, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 131, n° 103 ; D. LINDEMANS, *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 15, n° 13 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *Jura-Falconis*, 1987-1988, p. 21.

589. Voy. par exemple, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 269, n° 146 : « L'intérêt à agir apparaît donc — quel que soit le degré de procédure envisagé — comme l'avantage que le plaideur escompte retirer de sa prétention » ; conclusions du procureur général KRINGS, précédant Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1982, *Arr. Cass.*, 1982-1983, p. 377 : « Het belang is hetzij materiele, hetzij morele voordeel, dat eiser met het instellen van de vordering bedoelt te verwerven » ; B. MAES, *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, p. 98 : « In dit verband wordt van de eisende partij (materiele procespartij) verwacht dat zij aantoont dat zij aantoont dat zij met het instellen van haar vordering enig materieel of moreel voordeel nastreeft » ; H. SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, p. 200, n° 226 : « Dire d'une personne qu'elle a intérêt à exercer une action en justice, c'est dire que la demande ainsi formée est susceptible de modifier et d'améliorer sa condition juridique présente. En un mot, l'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux » ; J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 240, qui reprend à son compte une définition fort proche : « l'avantage poursuivi devant le juge en réclamant la reconnaissance du bien-fondé d'une prétention » ; aussi Id., « Quelques réflexions sur l'action d'intérêt collectif : à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation », *R.P.S.*, 1987-1988, p. 5, n° 6 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *op. cit.*, p. 20, qui reprend une définition donnée par Storme et Decorte dans un syllabus : « Elk materieel of moreel voordeel, dat door de persoon, die een vordering instelt, mag verwacht worden en waardoor zijn huidige rechtstoestand gewijzigd en verbeterd zou kunnen worden », définition citée également par P. LEMMENS, « Het optreden van verenigingen in rechte *ter verdedigingen* in rechte *ter verdediging* van collectieve belangen », *R.W.*, 1983-1984, col. 2004, n° 4 et D. LINDEMANS, *Kort geding*, *op. cit.*, p. 15, n° 13.

La doctrine⁵⁹⁰ a dégagé une des conditions particulières à laquelle doit répondre cet intérêt : sa légitimité⁵⁹¹. La jurisprudence, tant celle des juges du fond⁵⁹² que celle de la Cour de cassation⁵⁹³, a également imposé cette exigence même s'il est malaisé de savoir si la question de la légitimité

590. Cette condition n'est en effet présente ni dans le texte de l'article 17 précité ni même dans les travaux préparatoires ayant donné lieu à son adoption. Voy. cependant Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, op. cit., p. 38, note 29, où l'auteur se demande, sans répondre, si une cause immorale de l'action implique son rejet pour irrecevabilité ou pour non-fondement.

591. Voy. par exemple, M.-A. BEERNAERT, M. KAISER, « L'intérêt légitime devant le Conseil d'État », note sous C.E., 4 janvier 2000, n° 84493, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1251 ; S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », op. cit., p. 159, n° 10 à 13 ; L. DE WILDE, « Begrip « Schade » », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 197, n° 23 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, op. cit., p. 37, n° 27 ; E. GUTT, J. LINSMEAU, « Examen de jurisprudence (1971 à 1978) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1980, p. 418, n° 4 ; A. KOHL, « Dispositions préliminaires — Compétences », in *Jurisprudence du Code judiciaire*, Brugge, La Charte, Feuil. mob., m. à j. 11/89, article 18/3 ; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire — Introduction générale, vol. I, op. cit., p. 133, n° 105 ; D. SIMOENS, « Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 253 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, op. cit., p. 248 et 249 ; P. VANLERSBERGHE, « Het belang als toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van tussenvorderingen », in *Het proces in meervoud — Le procès au pluriel*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 54, n° 7 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », op. cit., p. 28 et s.

592. Voy. par exemple, même si dans certains cas, le rappel de l'exigence de l'intérêt légitime masque une décision sur l'existence même de l'intérêt et non sur son caractère légitime : Liège (7^e ch.), 16 mars 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 185 et s., concernant l'intérêt à une déclaration de faillite ; Bruxelles, 8 juillet 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 667 et s., concernant l'intérêt d'actionnaires de suspendre des résolutions d'une assemblée générale d'une société ; Liège (9^e ch.), 1^{er} avril 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1258 et s., concernant le caractère illégitime de l'intérêt d'un demandeur en responsabilité civile à l'encontre d'une commune lui ayant délivré, puis retiré un permis violant de manière flagrante le plan de lotissement ; Comm. Gand, 26 juin 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 458 et s., concernant l'intérêt d'un cocontractant à demander le paiement de commissions alors que ces dernières n'avaient pas fait l'objet d'une facture, conformément à la législation fiscale ; Civ. Namur (réf.), 6 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 956 et s., spéc., p. 959, concernant l'intérêt d'une demande d'interdiction d'une notification de la décision d'attribution d'un marché public ; Anvers (2^e ch.), 8 juin 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 98 et 99, qui considère comme illégitime la demande en paiement d'une facture contraire à la loi fiscale ; Comm. Bruxelles (réf.), 8 novembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 444 et s., où le juge constate l'absence d'intérêt légitime d'une action tendant à écarter un concurrent effectuant des importations parallèles licites et une concurrence légitime ; Bruxelles (ch. jeun.), 29 avril 1994, *Pas.*, 1995, II, p. 87 et s., concernant l'absence d'intérêt pour des personnes chez qui un enfant a été placé par mesure judiciaire d'intervenir volontairement dans un litige relatif aux relations personnelles des grands-parents.

593. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 431 et s. ; *Arr. Cass.*, 1998, n° 188, p. 407 et s., et conclusions conformes de l'avocat général DE SWAEF, où la Cour casse une décision ayant rejeté la recevabilité d'une demande en dommages et intérêts alors

mité de l'intérêt relève d'une condition de recevabilité de l'action en justice ou du débat au fond, principalement lorsque la question se pose dans le contentieux de la responsabilité civile⁵⁹⁴. Cette dernière question, dont la solution est particulièrement malaisée, ne sera pas débattue en tant que telle. Elle n'influence pas directement notre propos.

133

L'exigence d'un intérêt ne doit pas être confondue avec le droit subjectif au niveau de la condition de recevabilité. Qu'il nous soit d'abord permis de mettre en exergue ce qui apparaît sans doute aujourd'hui comme une évidence. La demande en justice n'est plus conditionnée par la reconnaissance préalable d'un droit subjectif à faire valoir à l'égard de ce qui forme l'objet de l'action.

Le Code judiciaire est clair. Un intérêt suffit pour intenter une action judiciaire pour autant qu'il réponde aux conditions prescrites par le Code et par l'interprétation qui en a été faite par nos cours et tribunaux.

Divers auteurs ont expressément souligné la nécessité de distinguer l'intérêt à agir de la question de fond portant sur l'objet même du litige, qui présupposerait, quant à elle, un contentieux portant sur un droit subjectif⁵⁹⁵. Si, nous le verrons, il est — au moins formellement — requis que

qu'elle ne constate pas qu'elle avait pour unique objet le maintien d'une situation illicite ; Cass. (2^e ch.), 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 129 et s., où la Cour rappelle expressément l'exigence d'une atteinte à un droit subjectif ou à un intérêt légitime pour conclure à la cassation du fait de l'absence de justification légale à la décision de recevabilité de la constitution de partie civile. Il faut remarquer que la Cour a surtout affirmé la condition de la légitimité de l'intérêt dans des décisions où les pourvois n'invoquaient que la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil.

594. Certains auteurs voient en effet dans la légitimité de l'intérêt une condition du fondement de l'action (voy. *infra*, n° 133 et notamment G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op.cit., p. 99 et s., n°s 61 à 63 ; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 17, n° 26 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, op. cit., p. 201 et s., n° 228). Il convient également de souligner que, en ce qui concerne les procédures en référé, la condition de l'intérêt légitime peut rejaillir au niveau du fondement de l'action elle-même, celle-ci supposant l'urgence comme impliquant une balance d'intérêts qui doivent eux-mêmes être légitimes (voy. par exemple, sur cette balance d'intérêts ou de préjudices, D. LINDEMANS, *Kort geding*, op. cit., p. 83 et 84, n°s 117 et 118 ; P. MARCHAL, « Les référés », in *Rép. not.*, t. XIII, livre VII, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 47).

595. Voy. par exemple, P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire-Introduction générale, vol. I, op. cit., p. 130 et 131, n° 102 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, op. cit., p. 201 et s., n° 228 ; M. E. STORME, « Procesrechtelijke knelpunten bij de geldendmaking van rechten uit aansprakelijkheid voor de burgerlijke rechter, in het bijzonder belang, hoedanigheid en rechtsopvolging », in *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 204, n° 14 ; J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, op. cit., p. 243 ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », op. cit., p. 22.

celui qui agit en justice demande la reconnaissance, la sanction ou la protection d'un droit subjectif, il ne doit faire valoir qu'un intérêt à l'égard de ce qu'il vise à obtenir par son action en justice.

En définitive, l'indépendance de l'intérêt, comme condition de recevabilité de l'action, se comprend aisément et permet de percevoir une différence essentielle entre les deux concepts. Le demandeur ou son plaideur ne peuvent, avant que le tribunal ne tranche la contestation, se voir reconnaître *a priori* une prérogative exclusive quant au résultat escompté de l'action. Tout au plus peuvent-ils mettre en avant un intérêt quant à ce résultat, c'est-à-dire l'avantage qu'ils comptent en retirer.

Quelle que soit alors la réponse à la question de savoir si cette question relève de la procédure ou du fond, un test de légitimité de l'intérêt intervient une fois l'intérêt invoqué. C'est que tout intérêt n'est pas reconnu digne d'une reconnaissance, juridictionnelle.

134

Les remises en cause de l'indépendance de l'intérêt comme condition de recevabilité. Cette nécessité de distinguer l'intérêt et le droit subjectif a rejailli au cœur de deux autres débats qui ont divisé la doctrine judiciaire.

- a) Un premier débat — qui, aujourd'hui, semble-t-il, a vécu — est centré sur l'opinion souvent répandue en France dans la première moitié du ^{xx}e siècle, selon laquelle, le seul intérêt acceptable à l'introduction d'une action devait être « juridiquement protégé » ou, plus simplement, « juridique »⁵⁹⁶. Cet appel à l'intérêt juridique ou juridiquement protégé reprend dès lors à s'y méprendre la définition du droit subjectif par R. von Ihering, ce qui entraîne nécessairement une confusion, voire une assimilation entre les deux notions. Elle est assurément à mettre en relation avec l'ancien adage « Pas de droit, pas d'action »^{597 598}.

596. Voy. les auteurs et la jurisprudence française cités in G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., p. 100, n° 62 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, op. cit., p. 202 ; J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, op. cit., p. 26, note 2.

597. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire-Introduction générale, vol. I, op. cit., p. 130 et 131, n° 102 et réf. citées.

598. Dans sa récente thèse de doctorat, à la suite de la doctrine française, Guy Block assimile le caractère « juridique » ou « juridiquement protégé » au caractère « légitime » de l'intérêt (G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., p. 99 et s., n° 62). Cette dernière assimilation nous paraît elle-même recréer une autre confusion dès lors qu'elle reprend à son compte la critique de l'assimilation de l'intérêt légitime au droit subjectif, notamment émise par Solus et Perrot (cf. *infra*). Nous l'avons vu, en théorie générale du droit civil, intérêt légitime et droit subjectif ne peuvent plus être confondus. Exiger que l'intérêt soit légitime ne revient donc pas, au sens civil, à exiger que le demandeur fasse la preuve de l'existence d'un droit subjectif. Il se peut, comme le soutient l'auteur, que la question de la légitimité relève du fond du litige. Mais l'exigence de l'existence d'un intérêt légitime ne reviendrait pas alors à celle de l'existence d'un droit subjectif.

Cette opinion, même si elle y a connu quelque succès⁵⁹⁹, a été depuis rejetée par la doctrine et n'a pas reçu d'écho dans la jurisprudence belge.

Selon Jacques van Compernelle, on confondrait ainsi l'exigence qui veut que la prétention puisse être tranchée par droit et sentence avec la condition spécifique de l'intérêt qui implique certes que sa lésion porte sur un intérêt légitime, mais qui peut être de pur fait, même d'ordre purement économique⁶⁰⁰.

Plus fondamentalement, la doctrine voit dans l'identification de la condition de l'intérêt avec celle de l'intérêt juridiquement protégé, voire d'un véritable droit subjectif, l'expression d'une confusion entre la condition de recevabilité — la lésion d'un intérêt légitime — et une condition de fond — la lésion d'un droit subjectif. Pour reprendre la critique souvent citée de Solus et Perrot : « Quelle que soit en effet l'élégance des formules, déclarer une demande irrecevable en affirmant que l'intérêt dont se prévaut le demandeur n'est pas un « intérêt juridique », ou qu'il n'est pas « légitimement protégé », cela revient à constater que la demande n'est pas fondée parce que le droit fait défaut. C'est le droit qui n'ose pas dire son nom »⁶⁰¹.

- b) Un second débat apparaît dans la doctrine la plus récente⁶⁰², et trouve sa source dans les conclusions du procureur général Krings précédant un arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1992⁶⁰³.

Selon ce dernier, il convient de distinguer la condition d'existence du droit (« *bestaan* » *van een recht*) de celle de l'invocation du droit (« *inroepen* » *van een recht*). L'existence d'un droit n'est pas une condi-

599. Voy. en ce sens, E. GUTT et A.-M. STRANART, « Examen de jurisprudence (1965 à 1970) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1973, p. 105 : « [...] l'intérêt qui justifie l'action doit être non seulement direct et personnel, mais aussi juridique » et réf. citées.

600. J. VAN COMPERNELLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, *op. cit.*, p. 249.

601. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, p. 195 et 196, n° 221 et p. 203. Voy. également P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire-Introduction générale, vol. I, *op. cit.*, p. 130 et s., n°s 102 et 104 ; J. VAN COMPERNELLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, *op. cit.*, p. 26, note 2.

602. B. MAES, *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, *op. cit.*, p. 99 ; S. BEERNAERT, « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *op. cit.*, p. 156, n° 3 ; P. VANLERSBERGHE, « Het belang als toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van tussenvorderingen », *op. cit.*, p. 53, n° 2.

603. Conclusions du premier avocat général KRINGS, précédant Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1982, *Arr. Cass.*, 1982-1983, I, p. 373 et s., spéc. p. 374 à 378. *Addé* conclusions du procureur-général KRINGS, précédant Cass. (1^{re} ch.), 25 octobre 1985, *Arr. Cass.*, 1985-1986, p. 251, n° 7.

tion de recevabilité de l'action. Il rejoint donc par là l'opinion généralement admise. Par contre, se fondant sur l'opinion d'une partie de la doctrine française, il considère que la demande doit se fonder sur l'invocation d'un droit subjectif, invocation valant alors bien comme condition de recevabilité⁶⁰⁴. Il convient de noter cependant que, ce faisant, l'éminent juriste paraît admettre une vision extensive de la notion de droit subjectif — principalement celle de Jean Dabin — qui permet, nous l'avons vu⁶⁰⁵, de contenir la plupart des libertés civiles et intérêts légitimes.

Il rejette l'idée — notamment défendue, nous l'avons vu, par Jacques van Compernelle — selon laquelle il suffirait d'invoquer un intérêt quelconque, même de pur fait, pour qu'une action soit recevable⁶⁰⁶. Ce serait possible dans le contentieux objectif, mais non dans le contentieux subjectif qui supposerait que l'intérêt invoqué soit précisément tiré de l'avantage personnel qui est recherché par la demande de respect du droit subjectif invoqué.

Par contre, et cela nous apparaît quelque peu paradoxal, le procureur général admet aussi que, dans des cas exceptionnels, aucun droit subjectif ne puisse être invoqué. Il prend principalement comme exemple le cas de demandes d'annulation d'actes, telles les demandes d'annulation de mariage. Mais dans ces cas, l'exigence d'un intérêt direct et personnel ainsi que l'exigence de qualité resteraient requises⁶⁰⁷.

135

La distinction entre droit subjectif et intérêt dans l'interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution. Nous avons vu dans le premier chapitre de cette étude quelle avait été l'interprétation donnée par la Cour de cassation à la notion de droit subjectif dans l'application des articles 144 et 145 de la Constitution⁶⁰⁸. La Cour s'est ainsi dotée d'un critère de reconnaissance des contestations relevant du pouvoir judiciaire à l'exclusion des juridictions administratives, sauf dérogations.

Dans l'évolution interprétative de ces dispositions, la distinction entre droit subjectif et intérêt a été soulignée à différents titres.

604. Conclusions du premier avocat général KRINGS, précédant Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1982, *Arr. Cass.*, 1982-1983, I, p. 376 et 377.

605. Cf. *supra*, n^{os} 19 et s.

606. Conclusions du premier avocat général KRINGS, précédant Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1982, *Arr. Cass.*, 1982-1983, I, p. 377.

607. *Id.*, p. 377 et 378.

608. Cf. *supra*, n^{os} 51 et 52.

La distinction est d'abord opérée au sein même de la notion de droit subjectif.

Nous avons vu, en effet, que l'avocat général Velu fait de l'intérêt un élément d'existence du droit subjectif lui-même⁶⁰⁹. Il souligne par là le continuum entre les deux notions, la première ne se concevant pas sans la seconde⁶¹⁰. C'est, en définitive, le pouvoir d'exiger un comportement déterminé de la part d'un tiers qui distingue le droit subjectif de l'intérêt.

L'intérêt du sujet actif prend cependant un relief particulier dans la conception de Jacques Velu et, à sa suite, de la Cour de cassation. La nature de l'intérêt en cause est soulignée puisqu'il faut qu'il soit personnel au titulaire, l'intérêt général ne suffisant pas à faire naître un droit subjectif⁶¹¹. Ce faisant, c'est bien l'intérêt direct et personnel au sens processuel du terme qui paraît être mis en avant dans la définition même du droit subjectif, telle que précisée par notre Cour de cassation⁶¹². Cette condition, traditionnellement rattachée à l'article 17 du Code judiciaire, rejaillit cependant au niveau de la notion même du droit subjectif issue des articles 144 et 145 de la Constitution dès lors qu'elle fait partie intégrante du critère retenu⁶¹³.

609. Cf. *supra*, n° 52.

610. Conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 305 et 306, n° 20 : « Un droit subjectif ne se conçoit pas sans un intérêt, c'est-à-dire sans le besoin ou le désir d'obtenir un certain avantage. Mais s'il y a toujours un intérêt à l'occasion d'un droit subjectif, l'intérêt n'est évidemment pas toujours assorti d'un droit subjectif. ».

611. *Id.*, p. 306 ; voy. aussi B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 222 et s.

612. Même si cela n'est pas présenté tel quel dans les conclusions du procureur général Velu, cette constatation découle cependant clairement du renvoi opéré par l'auteur dans ses conclusions sur ce point à l'arrêt de la Cour du 25 octobre 1985 ainsi qu'aux conclusions du procureur général Krings (conclusions du procureur général KRINGS précédant Cass., 1^{re} ch., 25 octobre 1985, *Arr. cass.*, 1985-1986, p. 249 et s., spéc., n^{os} 3 et s.). Le pourvoi en l'espèce ne portait du reste pas sur une violation des articles 92 et 93 anciens de la Constitution, mais bien sur une violation de l'article 17 du Code judiciaire.

613. Le procureur général Krings distingue du reste une double signification de l'intérêt suivant qu'il est appréhendé dans le sens de la théorie générale du droit ou dans le sens du droit judiciaire (*ibid.*, p. 253, n° 11). L'intérêt issu du droit doit être propre au titulaire du droit (sens de la théorie générale). Il doit être personnel et direct (sens du droit judiciaire).

La distinction a également été soulignée afin d'opposer le contentieux subjectif relevant du judiciaire au contentieux objectif relevant du Conseil d'État.

Les contestations auraient pour objet un droit subjectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Elles seraient de l'ordre de l'intérêt — légitime — ou de la convenance devant le Conseil d'État, précisément en ce qui concerne le contentieux de l'annulation⁶¹⁴.

Ce faisant, nous retrouvons trace des distinctions opérées par André Gervais, puis par François Ost *entre l'intérêt, l'intérêt légitime et le droit subjectif*.

Léon Moureau, particulièrement, opère cette triple distinction. Si l'intérêt est reconnu par le droit objectif, il est légitime — et se distingue par là de l'intérêt « simple » —, mais il se différencie du droit subjectif par l'absence de pouvoir d'exiger reconnu dans le chef de son titulaire⁶¹⁵.

136

Les conséquences de l'interprétation des articles 144 et 145 de la Constitution : l'exclusion des contestations portant sur des libertés civiles et intérêts légitimes ? Dès lors que la Cour de cassation adopte une définition stricte du droit subjectif impliquant un pouvoir d'exiger corrélatif à une obligation précise déterminée par le droit objectif dans le chef des tiers, l'admissibilité du contentieux des libertés civiles et des intérêts légitimes devant les tribunaux de l'ordre judiciaire pose question.

Les *libertés civiles* paraissent depuis longtemps, au regard des articles 144 et 145 de la Constitution, assimilées aux droits subjectifs dont

614. Voy. en ce sens, entre autres, B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 206 et réf. citées en note 14, quoiqu'il critique cette conception ; M. BOES, « Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing », *R.W.*, 1987, col. 1252 à 1255 ; C. CAMBIER, *L'annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1951, col. 27 et s. ; Ch. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. dr. Lg.*, 1960, p. 155, note 5 ; M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, p. 1996, n^{os}. 71 et 72 ; A. MAST, « Droits civils, droits politiques et intérêts administratifs », *J.T.*, 1947, p. 195 ; L. MOUREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1972, p. 616 ; J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 252 et, pour une critique de cette conception, p. 254 ; conclusions de l'avocat général VELU précédant Cass. (ch. réun.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1987, p. 307, n^o 20 ; P. WIGNY, *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 370 et 371, n^o 463.

615. L. MOUREAU, « Remarques sur les articles 92 et 93 de la constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », *op. cit.*, p. 606.

la violation relève de la compétence du pouvoir judiciaire⁶¹⁶. Plus précisément, la question ne paraît pas s'être posée : le contentieux des libertés publiques a très vite été assimilé à celui des droits subjectifs, sans préjudice des autres voies de recours qui pourraient s'ouvrir devant le Conseil d'État (par exemple, une demande d'annulation d'une décision administrative prise en violation d'une liberté publique) ou devant la Cour d'arbitrage (par exemple, un recours en annulation d'une loi contraire au principe d'égalité). Il semble que la même solution ait été naturellement acceptée au cas où une liberté publique faisait l'objet d'une contestation entre particuliers. Dès lors qu'une personne privée voit ses libertés civiles ou publiques violées par une autre personne privée ou par l'État, elle peut en appeler aux tribunaux du judiciaire afin d'en obtenir la défense ou la réparation de son dommage ainsi causé.

Rappelons cependant que la définition stricte du droit subjectif, telle que retenue par la Cour de cassation, est relativement récente et qu'elle

616. Voy. en ce sens, entre autres, A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, p. 239, n° 266 : « Hoewel de begrippen « burgerlijke » en politieke rechten moeilijk te definiëren zijn, wordt algemeen aangenomen dat de private rechtsbetrekkingen tussen particulieren, het opleggen van vrijheidsstraffen en de meeste fundamentele rechten en vrijheden uitsluitend tot de bevoegdheid van de onafzetbare gewone rechter behoren » ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t II. *Les droits et libertés*, Diegem, Kluwer-Story-Scientia, 1995, p. 56, n° 768, note 20, où l'auteur se contente de remarquer que : « Pour ce qui est des recours devant le juge judiciaire, l'élément central est la lésion d'un droit subjectif dans le chef du particulier [...]. Or, la plupart des droits et libertés s'analysent en des droits subjectifs » ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 447 et 448, où l'éminent juriste critique la notion de droit civil retenue dans l'arrêt *Flandria* du 5 novembre 1920 (sur cet arrêt, voy. *supra*, n° 52) au motif précis qu'elle ne permet pas d'englober les droits fondamentaux de la Constitution — que nous nommons libertés publiques — alors même que la Cour y a toujours vu des droits civils au sens de l'article 92 ancien de la Constitution. Voy. les nombreux arrêts de la Cour référencés par l'avocat général comme assimilant les libertés publiques aux droits civils dès le XX^e (p. 448, note 1) ; *contra* cependant Ch. GOOSSENS, « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *op. cit.*, p. 153. Après avoir relevé que le constituant de 1830 ne connaissait comme droit subjectif à l'égard de la puissance publique que les droits fondamentaux de la personnes (libertés publiques) et les droits électoraux et d'éligibilité (p. 153), l'auteur s'insurge violemment contre l'assimilation des libertés publiques au concept de droit civil (p. 193).

Pour un arrêt plus récent, voy. par exemple, Cass. (2^e ch.), 25 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1114 et s., spéc. : « Attendu qu'il n'a point été attribué aux conseils de l'Ordre des médecins le pouvoir de statuer sur des contestations dont l'article 92 de la Constitution réserve la connaissance exclusive aux cours et tribunaux, notamment de statuer au sujet du droit à la liberté d'expression des opinions, de la liberté d'association et du droit au travail, mais seulement de statuer sur des fautes et sanctions disciplinaires. ».

n'est apparue telle quelle que dans des arrêts émis durant la dernière décennie du xx^e siècle.

Est-il certain que les libertés civiles peuvent toujours être englobées par la notion de droit subjectif telle qu'exprimée par le critère de la Cour ? Où se trouvent, dans le chef de la liberté d'expression, de la liberté de commerce ou de la liberté de contracter, des règles de droit objectif prévoyant une obligation précise et déterminée dans le chef des tiers et reconnaissant à son titulaire un pouvoir d'exiger corrélatif ? Que peut exiger, précisément, en vertu d'une règle déterminée du droit objectif, le titulaire d'une liberté civile ? S'agit-il d'un devoir strict de respect ? Mais comment alors expliquer, par exemple, que la liberté d'expression doit souvent s'effacer devant la vie privée, l'honneur, voire des intérêts commerciaux qui lui sont opposés ? Ne serait-ce pas parce que ce devoir précis n'existe pas toujours dans le chef des tiers ? Nous reviendrons sur cette difficulté lorsque nous étudierons l'opposabilité des libertés civiles⁶¹⁷.

La situation de l'*intérêt légitime* apparaît, sous le coup de la nouvelle définition retenue par la Cour, tout aussi incertaine.

Il découle de la définition même de la Cour et du contexte de son élaboration qu'elle s'oppose à l'intérêt légitime et l'exclue. Un intérêt légitime ne suffit pas pour faire naître un droit subjectif au sens précité.

Comment alors justifier que la seule violation fautive d'un intérêt légitime, en l'absence de tout droit subjectif préalable, puisse donner lieu à réparation⁶¹⁸ ? Comment justifier qu'un contentieux puisse naître autour de la seule reconnaissance d'un intérêt légitime ou d'une conciliation d'intérêts, sans référence aucune à un droit subjectif ? Les hypothèses de ce dernier type de contentieux sont pourtant fréquentes : le juge est de plus en plus chargé par la loi de réguler des intérêts en présence ou en l'absence de tout droit acquis par l'une ou l'autre partie⁶¹⁹. Si l'une des

617. Cf. *infra*, n^{os} 286 et s.

618. La Cour de cassation paraît du reste parfois provoquer elle-même un certain flottement dans la distinction stricte entre droit subjectif et intérêt légitime exclu *a priori* du concept de droit subjectif. Ainsi, dans son arrêt du 19 décembre 1991, après avoir rappelé explicitement que l'ancien article 92 de la Constitution mettait sous la protection du pouvoir judiciaire « tous les droits civils », et que, en vue de réaliser cette protection, avait eu égard « uniquement à la nature du droit faisant l'objet de la contestation », elle énonce que « l'État est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes *aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes* des personnes » (*Pas.*, 1992, I, p. 318 et s.). Nous soulignons. N'est-ce pas admettre implicitement qu'un droit civil peut parfois englober la notion d'intérêt légitime ?

619. Ainsi, lorsque le juge est chargé, dans l'intérêt de la famille, de fixer la résidence conjugale à défaut d'accord entre époux ou qu'il statue sur une action en cessation commerciale permettant de défendre les intérêts des vendeurs ou des consommateurs. Cf. *infra*, n^o 148.

deux parties conteste la solution retenue par le juge, sera-t-elle interdite d'action devant l'ordre judiciaire, ne pouvant *a priori* exiger quoi que ce soit vis-à-vis de l'autre intéressé ?

Revenons sur la problématique de l'admissibilité de l'action en réparation en cas d'atteinte à un intérêt légitime. Elle montre comment une voie de solution se dégage de l'incertitude à laquelle semble conduire la définition stricte du droit subjectif dans le cadre de l'application des articles 144 et 145 de la Constitution.

Si l'intérêt légitime est exclu de la définition du droit subjectif et que, nous le verrons, l'action en réparation est ouverte en cas de seule atteinte à un intérêt légitime, ne suffit-il pas, pour contourner l'impasse, de soutenir que le but de l'action est d'obtenir un jugement déclaratif d'un droit subjectif à réparation ?

On peut déduire de l'arrêt *Flandria* qu'une action en responsabilité dirigée contre les pouvoirs publics a pour objet des droits civils dès lors que le demandeur se plaint d'une atteinte occasionnée à ses droits civils préexistants et, en conséquence, demande réparation pour le préjudice qui en est consécutif⁶²⁰. Comme le relevait récemment Bernard Bléro, il en découle que, en cas d'atteinte à de simples intérêts légitimes, à l'exclusion d'une atteinte à un droit subjectif préexistant au litige, le contentieux est censé avoir de tels intérêts pour objet, ce qui le situe en dehors du champ d'application des articles 144 et 145 de la Constitution⁶²¹. Il nous paraît que la Cour a confirmé cette approche dans plusieurs arrêts⁶²².

620. Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 320 et s., spéc. p. 193 et s., spéc. p. 239 : « Qu'en vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé ; Qu'en conséquence, dès lors qu'une personne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation [...] ».

621. B. BLÉRO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 253.

622. Voy. par exemple Cass. (1^{re} ch.), 25 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 387 et s., spéc. p. 392 : « Attendu que, dès lors, le juge des référés est compétent pour ordonner des mesures urgentes et provisoires lorsque l'atteinte portée à des droits civils subjectifs résulte de l'usage, par son auteur, d'une autorisation accordée fautivement par l'administration », mais où l'arrêt *a quo* relevait, selon la Cour, tant des violations de droits subjectifs préexistants (droits de propriété et de possession) que la consécration d'un droit de demander la cessation des inconvénients et nuisances ; Cass. (1^{re} ch.), 26 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 77 et s. : « Attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt reproduites dans le moyen que le litige ne porte pas directement sur la méconnaissance par l'administration de l'existence d'un droit subjectif ou sur la réparation du préjudice qui résulterait de sa violation [...] » ; Cass.

Si l'on retourne la logique et que l'on a égard non pas au droit subjectif réellement violé, mais au but de l'action, toute action en responsabilité civile relèverait des tribunaux de l'ordre judiciaire dès lors qu'elle a pour but d'obtenir la consécration du droit subjectif à réparation du demandeur, indépendamment de la question de savoir si le demandeur se prévaut ou non d'une atteinte à un droit subjectif préexistant. La Cour de cassation paraît bien avoir opté pour cette logique dans l'un ou l'autre arrêt ⁶²³, ainsi que la doctrine qui s'est intéressée au problème ⁶²⁴.

L'affirmation paraît exacte si l'on admet que le jugement a pour conséquence de procurer un titre permettant d'en appeler aux voies d'exécution et, par là, un pouvoir exclusif à réparation à l'encontre du défendeur éventuellement condamné. En d'autres termes, si l'on admet que le devoir de réparer, inscrit dans les articles 1382 et 1383 du Code civil a pour objet de reconnaître un droit subjectif à réparation. Cette affirmation cache cependant mal une autre réalité première.

En invoquant la violation de ses intérêts indépendamment de toute atteinte à un droit subjectif préexistant, le demandeur en réparation introduit un contentieux relatif à ses intérêts et non à un droit subjectif préexistant au sens aujourd'hui reconnu à ce concept en droit civil. Ce qu'il reproche d'abord au défendeur, c'est d'avoir violé fautivement ses intérêts dont il doit du reste obtenir la reconnaissance du juge. C'est pour-

(1^{re} ch.), 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 59 et s., spéc. p. 61 : « Attendu que, d'une part, s'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'apprécier l'opportunité d'un acte de l'administration, il est en revanche compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil, quel que soit l'auteur de la lésion ; qu'il en est ainsi pour toute atteinte portée fautivement par l'administration à un droit subjectif ; », mais où l'arrêt *a quo* soutenait « qu'il serait inadmissible que le droit à réparation, non douteux dans le chef du (premier défendeur), soit plus longtemps laissé sans aucune protection ; » ; Cass. (ch. réun.), 23 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 867 : « Attendu que, toutefois, tout litige concernant le rétablissement dans un droit lésé d'une manière illicite, qu'il soit civil ou politique, ressortit uniquement à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ; ».

623. Voy. par exemple Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513 et s. et conclusions du premier avocat général M. GANSHOF VAN DER MEERSCH où le raisonnement paraît encore ambigu dans la décision (« Attendu qu'une contestation qui a pour objet la réparation pécuniaire de la lésion d'un droit, fût-il politique, relève de la compétence exclusive des tribunaux ; » [p. 528]), mais apparaît clairement dans les conclusions du ministère public (« Le droit à la réparation pécuniaire de l'atteinte portée à l'intégrité morale d'une personne et à l'intégrité de son patrimoine relève de la compétence des cours et tribunaux. L'obligation de réparer le dommage causé par une faute est la source d'un droit civil dont la connaissance est, en vertu de l'article 92 de la Constitution, exclusivement du ressort des tribunaux », p. 521).

624. B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 252 et s.

quoi intervient ici le filtre de la légitimité. En sanctionnant cette violation par application des articles 1382 et 1383 du Code civil, le juge reconnaît au préalable que l'intérêt violé est digne d'une protection. Il accorde ensuite ou non cette protection en vérifiant si les conditions de la responsabilité sont remplies, et affirme le devoir de réparation dans une ultime étape, au titre de sanction de la violation fautive de ces intérêts.

Lorsque le juge condamne à réparation, dans ces hypothèses, il tranche un contentieux étranger à celui d'un droit subjectif préexistant du demandeur. Ce dernier ne se plaint nullement d'une atteinte à ses droits subjectifs, mais à ses intérêts. Peu importe, à ce niveau, qu'une fois que le juge a constaté la violation fautive de ces intérêts, il reconnaisse, le cas échéant, au bénéfice du demandeur, un véritable droit subjectif à réparation. Ce n'est pas ce droit subjectif qui a été violé par l'acte fautif, mais bien un intérêt du demandeur, ce qui, le cas échéant, lui a fait subir un dommage dont il obtiendra peut-être réparation.

La voie de solution est cependant séduisante pour sortir de l'impasse relevée plus haut. Elle permettrait d'englober la plupart des contestations relatives aux libertés civiles et intérêts légitimes qui, nous le verrons, ne sont, en règle, pas protégés par d'autres actions que celle en responsabilité civile. Cependant elle ne résout pas le problème d'autres litiges ayant pour seul objet la protection d'un intérêt légitime sans qu'une réparation soit demandée. Pensons à la demande en annulation d'un mariage, en annulation d'un contrat contraire aux bonnes mœurs, en cessation d'une atteinte à l'intérêt professionnel d'un vendeur, etc. Sauf à admettre que tout jugement est créateur d'un droit subjectif dans le chef de celui qui l'obtient à son avantage : il obtiendrait le pouvoir exclusif d'exiger son respect envers la partie qui succombe. Mais alors, quelle serait encore la portée du critère de détermination des compétences que vise la définition du droit subjectif : toute contestation ne reviendrait-elle pas au pouvoir judiciaire ?

137

Conclusions sur l'indépendance de l'intérêt en droit judiciaire. Sauf l'intérêt à agir retenu en tant que condition de recevabilité, l'indépendance de l'intérêt en droit judiciaire reste ambiguë.

Le droit subjectif règne formellement en maître dès lors qu'il conditionne le ressort des tribunaux de l'ordre judiciaire. La définition du droit subjectif telle que retenue par la jurisprudence récente de la Cour de cassation la mène dans une voie problématique.

Elle risque théoriquement d'exclure bon nombre de contestations relatives à des libertés civiles dès lors que la liberté civile s'accorde *a priori* mal aux conditions strictes du critère ainsi retenu. Ce point devra certes être étayé, mais qu'il nous suffise de déjà relever que lorsque deux libertés

s'opposent, rien *a priori*, hors l'analyse des circonstances de fait, ne permet de reconnaître dans le chef des deux titulaires un pouvoir d'exiger l'emportant sur l'autre.

La définition exclut d'elle-même l'intérêt légitime comme faisant l'objet d'une contestation relevant du pouvoir judiciaire, s'opposant ainsi *de facto* à la réalité. Les cours et tribunaux regorgent de litiges dont l'objet réel n'a rien à voir avec un contentieux relatif à des droits subjectifs, au sens où la Cour l'entend. Sauf à admettre que toute décision d'un juge qui fait droit à la prétention du demandeur est créatrice de droits subjectifs pour celui-ci et de devoirs pour celui qui succombe et doit respecter un jugement qui lui est défavorable.

Cette voie de solution nous paraît insatisfaisante. Elle exclut tout effet utile au critère de distinction recherché : toute contestation serait susceptible de revenir au pouvoir judiciaire.

Le problème provient du fait que la définition ainsi livrée par la Cour est tout entière tournée vers la fonction qui est assignée au concept dans le cadre des articles 144 et 145 de la Constitution : déterminer un critère de distinction entre les contestations relevant de l'ordre judiciaire ou dévolu à une autre juridiction, principalement administrative. Ce faisant, les constitutionnalistes et publicistes raisonnent entièrement au départ du but à atteindre. Ils en viennent certes à admettre une définition qui s'accorde avec l'évolution du concept en droit civil. C'est cependant oublier que la définition retenue devrait également être apte à englober toutes les contestations de droit privé. C'est, partant, oublier aussi, nous l'avons vu, que les efforts doctrinaux de la théorie générale durant ces cinquante dernières années avaient été hantés par le but, plus ou moins affirmé selon les auteurs, de distinguer le concept d'autres notions proches, telles que la liberté civile et l'intérêt légitime.

Est-il bien opportun de faire du droit subjectif le critère de distinction recherché ? Ce concept n'existait pas en 1830. La doctrine des droits subjectifs est apparue à la fin du XIX^e siècle pour se développer durant le XX^e siècle. Nous comprenons que, naturellement, le nouveau concept de droit subjectif est venu s'identifier à celui de droit civil. Au départ, nous l'avons vu, les définitions du droit subjectif étaient tellement larges qu'elles étaient à même d'englober toutes les contestations revenant *a priori*, tout aussi naturellement, aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Mais dès l'instant où le concept même de droit subjectif s'est affiné, en vue précisément de le différencier des libertés civiles et intérêts légitimes, et qu'en outre, la définition retenue tend également à exclure ces concepts en tout ou partie, il n'est plus à même de fonder la compétence du pouvoir judiciaire dans des matières qui sont d'évidence de son ressort. Dès

lors, l'interprétation de la notion de droit civil par celle de droit subjectif montre là ses limites.

Cela étant dit, conceptuellement, les notions de droit subjectif et d'intérêt légitime se distinguent tout comme en théorie générale de droit civil. Cette indépendance reste théoriquement précaire. L'intérêt suffit certes comme condition de recevabilité de l'action. Mais il doit encore s'habiller du droit subjectif s'il désire justifier la compétence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Pratiquement enfin, l'indépendance gagnée est réelle. Le problème est en effet contourné dès lors que la Cour admet d'une manière ou d'une autre que les contentieux des libertés et des intérêts légitimes ressortissent bien au pouvoir judiciaire. Le titulaire de l'intérêt peut du reste, en invoquant son droit à réparation, obtenir la sanction de son préjudice indépendamment de l'existence d'un droit subjectif préexistant.

Section 2

La prise d'indépendance de l'intérêt en droit de la responsabilité civile

138. De l'atteinte au droit subjectif à l'atteinte à l'intérêt légitime comme condition de l'existence d'un dommage pouvant donner lieu à réparation – 139. La protection des intérêts d'autrui au fondement de la responsabilité civile ? – 140. Portée de l'indépendance de l'intérêt légitime en responsabilité civile

138

De l'atteinte au droit subjectif à l'atteinte à l'intérêt légitime comme condition de l'existence d'un dommage pouvant donner lieu à réparation. Cherchant à conceptualiser la notion de dommage, une doctrine imposante s'est prononcée en faveur de la limitation du dommage à la violation d'un droit subjectif.

Des auteurs illustres comme Henri De Page⁶²⁵ ou Jean Dabin⁶²⁶ ont ardemment défendu cette thèse, même si chacune de leurs opinions pré-

625. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946 et s.

626. J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Ann. dr. et sc. pol.*, 1948, t. IX, p. 7 à 59 ; « Les notions d'« intérêt légitime » et de « lésion de droit » dans la réparation des dommages », *R.C.J.B.*, 1957, note sous Gand (1^{re} ch.), 11 février 1956, p. 8 à 22. Adde H. ROLIN, *Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil)*, *Bulletins de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1927, t. XIII, p. 68 ; Voy. aussi en France, R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 412.

sentait des particularités⁶²⁷. Le simple préjudice, compris comme la lésion d'un intérêt, n'aurait pas suffi pour qu'un dommage existe au sens de l'article 1382 du Code civil. Le dommage aurait été constitué, en outre, d'un élément de droit : il n'aurait pu naître que de l'atteinte à un droit subjectif⁶²⁸. Cette pensée a pu se prévaloir d'une certaine jurisprudence de la Cour de cassation⁶²⁹. Elle participait à un courant visant à limiter le champ d'application des réparations issues de la violation de l'article 1382 du Code civil⁶³⁰.

Cette opinion n'a plus cours aujourd'hui. Suite à un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939⁶³¹, confirmé par la suite⁶³², il est communément admis que la violation d'un droit subjectif ne conditionne pas l'apparition du dommage⁶³³. C'est en effet la violation de l'intérêt de la victime qui est à la source de ce dommage⁶³⁴.

627. Pour une vue complète et critique de celles-ci, voy. R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962, nos 2862 à 2942.

628. J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.* p. 13 et 14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 946 et 947.

629. Cass. (2^e ch.), 15 avril 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 121 et s. : « Attendu qu'il ne saurait y avoir de dommage, au sens de ces articles, sans atteinte à un droit ; » ; Cass. (2^e ch.), 19 mai 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 603 : « Attendu que si les lois sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail soustraient à l'application des règles de droit commun certains cas qu'elles spécifient, elles ne modifient pas intrinsèquement ces règles et ne donnent pas de la notion de dommage, telle que l'ont fixée les articles 1382 et suivants du Code civil, une interprétation extensive excluant pour son application la nécessité de l'existence de la lésion d'un droit ; ».

630. J. RONSE, « La notion du dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 102, nos 5 et s. ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 126.

631. Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 et s. : « [...] que l'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite ; ».

632. Cass. (2^e ch.), 28 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 261 (implicite) : « Attendu que pareil droit [droit de réclamer la réparation] n'est pas subordonné à l'existence dans le chef de la victime d'une obligation alimentaire légale ou conventionnelle envers la partie lésée par le décès ; » ; Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 et s. : « Attendu que, si la première condition de cette disposition légale (ndla : l'article 1382 du Code civil), notamment la faute, suppose un acte illicite, la seconde au contraire, le dommage, est un élément de pur fait qui consiste dans une diminution d'avoir ou la privation d'un avantage ; » ; voy. également l'abondante jurisprudence où la Cour définit le dommage comme une atteinte aux intérêts légitimes ou licites de la victime (cf. *infra*, n° 189).

633. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 269 ; R.-O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, p. 738, n° 150 ; L. DE WILDE, « Begrip

L'affirmation de la définition du dommage par la référence à la violation d'un intérêt va de pair avec l'affirmation du caractère légitime ou licite de celui-ci. C'est que tout désavantage, toute violation d'intérêt ne peut donner lieu à une réparation. Retenons pour l'instant que cette condition est présente en la matière comme, nous l'avons déjà vu, en droit judiciaire.

139

La protection des intérêts d'autrui au fondement de la responsabilité civile ? Durant ces dernières années, diverses études ont mis en avant l'idée, exprimée certes de manière très différente, que la protection des intérêts d'autrui se trouvait au fondement même des principes de la responsabilité civile. Il est utile ici de pointer quelques études récentes illustrant la place prépondérante que prend la notion d'intérêt en la matière.

Lorsque Xavier Dieux et Jean Van Ryn critiquent l'extension jugée exagérée du principe de bonne foi en droit des obligations, ils mettent en avant l'idée selon laquelle la bonne foi objective constitue en réalité un devoir général déjà sanctionné par les articles 1382 et 1383 du Code civil⁶³⁵. Ce faisant, les auteurs admettent que ces dispositions constituent la sanction normale du devoir d'attention aux intérêts d'autrui⁶³⁶.

François Ost va plus loin. Il fait de la responsabilité, en tant que génératrice de normes standard de comportement, le véritable pendant de l'intérêt. Comme l'obligation s'oppose au droit subjectif par le biais de la norme légale qui le consacre, c'est la responsabilité qui constitue la contrepartie de l'intérêt. Aux droits correspondent des obligations précises dans le chef d'autrui. Aux intérêts répondent une foule de responsabilités dans le chef d'une multitude de personnes⁶³⁷. Et s'il revient normalement

« Schade » », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 181 et s., spéc. p. 190, n° 10 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers, 1998, p. 18 et s. ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel I, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 18, nos 13 et s. ; L. SCHUERMANS, J. SCHRYVERS, D. SIMOENS, A. VAN OEVELEN, H. SCHAMP, « Overzichtig van rechtspraak — Onrechtmatige daad — Schade en schadeloostelling (1977-1982) », *T.P.R.*, 1984, I, p. 521, n° 2 ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 16 et s., n° 7 ; A. VAN OEVELEN, « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloostelling bij onrechtmatige daad », in *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 124, n° 2.

634. Cf. *infra*, n° 189.

635. J. VAN RYN, X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 289 et s.

636. *Ibid.*, note 10 : « 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 et 1383 du Code civil. ».

637. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 144.

à la loi de créer et de consacrer les droits subjectifs, c'est la norme ou le standard qui constituent la forme ou la traduction privilégiée de la régulation de l'intérêt. Ainsi en serait-il de la conduite « prudente et diligente » ou le comportement du « bon père de famille »⁶³⁸.

Dans sa thèse de doctorat, consacrée à l'émergence d'un principe général de droit du respect dû aux attentes légitimes d'autrui⁶³⁹, Xavier Dieux part, lui aussi, du constat que la responsabilité civile a complété l'obligation de se conformer aux lois et règlements « par un devoir général de prudence, de vigilance et d'*attention moyenne aux intérêts légitimes d'autrui* »⁶⁴⁰. Constatant la désaffection de la notion de faute en droit de la responsabilité civile par un glissement des principes de la responsabilité vers ceux de la bonne foi, il l'exemplifie notamment par la théorie de l'abus de droit où le juge sanctionne le désintérêt excessif du titulaire pour les inconvénients qu'il cause à autrui⁶⁴¹, c'est-à-dire le « manque de considération excessif pour les intérêts légitimes d'autrui »⁶⁴². Revisitant Jean Van Ryn, il constate que la limite des droits caractérise le problème de la responsabilité au sens large : l'auteur de l'acte avait-il le droit d'agir comme il l'a fait ? La victime avait-elle le droit de compter qu'il agisse autrement ? Il explique la limite des droits qui résulte de l'ajout de nouveaux devoirs de conduite équitable, loyale ou pondérée « comme une contrainte imposant à chacun de réfréner sa liberté d'action pour éviter de porter atteinte aux intérêts d'autrui, dès lors qu'ils sont jugés dignes de protection »⁶⁴³. Assimilant comme allant de soi « la limite des droits » à l'« équilibre des intérêts », il constate que l'attention est de plus en plus portée sur le point de vue de la victime en attribuant un effet créateur de droit à la confiance accordée par la victime à un élément auquel elle a intérêt⁶⁴⁴.

Plus loin dans son étude, il conclut que la responsabilité aquilienne n'est que l'expression du respect dû aux attentes légitimes d'autrui⁶⁴⁵. Si l'atteinte à l'intérêt d'autrui n'est pas en lui-même générateur d'une faute⁶⁴⁶, elle le devient si la victime « était en droit de s'attendre à

638. *Ibid.*, p. 179.

639. 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.

640. *Ibid.*, p. 20, n° 2. Nous soulignons.

641. *Ibid.*, p. 25, n° 3.

642. *Ibid.*, p. 23, n° 3.

643. *Ibid.*, p. 31, n° 6.

644. *Ibid.*, p. 31, n° 7.

645. *Ibid.*, p. 164 et s.

646. *Ibid.*, p. 169 et 170, n° 71.

ce qu'il ne soit pas porté atteinte par autrui à l'intérêt en question »⁶⁴⁷, passant de la notion d'intérêt à celle d'expectative ou d'anticipation « traduisant l'idée que l'intérêt bénéficie d'une protection sur laquelle son titulaire peut compter »⁶⁴⁸. Chacun serait donc en droit de s'attendre à ce que certains de ses intérêts « soient laissés intacts par autrui »⁶⁴⁹. Et comment s'opère la transformation de l'intérêt en expectative légitime ? Lorsqu'il s'agit d'« assurer la confiance sans laquelle la pratique sociale serait trop risquée et trop incertaine pour valoir la peine d'être exercée et qui en conditionne de la sorte la substance même »⁶⁵⁰. La référence à la conduite de l'homme normalement prudent et avisé ne traduirait rien d'autre que le droit d'exiger un comportement raisonnable d'autrui en ce sens que chacun est « en droit de s'attendre à ce que les autres se comportent vis-à-vis de lui comme les autres s'attendraient à ce qu'il se comporte envers eux, dans tel contexte déterminé »⁶⁵¹.

Même si nous restons dubitatifs quant au critère retenu par l'auteur pour voir se transformer l'intérêt en expectative légitime dont la violation serait constitutive de faute et, partant, génératrice de responsabilité, cette théorie illustre de manière frappante la place première reconnue au respect des intérêts d'autrui dans les principes de responsabilité civile.

L'idée de Xavier Dieux est du reste fort proche de celle défendue quelques années plus tard par Jean-François Romain. En effet, nous le verrons ci-après, ce dernier arrive à un résultat analogue lorsqu'il fonde, quant à lui, les principes de responsabilité sur ceux de la bonne foi comprise comme exigeant une prise en compte des intérêts d'autrui⁶⁵².

Comment, du reste, ne pas faire le lien entre l'affirmation de la place de l'obligation de respect des intérêts d'autrui et l'évolution de la responsabilité civile en passe de transformer le droit de la responsabilité en droit de la réparation ? L'attention se focalise aujourd'hui bien plus sur le dommage et la nécessité de le réparer que sur la responsabilité qui sanctionne

647. *Ibid.*, p. 170.

648. *Ibid.*, p. 170, n° 71.

649. *Ibid.*, p. 171, n° 72.

650. *Ibid.*, p. 173, n° 72.

651. *Ibid.*, p. 174, n° 172, l'auteur reprenant une expression de Geneviève Viney. L'auteur indique que, d'après lui, « la règle du jeu social, dont le droit assure le respect par le détour des articles 1382 et 1383 du Code civil, réside là, dans le respect des expectatives des uns par rapport aux autres, légitimes parce que raisonnables et dotées à ce titre d'une perspective de réciprocité [...] ».

652. Cf. *infra*, n° 145.

le comportement à la source du dommage⁶⁵³. La violation de l'intérêt d'autrui n'est-elle pas, dans la pensée dominante, que l'expression abstraite du dommage qui se réalise *in concreto* ? Il est donc compréhensible, dans l'optique de cette évolution, que l'attention se focalise de plus en plus sur le respect des intérêts d'autrui comme principe explicatif des principes de responsabilité civile.

140

Portée de l'indépendance de l'intérêt légitime en responsabilité civile. Les brefs commentaires qui précèdent sont, sans doute, en quantité, inversement proportionnels à l'importance que revêt la place de l'intérêt dans la responsabilité civile pour notre étude. C'est que, précisément, vu cette importance, de plus longs développements seront accordés aux liens entre le concept d'intérêt et les conditions de la responsabilité civile dans une partie ultérieure⁶⁵⁴.

Ce qu'il nous importe de constater ici, c'est que l'atteinte à un droit subjectif n'est plus considérée en droit positif comme une condition d'existence d'un dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'intérêt a donc pris, en la matière, également, son indépendance vis-à-vis du droit subjectif.

La violation d'un intérêt, pour autant qu'il soit légitime, donne en effet lieu à réparation si cette atteinte est considérée comme fautive et que les autres conditions de la responsabilité sont remplies. Le porteur d'un intérêt est donc, à ce titre, protégé de la même façon que le titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté civile.

Mais la tendance actuelle des réflexions doctrinales paraît annoncer une place plus importante encore à l'intérêt d'autrui en faisant de sa violation ou de son défaut de prise en compte un des principes explicatifs des principes de la responsabilité civile. De plus en plus, c'est l'interdiction de la violation des intérêts d'autrui dans des circonstances particulières que les différents auteurs s'efforcent d'exprimer en appelant à des principes généraux, tels que le respect dû aux expectatives légitimes d'autrui ou au principe de la bonne foi. De la notion de violation des intérêts comme source de dommage, on en vient donc à celle de violation des intérêts d'autrui comme source de la faute et du comportement qu'il convient de sanctionner par la responsabilité.

653. Sur cette évolution, voy. notamment, J.-L. FAGNART, « Recherches sur le droit de la réparation », in *Mélanges R.-O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 134 et s. et nombreuses références citées.

654. Cf. *infra*, n^{os} 187 et s. et n^{os} 353 et s.

Section 3

La prise en compte de l'intérêt légitime dans la théorie de l'abus de droit

141. L'abus de droit ou la prise en compte de l'intérêt d'autrui dans l'exercice du droit subjectif – 142. L'intérêt au cœur des critères de l'abus de droit – 143. La portée de l'indépendance de l'intérêt dans la théorie de l'abus de droit

141 **L'abus de droit ou la prise en compte de l'intérêt d'autrui dans l'exercice du droit subjectif.** Nous consacrerons d'importants développements à la théorie de l'abus de droit dans la dernière partie de cette étude⁶⁵⁵. Il est inutile, pour l'instant, d'entrer ici dans le détail de cette théorie.

Néanmoins, il est particulièrement éclairant d'illustrer la prise d'indépendance de l'intérêt dans le cadre de cette théorie. Si l'exercice du droit subjectif est appelé à être limité, c'est précisément au nom des intérêts d'autrui. Il revient du reste à François Ost d'avoir souligné avec force cette réalité dans son ouvrage consacré à l'intérêt⁶⁵⁶. Nul besoin de refaire la démonstration.

Retenons que dans la recherche des fondements de l'abus de droit, la plupart des auteurs mettent en avant le devoir de prendre en compte les intérêts d'autrui pesant sur le titulaire du droit. Qu'il nous suffise ici de citer quelques-uns des meilleurs auteurs qui ont analysé cette théorie dans le courant du xx^e siècle.

Ainsi, pour Jean Dabin, les fautes morales, qui d'après lui sont au fondement de l'abus, se révèlent par l'immoralité la plus nette⁶⁵⁷, l'exercice du titulaire qui ne pense qu'à lui-même « sans aucun égard pour autrui ». C'est donc le « désir de nuire » ou « l'indifférence trop absolue devant l'intérêt d'autrui »⁶⁵⁸ — expression que l'auteur reprend à Georges Ripert⁶⁵⁹ — qui sont ici visés.

655. Cf. *infra*, n° 432 et s.

656. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 139 à 150.

657. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 297.

658. *Ibid.*, p. 299 ; aussi p. 302 : « L'« indifférence trop absolue devant l'intérêt d'autrui », qui est l'un des critères de l'acte immoral, et donc abusif, marque aussi bien l'attitude de l'homme qui agit sans égard pour le mal qu'il peut causer que l'attitude de l'homme qui s'abstient d'agir sans égard pour le mal qu'il peut éviter. C'est, dans les deux hypothèses, le même égoïsme excessif. ».

659. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 183, n° 103bis.

André de Bersaques justifie de même le critère de disproportion en indiquant que : « Pareille disproportion révèle, en effet, chez ce dernier un égoïsme excessif, un mépris total des intérêts d'autrui, qui enfreint assez gravement la règle morale pour constituer un quasi-délit »⁶⁶⁰.

Le procureur Ganshof van der Meersch conclut une savante étude en indiquant que : « La prise en considération de l'intérêt d'autrui dans l'exercice d'un droit par le titulaire de celui-ci a introduit dans l'abus de droit un critère conforme à l'évolution sociale du droit. Ce critère se reflète dans la notion même de la faute. La doctrine évolue, sous l'influence des impératifs de la solidarité sociale, vers l'obligation, pour celui qui exerce un droit, d'user de plus de prudence et de plus d'égards pour autrui, à peine d'abuser de son droit »⁶⁶¹. Nous retrouvons la même idée chez Pierre Van Ommeslaghe : « Il appartient donc au juge de déterminer, dans chaque cas, si l'usage du droit est normal, c'est-à-dire s'il est conforme à celui qu'en ferait toute personne diligente, prudente et soucieuse des intérêts d'autrui »⁶⁶². Xavier Dieux et Jean Van Ryn ne s'expriment pas différemment lorsqu'ils écrivent que l'abus de droit « peut résulter, conformément au droit commun de la responsabilité civile, d'un manque de considération excessif pour les intérêts d'autrui [...] »⁶⁶³. Xavier Dieux résume du reste, dans sa thèse, la théorie au fait que « le juge peut sanctionner le manque de considération excessif pour les intérêts légitimes d'autrui, dont le titulaire d'un droit se rend coupable en l'exerçant comme il le fait »⁶⁶⁴.

C'est de manière encore analogue que s'exprime Paul-Alain Foriers, tout en élargissant cette fois la perspective : « Ne doit-on pas enfin considérer simplement qu'indépendamment de tout droit, tout sujet de droit dispose d'une sphère de liberté individuelle qui ne trouve ses limites que dans les dispositions légales ou contractuelles prohibitives ou dans les

660. A. DE BERSAQUES, *L'abus de droit*, note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 285, n° 21.

661. Conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 39.

662. P. VAN OMMEFLAGHE, « 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 ; *adde* W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 199, n° 73 : « Bij de uitoefening van een recht moet men, naargelang de tijd vordert, steeds omzichtiger te werk gaan, steeds meer oog hebben voor de belangen van derden. ».

663. X. DIEUX et J. VAN RYN, *La bonne foi dans le droit des obligations*, *op. cit.*, p. 290.

664. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 23, n° 3.

intérêts légitimes des autres sujets de droit, donc, *in fine*, dans les règles de la responsabilité civile ? »⁶⁶⁵.

Enfin, cette tendance à souligner le devoir de prise en compte des intérêts d'autrui se marque également dans certaines décisions des juges du fond qui l'expriment explicitement⁶⁶⁶.

142

L'intérêt au cœur des critères de l'abus de droit. Nous retrouvons du reste l'intérêt au cœur de chacun des critères de l'abus habituellement retenus par le droit positif⁶⁶⁷.

Dans l'intention de nuire, ainsi que dans l'absence d'intérêt légitime ou raisonnable, le rapport à l'intérêt est double. Dans le chef du titulaire du droit subjectif, d'abord. Dans le chef de la victime dont les intérêts sont atteints, ensuite. Comme le relève justement François Ost, à la suite d'André de Bersaques, si le droit subjectif permet en quelque sorte de nuire à autrui, encore faut-il que cette nuisance licite soit compensée par un avantage avouable dans le chef du titulaire du droit⁶⁶⁸. S'il n'en est

665. P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 216, n° 19.

666. Voy. par exemple, Mons, 7 mars 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 183 : « Que toutefois, il appartient au banquier de ne mettre fin à des dépassements de crédits que de manière prudente et avec le souci des inconvénients qui en résulteront pour son client ; que commet un abus de droit, le banquier qui met fin à un dépassement de crédit de façon brutale [...] et sans souci des graves inconvénients que cette décision est susceptible de causer au crédit » ; Comm. Bruxelles, 9 mai 1989, *Journ. proc.*, 1989, n° 151, p. 28 : « Que l'abus est inspiré par des fins égoïstes au mépris de l'intérêt social » ; Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 524 : « Attendu qu'il peut y avoir abus de droit, de la part des administrateurs, lorsque ceux-ci agissent dans un but personnel contraire aux intérêts de la société, avec malveillance, malice ou encore de façon fautive ou avec légèreté » ; Civ. Verviers, 16 janvier 1985, *R.R.D.*, 1985, p. 51 et s. : « Qu'ainsi le titulaire d'un droit n'est pas fondé à épuiser âprement toutes les prérogatives qu'il lui confère, sans le moindre souci des intérêts de celui à qui il peut l'opposer » ; Civ. Charleroi (12^e ch.), 7 février 1956, *Pas.*, 1957, III, p. 105 : « Que l'appelant, en refusant toute proposition raisonnable d'arrangement et en cherchant dans l'usage d'un droit que la loi lui confère une satisfaction égoïste ou intéressée sans se soucier du tort énorme qu'il cause à l'intimée, détourne le droit qu'il prétend exercer de sa finalité sociale et abuse de son droit » ; Aussi, Civ. Mons (1^{re} ch.), 4 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 479 et s., espèce particulièrement intéressante, où l'on voit invoquer la notion d'intérêt pour contrecarrer l'invocation de l'abus de droit : « Attendu que [...] les appelants ont agi avec une totale insouciance de leur cocontractant et au mépris d'engagements contractés peu auparavant, dont ils ne pouvaient ignorer la portée et le caractère juridiquement contraignant, sauf à devoir admettre qu'ils les ont contractés avec une coupable légèreté ; Attendu que l'exception d'abus de droit qu'ils invoquent ne peut donc être admise ».

667. Sur chacun de ces critères en particuliers, voy. les développements *infra*, n° 434.

668. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 147.

pas ainsi, parce qu'il s'avère qu'il poursuit un intérêt illégitime ou en réalité qu'il n'en poursuit aucun, la balance penchera du côté de la victime.

Dans le critère du choix de la voie la plus dommageable entre différentes manières d'exercer son droit présentant une utilité identique pour le titulaire, nous retrouvons encore l'intérêt. Si le titulaire du droit peut l'exercer pour un intérêt égal par une voie moins dommageable, c'est-à-dire moins attentatoire pour les intérêts d'autrui, il sera sanctionné par la théorie de l'abus de droit. On retourne, dès lors, ici encore du droit subjectif vers l'intérêt du titulaire ainsi que vers celui de la victime.

Dans le critère de proportionnalité, la référence aux intérêts des parties est encore plus évidente. Une pondération des intérêts en présence s'impose via l'application du critère lui-même.

Enfin, même le critère de finalité des droits, appliqué aujourd'hui aux droits-fonctions, n'échappe pas à une analyse par l'intérêt, comme l'a relevé très pertinemment François Ost. Abuser du droit, le détourner de sa finalité initiale ne revient-il pas à en user en vue de son intérêt propre au détriment de ceux pour lesquels ces droits ont été institués ⁶⁶⁹ ?

143

La portée de l'indépendance de l'intérêt dans la théorie de l'abus de droit. Du seul point de vue de la prise d'indépendance du concept d'intérêt, la théorie de l'abus de droit est porteuse de plusieurs enseignements.

Paradoxalement, le concept d'intérêt reprend de l'indépendance au cœur même du concept de droit subjectif. Dans chacun des critères, et de manière la plus visible dans les critères d'intention de nuire et d'absence d'intérêt légitime ou raisonnable, nous retrouvons l'intérêt au centre du droit subjectif. Mais l'intérêt est contrôlé en lui-même comme susceptible de rendre abusif l'exercice du droit. Il ne s'agit plus d'admettre simplement que l'intérêt reste, théoriquement, au centre de la notion de droit subjectif en ce qu'il est exercé en vue de la réalisation d'intérêts considérés comme particulièrement importants dans nos sociétés. Il s'agit de rechercher l'intérêt concret, réellement poursuivi par le titulaire en vue de soumettre l'exercice du droit subjectif à un contrôle *in concreto*. C'est la revanche de l'intérêt sur le droit. Absorbé par lui, il reprend son indépendance pour servir d'outil de contrôle du corps social à l'égard du titulaire du droit.

Le concept d'intérêt prend également de l'indépendance à l'extérieur du droit subjectif, dans le chef de la victime. Alors que l'intérêt de cette dernière devrait succomber devant l'exigence légitime comprise dans le

669. *Ibid.*, p. 149.

droit subjectif, il pourra l'emporter, aux conditions fixées par la théorie, devenant ainsi une limite posée au pouvoir du titulaire du droit. L'intérêt acquiert ainsi une véritable place autonome et une véritable fonction limitatrice du droit subjectif.

Enfin, il est frappant de constater que le débat semble se déplacer, descendre d'un cran dans le chef du titulaire du droit subjectif. Le concept de droit subjectif paraît, en cas de conflit avec un intérêt, s'effacer devant l'intérêt qu'il produit lui-même en exercice. Comme si le droit subjectif se trouvait finalement disqualifié en intérêt quand il s'agit de l'opposer à un autre intérêt⁶⁷⁰. Nous avons dit « revanche » de l'intérêt ?

Section 4

La prise en compte de l'intérêt légitime dans les principes de bonne foi et d'équité

144. Le respect des intérêts réciproques au centre du principe de bonne foi – 145. Un exemple particulièrement éclairant du rôle essentiel de la prise en compte des intérêts d'autrui dans le principe de bonne foi : la thèse de Jean-François Romain – 146. La portée de l'indépendance de l'intérêt dans les théories de la bonne foi

144 **Le respect des intérêts réciproques au centre du principe de bonne foi.** Même si le principe de bonne foi n'est pas analysé en tant que tel dans la présente étude, nous le retrouverons dans notre cheminement.

670. À ce propos, la manière dont est parfois pris en compte le comportement du débiteur pour refuser l'application de l'abus de droit est particulièrement exemplaire. On ne retient pas l'invocation d'une atteinte au droit du créancier, mais bien à ses intérêts, alors même qu'il s'agit clairement d'une violation d'un droit subjectif. Voy. par exemple, Civ. Mons (1^{re} ch.), 4 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 480 : « Attendu que cette vérification [de l'application du principe de proportionnalité] ne peut toutefois se limiter à une simple comparaison mathématique des intérêts opposés en présence, mais qu'il convient de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce et notamment du comportement du débiteur lui-même, celui-ci ne pouvant invoquer à son profit l'exception d'abus de droit s'il a lui-même agi en faisant fi des intérêts de son créancier. » La décision fait appel à une étude de Pierre Van Ommeslaghe qui, pourtant, très justement, parle d'atteinte aux droits et non aux intérêts du créancier (P. VAN OMMEFLAGHE, « 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. 334, n° 15).

Rappelons ici que l'attention ou la prise en compte des intérêts d'autrui touche à l'essence du principe de bonne foi. Un rapide survol de la doctrine sur ce point est particulièrement révélateur.

André de Bersaques a particulièrement insisté sur l'obligation de prise en compte des intérêts traduite par le truchement de la bonne foi. Au départ de son raisonnement, l'auteur met en avant un devoir de solidarité imposé par la morale sociale⁶⁷¹. La solidarité « ne tolère plus l'indifférence aux intérêts d'autrui [...] elle oblige chacun à prendre ces intérêts en considération pour régler sa conduite »⁶⁷². Il y voit y une vérifiable « obligation juridique d'avoir égard aux intérêts d'autrui »⁶⁷³ qui s'exprime par exemple en matière d'abus de droit. Selon lui, ce devoir de solidarité procède de l'obligation de respecter la bonne foi⁶⁷⁴, voire se confond avec elle⁶⁷⁵.

La manière dont Walter De Bondt pose le problème rencontré dans un article consacré au sujet est également symptomatique : il se propose de passer en revue les règles du Code civil précisant dans quelle mesure les parties au contrat sont tenues de prendre en compte les intérêts d'autrui⁶⁷⁶.

671. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 503 et s., n° 4.

672. *Ibid.*, p. 505, n° 5. Adde F. BAERT, « De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomst », *R.W.*, 1956, col. 496, où, parlant de la bonne foi : « Het is de consecratie van eerlijkheid en correctheid in het rechtsverkeer, de verwerping van egoïsme en van het uitsluitend najagen van eigen voordeel. ».

673. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 506, n° 7.

674. *Ibid.*, p. 508, n° 11.

675. *Ibid.* : « Les notions de solidarité et de bonne foi se rapprochent jusqu'à se confondre puisque, comme nous l'avons relevé ci-dessus, on ne conçoit plus guère, de nos jours, un homme honnête, de bonne foi, agissant au mépris de tout devoir de solidarité envers autrui. ».

676. W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1984, p. 95 à 97. Voy. également E. DIRIX, « Over de beperkende werking van de goede trouw », *R.D.C.*, 1988, p. 662, n° 4, qui analyse la modération d'une clause pénale en ces termes : « De matiging van het schadebeding staat dus in het teken van de uitvoering *ter* goeder trouw. Deze verplichting noopte de schuldeiser immers bij de uitoefening van zijn ontbindingsrecht mede acht te slaan op de gerechtvaardigde belangen van de andere partijen. Door dit nit te doen handelde de schuldeiser onredelijk » ; W. VAN GERVEN et D. DEWAELE, « Goede trouw en getrouw beeld », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 120, où parlant du contenu de la bonne foi, les auteurs indiquent que : « Dit betekent dat zij over en weer speciale aandacht moeten hebben voor het rechtmatige belang dat de wederpartij erbij heeft om het door haar bedongen voordeel zo goed mogelijk uit de contractuele relatie te halen. ».

Jean-Luc Fagnart⁶⁷⁷ met également l'accent sur le lien entre le devoir de collaboration ou de solidarité et le souci des intérêts du cocontractant en se fondant sur les écrits de Henri De Page, influencé par Demogue : « La solidarité [...] défend à chacune des parties de se désintéresser de l'autre. [...] On ne se retranche pas dans son égoïsme »⁶⁷⁸. Citant un jugement du tribunal de commerce de Liège, il indique : « Des relations contractuelles loyales ne sont possibles que si chacun des cocontractants fait preuve d'un souci constant des intérêts de l'autre »⁶⁷⁹. Ludo Cornelis constate également qu'en ce qui concerne la fonction supplétive de la bonne foi, on part de l'idée « que l'intérêt personnel ne peut être poursuivi à tout prix et qu'il faut tenir compte des intérêts — légitimes — du cocontractant »⁶⁸⁰.

Denis Philippe insiste, quant à lui, sur le fait que la bonne foi pèse les intérêts en présence⁶⁸¹. Cette pesée d'intérêts, induite par la bonne foi, va prendre une ampleur particulière dans les travaux récents de Jean-François Romain.

Les juges du fond se font également parfois l'écho de ce souci de prise en compte des intérêts d'autrui par le truchement du principe de bonne foi. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles énonçait dans un arrêt du 25 mai 1989 que « l'exécution de bonne foi des contrats postule que chacune des parties agisse avec loyauté à l'égard de l'autre et prenne en considération non seulement ses propres intérêts, mais également ceux de son cocontractant »⁶⁸².

677. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 304, n° 21.

678. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, p. 461, n° 469 *in fine*.

679. Comm. Liège, 24 mars 1961, *J.P.A.*, 1961, p. 329.

680. L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 52, n° 27.

681. D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 64. Voy. aussi, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 20, n° 2 ; W. VAN GERVEN et D. DEWAELE, « Goede trouw en getrouw beeld », *op. cit.*, 124 et 125.

682. Bruxelles (8^e ch.), 25 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 536. Aussi, Civ. Verviers, 16 janvier 1985, *R.R.D.*, 1985, p. 51 et s., où faisant application des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil, le tribunal énonce : « Qu'ainsi le titulaire d'un droit n'est pas fondé à épuiser à prément toutes les prérogatives qu'il lui confère, sans le moindre souci des intérêts de celui à qui il peut l'opposer. ».

Un exemple particulièrement éclairant du rôle essentiel de la prise en compte des intérêts d'autrui dans le principe de bonne foi : la thèse de Jean-François Romain. L'affirmation du rôle de l'intérêt dans le principe de bonne foi apparaît de manière particulièrement évidente dans la thèse récente de Jean-François Romain consacrée au principe général de bonne foi, que l'auteur pousse du reste à son paroxysme. Comme il l'a démontré, le principe de respect mutuel est un postulat à la base du principe de bonne foi. Il fait ce constat dès les premières formulations du principe par Domat⁶⁸³, mais le retrouve ensuite chez Pothier⁶⁸⁴ ou dans les travaux préparatoires du Code civil⁶⁸⁵.

Dès lors, le lien entre le principe de bonne foi et celui de la prise en compte des intérêts d'autrui, conceptualisation moderne du principe de respect mutuel, est inéluctable. Jean-François Romain en trouve du reste une trace dans les premières définitions de la faute quasi délictuelle⁶⁸⁶. Il en déduit que la balance des intérêts en présence est véritablement à la base tant de la responsabilité pour faute que du mouvement d'objectivation de la bonne foi et de ses ramifications⁶⁸⁷.

Dès lors qu'il admet que le principe général de bonne foi constitue la norme primaire de la responsabilité civile, Jean-François Romain pense qu'il existe une relation entre sujets de droit « qui relève de l'égalité formelle et de la réciprocité »⁶⁸⁸. Les titulaires de droits doivent être traités de manière égale. Mais surtout, ce qui nous intéresse ici, c'est l'implication directe de la réciprocité : « Il se comprend que dans l'exercice de toute liberté et de tout droit, il y ait prise en compte des intérêts réciproques, ou que du moins il n'y ait pas atteinte portée à l'intérêt d'autrui, en violation du principe de cohérence. » Dès lors qu'il définit la faute elle-même au regard de ces exigences, il n'est pas étonnant de retrouver l'intérêt au centre de la règle de comportement normal du *bonus vir* : « Car il est de la plus grande vraisemblance, si ce n'est certitude, qu'un *bonus vir*, un homme normal, qu'une personne de bien, replacée dans les mêmes circonstances que celles de la cause, ne pouvait agir, n'aurait pas agi, en conscience de la façon litigieuse, et n'aurait pas commis un acte d'incohérence contraire

683. J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 49 et s., n° 25 et p. 106 et 107, n° 56.2.

684. *Ibid.*, p. 75, n°s 40 et 41. et p. 107 et 108, n° 56.3.

685. *Ibid.*, p. 82, p. 100 et 108, n° 56.4.

686. *Ibid.*, p. 99 et s., n° 53 ; p. 129, n° 72.

687. *Ibid.*, p. 180 et 181, n° 95.

688. *Ibid.*, p. 184, n° 98.

à l'intérêt d'autrui, en se comportant ainsi dans les circonstances de la cause »⁶⁸⁹.

Rien d'étonnant non plus de retrouver la notion d'intérêt au centre des trois grands principes généraux de droit dégagés par l'auteur dans sa thèse.

Dans sa conception, en effet, l'auteur distingue dans le mouvement d'objectivation du principe de bonne foi, trois de ses expressions distinctes. La bonne foi subjective a pour domaine l'ensemble des intentions et motivations de l'auteur d'un comportement, acte ou fait juridique pris en considération par le droit positif pour en déterminer la nature et les effets (domaine de la bonne et de la mauvaise foi subjective à base de faute)⁶⁹⁰. La bonne foi objective s'applique lorsque le comportement n'est plus contrôlé au regard des intentions de la motivation et des intentions de l'auteur, mais au regard du comportement du *bonus vir* placé dans les mêmes circonstances de fait (domaine de la bonne et de la mauvaise foi objective à base de faute)⁶⁹¹. L'objectivité de la bonne foi atteint son niveau le plus intense lorsque, sans relever de faute, soit un principe d'équilibre statique de base entre individus est posé et défendu, soit une situation dynamique de déséquilibre conflictuel doit se résoudre en équité par la pondération des intérêts en présence ou doit être appréhendée une situation où une compensation se justifie des conséquences dommageables d'une erreur légitime (domaine de l'équité et de la bonne foi objective sans faute)⁶⁹².

L'intérêt est au centre du principe de bonne foi subjective à base de faute. L'auteur définit en conclusion de son étude la bonne foi subjective comme « le respect conscient de l'intérêt d'autrui »⁶⁹³. Dès lors, l'irrespect conscient de l'intérêt d'autrui ou l'intention dommageable caractérisent la mauvaise foi subjective ou fraude⁶⁹⁴. Dans cette conception, la fraude équivaut en grande partie à la faute intentionnelle au sens de la responsabilité civile aquilienne ou contractuelle⁶⁹⁵.

689. *Ibid.*, p. 186, n° 100.

690. *Ibid.*, p. 206 et s., n°s 115 à 117.

691. *Ibid.*

692. *Ibid.*

693. *Ibid.*, p. 751, n° 318.

694. *Ibid.*, p. 753 et 754, n° 320.

695. *Ibid.*, p. 767, n° 331. Notamment : « Celui qui cause sciemment un tort à autrui répond en principe des conséquences dommageables de son acte, si toutes les conditions d'engagement de la responsabilité sont réunies ; celui-là ne s'est pas comporté comme un *bonus vir* l'aurait fait dans les mêmes circonstances que celles de l'espèce parce qu'un tel *bonus vir* aurait manifestement eu à cœur le respect conscient de l'intérêt d'autrui. ».

L'intérêt est également au centre du principe de bonne foi objective à base de faute : « Il convient, pour apprécier si un sujet de droit s'est comporté objectivement en bonne foi, d'examiner s'il a respecté l'intérêt d'autrui comme il aurait voulu qu'il respectât le sien, et plus généralement comme l'aurait fait un *bonus vir*, normalement prudent, diligent et de bonne foi, replacé dans les mêmes circonstances que celles de l'espèce. Il découle de ce test une prise en compte objective de l'intérêt d'autrui dans les relations juridiques »⁶⁹⁶. C'est ainsi, par exemple, que l'auteur définit la bonne foi en matière précontractuelle ou contractuelle comme le « respect objectif de l'intérêt d'autrui, en la personne de l'autre cocontractant »⁶⁹⁷ et que la responsabilité extracontractuelle revient à examiner « au regard du standard de bon comportement du *bonus vir*, si un sujet de droit, dans la situation litigieuse, a respecté comme il le devait l'intérêt objectif d'autrui (en étant en droit d'attendre qu'autrui fasse de même, réciproquement, à l'égard de son propre intérêt), ou s'il a porté atteinte à cet intérêt, en violant le standard de bon comportement d'une façon dommageable à autrui ». Pour lui également, la théorie de l'abus de droit, en tant que fondée sur le principe général de bonne foi objective, n'exprime donc rien d'autre que cette prise en compte de l'intérêt d'autrui dans l'exercice d'un droit subjectif⁶⁹⁸.

L'intérêt est enfin au cœur du principe de bonne foi objective sans faute ou principe général d'équité. Celui-ci a en effet pour objet « d'établir ou de rétablir un certain équilibre entre sujets de droit, ou d'effacer les conséquences dommageables d'une erreur légitime, dans une vaste série de situations, contractuelles ou extracontractuelles, où une balance des intérêts en présence a manifestement été rompue au détriment d'une personne, et doit être restaurée en équité »⁶⁹⁹. La théorie des troubles de voisinage⁷⁰⁰ ou celle de l'imprévision⁷⁰¹ ne seraient, par exemple, que des expressions de ce principe.

146

La portée de l'indépendance de l'intérêt dans les théories de la bonne foi. C'est sans aucun doute au sein des théories de la bonne foi que le concept d'intérêt atteint une autonomie et une portée inégalées à l'égard du droit subjectif.

696. *Ibid.*, p. 830, n° 362.

697. *Ibid.*, p. 847, n° 369.2.

698. *Ibid.*, p. 895 et 896, n° 391.2.

699. *Ibid.*, p. 931, n° 401.2.

700. *Ibid.*, p. 944 et s., n° 407.

701. *Ibid.*, p. 950 et s., n° 408.

Suivant en cela l'extension tous azimuts du principe de bonne foi, il devient finalement — nous l'avons vu dans la thèse de doctorat de Jean-François Romain — l'élément premier justifiant la plupart des théories juridiques au centre des relations entre personnes.

Le rapport existant entre l'intérêt et le droit subjectif paraît, dès lors, se modifier. Après avoir été absorbé par le droit subjectif, après avoir pris lentement son indépendance à son égard, nous pensons qu'il est aujourd'hui légitime de se demander s'il n'est pas en passe de le remplacer. Marcel Storme ne va-t-il pas jusqu'à condamner la notion de droit subjectif au nom de la prise en compte de l'intérêt d'autrui ? Pour lui, en effet, « la bonne foi a permis de remplacer la notion classique de droit subjectif par une notion qui exprime une relation, laquelle tient compte des intérêts de l'autre partie »⁷⁰².

Mais n'est-ce pas, somme toute, la suite logique du raisonnement ? Dès lors que le rapport à l'intérêt d'autrui est ramené uniquement à une application du principe de bonne foi objective, qui lui-même serait à la base des principes de responsabilité civile, la seule question qui se pose est de savoir si la personne dont le comportement est critiqué s'est comportée de bonne foi ou comme une personne normalement prudente, diligente, respectueuse des intérêts d'autrui. Le test de comportement est alors toujours le même, sans égard à la situation parfois particulière des destinataires de la règle. En se focalisant sur l'intérêt d'autrui et en ramenant le conflit à une pure recherche d'équilibre des intérêts en présence, on en vient à ramener la situation du destinataire à celle d'un simple porteur d'intérêts devant se plier à la règle de prise en compte des intérêts d'autrui.

Petit à petit, ne risque-t-on pas d'« oublier » que les destinataires de l'obligation de bonne foi ou de prise en compte des intérêts d'autrui peuvent être dans des situations juridiques fort différentes ? Ainsi, lorsqu'ils sont titulaires d'un droit subjectif leur permettant de porter atteinte légitimement aux intérêts d'autrui, la doctrine de la bonne foi fait passer cette réalité au second plan et est, sans doute, en passe de la gommer. Le meilleur exemple est sans doute à trouver dans la théorie de l'abus de droit ramenée à une application particulière de la bonne foi objective⁷⁰³ et donc à une application d'un critère générique de comportement de

702. M. STORME, « La bonne foi : expression de la postmodernité en droit », in *La bonne foi*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 8.

703. Cf. sur ce point *infra*, n° 451.

bonne foi⁷⁰⁴. En soumettant le titulaire d'un droit subjectif à l'obligation de se comporter à l'image du *bonus vir* placé dans les mêmes circonstances de fait, la porte s'ouvre à voir l'exercice de son droit critiqué chaque fois qu'il en résulte une atteinte aux intérêts d'autrui et, en définitive, à vider le concept même de droit subjectif de tout contenu.

Une critique semblable a déjà été exprimée par différents auteurs. Ainsi, Jean-Luc Fagnart, dont personne ne peut dire qu'il est opposé au développement du principe de bonne foi, met en garde contre la dérive qui consisterait à interdire, au nom de la bonne foi, que le titulaire d'un droit ne puisse porter atteinte aux intérêts d'autrui, la bonne foi n'interdisant en la matière que l'acte abusif⁷⁰⁵.

Xavier Dieux et Jean Van Ryn, dans leur critique de l'extension du principe de bonne foi en droit des obligations, abondent dans le même sens en insistant sur le fait que « le service des intérêts d'autrui ne doit pas être le mobile déterminant des activités des sujets de droit privé et que la liberté individuelle permet à chacun de poursuivre la satisfaction de ses intérêts personnels, fût-ce au détriment de l'intérêt d'un tiers avec lequel ils peuvent se trouver en conflit » et ajoutent, relativement à l'abus de droit en matière contractuelle, que « l'exercice d'un droit à l'encontre d'un tiers affecte nécessairement la situation de ce dernier et qu'il est *par nature* générateur pour lui d'un inconvénient, sans qu'une faute puisse donc être déduite de cette seule constatation »⁷⁰⁶.

Nous retrouvons une réflexion analogue de Ludo Cornelis dans ses critiques de la théorie de la bonne foi. Ce dernier se place cependant sur un terrain différent. Dès lors que les droits subjectifs sont légitimés par des règles de droit objectif et que l'application du principe de bonne foi a

704. Voy. par exemple le raisonnement de Jean-François Romain qui certes, admet encore, que dans la balance des intérêts à opérer, il y a lieu de tenir compte de toutes les particularités objectives de la situation litigieuse « en ce compris celles qui touchent au type de droit dont il est fait usage » et se prononce encore pour un contrôle marginal de l'abus, mais tout en y voyant une simple application d'une règle de contrôle applicable en toute hypothèse en matière de responsabilité quasi-délictuelle. Dès lors que, en outre, la spécificité du titulaire de droit subjectif par rapport à un simple porteur d'intérêts n'est plus soulignée, on ne peut que constater l'érosion de la notion enfouie dans une règle de mise en balance des intérêts en présence uniforme en toute hypothèse (J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 897 et s., n° 391).

705. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », op. cit., p. 305, n° 21.

706. J. VAN RYN et X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », op. cit., p. 190. Souligné par les auteurs.

pour effet de limiter, voire de faire disparaître ces droits, il ne voit pas comment fonder ces dérogations aux règles de droit objectif sur la simple base de l'affirmation de l'existence d'un principe de bonne foi. En définitive, la bonne foi objective apparaît à l'auteur comme étant inconciliable avec le concept même de droit subjectif⁷⁰⁷.

Section 5

La prise d'indépendance de l'intérêt légitime du fait du législateur

147. Un constat : l'utilisation inflatoire de la notion d'intérêt par le législateur contemporain – 148. L'émergence d'un contentieux de l'intérêt confié au juge par la loi – 149. La portée de l'indépendance de l'intérêt dans la législation

147

Un constat : l'utilisation inflatoire de la notion d'intérêt par le législateur contemporain. Si l'intérêt d'autrui est de plus en plus mis en avant de manière prétorienne et doctrinale, il convient de souligner ici également que la prise en compte des intérêts d'autrui est de plus en plus imposée par le législateur qui fait un appel constant et inflationniste à la notion, dans nos règles, de droit positif.

Nul besoin ici de tenter de dresser un inventaire exhaustif de l'utilisation de la notion d'intérêt en droit privé positif. Cet exercice nous entraînerait trop loin de nos préoccupations premières en cette étude. En outre, d'autres auteurs ont déjà tenté l'exercice en certaines matières en relevant expressément l'inflation de l'utilisation de la notion par le législateur contemporain.

Ainsi, François Ost a dressé, en 1990, un relevé complet des articles du Code civil faisant appel à la notion d'intérêt ou utilisant des formules équivalentes ou antithétiques⁷⁰⁸. Il épingle alors près de septante dispositions⁷⁰⁹. Depuis lors, on peut encore relever une quinzaine de nouveaux

707. L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 59, n° 34.

708. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 62 à 67.

709. L'auteur n'avait retenu aucune disposition où le mot vise le loyer d'argent et les profits de sommes prêtées ou placées. Les dispositions visant le syntagme « dommages et intérêts » avaient également été écartées (*ibid.*, p. 68).

articles se référant au concept d'intérêt⁷¹⁰. André Jean Arnaud relevait, à la même époque, que le livre I^{er} du Code civil français (« Des personnes ») contenait quarante-huit articles faisant appel cinquante-six fois à la notion d'intérêt⁷¹¹. Dans sa récente thèse de doctorat, Alain François relevait plus de dix dispositions qui, dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, visaient l'intérêt social⁷¹².

L'utilisation du concept dépasse certes largement ses occurrences dans les Codes civils et des sociétés. Celle-ci explose également dans des lois particulières. Pensons, par exemple, à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur qui ouvre l'action en cessation en cas d'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale en violation des intérêts professionnels de vendeurs ou de violation des intérêts des consommateurs⁷¹³, à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie à l'égard des traitements de données à caractère personnel où le concept apparaît une vingtaine de fois⁷¹⁴, à la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement à certaines A.S.B.L. ayant comme objet la défense de l'intérêt collectif de l'environnement⁷¹⁵, à la loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données qui

710. Voy. les nouveaux articles du Code civil suivants : 374 (intérêt de l'enfant), 375bis (intérêt de l'enfant), 387bis (intérêt de l'enfant), 390 (intérêt du mineur), 395 (intérêt du mineur), 405 (intérêt du mineur), 410 (intérêt du mineur), 488bis-B (toute personne intéressée), 488bis-D (toute personne intéressée), 488bis-F (opposition d'intérêts et intérêts de la personne protégée), 488bis-G (intérêt de la personne protégée), 577-6, § 1^{er} (les intéressés), 577-8, § 4 (intérêt de la copropriété), 577-10, § 2 et 3 (tout intéressé), 577-12 (tout intéressé pouvant faire état d'un juste motif), 793 (toute personne intéressée).

711. A.-J. ARNAUD, « L'intérêt des personnes : quelques enseignements d'une analyse structurale comparée des textes du livre premier du Code civil français de 1803 à 1987 », in *Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1990, p. 9.

712. A. FRANÇOIS, *Het venootschapsbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, Antwerpen, Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, p. 128, n° 91, note 565.

713. Articles 93 et 94.

714. Le terme d'intérêt ou d'intéressé y apparaît plus de vingt fois. L'utilisation la plus significative se situe sans doute à l'article 5, f, qui considère le traitement de données comme licite « lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui peut prétendre à une protection au titre de la présente loi ». Il est à noter que d'autres dispositions de cette loi impliquent, sans viser explicitement la notion d'intérêt, une pondération d'intérêts. Ainsi, par exemple, l'article 4, § 1^{er}, 3°, qui impose que les données soient « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies ».

715. Articles 1^{er} et 2.

reconnaît un droit *sui generis* au producteur d'une base de données lui permettant d'interdire certaines extractions ou réutilisations non autorisées du contenu de la base, notamment si elles causent un préjudice injustifié à ses intérêts légitimes⁷¹⁶, etc.

148 L'émergence d'un contentieux de l'intérêt confié au juge par la loi. Comme d'autres l'ont relevé avant nous⁷¹⁷, l'évolution législative de l'utilisation de la notion d'intérêt montre une évolution marquante.

La notion d'intérêt n'est plus seulement un outil d'ordre procédural, dans le sens de la détermination de l'intérêt à agir. Il n'est plus uniquement question de filtrer les prétentions en évitant les *actio populi* ou en réservant celles-ci à certains porteurs d'intérêts⁷¹⁸. Il ne s'agit plus non plus de confier à autrui la protection des intérêts de personnes incapables de le faire elles-mêmes.

Le législateur va plus loin. Il crée des lieux spécifiques où le porteur d'intérêts — ou un tiers à qui leur protection est confiée — pourra faire valoir ses intérêts en vue d'en obtenir la défense ou la prise en compte et cela, soit dans une prise de décision, soit dans la résolution d'un conflit. La protection des intérêts des uns et des autres devient alors l'objet même de la règle et est, généralement, expressément confiée au juge qui devra les pondérer en vue de trancher un litige ou de prendre une décision spécifique qui lui est confiée.

Ainsi lorsque la loi ouvre une voie d'action spécifique permettant de défendre les intérêts professionnels des vendeurs ou les intérêts des consommateurs, violés suite à un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale⁷¹⁹, ou lorsqu'elle ouvre une action en cessation particulière en vue de la défense de l'intérêt collectif de l'environnement.

716. Article 4 de la loi. Voy. aussi l'article 8 qui interdit à l'utilisateur légitime de la base qui est mise à la disposition du public de poser des actes qui lèsent de manière injustifiée les intérêts légitimes du producteur.

717. F. Ost, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 68 et s.

718. Cf. *supra* le § 1^{er} consacré à l'intérêt en droit judiciaire. Mais le législateur n'intervient pas seulement via les règles de droit judiciaire, mais rappelle le principe ou utilise la notion afin d'obtenir un résultat comparable en d'autres matières. Ainsi, par exemple, l'article 45 du Code civil, qui n'autorise des recherches dans les registres de l'état civil qu'aux porteurs d'un intérêt familial, scientifique ou légitime ; l'article 54 du Code civil, qui permet aux parties intéressées de se pourvoir contre un jugement relatif à un acte de l'état civil ; l'article 184 du Code civil, qui permet à tout intéressé d'attaquer un mariage contracté en violation de certaines dispositions du Code civil, etc.

719. Articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

D'autres exemples peuvent être épinglés, dans un tout autre contexte, lorsque le juge est chargé, dans l'intérêt de la famille, de fixer la résidence conjugale à défaut d'un accord entre époux⁷²⁰ ou qu'il confie l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père ou mère en cas de désaccord de ceux-ci ou de décisions contraires aux intérêts de l'enfant⁷²¹.

Cette prise en compte est du reste parfois même imposée afin de limiter les droits subjectifs ou libertés civiles d'autrui. Ainsi, lorsque la loi permet à un époux de faire annuler une donation octroyée par son conjoint mettant en péril les intérêts de la famille⁷²², lorsqu'elle ouvre un recours à l'époux qui estime que le choix de sa profession par son conjoint porte un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux de ses enfants mineurs⁷²³, lorsque le tribunal refuse l'homologation de modifications du régime matrimonial des époux parce qu'ils préjudicient l'intérêt de la famille ou celui des enfants⁷²⁴ ou lorsque le bailleur à ferme doit justifier d'un intérêt économique ou familial incontestable lorsqu'il ne veut pas reconduire un bail antérieur⁷²⁵. Plus généralement également, lorsque la liberté de contracter, de commercer ou d'entreprendre est limitée par la loi au nom de la protection des intérêts des consommateurs⁷²⁶.

149

La portée de l'indépendance de l'intérêt dans la législation. L'intérêt et sa défense sont devenus l'objet même de nombreuses réglementations législatives ou réglementaires. L'intérêt est alors indépendant de l'existence ou non de droits subjectifs du porteur de l'intérêt. Le législateur intervient expressément afin de permettre une protection effective et efficace des intérêts de certaines personnes qu'il désigne.

Ce faisant, le juge apparaît soit comme celui qui tranche un conflit d'intérêts préexistant, soit comme le gestionnaire des intérêts d'autrui en cas de défaillances réelles ou avérées de leurs titulaires naturels.

La loi ne dit cependant pas comment trancher précisément les conflits confiés au juge, se contentant soit d'imposer la prise en compte des intérêts qu'elle désigne, soit de passer par des standards ou normes

720. Article 214 du Code civil.

721. Article 374, al. 2, du Code civil.

722. Article 224, § 1^{er}, 3, du Code civil.

723. Article 216, § 1^{er}, du Code civil.

724. Article 1395 du Code civil.

725. Article 7, 2°, de la loi du 4 novembre 1969 relative aux baux à ferme.

726. Nous pensons, par exemple, à l'interdiction des clauses contractuelles considérées *a priori* comme abusives par la loi (cf. les articles 31 et suivants de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur).

ouvertes — par exemple celle de l'interdiction de l'acte contraire aux usages honnêtes — pour résoudre le conflit. François Ost y voit parfois le signe d'une véritable démission du législateur qui renonce ainsi à la sécurité juridique et à son rôle d'ordonnancement des valeurs au sein de notre société⁷²⁷.

De même, les frontières des pouvoirs traditionnels — droits subjectifs, libertés civiles — qui s'opposent à l'intérêt qui doit légalement être défendu ou pris en compte s'émoussent. Ils trouvent dans l'intérêt d'autrui une limite imposée par le législateur dont les contours apparaissent pourtant comme particulièrement flous.

Section 6

Conclusion quant aux expressions de l'indépendance de l'intérêt légitime

150. L'indépendance acquise de l'intérêt à l'égard du droit subjectif – 151. L'affirmation du continuum entre l'intérêt et le droit subjectif – 152. L'affirmation d'un élément de distinction entre intérêt, droit subjectif et liberté civile : l'élément de pouvoir – 153. La prise en compte des intérêts d'autrui comme pierre angulaire des relations entre personnes privées – 154. L'absence d'une justification uniforme de la prise en compte des intérêts d'autrui – 155. La perte de contrôle des limites des pouvoirs issus des droits subjectifs et libertés civiles

150 L'indépendance acquise de l'intérêt à l'égard du droit subjectif. Il résulte des recherches qui précèdent que l'indépendance de l'intérêt à l'égard du droit subjectif est une réalité dans notre droit positif.

Même si un lien subsiste entre les notions de droit subjectif et d'intérêt, chacune des matières abordées révèle un mouvement très marqué d'indépendance entre les deux notions. Le droit positif a clairement détaché le concept d'intérêt de celui de droit subjectif. Partant, il a admis que l'intérêt pouvait être protégé en dehors des hypothèses où il est couvert par un droit subjectif. Ce faisant, il nous permet également de percevoir les éléments évidents de distinction entre les deux concepts.

727. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 69 à 71, n° 3.

Si l'intérêt d'autrui est protégé, s'il doit être pris en compte dans la plupart des actes posés par chacun, même par rapport à celui qui est titulaire d'un pouvoir à l'égard du porteur de l'intérêt, l'intérêt ne paraît pas être porteur d'un pouvoir préconstitué dans le chef de celui qui s'en prévaut. L'intérêt n'ouvre pas à son titulaire un champ d'action protégé *a priori* par le droit positif permettant à son porteur de le poursuivre en jouissant d'une légitimité d'action s'imposant à autrui.

Partant, l'intérêt n'impose pas d'obligation déterminée corrélativement à un pouvoir qui lui serait inhérent. Il doit être pris en compte dans des décisions à prendre, dans une solution à apporter à un litige. Mais la direction à prendre par celui qui doit en tenir compte est floue. L'obligation de prise en compte des intérêts d'autrui n'impose pas *a priori* de les faire triompher. Elle borne une voie de solution à rechercher en fonction d'un élément particulier qui est exprimé par la notion abstraite d'intérêt.

En effet, l'appel à intérêt ne traduit généralement pas un avantage ou un désavantage précis. L'intérêt de l'enfant, de la famille, des créanciers, d'autrui, etc., sont des concepts génériques et abstraits qui ne deviendront concrets qu'au travers des cas d'espèce. Ce sont les éléments factuels et juridiques d'une espèce qui feront apparaître un intérêt ou une atteinte à un intérêt précis. Comme si l'intérêt n'apparaissait concrètement dans l'ordre du juridique qu'au gré des conflits entre personnes.

151

L'affirmation du continuum entre l'intérêt et le droit subjectif. Quelle que soit la matière dans laquelle se marque le mouvement d'indépendance de l'intérêt à l'égard du droit subjectif, le lien indéfectible entre les deux notions reste affirmé.

Comme relevé à différentes reprises, avec peut-être plus d'évidence dans les théories de l'abus de droit ou de la bonne foi, la prise d'indépendance de l'intérêt impose, dans le chef du titulaire d'un droit subjectif, un retour à l'intérêt concret qu'il poursuit dans l'exercice de son droit. C'est au nom de l'intérêt d'autrui qu'apparaît un contrôle *a posteriori* de l'intérêt poursuivi sous le couvert du droit subjectif ou de la liberté civile. L'intérêt d'autrui porte en lui la faculté de remettre en cause des équilibres ou déséquilibres admis *a priori* par le droit positif.

Ce faisant, l'élément d'intérêt contenu dans les droits subjectifs et libertés civiles est réaffirmé. Ces notions ne sont en effet que des intérêts « évolués », dont l'importance a justifié, pour le droit objectif, des éléments de protection particuliers. Au premier rang de cette protection, apparaît une légitimité d'action exclusive ou non, permettant au titulaire du droit subjectif ou de la liberté civile d'obtenir, en bénéficiant d'une

sécurité juridique élevée, la satisfaction des intérêts qui ont guidé *a priori* leur reconnaissance et qui représentent la finalité de leur exercice.

152

L'affirmation d'un élément de distinction entre intérêt, droit subjectif et liberté civile : l'élément de pouvoir. Ainsi, l'intérêt est l'élément commun des notions analysées. L'intérêt est « en dehors » et « en dedans » des concepts de droits subjectifs et de libertés civiles.

Faut-il en conclure qu'aucune différence de « nature » ne permet de différencier les notions ? Nous ne le pensons pas. Le droit subjectif et la liberté civile ne présentent pas seulement des éléments de protection spécifiques. Ils comprennent un élément de pouvoir juridique qui est de nature particulière. Le pouvoir permet d'agir ou de ne pas agir *a priori*. L'intérêt est dépourvu d'un tel pouvoir. La recherche nue de son intérêt, même reconnu comme digne d'une protection *a posteriori* en cas de conflit, n'ouvre pas de champ d'action protégé *a priori* par le droit en dehors de la reconnaissance d'un pouvoir juridique. Chacun recherche son intérêt dans la poursuite de ses relations sociales et juridiques avec autrui. Mais la mise en avant de cet intérêt ne légitime pas *a priori* les actes posés en vue de sa satisfaction ou de sa protection.

Nous retrouvons donc, au travers de notre prisme d'analyse, une différenciation dans le rapport au temps. Le droit subjectif et la liberté civile sont porteurs d'un pouvoir prédéfini qui permettra à leur titulaire de compter sur une légitimité d'action dans leur exercice futur. Ils sont, de ce fait, les vecteurs de limites dans le chef du porteur de l'intérêt. Ce dernier ne pourra normalement pas, au nom de son seul intérêt, remettre en cause ce pouvoir et son exercice. Cette remise en cause, si elle intervient, sera dépendante de la manière dont le pouvoir reconnu *a priori* a été exercé et n'interviendra qu'*a posteriori*. Le porteur de l'intérêt ne pourra se contenter de l'opposer à autrui, il devra démontrer que le comportement ayant donné lieu à l'énervement de son intérêt ne peut être admis en droit.

153

La prise en compte des intérêts d'autrui comme pierre angulaire des relations entre personnes privées. L'intérêt est le concept clé de la relation à autrui. Il est le vecteur de cette relation. L'appel à l'intérêt d'autrui impose l'autre dans les sphères de pouvoirs individuels dont sont porteurs les concepts de droit subjectif et de liberté civile et, partant, leurs titulaires.

C'est par la notion d'intérêt que passe toute relation à autrui des titulaires de droits subjectifs et de libertés civiles ou des simples porteurs d'intérêts. Dès lors qu'apparaissent juridiquement une norme limitatrice d'un pouvoir préconstitué ou une norme de protection *a priori* des indivi-

dus — comme les principes de responsabilité, de bonne foi, d'interdiction d'abus de droit, etc. —, la notion d'intérêt surgit. Tenir compte d'autrui, avoir égard à autrui c'est, juridiquement, prendre en compte, dans son propre comportement, les intérêts d'autrui qui risquent d'être mis à mal.

Une triple interrogation surgit alors. L'auteur du comportement peut-il *a priori* se prévaloir d'un élément lui permettant de légitimer l'atteinte aux intérêts d'autrui ? Si oui, ne va-t-il pas trop loin dans la violation des intérêts énervés par son acte ? Si non, l'acte peut-il se prévaloir du respect d'un équilibre acceptable entre l'intérêt poursuivi et l'intérêt atteint ?

154

L'absence d'une justification uniforme de la prise en compte des intérêts d'autrui. En l'absence de pouvoir dont bénéficie le porteur d'un intérêt, il s'impose de trouver une justification juridique et technique à sa prise en compte dans l'ordre juridique.

Une constante apparaît clairement : la responsabilité paraît bien présente chaque fois qu'il s'agit de sanctionner l'atteinte aux intérêts d'autrui. Que cette responsabilité relève du droit commun ou qu'elle voie ses conditions plus ou moins allégées par une théorie tendant vers le même but. Le manque d'égard aux intérêts d'autrui est susceptible de sanctions en droit positif, dont la principale reste la responsabilité de celui qui pose l'acte attentatoire.

C'est dès lors la faute ou une notion analogue (acte pris en violation de certaines dispositions légales, comportement contraire à la bonne foi objective, acte contraire aux usages honnêtes, etc.) qui paraît traduire la notion de déséquilibre des intérêts ou d'atteinte illégitime des intérêts d'autrui. L'atteinte aux intérêts paraît, dès lors, permise, sauf si elle procède d'un acte fautif. À l'opposé, la crainte de la mise en cause d'une responsabilité potentielle paraît bien traduire la nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui dans le comportement de celui qui crée l'atteinte.

En dehors de la faute ou de toute autre cause d'illicéité du comportement, le législateur intervient directement pour protéger un intérêt spécifique ou pour procéder par interdiction au nom de la protection des intérêts d'autrui. Alors, l'intérêt voit sa prise en compte nécessairement imposée directement par voie législative. Toute protection indirecte secondaire paraît relever d'une prise en compte des circonstances de fait dans lesquelles l'acte attentatoire a été posé.

Mais le fondement de la prise en compte de l'intérêt apparaît *a priori* comme protéiforme, prenant habit des principes de responsabilité civile ou de diverses théories que l'on tente de hisser au rang de principes généraux de droit (bonne foi, respect dû aux expectatives légitimes d'autrui,

abus de droit, etc.). Autrement dit encore, l'intérêt n'apparaît comme susceptible d'être reconnu qu'au travers de normes permettant *a posteriori* de défendre un intérêt et de sanctionner celui qui a causé l'atteinte à cet intérêt.

Aucune justification ne paraît clairement s'affirmer quant à la prise en compte elle-même de l'intérêt, si ce n'est, nous le verrons, au travers d'exigences de qualités imposés à l'intérêt dont on recherche la protection. Comme s'il n'existait pas en définitive *in se* un devoir ou une obligation de prendre en compte les intérêts d'autrui. Il existerait une obligation de réparer, de se conduire de bonne foi, d'éviter d'abuser de son droit, etc., mais pas, en tant que tel, de devoir de prise en compte des intérêts d'autrui. Celui-ci devrait toujours s'habiller d'une obligation préexistante distincte.

155

La perte de contrôle des limites des pouvoirs issus des droits subjectifs et libertés civiles. Enfin, un dernier élément frappant de notre tour d'horizon des expressions de l'indépendance de l'intérêt est la relativité qui en découle pour les pouvoirs issus des droits subjectifs et des libertés civiles.

L'intérêt intervient comme élément « modérateur »⁷²⁸ des pouvoirs préétablis. Il est « subversif ». Ce faisant, il représente un pôle d'incertitude juridique pour tout pouvoir censé assurer *a priori* une sécurité juridique au bénéfice tant de son titulaire que des tiers.

La nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui rend, dès lors, particulièrement floue la limite des pouvoirs prédéfinis par le droit objectif. Aucun ne paraît lui échapper. Le titulaire du pouvoir doit se soumettre à des règles de résolution de conflits dont le contenu n'apparaît pas clairement. Les notions d'équilibre, de pondération ou de proportion des intérêts sont invoquées à tour de bras sans que le droit positif ne fixe clairement les bornes à la prise en compte des intérêts d'autrui.

Par là même, nous l'avons relevé, surgit le risque de voir l'utilité des notions mêmes des droits subjectifs et libertés civiles remise en cause. À quoi sert-il de distinguer les qualifications de droits subjectifs, libertés civiles et intérêts dès lors que toute résolution de conflits entre ces notions paraît se noyer dans une exigence aussi uniforme qu'incertaine d'équilibration ou de pondération des intérêts en présence ?

728. Selon l'expression de François Ost (*Droit et intérêt – Entre droit et non droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 150).

Chapitre 3

La notion d'intérêt légitime en droit positif

Section 1

La notion d'intérêt

Sous-section 1 L'impossible définition ?

156. Les tentatives de définition de l'intérêt – 157. Le constat de l'échec de la définition juridique de l'intérêt – 158. L'inutilité de la recherche de la définition de l'intérêt ?

156

Les tentatives de définition de l'intérêt. Peu de sciences sont aussi avides de définitions que la science juridique. La notion d'intérêt n'échappe pas à ce désir légitime de fixer les concepts par la voie d'une définition analytique. Nous pouvons soit nous en remettre au sens commun du langage usuel, soit rechercher de telles définitions dans des dictionnaires juridiques ou des écrits de doctrine. Le résultat est cependant décevant tant il est vrai que « la notion d'intérêt [...] n'a que médiocrement intéressé la doctrine »⁷²⁹.

Certaines significations du mot « intérêt » sont exclues au vu des besoins de l'analyse. Il convient d'admettre comme présupposé que le sens du mot recherché ici est celui qui convient à des expressions du type « agir dans » ou « contre l'intérêt de quelqu'un ». C'est en effet en ces hypothèses que naît le type de conflit étudié : une personne agit dans son intérêt et énerve ainsi les droits subjectifs, libertés civiles ou intérêts d'autrui ; inversement, le titulaire d'un droit subjectif, d'une liberté civile ou le porteur d'un intérêt agissent en portant atteinte à l'intérêt d'autrui ; le juge doit résoudre un conflit d'intérêts en prenant en compte chacun d'eux ou doit prendre une décision en tenant compte spécifiquement de l'intérêt particulier d'une personne. Nous excluons donc le sens de loyer de l'argent, de dividende ou de dommages et intérêts, qui sont d'évidence ici inutiles. Nous excluons également *a priori* la signification de sollicitude ou de bienveillance qui apparaît dans les expressions : « cette personne m'intéresse » ou « témoigner de l'intérêt pour quelqu'un ».

729. Th. HASSLER, « L'intérêt commun », *Rev. trim. dr. comm.*, 1984, p. 582.

Dans le contexte d'utilisation du mot intérêt, ainsi circonscrit, les dictionnaires de langue française proposent des définitions qui mettent en avant l'idée d'utilité, d'avantage ou d'importance pour le porteur d'intérêt⁷³⁰. Ainsi, le *Grand Robert* définit l'intérêt comme « ce qui importe, ce qui convient à quelqu'un [sic] » et renvoie expressément au synonyme « avantage », mais aussi à « la recherche d'un avantage personnel »⁷³¹. Il n'est pas inutile de relever que le mot « intérêt » est parfois également défini par celui de « droit »⁷³².

Les définitions proposées par les dictionnaires juridiques sont-elles plus précises et se distinguent-elles nettement du langage courant ? Pas réellement, même si, parfois, des trésors de précision et de systématisation sont développés. Les définitions vont du plus large au plus précis. Ainsi, le Cornu distingue six significations distinctes⁷³³. La plus large définit l'intérêt comme : « Ce qui importe (à l'état brut avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès, etc.), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui importe) »⁷³⁴. Une signification plus spécifique se rapporte sans doute plus directement à notre

730. Voy. aussi, *Micro Robert — Dictionnaire du français primordial*, Paris, S.N.L. *Le Robert*, 1978, v° « Intérêt » : « •1° Ce qui importe, ce qui convient à quelqu'un (en quelque domaine que ce soit). Agir dans son intérêt, contre son intérêt. C'est dans votre intérêt. Avoir intérêt à (faire quelque chose). V. Avantage. L'intérêt général. Société reconnue d'intérêt public. •2° Recherche de son avantage personnel. Un mariage d'intérêt. » ; *Nouveau dictionnaire analogique*, Paris, Librairie Larousse, p. 365 : « **Ce qui est avantageux.** Intérêt matériel, pécuniaire. Intérêt moral./Avoir intérêt à (et l'infinif). Trouver son intérêt à, dans. Avantage. Bénéfice. Profit. [...] Agir contre l'intérêt de quelqu'un. Desservir. Nuire, défavoriser. Désavantager. Porter préjudice. Faire tort. » (souligné dans le texte) ; *Petit Larousse illustré*, Paris, Librairie Larousse, 1975, p. 550 : « Ce qui importe, qui est utile à quelqu'un : agir dans l'intérêt d'un ami || Attachement exclusif à ce qui est avantageux ; amour de soi, égoïsme : c'est l'intérêt qui le guide. » ; *Van Dale — Groot woordenboek der nederlandse taal*, 12de druk, Utrecht-Antwerpen, Van Dale Lexicographie, 1993, v° « Belang » : « Iets dat iem. raakt, doordat zijn voordeel, zijn voorspoed ermee gemoeid is [...] ».

731. « Recherche d'un avantage personnel, particulier, attachement égoïste à ce qui est avantageux pour soi » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd. par Alain Rey, Paris, 2001, t. IV, p. 279, v° « Intérêt »).

732. Voy. par exemple, *Petit Larousse illustré*, Paris, Librairie Larousse, 1975, p. 550 : « Droit éventuel à des bénéfices : avoir des intérêts dans une entreprise. »

733. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Association Henri Capitant-P.U.F., 2000, p. 471 et s., v° « Intérêt ».

734. Sous cette signification, on y retrouve des définitions plus spécifiques de l'intérêt collectif de la profession, l'intérêt de la loi, l'intérêt des parties et des tiers : « Ce que chacun poursuit dans une opération (instance, convention) et que chacun doit respecter chez l'autre (si l'intérêt est légitime) », l'intérêt en cause, l'intérêt éventuel et l'intérêt pour agir.

propos : « Ce qui est bon, opportun, avantageux, bénéfique (avantage d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou social, etc.) ; se distingue d'un droit »^{735 736}. Par contre, l'intérêt, au sens civil, n'est parfois pas défini⁷³⁷.

Les définitions proposées par la doctrine ne s'écartent pas non plus nettement du langage usuel. Les auteurs en appellent soit expressément à une définition issue du langage courant non juridique⁷³⁸, soit à une définition par des synonymes qui, en définitive, se rapproche généralement du sens commun reconnu au terme. Les mots « avantage », « utilité » ou « bénéfice », voire ceux de « besoins » ou de « désirs »⁷³⁹, reviennent le plus fréquemment afin de cerner le sens positif du terme d'intérêt⁷⁴⁰.

735. Sous cette signification, le Cornu définit plus précisément l'intérêt de la famille, de l'enfant, les intérêts en présence : « Éléments divers laissés à l'appréciation du juge pour statuer en opportunité, au mieux, compte tenu de l'ensemble des données en cause », les intérêts fondamentaux de la nation, l'intérêt public général.

736. Dans le même temps, une des significations admises est le fait que parfois, l'intérêt est synonyme de droit subjectif.

737. Voy. par exemple, E. DIRIX, B. TILLEMANS, P. VAN ORSHOVEN (onder de redactie van), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 43 et s., qui ne retient une signification qu'en droit judiciaire et en droit administratif.

738. Voy. par exemple, N. GEELHAND, *Belangafweging in het huwelijksvermogensrecht — Deel I*, Gent, Mys & Breesch, 1994, p. 26 et 27, n° 35 : « In de omgangstaal wordt het begrip « belang » gedefinieerd als « iets dat iemand raakt, doordat zijn voordeel, zijn voorspoed ermee gemoeid is ». In de rechstaal wordt het begrip « belang » meermaals in die betekenis gebruikt » (souligné par l'auteur).

739. Voy. en ce sens, S. CASTANOS, *Nouvel essai de classification du droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1958, p. 44, qui abordant le droit subjectif par sa composante de l'intérêt indique : « Un droit tout d'abord est un intérêt. Ce qui veut dire qu'il sert à assouvir un besoin. Les besoins de l'homme peuvent être très différents quant à leur importance et dans leur nature. [...] Ainsi, un intérêt, qui est justement le désir d'acquisition de la chose due, ou de ce qui importe à l'utilité, peut correspondre à une gamme infinie de valeurs, allant de l'objet le plus bas jusqu'à l'aspiration la plus haute et la plus « désintéressée ». [...] Les objectifs juridiques sont donc, en dernière analyse, une certaine catégorie de *désirs*, dont la satisfaction est entreprise par l'organisation du droit. ».

740. Rentrent dans cette tendance les définitions de l'intérêt processuel telles qu'admises en droit judiciaire (cf. *supra*, n° 132). Paul Roubier paraît également se satisfaire de l'usage de tels synonymes (cf. *supra*, n° 119). Rappelons également que Ihering est sans doute le premier, pour expliciter sa définition du droit subjectif en rapport avec l'intérêt, à utiliser les synonymes d'utilité, d'avantage et de gain et la jouissance de l'intérêt pour exprimer l'idée de droit (R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, *op. cit.*, p. 328 et s.).

Voy. aussi, par exemple, L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband », in *Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 121 et 122, n° 8 : « Elk materieel of moreel voordeel dat door het rechtssubject dat

Dans son sens négatif, la violation de l'intérêt se traduira plutôt par les termes « désavantages », « dommages », « inutilité »⁷⁴¹.

Nous pouvons, dès lors, difficilement faire mieux qu'admettre, de manière sans doute assez vague, que l'intérêt se comprend soit, dans son sens positif, comme l'avantage, l'utilité ou le bénéfice recherché par une personne dans ses actes ou abstentions, soit, dans son sens négatif — atteinte à l'intérêt —, comme le désavantage ou le préjudice personnel qu'une personne subit ou tend à éviter.

157

Le constat de l'échec de la définition juridique de l'intérêt. Tout auteur qui se pose la question de la portée du concept d'intérêt bute d'emblée sur son caractère imprécis et vague⁷⁴². À tel point qu'on en arrive à renoncer à toute tentative de définition.

de rechtsvordering instelt (of een verweer voert) is te verwachten en waardoor zijn bestaande rechtstoestand gewijzigd en verbeterd word » ; A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 241 : « Un intérêt apparaît comme une « utilité », matérielle ou morale, actuelle ou future, en général égoïste mais parfois altruiste, d'une personne, physique ou morale, « porteuse » (*Träger*) d'intérêt. Cette utilité que représente l'intérêt consiste pour son « porteur » à avoir la possibilité matérielle soit de satisfaire des besoins, soit d'obtenir des avantages, soit d'éviter des inconvénients. » ; Th. HASSLER, *L'intérêt commun*, *op. cit.*, p. 582 : « Dans cette diversité il y a, toutefois, un fonds commun : l'idée de valeur, d'avantage. L'intérêt, c'est qui motive les individus à agir. ».

741. A. FRANÇOIS, *Het venootschapbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud & grondslagen*, *op. cit.*, p. 146, n° 111, qui arrive au même constat : « Constante in al die definities van het belang, is de verwijzing naar een materieel of moreel voordeel, baat of nut dat een (rechts)subject (belanghebbende) heeft te verwachten ; dat voordeel (baat of nut) uit zich (positief) in een verbetering van de (rechts)toestand van het (rechts)subject of (negatief) in het vermijden van een aantasting daarvan. ». Concernant l'aspect négatif, voy. par exemple, J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, p. 21 : « Certes, *matériellement parlant*, le dommage se conçoit sans atteinte à un droit, par la seule atteinte à un intérêt. À l'état brut le dommage est toute perte d'un avantage dont on jouissait en fait. ». Souligné par l'auteur (aussi, *Id.*, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Ann. dr. sc. pol.*, t. IX, 1948, p. 9). Pour une critique de l'assimilation des concepts de dommages et l'atteinte aux intérêts, voy. *infra*, n° 355.

742. Voy. à ce propos, G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1953, p. 330, qui, critiquant la définition du droit subjectif par l'intérêt énonce que : « Nous avons, dès lors, un concept tellement vague, qu'il ne projette plus aucune lueur sur l'objet qu'il s'agit de définir » ; *Pand.*, t. 54, Bruxelles, Larcier, 1896, v° « Intérêts (en général) », col. 307, n° 6 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 241, n° 161 : « La notion de l'intérêt, utilisée couramment dans le langage juridique — surtout dans le droit de la responsabilité civile et le droit de la procédure — est en vérité assez vague et ambiguë. ».

Annick Tribes, après avoir noté « l'absence de concept sous le mot »⁷⁴³, relève que la notion d'intérêt est imprécise, neutre et ambiguë. Elle rejette par conséquent toute idée de définition de l'intérêt, qui n'offre pas une structure invariante « mais la forme d'un instrument ajusté à une fin »⁷⁴⁴.

François Ost qualifie également d'entrée de jeu le concept d'imprécis et le voit rétif à toute tentative de systématisation ou de définition. Il relève que la variété des significations est telle qu'elle favorise, dès lors, tous les glissements de sens. Il en déduit que toute tentative de définition est vaine⁷⁴⁵.

Dans leurs récentes thèses de doctorat, Alain François⁷⁴⁶ et Nico Geeland⁷⁴⁷ n'ont pu faire mieux qu'admettre une définition très vague issue de l'acception commune des termes, sans y attacher, en définitive, beaucoup d'attention.

158

L'inutilité de la recherche de la définition de l'intérêt ? À la lumière des recherches qui nous ont précédé, une évidence apparaît : l'intérêt est une des notions premières utilisées en droit qui ne peut être fixée par un concept juridique recevant une définition précise.

En définitive, pourquoi faudrait-il définir l'intérêt ? Pourquoi ne pas admettre que la notion peut être utilisée en différents sens en relevant, dans le même temps, que le concept ne pose, *in se*, aucune difficulté de compréhension pour ceux qui l'emploient dans le discours juridique étudié ? Rétive à la définition ou à la systématisation, la notion d'intérêt fait appel à un sentiment d'évidence faisant partie du sens commun, qu'il n'est nul besoin de tenter de « fixer ».

743. A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, thèse de doctorat, Université de Paris II, 1975, p. VI.

744. *Ibid.*, p. XII et XIII : « Aussi ne doit-on pas s'étonner de ne trouver ici aucune définition, fût-elle provisoire, de la notion d'intérêt ; un tel souci est pour nous dépourvu d'objet : il suppose une démarche que précisément nous rejetons et selon laquelle le concept d'intérêt serait contenu dans sa notion qu'il suffirait alors d'élucider. ».

745. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 11, 16 et 17. Sur la confusion permanente de l'intérêt avec des notions proches, aussi A. TRIBES, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, *op. cit.*, p. VIII et IX.

746. A. FRANÇOIS, *Het venootschapsbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, *op. cit.*, p. 147, n° 113 : « Aan het slot van dit summier overzicht m.b.t. de definitie van het begrip « belang » is het besluit, zoals verwacht, eerder ontgoochelend. Verder dan het in het zeer ruime en vage bewoordingen gelijkstellen van het belang met het materiele of morele voordeel (baat) dat één, meerdere, een groep of zelfs alle (rechts)subjecten uit een bepaald natuurlijk feit of een rechtsfeit kunnen putten, en waardoor hun (rechts)toestand wordt verbeterd, of minstens voor aantasting wordt gevrijwaard, wordt voorlopig niet gekomen. ».

747. Cf. *supra*, n° 156.

Parler de manière abstraite de l'intérêt — et en proposer une définition conceptuelle — reviendrait à faire entrer dans un concept général et abstrait qui paraît bien se suffire à lui-même une myriade d'avantages, d'utilités ou de bénéfices concrets recherchés par les personnes, qui se laissent saisir et déterminer au cas par cas. Tout au plus admettrons-nous l'adéquation entre l'intérêt et l'avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense. Mais il faut admettre que cette assimilation intérêt-avantage n'est pas très utile.

Il est, par contre nécessaire à notre propos de comprendre en quoi il diffère des autres concepts étudiés. Ce qui revient à tenter de comprendre quelle est sa place dans l'ordonnement juridique, quelles fonctions lui sont attribuées au gré de ses utilisations, pour ensuite le confronter avec les éléments retenus dans les définitions des deux autres concepts étudiés.

Sous-section 2 Les qualifications, caractéristiques et fonctions de l'intérêt

159. Introduction – 160. Les qualifications de l'intérêt – 161. Les caractéristiques de l'intérêt – 162. Les fonctions de l'intérêt

159 **Introduction.** Devant cette difficulté de définition de l'intérêt, les auteurs récents en viennent à abandonner toute tentative pour soit le cerner par ses caractéristiques, soit lui préférer une approche fonctionnelle.

De telles approches permettent de mieux prendre conscience des multiples facettes de la notion d'intérêt et de l'inutilité de la réduire à une définition précise.

Il convient également de s'attarder d'abord sur la grande variété de qualificatifs qui peut se joindre à la notion d'intérêt, ce qui nous permettra d'affiner encore notre propre approche. Nous nous attacherons ensuite à rappeler les caractéristiques reconnues à l'intérêt pour, enfin, en dégager les fonctions.

160 **Les qualifications de l'intérêt.** Nico Geeland, dans sa récente thèse de doctorat, a systématisé les qualificatifs les plus fréquents associés à la notion d'intérêt ⁷⁴⁸.

L'opposition entre intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux ⁷⁴⁹ ne pose pas de problème particulier en ce qui concerne la présente étude.

748. N.GEELHAND, *Belangafweging in het huwelijksvermogensrecht* — *Deel I, op. cit.*, p. 27 et s., n^{os} 36 à 44. La légitimité retiendra plus loin toute notre attention.

749. *Ibid.*, p. 27 et s., n^{os} 36 à 38.

Remarquons cependant que les intérêts extrapatrimoniaux sont souvent considérés comme grevés d'un poids prépondérant lors de leurs pondérations avec des intérêts purement patrimoniaux ⁷⁵⁰.

L'opposition entre les intérêts individuels, collectifs et généraux est plus pertinente de notre point de vue ⁷⁵¹. Du moins, pour rappeler la portée de notre étude. Notre analyse vise à étudier les conflits mettant en jeu des porteurs d'intérêts individuels. Dans notre hypothèse de travail, l'intérêt est propre et personnel à son porteur. Nous ne nous lancerons pas, dès lors, dans l'étude des problèmes — et conflits — particuliers relatifs à l'opposition entre des intérêts généraux ou collectifs et des intérêts individuels.

L'opposition entre intérêts concrets et abstraits est par contre porteuse d'enseignement sur le fond de notre analyse ⁷⁵². Lorsque le juge est confronté à un conflit d'intérêts, il doit le résoudre *in concreto* et doit prendre la mesure des intérêts individuels en fonction des circonstances concrètes du conflit. L'intérêt à évaluer n'est pas général et abstrait, mais personnel et concret à l'égard du porteur. Pour reprendre l'expression d'André Gervais, chaque intérêt concret correspond à une utilité particulière ayant un contenu déterminé identifiable au cas par cas ⁷⁵³. Cette approche s'impose en ce qui concerne l'analyse du dommage au travers de l'article 1382 du Code civil ou de l'avantage recherché en introduisant une action en justice. Mais elle se vérifie également dans les autres hypothèses (abus de droit, bonne foi, etc.).

Cela ne veut pas dire que les intérêts abstraits sont exclus de l'analyse.

Dans un premier sens, nous entendons par intérêt abstrait la ou les valeurs qui transcendent souvent les intérêts concrets en conflits. En ce sens, on peut dire que les conflits d'intérêts se doublent souvent d'un conflit de valeurs ⁷⁵⁴. L'intérêt qui est visé par un journaliste qui exerce sa liberté d'expression sera, la plupart du temps, fortement grevé de valeurs fondamentales pour une société démocratique. Nous pourrions en dire

750. *Ibid.*, n° 38 où l'auteur relève, à raison, que l'affirmation est peu nuancée.

751. N. GEELHAND, *Belangafweging in het huwelijksvermogensrecht — Deel I*, op. cit., p. 29 et 30, n°s 39 et 40.

752. *Ibid.*, p. 40 et s., n°s 41 à 44 ; A. FRANÇOIS, *Het venootschapsbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, op. cit., p. 146 et 147, n° 112.

753. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », op. cit., p. 241 et 242.

754. A. FRANÇOIS, *Het venootschapsbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, op. cit., p. 146 et 147, n° 112.

autant en ce qui concerne un intérêt purement vénal poursuivi par un commerçant qui négocie un contrat dès lors que la liberté de contracter et d'entreprendre est à considérer comme un des piliers de la vision libérale des relations juridiques organisées par le Code civil.

Dans un second sens, nous entendons par intérêt abstrait un intérêt défini de manière abstraite regroupant, par sa généralité, différents intérêts concrets. C'est en ce sens que l'intérêt apparaît, par exemple, dans les définitions abstraites des droits subjectifs ou des libertés civiles, ainsi que dans chaque définition d'un droit ou d'une liberté déterminés. L'opposition entre intérêt abstrait et concret apparaît alors clairement entre l'intérêt — abstrait — protégé par sa reconnaissance en droit subjectif et l'intérêt — concret — poursuivi en réalité par le titulaire du droit en exercice. Nous pressentons que l'objet même de théories comme l'abus de droit est précisément de contrôler l'intérêt concret poursuivi alors même que l'intérêt protégé abstraitement par le droit subjectif ne peut être remis en cause.

161

Les caractéristiques de l'intérêt. François Ost a dégagé quatre caractéristiques générales de l'intérêt : omniprésent, imprécis, souple et subversif⁷⁵⁵.

Omniprésent, l'intérêt semble doué d'ubiquité⁷⁵⁶. Nous avons déjà été confronté à ce caractère lorsque nous avons analysé quelques-unes de ses expressions en droit positif⁷⁵⁷. L'intérêt s'immisce partout tant il est vrai que la vie juridique paraît bien pouvoir être l'écho d'une lutte incessante entre intérêts opposés. Certains ne sont pas reconnus par le droit objectif, d'autres sont en passe de l'être et, quand ils sont reconnus, ils sont ou non des droits subjectifs. Dès lors, selon François Ost, « l'intérêt paraît bien être la source, sinon la mesure, des principaux concepts juridiques. « Pas d'intérêt, pas d'action », mais aussi « pas d'intérêt, pas de droit », « pas d'intérêt, pas d'obligation », « pas d'intérêt, pas de contrat » »⁷⁵⁸. Même la loi, nous l'avons vu, a des intérêts à faire valoir : toute loi consacre, voire pondère des intérêts et la protection de la légalité représente un intérêt propre suffisamment important pour donner ouverture à un pourvoi spécifique devant la Cour de cassation, le pourvoi dans l'intérêt de la loi⁷⁵⁹.

755. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 10 à 19 et p. 185 ; ces caractéristiques ont été repris ensuite par A. FRANÇOIS, *Het venootschapsbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, *op. cit.*, p. 148 et s., n^{os} 114 à 118.

756. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 10 et 11.

757. Cf. *supra*, n^{os} 130 et s.

758. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 10 et 11.

759. *Ibid.*, p. 11.

Imprecis, l'intérêt l'est tout aussi sûrement⁷⁶⁰. Nous l'avons éprouvé dans notre recherche de définition. L'intérêt reste rétif à toute systématisation et se refuse à être fixé. Comme le souligne François Ost, « son efficacité tient plutôt à sa capacité d'en appeler directement à l'évidence et au sens commun »⁷⁶¹.

Souple est par contre l'intérêt qui bénéficie de l'avantage des inconvénients soulignés ci-avant⁷⁶². Parce qu'il ne paraît jamais devoir se fixer, l'intérêt acquiert une souplesse qui explique son omniprésence. Collant de près à la réalité, la souplesse de l'intérêt s'oppose à la rigidité du droit subjectif. Titulaires diffus et valeurs indéfinies s'opposent à la détermination de titulaires de droits et à la spécification de l'objet du droit. L'appartenance-maîtrise propre au droit subjectif, souligne l'auteur, s'oppose à un lien d'intéressement allant de la simple convenance au désir le plus possessif. L'intérêt glisse du fait au droit, de l'individuel au collectif, du privé au public, de l'éthique au politique, à l'économique ou au juridique⁷⁶³. Il serait donc, selon l'auteur, « la monnaie du droit », « le grand communicateur » de l'ordre juridique. Tout peut se comptabiliser en intérêt. Son traitement juridique, la pondération, est du reste celui du calcul, de la pesée ou de la balance⁷⁶⁴.

Subversif est l'intérêt et, en cela, interpelle particulièrement notre étude⁷⁶⁵. Nous avons du reste déjà évoqué ce dernier caractère au sein des théories de l'abus de droit et de la bonne foi⁷⁶⁶. L'intérêt crée de nouveaux acteurs, de nouvelles obligations et relativise le concept de droit subjectif, lui-même conçu au départ comme absolu. Il génère également — tel est l'objet central de notre étude — des méthodes propres de résolution de conflits par la pesée ou la balance. Il est, dès lors, compréhensible que l'intérêt ait suscité la méfiance des juristes avant de littéralement exploser et de se retrouver au centre de nouvelles théories (abus de droit, principe de bonne foi, principe de légitime expectative, etc.).

162

Les fonctions de l'intérêt. Le précieux travail de François Ost a dégagé trois fonctions distinctes de l'intérêt⁷⁶⁷.

760. *Ibid.*, p. 11 et 12.

761. *Ibid.*, p. 12.

762. *Ibid.*, p. 12 et 13.

763. *Ibid.*, p. 13.

764. *Ibid.*

765. *Ibid.*, p. 13 à 16.

766. Cf. *supra*, n^{os} 141 et s.

767. Concernant les deux premières fonctions mises en avant par François Ost, voy. déjà la thèse de doctorat de Annick Tribes, précitée (cf. *supra*, n^o 157).

En premier lieu, l'intérêt exerce une *fonction créatrice*.⁷⁶⁸ L'auteur décrit cette fonction comme un rôle promotionnel facilitant le passage du fait au droit, du non-droit à l'*infra*-droit et au droit. Des prétentions diffuses et nouvelles vont prendre vie juridiquement sous la forme d'intérêts reconnus ; des personnes et des groupements entrent sur la scène juridique comme porteurs d'intérêts⁷⁶⁹. François Ost illustre cette fonction par cinq évolutions.

Deux ont déjà retenu notre attention⁷⁷⁰. L'intérêt légitime s'est développé au sein de la responsabilité civile, se voyant ainsi doté d'une protection de réparation *a posteriori*, en marge des droits subjectifs⁷⁷¹. Des intérêts nouveaux ont été consacrés et protégés par le législateur moderne sur un mode inflationniste⁷⁷².

Trois autres évolutions ont été relevées par l'auteur, même si les deux premières intéressent moins notre étude. Aux nouveaux intérêts correspondent en effet souvent de nouveaux sujets ou porteurs d'intérêts. Ainsi, l'intérêt de l'enfant a promu l'enfant lui-même à occuper une place considérable dans l'ordonnement juridique du droit de la famille⁷⁷³. Le meilleur exemple provient sans doute de la place occupée aujourd'hui par les associations et groupements de toutes sortes, qui reçoivent une identité de plus en plus précise sur la base de la reconnaissance des intérêts nouveaux dont ils sont porteurs, principalement des intérêts collectifs⁷⁷⁴. Enfin, une troisième évolution est constituée par l'émergence de droits subjectifs nouveaux au départ d'intérêts reconnus dignes de protection⁷⁷⁵. L'auteur prend comme exemple le domaine de l'aide sociale et l'émergence des droits de la personnalité.

En second lieu, l'intérêt exerce une *fonction limitative*⁷⁷⁶. Cette fonction limitative est particulièrement importante pour notre étude des con-

768. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 49 à 135 ; pour un bon résumé, voy. A. FRANÇOIS, *Het venootschapbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, *op. cit.*, p. 157 et s., n° 127.

769. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 49.

770. *Ibid.*, p. 51 à 72.

771. Cf. *supra*, n° 138.

772. Cf. *supra*, n° 147.

773. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 73 et s.

774. *Ibid.*, p. 80 et s. Nous nous sommes déjà expliqué ci-avant sur l'exclusion des intérêts collectifs de l'objet du présent travail (cf. *supra*, introduction, n° II).

775. *Ibid.*, p. 104 et s.

776. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 137 à 153.

flits. L'intérêt relativise les prérogatives juridiques les mieux assises, au premier chef desquelles apparaissent les droits subjectifs. Ce processus naît du fait que, par application de théories nouvelles, l'intérêt d'autrui peut s'imposer, dans certaines circonstances qu'il conviendra de déterminer, au droit subjectif. Nous l'avons déjà souligné en présentant la théorie de l'abus de droit comme explicable par l'intérêt⁷⁷⁷. Nous nous y attarderons encore très longuement, notamment lorsqu'il s'agira de mettre en avant deux des quatre modes de résolution de conflits, la proportionnalité et la pondération⁷⁷⁸. De même, relève François Ost, la reconnaissance d'intérêts nouveaux par la loi va provoquer un contrôle et une limitation des droits subjectifs⁷⁷⁹.

Enfin, une troisième fonction de l'intérêt serait celle d'une *fonction régulatrice générale*⁷⁸⁰. Dans la foulée des deux autres fonctions, François Ost en vient à se demander si l'intérêt-promoteur et l'intérêt-contrôleur ne représenteraient pas les deux faces opposées de l'intérêt-régulateur⁷⁸¹. L'auteur répond certes prudemment, mais entrevoit néanmoins dans les multiples changements drainés par l'émergence et le développement de la notion d'intérêt un changement de paradigme de notre ordre juridique. Il fonde cette idée tant sur l'émergence d'un droit social qui s'est distingué du droit civil que sur l'opposition de deux modèles idéaux qui lui permet, en définitive de distinguer très nettement le droit subjectif et l'intérêt : le mode d'adjudication des droits opposé à celui de la gestion des intérêts⁷⁸². Cette thèse guidera tout le reste de cette étude : la vision idéale décrite par l'auteur est propre à expliquer et éclairer notre recherche de distinction entre les modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes.

777. *Ibid.*, p. 139 à 150. Cf. *supra*, n° 141.

778. Cf. *infra*, n°s 336 et s.

779. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 150 à 153.

780. *Ibid.*, p. 155 à 184.

781. *Ibid.*, p. 156 et 157.

782. Cf. *supra*, n° 127.

Section 2

La notion de la légitimité de l'intérêt

163. Introduction

163 **Introduction.** Quelle que soit l'expression de l'indépendance prise par l'intérêt — en théorie générale comme en droit positif⁷⁸³ —, nous retrouvons l'affirmation de la condition de légitimité.

La légitimité de l'intérêt est en effet d'abord une condition dont la nécessité est affirmée avec force par la théorie générale. Nous l'avons vu, de Paul Roubier à François Ost, tous les auteurs qui ont tenté une analyse de la notion d'intérêt en droit le conditionnent soit par le qualificatif de légitime, soit par l'affirmation qu'il ne peut être illégitime⁷⁸⁴.

Nous retrouvons également cette condition dans chacune des expressions analysées de l'indépendance de l'intérêt à l'égard du droit subjectif. L'intérêt comme condition de recevabilité de l'action doit être légitime et ce, même si, nous l'avons vu, des discussions existent quant à la nature même de cette condition (recevabilité ou fond)⁷⁸⁵. Seul un intérêt légitime peut être constitutif d'un dommage donnant lieu à réparation en

783. Cf. *supra*, n^{os} 117 et s. ; n^{os} 130 et s., les diverses expressions de l'indépendance de l'intérêt. Nous remarquons cependant que l'affirmation du caractère légitime de l'intérêt est constante, quelle que soit la matière dans laquelle un intérêt est requis. Ainsi, par exemple : en matière de simulation, les tiers de bonne foi qui justifient d'un intérêt légitime sont fondés soit à se prévaloir de l'article 1321 du Code civil, soit à se prévaloir de l'acte réel par l'action en déclaration de simulation (Mons, 7^e ch., 20 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 39 et s.) ; en matière de concession de vente exclusive, la durée du préavis raisonnable impose la prise en compte des intérêts légitimes de celui qui provoque la rupture (Comm. Charleroi, 3^e ch., *D.A.O.R.*, 2000, n^o 55, p. 220 et s.) ; en matière de mesures provisoires entre époux, l'intérêt légitime de celui qui les demande est une condition de leur octroi (J.P. Saint-Gilles, 10 novembre 1997, *J.J.P.*, 1997, p. 263 et s.) ; en matière de recherche de paternité, l'exhumation et l'expertise ADN *post mortem* est permise dès lors que le demandeur se prévaut d'un intérêt légitime (Anvers, 3^e ch., 1^{er} octobre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 60 et s.) ; au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, le tiers, pour voir cette qualité lui être reconnue, doit disposer d'un intérêt légitime (Gand, 7^e ch., 25 octobre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 355 et s.) ; en matière d'apposition de scellés, la fille du *de cuius* doit avoir un intérêt légitime à l'apposition sur le coffre-fort de la concubine de son père décédé (Civ. Bruxelles, 18^e ch., 6 avril 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1992, p. 156 et s.) ; en matière de pratiques du commerce, l'affirmation selon laquelle le tribunal ne perçoit aucun intérêt légitime qui nécessiterait une publicité comparative trompeuse ou dénigrante (Comm. Bruxelles, cess., 4 février 1981, *J.T.*, 1981, p. 275 et s.).

784. Cf. *supra*, n^{os} 117 et s.

785. Cf. *supra*, n^o 132.

application des articles 1382 et 1383 du Code civil⁷⁸⁶. Nous retrouvons aussi cette condition dans les diverses théories qui paraissent forcer la prise en compte des intérêts d'autrui : dans l'émergence d'un principe général de droit du respect dû aux expectatives légitimes d'autrui, dans la théorie de l'abus de droit ou de la bonne foi⁷⁸⁷.

La notion de légitimité, tout comme la notion d'intérêt elle-même, ne reçoit cependant pas de définition claire en droit positif (sous-section 1^{re}). Il semble que ce dernier s'en remette largement à l'appréciation du juge qui, en pratique, va plutôt tenter de préciser les hypothèses où l'intérêt est illégitime et, partant, les hypothèses dans lesquelles il ne peut prendre en compte l'intérêt en question. D'où l'importance d'une analyse de la jurisprudence pour tenter de cerner cette notion.

Comme à l'égard de l'intérêt, cette difficulté de définition *a priori* nous pousse à rechercher la fonction et la portée de la condition légitimité de l'intérêt (sous-section 2^e). Nous verrons ensuite par quel moyen ou titre s'opère cette légitimation (sous-section 3^e).

Sous-section 1 **L'absence de définition de la légitimité de l'intérêt : l'approche par l'illégitimité**

164. Le manque de définition du caractère légitime de l'intérêt – 165. Les ambiguïtés du caractère légitime de l'intérêt – 166. L'approche pragmatique par l'illégitimité de l'intérêt – 167. Les hypothèses d'illégitimité de l'intérêt retenues en droit positif – 168. La légitimité de l'intérêt comme reconnaissance de sa non-contrariété à une règle de droit

164

Le manque de définition du caractère légitime de l'intérêt. Nous l'avons constaté à différentes reprises dans l'état des lieux théorique, les auteurs de doctrine ne définissent pas précisément le caractère légitime de l'intérêt.

Au mieux, ils identifient la légitimité de l'intérêt à sa concordance ou sa compatibilité avec le droit, au sens large⁷⁸⁸. La plupart du temps, les deux termes sont simplement associés, le caractère de légitimité exerçant plutôt une fonction mise en avant par les auteurs⁷⁸⁹.

786. Cf. *supra*, n° 138.

787. Cf. *supra*, n°s 141 et s.

788. J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40, n° 35, où l'auteur, faisant référence à un dictionnaire juridique, indique que : « Rechtmatig (wettig, légitime, licite), betekent niets anders dan hetgeen in overeenstemming is met het recht [...] ».

789. Ces fonctions seront systématisées *infra*, n°s 169 et s.

Pourtant, comme l'intérêt, le caractère légitime de l'intérêt semble aussi vague et imprécis⁷⁹⁰ qu'ambigu⁷⁹¹.

Ainsi, par exemple, le Cornu lui reconnaît au moins trois sens différents selon qu'on l'utilise en droit civil, public ou pénal⁷⁹². En droit civil, ce dictionnaire lui reconnaît cinq significations distinctes : il désigne d'abord ce qui est fondé en droit, le dictionnaire visant par là le détenteur légitime « qui détient une chose en vertu d'un titre légitime » (1) ; ensuite, ce qui est « accordé ou réservé par la loi (portion légitime, nom parfois donné à la portion réservée par la loi à certains héritiers) » (2) ; en outre, il qualifie ce qui est « digne d'être pris en considération (et parfois, plus activement, propre à justifier, à excuser), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité (comp. légal) ou aux règles de droit (comp. licite), mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social ; se dit par exemple d'un motif ou d'un empêchement (maladie, deuil) qui fait excuser une absence ou d'un intérêt qui justifie une demande » ; encore peut-il viser ce qui est « conforme à la justice, à l'équité » et, enfin, dans les rapports de famille, ce qui est « inhérent au mariage ».

Le langage courant n'apparaît pas ici comme porteur d'une solution possible. Le caractère légitime de l'intérêt paraît en effet une notion juridique avant tout. Les dictionnaires de langue courante renvoient du reste clairement à des notions juridiques⁷⁹³.

Les diverses significations retenues par les dictionnaires juridiques présentent à tout le moins une constante. Que ce soit par l'idée de titre, par le jeu de la loi ou d'une norme sociale ou morale, la qualification de « légitime » renvoie à l'acceptation et la reconnaissance juridique de l'état, de l'acte ou du fait sur lequel elle porte. Ces définitions expriment donc la distinction — rencontrée en théorie générale, mais aussi dans certains expressions de l'intérêt en droit positif — entre intérêt « simple »

790. J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40, n° 35 : « Indien dit principe nagenoeg niet betwist wordt, blijft toch voor zijn concrete toepassingen de modelijkheid van twistpunten bestaan. De rechtmatigheid is immers een van de vage begrippen in het recht, die, mits het behoud van hun wezenlijke kern, met de gehele rechtsorde mee evolueren, evenals de begrippen die erdoor samengevat zijn : de geoorloofde oorzaak (art. 1108 en 1131 B.W.), de openbare orde en de goede zeden (art. 6 en art. 1131 B.W.). ».

791. Cf. *infra*, n° 165.

792. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., *op. cit.*, p. 506 et 507, v° « Légitime ».

793. Voy. par exemple, *Petit Larousse illustré*, Paris, Librairie Larousse, 1975, p. 588, v° « Légitime » : « Qui a les qualités requises par la loi. || Se dit de l'union conjugale consacrée par la loi, et des enfants qui en naissent : mariage légitime ; enfant légitime. • Légitime défense, état de celui qui, pour se défendre, accomplit un acte interdit par la loi pénale. ».

et « légitime ». Si l'intérêt « simple » est de pur fait, l'intérêt « légitime » désigne un intérêt admis et reconnu par le droit objectif.

À cela s'ajoute un problème linguistique. Le terme « légitime » est parfois considéré comme synonyme de « licite »⁷⁹⁴. En outre, le terme « légitime » français ne paraît pas avoir une traduction univoque en néerlandais, ce qui ne fait qu'amplifier le trouble vis-à-vis de sa signification en droit belge. Il est indifféremment traduit par les termes « wettig »⁷⁹⁵, « gerechtvaardig »⁷⁹⁶, « wetmatig »⁷⁹⁷, « rechtmatig »⁷⁹⁸ ou « legitiem »⁷⁹⁹.

794. Comme le constatait également l'avocat général Leclercq dans ses conclusions sous Cass., 1^{er} février 1989, R.G.A.R., 1989, n° 11517, à propos de certains arrêts de la Cour. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 431 et s., où la Cour — mais il s'agit d'un arrêt rendu en langue néerlandaise — parle d'intérêt « licite » au sens de l'article 17 du Code judiciaire ; Cass. (2^e ch.), 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 1 et s., où la Cour rappelle que, pour donner lieu à réparation, le dommage ne doit pas consister « en la privation d'un avantage illicite » ; pour une expression analogue Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, R.G.A.R., 1956, n° 5677 et note J. FONTEYNE ; *Pas.*, 1955, p. 950 et s. ; Voy. aussi, B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 223 et 224, qui assimile les intérêts illicites aux intérêts illégitimes ; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 17, n° 26, qui assimilent également les termes d'« "illicite" ou "licite" à ceux de "légitimite" ou d'"illégitime" ».

795. Voy. par exemple la version néerlandaise de l'article 350, § 3, *in fine*, du Code civil (« De rechtbank gaat, met inachtneming van alle wettige belangen, na of de adoptie op de wettige redenen steunt en de andere door de wet gestelde voorwaarden vervuld zijn. »). Nous soulignons ; aussi, A. FRANÇOIS, *Het venootschapbelang in het Belgische venootschapsrecht-Inhoud § grondslagen*, *op. cit.*, p. 153 et s., n° 124 et 125 ; P. VANLERSBERGHE, « Het belang als toelaatbaarheidvereiste voor het instellen van tussenvorderingen », *op. cit.*, p. 54, n° 4 ; voy. aussi Gand (7^e ch.), 25 octobre 1996, A.J.T., 1996-1997, p. 355 et s.

796. Voy. par exemple la version néerlandaise de l'article 4, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel : « 2^o. voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en *gerchtvaardigde* doeleinden [...] ». Nous soulignons ; ou l'article 5, f, de la même loi : « f) wanneer de verwerking noodzakelijk is voor de behertiging van het *gerechtvaardigde* belang van de verantwoordelijke voor de verwerking [...] ». Nous soulignons.

797. Voy. par exemple, J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40, n° 35, où l'auteur utilise le terme « rechtmatig » en le présentant d'emblée comme synonyme de « wettig » ; aussi par exemple, Gand, 30 juin 1999, *Ann. prat. comm.-1999*, 2000, p. 549 : « Om deze reden alleen reeds heeft geïtimeerde een wetmatige belang bij de verkoopweigering wat het verkooppunt Geraardsbergen betreft. ».

798. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER et W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 269 ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40, n° 35, où l'auteur utilise le terme « rechtmatig » en le présentant d'emblée comme synonyme de « wettig, légitime, licite » ; aussi, Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Arr. Cass.*, n° 188, p. 407 et s. ; Bruxelles, 8 juillet 1998, R.D.C., 1998, p. 667 et s.

799. Voy. par exemple, J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *op. cit.*, p. 28 à 33, qui utilise comme synonyme le terme « rechtmatig » (p. 28).

Les ambiguïtés du caractère légitime de l'intérêt. Ces diverses significations induisent néanmoins, à notre sens, une ambiguïté fondamentale.

La première concerne la *nature du lien qui relie l'intérêt légitime au droit objectif*⁸⁰⁰. L'intérêt doit-il trouver dans une source de droit traditionnelle (loi, principe général, règlement, titre conventionnel, etc.) un fondement ou une justification propre permettant de lui conférer un caractère légitime ? Dans cette hypothèse, s'imposerait donc, comme pour le droit subjectif ou la liberté civile, une nécessaire recherche d'une règle de droit objectif consacrant un intérêt et, le cas échéant, réglementant sa poursuite.

Notre analyse antérieure paraît cependant contredire cette approche. Même quant la loi intervient directement pour obliger un juge à prendre en compte un intérêt, elle ne définit en général ni celui-ci ni les conditions de sa légitimité. Cette dernière est à déterminer dans la situation concrète dans laquelle se trouve le porteur. Autrement dit encore, sauf quant la loi résout un conflit d'intérêts et adopte une norme protectrice ayant un contenu déterminé — par exemple lorsqu'elle interdit la stipulation de certaines clauses dites abusives à l'égard d'un consommateur —, la loi reporte sur les acteurs juridiques (parties à un contrat, porteur de l'intérêt lui-même, juge, etc.) le soin de déterminer si, oui ou non, l'intérêt en cause est légitime. Il en est de même de théories comme l'abus de droit. L'abus apparaît par exemple en cas de poursuite d'un intérêt illégitime par le titulaire du droit en exercice. Mais la théorie ne détermine pas en elle-même les conditions du caractère légitime ou illégitime de l'intérêt.

Une autre manière d'envisager ce lien serait de considérer que le droit objectif, via ses sources traditionnelles, proposerait des normes qui, par leur application, imposeraient un contrôle de légitimité laissé, en définitive, aux acteurs juridiques. Le droit objectif créerait ainsi, par des normes particulières — nous pensons par exemple aux articles 1382 et 1383 du Code civil — des lieux ou espaces propres à permettre la prise en compte des intérêts d'autrui dans lesquels s'insérerait le contrôle de légitimité comme partie d'un processus plus global. Il resterait cependant à expliquer le fondement de l'imposition du caractère légitime de l'intérêt. Ainsi, l'article 1382 n'impose pas, de par son prescrit, la condition de légitimité. Cette condition est imposée lorsque l'on admettra que le dommage réparable peut naître de la violation d'un intérêt légitime.

800. Comp. A. FRANÇOIS, *Het vennootschapbelang in het Belgische vennootschapsrecht-Inhoud & grondslagen*, op. cit., p. 154 et 155, n^{os} 124 et 125, qui, étudiant la théorie de François Ost, relève que la protection reconnue à l'intérêt, en dehors de la qualité de droit subjectif, paraît quelque peu incompatible avec l'affirmation selon laquelle l'intérêt ne peut jouir d'une protection juridique que sur la base d'une règle de droit objectif.

La *seconde ambiguïté* concerne le point de savoir si le contrôle de légitimité de l'intérêt résulte de l'analyse du seul intérêt invoqué par son porteur ou serait la résultante de la résolution du conflit d'intérêts dans lequel il intervient. Autrement dit encore, la légitimité d'un intérêt résulte-t-elle de l'admission de sa prédominance sur les intérêts avec lesquels il entre en conflit ou d'un jugement *a priori* de la qualité du seul intérêt invoqué, celui-ci ne préjugant en rien de la résolution d'un conflit ainsi admis et restant à effectuer en application d'autres règles ?

Une *troisième ambiguïté* résulte *in fine* de la conjonction des deux premières. La légitimité en tant qu'admissibilité ou acceptation de la prise en compte d'un intérêt en fonction du droit objectif préexistant paraît *a priori* en contradiction avec la fonction limitative de l'intérêt telle que présentée et systématisée ci-avant par François Ost. Comment admettre que l'intérêt légitime est celui qui apparaît conforme au droit objectif préexistant alors qu'une de ses fonctions constatées est précisément sa capacité de limiter et de déroger à l'application de règles de droit préexistantes qui, comme dans le cas des droits subjectifs ou libertés civiles, ont pour objet de reconnaître des pouvoirs dans le chef de leurs titulaires ? Si l'intérêt considéré comme légitime permet précisément d'obtenir des effets apparaissant comme contradictoires au droit objectif, comment admettre que cette légitimité puisse résulter d'une admissibilité *a priori* de sa conformité aux règles de droit préexistantes ?

Enfin, une *dernière ambiguïté* concerne l'objet même de ce qui doit être légitime. À bien y réfléchir, deux objets peuvent être distingués. En effet, l'analyse de la jurisprudence et de la doctrine montre qu'indifféremment, on a parfois visé tant la situation dans laquelle le porteur de l'intérêt se trouve que l'avantage recherché. La situation préexistante à la survenance du dommage est parfois illicite. L'illégitimité de l'intérêt est alors parfois retenue par voie de « contamination » : l'illicéité de la situation de fait rejaillit sur l'intérêt poursuivi dans le cadre de l'action en réparation. Ainsi en était-il de la jurisprudence ancienne relative aux demandes en réparation de concubins dont l'un était encore uni par les liens du mariage : la contrariété à la loi de la situation du concubin adultérin l'empêchait de demander réparation du préjudice qu'il subissait, par exemple, de la suite du décès accidentel de son compagnon dû à la faute d'un tiers. Parfois, c'est par contre le but poursuivi par le porteur qui est considéré comme illégitime. Ainsi, le titulaire du droit subjectif qui agirait dans le seul but de nuire à autrui. Sa situation préexistante — il est titulaire d'un droit subjectif — est légitime. L'intérêt poursuivi dans ce cadre ne l'est pourtant pas.

Aujourd'hui, doctrine et jurisprudence, notamment à la suite d'une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, paraissent exiger un lien plus direct entre la situation préexistante au dommage et l'avantage recherché par la demande en réparation⁸⁰¹. Ainsi, l'illégitimité de l'intérêt recherché dans une action en responsabilité ne paraît pouvoir être déduite que si l'avantage recherché trouve uniquement sa source dans la situation illégitime préexistante. La Cour de cassation a cassé ainsi, dans son arrêt du 2 avril 1998⁸⁰², l'arrêt *a quo* qui décidait que la demanderesse en réparation ne justifiait pas d'un intérêt licite en demandant la réparation du dommage causé à sa caravane considérée comme une installation fixe placée en violation de la loi. Il contrevenait en effet à l'article 17 du Code judiciaire dès lors qu'il ne constatait pas qu'une telle demande visait uniquement le maintien d'une installation fixe. Le moyen soulignait, à bon droit, que la situation illégale était en l'espèce étrangère au but visé : la réparation du dommage causé à la propriété de la victime en tant qu'élément de son patrimoine.

166

L'approche pragmatique par l'illégitimité de l'intérêt. La jurisprudence des juges du fond, et une doctrine abondante, vont opter pour une approche

801. Certains auteurs mettent en effet en exergue, avec raison, qu'il convient d'éviter tout automatisme entre la situation illégitime d'une personne et l'absence d'intérêt légitime dans son chef : ce n'est pas parce que la victime d'un dommage est dans une situation illégitime que tout intérêt atteint dans le cadre de cette situation est illégitime ou, en d'autres mots, qu'un blanc seing peut être donné au tiers fautif qui provoque un dommage au détriment de la victime. En ce sens, voy. E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 70, n° 102 ; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, Ch. PERSYN, « Overzichtig van rechtspraak — Onrechtmatige daad, Schade en Schadeloostelling (1983-1992) », *T.P.R.*, 1994, I, p. 921, n° 2.3. et auteurs cités ; D. SIMOENS, « Een illegal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 254, n° 5. Ainsi, il a pu être jugé que de la circonstance que, au moment de l'accident, la victime effectuait un transport d'alcool en contrebande ne l'empêchait pas de réclamer réparation des dégâts causés à son véhicule et des lésions corporelles subies dès lors que l'action ne tendait pas à l'indemnisation du dommage subi dans l'activité de contrebande, que la nature du transport était sans rapport avec le dommage et ne présentait aucun lien avec l'accident (Bruxelles, 15^e ch., 15 avril 1960, *R.G.A.R.*, 1961, n° 6687) ; jugé également que la situation de séjour illégal d'un étranger ne l'empêchait pas de faire valoir un intérêt légitime à l'inscription de ses enfants au registre de population (Civ. Bruxelles, réf., 17 mai 1999, *Rev. dr. etr.*, 1999, p. 268 et s.) ; voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 1989 où, en matière de concubinage considéré, sur conclusions contraires de l'avocat général Leclercq, que même si la situation de fait, adultère, était contraire à certaines dispositions légales, ces dernières n'empêchaient pas la demande en responsabilité dès lors que le tiers ne pouvait se prévaloir de ce caractère illicite pour échapper aux conséquences civiles de sa faute.

802. Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 431 et s. ; *R.G.D.C.*, 1999, p. 251 et note approbatrice de D. SIMOENS.

pragmatique de la notion de légitimité en l'abordant par son opposé. Au lieu de s'efforcer de définir *a priori* les hypothèses dans lesquelles un intérêt est légitime, les juges vont plutôt tenter d'identifier les cas où l'intérêt doit être considéré comme illégitime.

Cette tendance paraît aisément compréhensible dès lors que la légitimité de l'intérêt est à analyser dans le chef du titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté civile. Ce dernier jouit — nous reviendrons longuement sur ce point dans la seconde partie de la présente étude⁸⁰³ — d'une légitimité *a priori* de l'intérêt poursuivi au travers du pouvoir qui lui est ainsi conféré. Elle paraît par contre plus étonnante en ce qui concerne les intérêts simples poursuivis en dehors de toute autre qualification. Mais c'est là que le pragmatisme juridique l'emporte sur les distinctions théoriques : il est plus fastidieux en pratique de ramener une diversité infinie de situations dans une définition de la légitimité que quelques situations particulières dans une définition de l'illégitimité.

L'approche comporte une conséquence essentielle : elle permet, en définitive, d'admettre plus facilement la prise en compte du plus grand nombre d'intérêts. Dès lors également, insensiblement, il risque de s'opérer un retournement de la charge de la preuve. Il reviendrait en définitive aux porteurs d'intérêts ou titulaires de droits subjectifs ou de libertés civiles et, le cas échéant, au juge lui-même si l'exception est considérée comme relative à l'ordre public, de rapporter la preuve du caractère d'illégitimité de l'intérêt invoqué par la partie adverse plutôt qu'à cette dernière d'administrer la preuve de la légitimité de son intérêt. La règle ne deviendrait-elle pas la légitimité de l'intérêt, sauf à démontrer qu'il est frappé d'une cause d'illégitimité, ces causes s'identifiant à des exceptions ?

Des ébauches de réponse apparaissent à l'égard des ambiguïtés mises en avant au paragraphe précédent. La voie est ouverte à considérer que la légitimité de l'intérêt ne doit pas se fonder sur une justification ou un fondement issu et déterminé *a priori* dans le droit objectif, mais qu'elle provient de la non-violation de certaines de ses règles ou principes pré-existants.

En outre, cette approche permettrait, après analyse de la jurisprudence, de déterminer si les règles dont la violation est invoquée pour justifier l'illégitimité sont celles qui imposent un mode de résolution de conflits entre intérêts divergents ou des règles qui tranchent *a priori* ces conflits par l'interdiction qui leur est inhérente de voir tel ou tel intérêt

803. Cf. *infra*, n^{os} 180 et s.

pris en compte dans notre ordre juridique. Dans le premier cas, ces règles laissent ouverte la solution au conflit. Dans le second cas, la loi ou une autre source de droit interdisent purement et simplement que le conflit puisse juridiquement naître en éliminant un des intérêts à prendre en considération.

167

Les hypothèses d'illégitimité de l'intérêt retenues en droit positif. S'il est vrai que jurisprudence et doctrine ont progressivement déterminé les hypothèses d'illégitimité de l'intérêt, il convient de remarquer au préalable que, souvent, l'absence d'intérêt légitime affirmée consiste en l'absence de consistance de l'intérêt sans qu'un jugement soit posé sur le caractère légitime de ce dernier⁸⁰⁴. Cette constatation montre à quel point le caractère illégitime des intérêts en présence apparaît comme exceptionnel ainsi que le retournement de règle qui se profile : l'existence d'un intérêt et l'inexistence de contestation de son caractère illégitime paraissent suffire à admettre la légitimité de l'intérêt invoqué.

La première hypothèse d'illégitimité retenue tant par la doctrine⁸⁰⁵ que la jurisprudence⁸⁰⁶ est à trouver dans la contrariété de l'intérêt recherché ou atteint par son porteur avec l'ordre public et les bonnes mœurs⁸⁰⁷.

804. Les exemples sont légion. Voy. par exemple, Gand (1^{re} ch.), 8 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 151 et s. et note I. ANNÉ, où la cour affirme l'absence de justes motifs (« wettige redenen ») dans le chef de candidats à l'adoption, mais justifie l'affirmation par leur caractère insuffisant pour prévaloir sur les intérêts légitimes des autres parties (père biologique, grands-parents) ; Civ. Namur (cess.), 8 septembre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 137, où le président relève que l'existence d'un intérêt légitime est contesté et vide le débat en mettant en avant l'intérêt poursuivi sans aucune mention en rapport avec sa légitimité ; Bruxelles (1^{re} ch.), 11 mai 1994, *Act. dr.*, 1996, p. 325 et s., où la cour relève que le notaire mis en cause dans des tierces oppositions visant à sa récusation et son remplacement avait un intérêt légitime à intervenir volontairement aux fins de s'expliquer, étant personnellement mis en cause, sans que le caractère légitime de l'intérêt ne soit autrement expliqué ; J.P. Saint-Gilles, 17 octobre 1991, *J.J.P.*, 1993, p. 38 et s., où la constatation de l'absence d'intérêt légitime du bailleur à obtenir communication des conditions financières d'une cession de bail et de fonds de commerce opérée par son locataire provient de la constatation d'une absence d'intérêt ; c'est aussi généralement le cas lorsque, en matière de refus de vente, l'intérêt légitime est contrôlé : ce contrôle porte en règle sur sa consistance ou sa prévalence sur l'intérêt auquel il s'oppose sans réellement porter sur son caractère légitime ou non ; voy. aussi Liège (7^e ch.), 16 mars 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 185 et s. ; Bruxelles (3^e ch.), *Pas.*, 1992, II, p. 160 et s. ; Liège (1^{re} ch.), 4 janvier 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 90 et s. ; Civ. Bruges (sais.), 22 octobre 1985, *T. Not.*, 1986, p. 60 et s.

805. Voy. par exemple, conclusions de l'avocat général DE SWAEF précédant Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, I, p. 408, n° 5 : « Een een belang is onrechtmatig wanneer het in strijd is met de openbare orde of de goede zeden » ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 68 et s., spéc. n° 98 : « Een belang is onrechtmatig, wanneer het in strijd is met de openbare orde, of de goede zeden. » ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories*,

Ainsi, par exemple, doctrine et jurisprudence dominantes ont rejeté, avant l'évolution des mœurs que l'on connaît, toute réparation aux concubins ou personnes adultères pour le dommage subi à la suite du décès

Paris, L.N.D.J., 1910, p. 562 ; J. VAN COMPÈRNOLLE, *Le droit d'action en justice dès groupements*, op. cit., p. 248 : « La règle s'impose d'elle-même : ce qui s'oppose à l'ordre public, ce qui heurte les bonnes mœurs, ne peut faire l'objet d'un appel à la justice », à comp. p. 379, où l'auteur précise qu'en matière de responsabilité civile, le préjudice ne doit pas être illégitime, « c'est-à-dire illicite parce que jugé contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

La contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs comme source de l'illégitimité de l'intérêt est conforme aussi à l'interprétation retenue en droit administratif concernant l'exigence d'un intérêt légitime dans le contentieux de l'annulation (voy. par exemple M.-A. BEERNAERT et M. KAISER, « L'intérêt légitime devant le Conseil d'État », note sous C.E., 4 janvier 2000, n° 84493, op. cit., p. 1255 et s.). Voy. aussi, dans le même sens, concernant les « justes motifs » (« wettigen redenen ») requis par l'article 343 du Code civil en matière d'adoption, I. ANNÉ, « Stiefouderadoptie, wettige redenen en wettige belangen », note sous Gand (1^{re} ch.), 8 octobre 1999, A.J.T., 2000-2001, p. 152, n° 3.

806. Voy. par exemple, J.P. Bilzen, 30 septembre 1991, J.J.P., 1992, p. 16 et 17, où le juge de paix considère qu'un contrat de location d'immeubles est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public dès lors qu'il est conclu par des cohabitants dont l'un est encore marié et, partant, considère comme irrecevable une demande relative à la jouissance exclusive du bien entre eux ; Liège, 12 novembre 1986, J.L.M.B., 1987, p. 407 et s., où la cour rejette l'argument selon lequel le concubinage serait nécessairement la source d'intérêts illégitimes dont la perte ne pourrait valoir indemnisation dès lors qu'il serait à analyser comme une convention dérogeant aux règles d'ordre public régissant le mariage ; Liège, 30 janvier 1980, J.L., 1980, p. 81 et s., où la cour rejette l'argument selon lequel le demandeur en responsabilité, pour des dommages subis à son immeuble exploitant d'un cinéma pornographique, ne poursuit pas un avantage illégitime en contrariété aux bonnes mœurs ; Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, Pas., 1979, I, p. 472 et s., où la Cour énonce que « que cette constatation implique nécessairement que les relations que la défenderesse entretenait avec la victime allaient à l'encontre de ses obligations résultant d'un mariage existant et violaient, dès lors, des dispositions légales d'ordre public ; Attendu que, partant, l'arrêt n'a pu décider légalement que la fin mise à ces relations constituaient la perte d'un avantage légitime [...] » ; Gand (1^{re} ch.), 28 mars 1968, R.G.A.R., 1969, n° 8327, où la cour relève le caractère d'ordre public d'une dette d'impôt pour dénier la légitimité de l'intérêt d'une demande en réparation de la perte du bénéfice de la suspension de la dette à l'égard d'un notaire qui avait erronément affirmé l'existence de ce caractère suspensif ; Cass. (2^e ch.), 26 juin 1967, Pas., 1967, I, p. 1260 et s., où la Cour relève : « Attendu qu'ayant ainsi implicitement constaté en fait que le lien qui unissait la défenderesse à la victime, encore qu'il ne fût pas reconnu par la loi, n'était contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, le juge a pu légalement décider, pour l'application, en l'espèce, de l'article 1382 du Code civil, que l'avantage dont la faute du demandeur avait privé la défenderesse n'était pas un avantage illégitime » ; Gand (5^e ch.), 17 avril 1961, R.G.A.R., 1962, n° 6951, où la cour conclut à l'absence de légitimité de l'intérêt dès lors que la clientèle du demandeur en responsabilité a été acquise en violation de règles légales d'ordre public ; Comm. Bruxelles (9^e ch.), 17 octobre 1958, J.T., 1958, p. 637 et s., où le tribunal considère que le contrat d'exécution de strip-tease pour la rupture duquel des dommages et intérêts sont demandés est contraire aux bonnes mœurs de sorte que l'aide judiciaire réclamée concerne des intérêts qui ne sont pas dignes de protection.

807. Sur la notion d'ordre public, voy. J.-F. ROMAIN e.a., *L'ordre public — Concept et application*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; sur ces notions en droit civil, voy. spéc. la contribution de J.-F. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme » (p. 1 à 33).

de leur compagnon provoqué par la faute d'un tiers. Le fondement de ce refus était, le plus souvent, la contrariété de l'intérêt atteint avec les bonnes mœurs ou des règles, principalement pénales, considérées d'ordre public⁸⁰⁸. Le revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière n'a pas remis en cause le principe même de cette source d'illégitimité⁸⁰⁹. La Cour de cassation a du reste refait application de ce principe depuis lors. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} avril 1998, elle rappelle que : « Quiconque vise uniquement le maintien d'une situation contraire à l'ordre public, n'a pas un intérêt licite »⁸¹⁰.

L'illégitimité de l'intérêt se traduit parfois également, dans cette hypothèse, par une application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁸¹¹ ou de la théorie de la cause illicite, les deux étant parfois confondues⁸¹². Ainsi, par exemple, il a été jugé que l'exploitant d'une maison de rendez-vous, locataire d'un immeuble exproprié, voit sa demande en indemnisation déclarée irrecevable dès lors que cette exploitation est considérée comme contraire aux bonnes mœurs, qu'elle constitue ainsi une

808. Pour un relevé de la jurisprudence et des diverses opinions doctrinales, voy. par exemple, J.-L. FAGNART, « Union libre et responsabilité », in *L'union libre*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 208 à 231 ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 42 et s. ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 43, n° 22.

809. Cf. Cass. 1^{re} février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 582 et s. et conclusions contraires de l'avocat général R. DECLERCQ, où la Cour rejette l'opinion développée dans le moyen selon laquelle les relations adultérines que la victime entretenait avec le demandeur en réparation allaient à l'encontre de ses obligations découlant de son mariage et, partant, existaient en violation de dispositions légales d'ordre public de sorte que l'arrêt attaqué ne pouvait décider légalement que la fin mise à ces relations constituait pour le demandeur en réparation la perte d'un avantage légitime. Le raisonnement de la Cour consiste non pas à remettre en cause le principe commenté ici, mais à dénier implicitement aux dispositions en cause leur caractère d'ordre public ; Cass. (1^{re} ch.), 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 694 et s., où la Cour poursuit un raisonnement analogue concernant la demande d'un concubin adultérin en réparation du préjudice subi pour la perte de sa compagne suite à un homicide en arguant du fait que seule l'épouse du demandeur-victime aurait pu se prévaloir de la violation des dispositions légales à la source desdites obligations pour les besoins d'une action en divorce ou en séparation de corps.

810. Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 433 et s.

811. Comme le relèvent certains auteurs : E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 68, n° 98, où l'auteur considère l'appel à l'adage comme superflu ; J. VERLINDEN, « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », *op. cit.*, p. 29 et 30. Voy. pour le même constat en jurisprudence française, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, *op. cit.*, p. 202, spéc. note 3.

812. D'après Jan Ronse, l'appel à l'adage est erroné. L'illégitimité de l'intérêt justifie l'irrecevabilité de la demande sur la base d'un principe général s'exprimant notamment par les articles 1108 et 1131 du Code civil (J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40). D'après Eric Dirix, il serait superflu (E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 68, n° 98).

cause illicite aux conventions de location conclues avec les clients. En vertu de l'adage précité, l'exploitant ne peut, dès lors, en demander l'exécution en justice ou se prévaloir d'un effet quelconque et, partant, n'est pas recevable à demander en justice une indemnisation pour la perte de cette activité en tant que locataire des lieux expropriés⁸¹³. Jugé également que le contrat par lequel un institut dentaire engage un dentiste pour soigner une clientèle acquise en violation de dispositions légales régissant la publicité participe à un exercice illégal de la science dentaire contraire à l'ordre public. Par conséquent, ce contrat a une cause illicite ne pouvant recevoir aucune conséquence juridique, de sorte que le comportement fautif du dentiste qui aurait traité des clients de l'institut pour son propre compte, employé dans son intérêt personnel les services et les biens qui étaient mis à sa disposition en vertu de la convention et accaparé la clientèle de l'institut ne porte pas atteinte à un intérêt légitime de l'institut⁸¹⁴.

La *seconde hypothèse* englobe et élargit la première en ce qu'elle implique que l'illégitimité provient de la contrariété de l'intérêt poursuivi ou atteint avec le droit ou les règles juridiques, voire des règles morales⁸¹⁵.

813. Civ. Liège, 22 mars 1978, *J.L.*, 1978, p. 266 et s.

814. Gand (5^e ch.), 17 avril 1961, *R.G.A.R.*, 1962, n° 6951. Voy. aussi Liège, 21 décembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 190 et s., concernant l'application de l'adage *nemo auditur* pour constater l'irrecevabilité d'une demande en paiement du solde de factures introduites par un entrepreneur n'ayant pas obtenu le titre d'accès à la profession et l'enregistrement requis par la loi ; J.P. Bilzen, 30 septembre 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 16 et 17, où la demande en jouissance exclusive d'un bien loué est considérée comme irrecevable dès lors que le contrat de location couvre une relation personnelle contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs et est frappé d'une cause illicite ; Civ. Turnhout, 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 273 et s., où l'action en dommages et intérêts suite à l'incendie d'un immeuble abritant l'exploitation d'un jeu de hasard prohibé est jugée irrecevable en faisant application de la théorie de la cause illicite en ce qui concerne la responsabilité contractuelle ; Bruxelles (1^{re} ch.), 26 février 1980, *R.W.*, 1982-1983, col. 507 et s., concernant une demande de remboursement d'un prêt jugée irrecevable dès lors que la cause du contrat est considérée comme illicite car contraire à l'interdiction légale d'ordre public d'exploitation de jeux de hasard ; Bruxelles (8^e ch.), 22 janvier 1930, *R.G.A.R.*, 1930, n° 616, où la cour considère que le contrat d'emploi d'un changeur auprès d'un cercle de jeux de hasard est contraire aux bonnes mœurs et, partant, illicite, ne pouvant produire d'effets en application des articles 1131 et 1133 du Code civil.

815. Voy. ici l'opinion quelque peu esseulée de J.-L. Fagnart, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du J.T. », 1997, p. 22, n° 10 : « La loi ne définit pas ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas. L'appréciation du caractère légitime d'un intérêt se fait donc par rapport à des critères extrajuridiques qui sont essentiellement d'ordre moral. Les divergences et les évolutions relatives à l'appréciation du caractère légitime de l'intérêt lésé, apparaissent principalement dans deux domaines relevant très nettement des conceptions morales que chacun peut avoir. ». Nous ne pouvons cependant suivre cette opinion. Elle contredit du reste toute la jurisprudence en la matière qui prend soin de justifier ses constatations au regard de l'illégitimité de l'intérêt par appel à une contrariété avec une règle juridique et non purement morale.

La portée de l'hypothèse s'obscurcit quelque peu lorsque l'on tente de la préciser. Certains auteurs et décisions de justice visent par là la contrariété à la loi ⁸¹⁶, au droit ou droit objectif en général ⁸¹⁷, voire des expressions plus vagues encore ⁸¹⁸, ou seulement aux règles impératives ou

816. Voy. par exemple, P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire — Introduction générale, vol. I, *op. cit.*, p. 133, n° 105, *a contrario*, selon lequel l'intérêt doit être légitime, c'est-à-dire que la demande ne peut tendre qu'à nuire au défendeur sans apporter de profit légal au demandeur ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 119 : « Obliger l'auteur d'un fait dommageable à compenser par une indemnité pécuniaire l'atteinte portée par lui à un avantage illégitime (c'est-à-dire condamné ou réprouvé par la loi), ce serait, à toute évidence, sanctionner ce que précisément la loi a voulu proscrire ou éviter, ce serait, en un mot, la méconnaître. ».

La violation de la loi comme source de l'illégitimité de l'intérêt est conforme aussi à l'interprétation retenue en droit administratif concernant l'exigence d'un intérêt légitime dans le contentieux de l'annulation (voy. par exemple M.-A. BEERNAERT et M. KAISER, « L'intérêt légitime devant le Conseil d'État », note sous C.E., 4 janvier 2000, n° 84.493, *op. cit.*, p. 1252 et s.). En jurisprudence, voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 17 mai 1999, *Rev. dr. étr.*, 1999, p. 268 (*a contrario* : l'intérêt d'un étranger en situation illégale à demander l'inscription des ses enfants dans le registre de population est légitime dès lors qu'aucun texte légal ne subordonne la capacité du représentant légal des enfants à la régularité de son séjour) ; Civ. Bruxelles (13^e ch.), 28 janvier 1949, *R.G.A.R.*, 1949, n° 43, qui relève que la demande ne présente aucun caractère illégal ou immoral.

817. C'est ainsi que nous avons compris la notion d'illégitimité dans la pensée de Paul Roubier (cf. *supra*, n° 119). Voy. aussi, S. BEERNAERT, *Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof*, *op. cit.*, p. 159, n° 10 : « Een belang is « legitiem » of « rechtmatig » wanneer geen onrechtmatigheid kleeft aan het nagestreefde voordeel. Het woord « legitiem » of « rechtmatig » draagt dus een negatieve definitie, namelijk dat wat niet strijdig is met het recht. » ; L. CORNELIS et Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 17, n° 26 : « Le dommage est illégitime, si la situation dans laquelle la victime se trouvait en l'absence de l'accident était contraire à une règle de droit et donc illicite. » ; conclusions de l'avocat général DE SWAEF précédant Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, I, p. 407, n° 3, où, faisant sienne l'opinion de Jan Ronse, il parle de « belangen die niet met het recht stroken » ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel I, *op. cit.*, p. 40, n° 35 : « Onrechtmatig is de toestand die verworven is of behouden wordt in strijd met het recht [...] » ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 42, n° 21 ; en jurisprudence, voy. par exemple Civ. Turnhout, 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 273 et s., où l'action en dommages et intérêts suite à l'incendie d'un immeuble abritant l'exploitation d'un jeu de hasard prohibé est jugée irrecevable en application de l'opinion de Jan Ronse rappelée explicitement.

818. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, p. 241, n° 161, qui définit les intérêts illégitimes comme ceux « réprouvés par l'ordre juridique ». Voy. aussi Mons (7^e ch.), 30 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1000 et s., où la cour constate l'illégitimité de l'intérêt de la partie saisie à soutenir le revendiquant dans son action en revendication « puisqu'il lui permettrait de faire prévaloir des dispositions communes prises précisément en vue d'éviter la saisie de biens se trouvant, comme en l'espèce, au domicile de son concubin » ; Cass. (2^e ch.), 21 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 921 et s., où la Cour rejette un pourvoi en approuvant

d'ordre public⁸¹⁹. Est illégitime également l'intérêt que peut avoir un porteur à empêcher des actes posés licitement dans le respect des lois et règlements⁸²⁰.

Ainsi, l'intérêt d'un contrebandier d'alcool s'il demandait réparation de son dommage subi dans son activité de contrebande serait illégitime⁸²¹. Il en va de même pour l'intérêt d'un pisciculteur à demander réparation des dommages subis par son exploitation suite à une pollution de l'eau provoquée par un tiers alors que la prise d'eau et le barrage permettant ladite exploitation avaient été effectués illégalement⁸²². Aussi, pour l'intérêt d'une demande en paiement de prestations et commissions impayées alors qu'aucune facture n'avait été émise, en violation de la loi fiscale⁸²³, ou pour la demande en dommages et intérêts d'exploitants de jeux de hasard dans le non-respect des conditions légales et réglementaires⁸²⁴.

La *troisième hypothèse* est, contrairement aux précédentes, peu exposée et retenue en doctrine et jurisprudence. Elle s'en différencie en introduisant, implicitement ou explicitement, un élément de comparaison entre l'intérêt qualifié d'illégitime et les intérêts auxquels il s'oppose. L'intérêt est alors illégitime s'il doit s'effacer devant un intérêt considéré comme

l'arrêt *a quo* qui considérerait le concubinage comme « une situation de fait illicite et immorale contraire aux règles du droit civil positif gouvernant l'organisation de la famille » et où elle énonce elle-même : « Qu'on ne pourrait attacher à ces relations des effets analogues à ceux que la loi réserve au mariage, sans compromettre cette institution ; [...] qu'il s'ensuit que le dommage résultant de l'atteinte portée aux sentiments d'affection que se vouent des concubins ne constitue pas la privation d'un avantage légitime. ».

819. Par exemple, I. ANNÉ, « Stiefouderadoptie, wettige redenen en wettige belangen », *op. cit.*, p. 152, qui considère que les justes motifs de l'article 343 du Code civil imposent que : « De adoptie mag alleszins niet in strijd zijn met de openbare orde of met andere wettelijke bepalingen, buiten de adoptiewetgeving, die van dwingend recht zijn » ; Par exemple, Comm. Gand, 26 juin 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 458 et s. (contrariété à des règles fiscales impératives touchant à l'ordre public) ; Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472 et s. (contrariété à des dispositions légales d'ordre public) ; Gand (5^e ch.), 17 avril 1961, *R.G.A.R.*, 1962, n° 6951 (contrariété à des dispositions légales d'ordre public) ; Gand (1^{re} ch.), 11 février 1956, *R.G.A.R.*, 1956, n° 5769 (contrariété à une loi d'ordre public).

820. Voy. par exemple, Comm. Bruxelles (réf.), 8 novembre 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 444 et s., concernant la demande en cessation introduite en vue d'empêcher une importation parallèle licite et ainsi une concurrence légitime sur le territoire belge.

821. Bruxelles (15^e ch.), 15 avril 1960, *R.G.A.R.*, 1961, n° 6687.

822. Cass. (1^{re} ch.), 3 octobre 1997, *Bull.*, 1997, p. 965, n° 387.

823. Comm. Gand, 26 juin 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 458 et s. Dans le même sens, Anvers (2^e ch.), 8 juin 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 98 et s. et réf. citées en note p. 99.

824. Civ. Turnhout, 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 273 et s.

prépondérant⁸²⁵ ou lorsqu'il est en contrariété avec les droits subjectifs d'autrui⁸²⁶.

Ainsi, par exemple, l'article 16.I.6° de la loi sur les baux commerciaux permettant au bailleur de se refuser au renouvellement du bail en cas d'absence d'intérêt légitime du preneur. Cette disposition définit l'absence d'intérêt légitime par différentes hypothèses de fait⁸²⁷ qui ne présentent pas, en elles-mêmes, de contrariété avec des règles de droit positif, mais paraissent bien constituer des situations dans lesquelles l'intérêt du bailleur prévaut sur celui du preneur, mis à l'abri de la perte d'un lieu où continuer son activité commerciale malgré le non-renouvellement du bail. On retrouve cette hypothèse d'illégitimité dans des cas d'application de l'abus de droit où le critère de l'absence d'intérêt légitime est, nous le verrons, intimement lié à l'application du critère de proportionnalité⁸²⁸.

168

La légitimité de l'intérêt comme reconnaissance de sa non-contrariété à une règle de droit. Il découle des opinions doctrinales et jurisprudentielles qui précèdent que la légitimité de l'intérêt se fonde sur sa non-contradiction

825. Voy. par exemple, Comm. Louvain (prés.), 10 octobre 1995, *Ann. prat. comm.-1995*, 1996, p. 840 et s., où, en matière de refus de vente, la juridiction présidentielle énonce : « Dat de verkoopsweigeren niet moet gemotiveerd worden, maar dat de reden van deze weigeren een rechtmatig belang van de weigerende leverancier moet impliceren dat niet op een kennelijk onredelijke wijze het rechtmatig belang van de afnemer mag schaden » ; J.P. Anvers (1^e cant.), 25 novembre 1992, *R.W.*, 1993-1994, p. 784 et s., où la décision conclut que : « Verweerders hadden dan ook geen enkel rechtmatig belang om dit voorstel te weigeren ; door het voorstel te weigeren, en dus te eisen dat het contract verder nageleefd zou worden tot op het ogenblik dat eiseres een kandidaat-huurder zou aanbrengen die door hen zou kunnen worden aanvaard, veroorzaakten zij voor eiseres een schade die buiten verhouding groot was ten opzichte van het voordeel dat verweerders daaruit zelf zouden kunnen putten. » Cf. sur le lien entre la poursuite d'un intérêt illégitime, la règle de proportionnalité et l'abus de droit *infra*, les deux parties suivantes de l'étude.

826. J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^e éd., Deel 1, *op. cit.*, p. 40, n° 35 : « Onrechtmatig is de toestand die verworven is of behouden wordt in strijd [...] of met miskenning van andermans recht. ».

827. « 6°. L'absence d'intérêt légitime dans le chef du preneur qui aurait commencé l'exploitation d'un commerce similaire dans le voisinage immédiat du bien loué avant l'expiration du délai prévu à l'article 14 pour la notification du bailleur en réponse à la demande de renouvellement du preneur ou qui disposerait, à cette même époque, dans le voisinage immédiat du bien loué d'un immeuble ou d'une partie où il pourrait continuer son exploitation commerciale. » Aussi, J.P. Ciney, 11 juin 1980, *J.L.M.B.*, 1980, p. 294 : « Qu'il y a lieu d'observer que la loi ne s'attache pas à définir ce qu'est l'intérêt légitime positif du preneur ; la loi définit l'absence d'intérêt légitime. Elle précise qu'en tout cas il n'y a pas d'intérêt légitime lorsque le preneur a commencé l'exploitation d'un commerce similaire dans le voisinage immédiat du bien loué dans le délai précisé par cette disposition ; que tel est bien le cas en l'espèce. ».

828. Sur ce point, cf. *infra*, n° 454.

avec une règle de droit : soit que cette dernière refuse *a priori* au porteur de l'intérêt l'action projetée en vue d'obtenir l'avantage recherché, soit qu'elle la condamne *a posteriori* parce que, précisément, l'avantage recherché est considéré comme contraire à certaines règles de droit en vigueur. La question de la légitimité précède celle de savoir si le droit accepte ou refuse de « faire droit » à la demande ou accepte de couvrir l'action posée par le porteur de l'intérêt. La contrariété au droit, dont est porteur l'intérêt *in se*, clôt le débat.

Peu importe la source de la règle invoquée. Il s'agit de tout type de règle pourvu qu'elle soit susceptible d'être éternée par l'existence même de l'intérêt dont le porteur demande la reconnaissance (loi, qu'elle soit au non d'ordre public ou impérative, règlement, principe général de droit).

La contrariété au droit peut intervenir à deux niveaux. Soit à la source de l'intérêt, dans une situation de fait ou de droit contraire à la loi d'où le titulaire tire exclusivement l'intérêt dont il se prévaut, soit dans la finalité de l'action entreprise ou à entreprendre dès lors que le but recherché enfreint le droit ⁸²⁹.

La contrariété aux droits subjectifs ou libertés civiles d'autrui implique-t-elle l'illégitimité de l'intérêt recherché ? Il y aurait une logique certaine à le soutenir dès lors que les pouvoirs qui sont reconnus dans ces hypothèses aux titulaires des droits et libertés sont fondés sur le droit objectif. L'intérêt poursuivi en les éternant serait refusé car en contradiction avec les règles de droit objectif qui les fondent.

Nous ne partageons pas ce point de vue.

L'accepter reviendrait à refuser toute action défensive de l'intérêt opposé à ces droits et libertés en exercice. L'intérêt ne pourrait en effet jamais l'emporter face aux droits subjectifs et libertés civiles. Or, cette infériorité automatique et systématique de l'intérêt est contredite par le droit positif actuel. Le meilleur exemple est sans doute à prendre dans la théorie de l'abus de droit. Nous verrons en fait que dans de nombreux cas d'application, ce dernier se résout par une règle de proportionnalité qui impose une pondération particulière des intérêts en présence. Les intérêts qui s'opposent sont nécessairement alors considérés comme légitimes et, dès lors, peuvent être pris en compte dans la pesée.

Il nous paraît que dans ces hypothèses, la contrariété à la loi ne peut apparaître d'évidence que par l'application de règles de pondération dont

829. Dans le même sens, E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., p. 68 et s.

l'issue dépend en grande partie de la situation factuelle particulière des protagonistes au conflit.

Cette approche nous paraît en définitive contraire à une logique de conflits qui transparaît dans les fonctions limitatives et régulatrices de l'intérêt en droit positif⁸³⁰. Or, la question de la légitimité de l'intérêt nous paraît — logiquement — préexister au conflit. L'illégitimité de l'intérêt l'empêche d'être pris en compte dans le conflit. La légitimité lui ouvre la porte de la pondération. N'importe quel intérêt ne peut être pris en compte. La légitimité ouvre la porte de la juridicité de l'intérêt en éliminant ceux que le droit ne désire pas protéger.

Sous-section 2 **Les fonctions et la portée de la condition de légitimité de l'intérêt**

169. La fonction de filtrage de la condition de légitimité – 170. Le passage du non-droit au droit par la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt – 171. La légitimité de l'intérêt comme condition nécessaire de la protection éventuelle de l'intérêt par le droit

169

La fonction de filtrage de la condition de légitimité. La condition de légitimité permet tout d'abord de filtrer, de départager les intérêts entre eux sur la base d'un jugement de valeur opéré par le droit objectif.

L'intérêt, nous l'avons vu, renvoie à une multitude d'avantages, de désirs, d'utilités recherchés par son porteur. Terme abstrait utile dans la théorie juridique, il recouvre autant de réalités différentes qu'il existe de porteurs distincts placés dans des situations de fait spécifiques. Ces derniers opèrent, chacun en ce qui les concerne, des choix d'action ou d'abstention nécessairement subjectifs quant à ce qu'ils considèrent comme avantageux ou non⁸³¹ pour eux. Face à cette myriade d'intérêts subjectivement définis, le critère de légitimité — principalement, nous l'avons vu, par sa face négative, l'illégitimité — va refouler ceux qui lui paraissent indignes d'une protection par le droit car offensant *a priori* des règles s'imposant aux porteurs d'intérêts.

Nous retrouvons cette fonction de filtrage dans toutes les expressions de l'autonomie de l'intérêt en droit positif. En droit judiciaire, afin notamment d'éviter les actions populaires, en droit de la responsabilité civile

830. Cf. *supra*, n° 162.

831. Du reste, personne n'est *a priori* obligé de rechercher son avantage. Il se peut également que ces choix soient plus ou moins destructifs ou contraires à un avantage objectif.

afin d'éviter la contrariété de la réparation au droit et aux normes sociales qu'il accueille ou « réceptionne », en matière d'abus de droit afin de sanctionner l'exercice trop égoïste du droit subjectif, etc.

La condition de légitimité impose ainsi, au travers de la constatation de l'atteinte au droit objectif, un jugement de valeur influencé par les normes sociales quant à l'intérêt mis en avant par son porteur⁸³². Il est refoulé ou non *a priori* par la règle de droit applicable qui, au préalable, exprime, de manière plus ou moins rigide selon les cas, une pondération de valeurs abstraites propres à reléguer au rang d'inadmissibles un certain nombre d'intérêts concrets. Parfois, la marge de manœuvre laissée à l'organe de contrôle — principalement le juge — sera très large. Nous pensons ici, par exemple, à la contrariété aux bonnes mœurs. Dans d'autres hypothèses, le juge ne pourra que constater cette contrariété et refuser l'intérêt qui lui est soumis, sans pouvoir s'y opposer.

170

Le passage du non-droit au droit par la reconnaissance de la légitimité de l'intérêt. François Ost a particulièrement insisté sur le mécanisme de la légitimité comme instrument du passage de l'intérêt du non-droit ou de l'infra-droit vers le droit.

Seul l'aspect juridique de son argumentation nous intéresse ici. La condition de légitimité, lorsque elle est remplie, est devenue, par son affirmation systématique en toute matière où l'intérêt peut être pris en compte juridiquement, la clé d'accès de l'intérêt au droit. La légitimité de l'intérêt, notion bicéphale présentant probablement une signification sociale et préjuridique, est devenue sans doute aucun une notion juridique inséparable de celle d'intérêt qu'elle qualifie tout autant qu'elle consacre.

Techniquement parlant, la légitimité s'identifie avec la constatation de son absence d'illégitimité. C'est un point sur lequel droit positif et théorie juridique s'éloignent quelque peu. Dans le continuum des intérêts défendu par André Gervais et, ensuite, par François Ost, une triple distinction s'opère entre les intérêts illégitimes, les intérêts indifférents au droit et les intérêts légitimes.

Le droit positif semble plutôt ramener ces trois catégories à deux. Soit les intérêts mis en avant par son porteur sont considérés comme illégitimes et le droit refuse d'en tenir compte, voire sanctionne son porteur pour les actes portés dans leur recherche d'assouvissement. Soit l'intérêt

832. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 56. Selon l'auteur, cette traduction juridique serait précédée d'un préjugement social de reconnaissance, d'adhésion et de consécration de l'intérêt qui livre alors sa traduction juridique par l'adoption de règles juridiques (spéc. p. 15).

n'est pas considéré comme illégitime et, partant, par cette constatation, entre *ipso facto* dans l'arène juridique. En ce sens, il nous paraît que les intérêts ne sont jamais neutres pour le droit. Il peut certes les rejeter ensuite du fait de leur manque de consistance ou d'effectivité ou du fait de leur « infériorité » au regard des autres intérêts légitimes, droits subjectifs ou libertés civiles auxquelles ils s'opposent. Mais dès cet instant, ils sont entrés dans la sphère de juridicité qui a accepté de les prendre en compte dans l'analyse strictement juridique qui a alors bel et bien lieu au travers de l'application de règles de pondération.

171 La légitimité de l'intérêt comme condition nécessaire de la protection éventuelle de l'intérêt par le droit. L'intérêt légitime est souvent identifié à l'intérêt protégé par le droit. Cette affirmation doit être nuancée.

L'intérêt légitime ou non illégitime n'est pas nécessairement protégé par le droit. Il est simplement pris en considération afin, le cas échéant, de lui accorder une protection juridique dans des conditions qu'il conviendra d'approfondir. L'intérêt légitime va nécessairement entrer en opposition avec d'autres intérêts légitimes, droits subjectifs ou libertés civiles. L'intérêt ne peut en effet se détacher du rapport à autrui. Il n'est mis en avant que lorsqu'il est contrarié par autrui. Sa protection ou non découlera donc des règles de résolution de conflit.

Comme cela a du reste déjà été souligné, le passage du non droit au droit de l'intérêt ne va pas nécessairement se fonder sur une norme juridique préétablie qui viendrait en quelque sorte le consacrer *a priori*.

Quatre situations nous paraissent pouvoir être distinguées.

La *première situation* est à trouver dans les cas où la loi tranche *a priori* un conflit d'intérêts pour donner l'avantage à un intérêt sur un autre. C'est le cas, par exemple, de la loi sur les pratiques du commerce qui établit une liste de clauses considérées *a priori* comme abusives, alors même qu'elles pourraient être acceptées par le droit commun. Cette hypothèse n'est pas celle étudiée ici. L'intérêt n'est plus en opposition avec un droit subjectif, une liberté civile ou un autre intérêt légitime. Il est nécessairement légitime dans les hypothèses réglées par la règle de droit qui en consacre non seulement l'existence, mais la supériorité. L'intérêt n'est plus là que pour expliquer la *ratio* d'une règle particulière qui exprime la solution retenue dans un type de conflits d'intérêts. On a du reste pu soutenir qu'en définitive, c'était ainsi que s'expliquait le fondement de toute règle de droit objectif : résoudre *a priori* et de manière abstraite un conflit d'intérêts potentiel dans la réalité⁸³³.

833. En ce sens, N. GEELHAND, *Belangafweging in het huwelijksvermogensrecht — Deel I*, op. cit., p. 9 et s., spéc. n° 4 et 5 et nombreuses références citées.

La *seconde situation* est la plus fréquente. Aucune règle de droit objectif ne consacre *a priori* la supériorité d'un intérêt particulier sur un autre. La légitimité de l'intérêt en cause n'implique pas d'elle-même cette consécration par le droit objectif. Elle n'en constitue que la condition préalable. Si l'intérêt présente, comme l'a souligné avec raison François Ost, les caractéristiques d'omniprésence, d'imprécision, mais aussi de souplesse et de subversivité, c'est précisément parce qu'il reste indéfini, non fixé *a priori* par le droit. Ce dernier ne le consacre généralement pas, comme les droits subjectifs et les libertés civiles, par une norme de droit objectif préexistante qui lui donnerait un contenu spécifique et une portée dans l'ordonnement juridique. Sa consécration ne se produira alors que par l'application de règles ouvertes de conflits, qui permettent, par leur existence, une possible admission de sa prévalence sur les intérêts légitimes, droits subjectifs ou libertés civiles auxquels il s'oppose.

Une *troisième situation* se situe entre les deux précédentes. La prise en compte d'un intérêt ou d'une catégorie d'intérêts est imposée par la loi à un organe habilité à prendre une décision. C'est, par exemple, le cas de décisions laissées au juge dans l'intérêt de l'enfant. Mais il revient au juge d'estimer ce qui paraît alors, concrètement, aller de l'intérêt particulier dont la prise en compte lui est imposé par la loi. Même dans ces hypothèses, le juge ne pourrait opter pour un intérêt illégitime de l'enfant. Et la loi ne spécifie pas à proprement parler l'intérêt dont on parle autrement que par la désignation de son porteur. Si consécration il y a, celle-ci est indirecte. Cette situation révèle plutôt des règles permettant la consécration, *a posteriori*, par le juge ou l'organe décisionnel désigné par la loi, de l'intérêt spécifié *in abstracto* par la loi.

Une *quatrième situation* est celle où la recherche d'un intérêt s'effectue sous le couvert d'un pouvoir qualifié comme un droit subjectif ou une liberté civile. Pour ces deux qualifications, nous avons relevé la présence de l'intérêt au cœur même des pouvoirs qu'elles comprennent. L'intérêt est au centre de l'exercice de ces pouvoirs. Sa satisfaction en représente l'objet ou le but à atteindre. Cet intérêt est alors, nous semble-t-il, *a priori* légitimé par la règle qui consacre le droit ou la liberté dans laquelle il s'insère⁸³⁴. L'intérêt du titulaire du droit subjectif à exercer un pouvoir qui lui est reconnu par la loi et dans le cadre de celui-ci ne peut être que légitime *a priori*. Nous reviendrons sur ce point lorsqu'il s'agira de déterminer comment comprendre la théorie de l'abus de droit et s'il est admissible de la voir s'appliquer aux libertés civiles⁸³⁵.

834. Dans le même sens, *ibid.*, p. 37 : « On répondra que la poursuite de la satisfaction de l'intérêt-droit subjectif s'autorise du fait même de l'érection en droit de cet intérêt. ».

835. Cf. *infra*, n^{os} 345 et s.

Nous remarquons donc que dans les deux situations intermédiaires dans lesquelles la question de la légitimité de l'intérêt se pose, la loi n'intervient pas — ou alors seulement indirectement — pour fonder à elle seule la légitimité de l'intérêt en cause. C'est, au contraire, la légitimité constatée de l'intérêt qui permettra l'application de la loi. Dans la première situation, la loi vide le problème dès lors qu'elle règle un conflit d'intérêts *a priori*. Dans la dernière, elle permet une espèce de présomption de légitimité dont les contours devront du reste être définis avec précision.

La légitimité de l'intérêt intervient donc bien, en règle, comme la condition nécessaire d'une protection éventuelle par le droit, la protection effective de cet intérêt étant organisée par d'autres règles de droit que celles qui viendraient consacrer et reconnaître l'intérêt en cause, à l'instar de celles ayant cet effet pour les droits subjectifs et libertés civiles.

Sous-section 3 Les moyens ou titres de la légitimation de l'intérêt

172. La légitimation de l'intérêt par la liberté ? – 173. La légitimation de l'intérêt par application des principes de responsabilité civile ? – 174. La légitimation de l'intérêt par une règle de droit ? – 175. La distinction entre légitimation et consécration de l'intérêt légitime : de l'intérêt au rapport à autrui

172 La légitimation de l'intérêt par la liberté ? André Gervais⁸³⁶, François Ost⁸³⁷ et, avant eux, Raymond Saleilles⁸³⁸ pensent que le titre de la légitimité de l'intérêt qui permet sa satisfaction — sauf s'il est illégitime — est à trouver dans le principe de la liberté.

Raymond Saleilles considère que les intérêts dignes d'une protection juridique sont ceux qui sont considérés comme une manifestation légitime de la liberté individuelle dès lors que le but poursuivi n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

André Gervais précise cette opinion en notant que si la liberté civile justifie l'activité que les porteurs d'intérêts déploieront, c'est qu'elle est entendue comme « l'autorisation de faire tout ce qui n'est pas défendu par le Droit »⁸³⁹.

836. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 244.

837. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 37 et 185.

838. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, *op. cit.*, p. 562.

839. A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », *op. cit.*, p. 244.

François Ost reprend l'idée tout en la relativisant, nous semble-t-il. Un bémol apparaît en effet expressément concernant la capacité de légitimation de l'intérêt par un principe de liberté dès lors qu'il émet un doute sur la protection juridique de la liberté d'action ainsi appelée au fondement de l'intérêt légitime⁸⁴⁰. Du reste, nous l'avons vu, le principe de liberté ne permet pas seul, dans la pensée de François Ost, d'expliquer la légitimation de l'intérêt : un processus préjuridique doit consacrer son acceptabilité sociale ; une traduction juridique de celle-ci doit suivre dans une source du droit faisant autorité ; la charge de sa reconnaissance par autrui serait, quant à elle, à trouver dans l'idée générale de responsabilité⁸⁴¹.

Nous ne sommes nullement convaincu de l'utilité réelle de l'appel ainsi fait à la liberté civile afin d'asseoir la légitimité de l'intérêt.

Tout d'abord parce que, nous l'avons déjà indiqué⁸⁴², nous ne sommes pas persuadé de la portée juridique d'un principe général de liberté en dehors des libertés civiles particulières qui la concrétisent et lui donnent corps.

Ensuite, parce que cet appel recèle une ambiguïté. Il tend à laisser croire que dès lors qu'il est fondé sur ce principe, l'intérêt va être nécessairement être consacré puisque la liberté « permettrait » au porteur de satisfaire cet intérêt. Cette affirmation nous semble erronée. Ce n'est pas parce qu'un intérêt est légitime qu'il sera satisfait, qu'il s'imposera à autrui. Cette imposition dépendra, en définitive — nous le verrons — d'autres règles que celle qui soutiendrait un éventuel principe de liberté civile générale.

En outre, la liberté générale, pour autant qu'on lui attribue un effet juridique, *quod non*, opérerait une légitimation davantage sur l'activité développée que sur l'intérêt poursuivi. En effet, nous l'avons vu, c'est lorsque la liberté générale s'exprime en une liberté spécifique qu'un intérêt abstrait est mis en avant dans l'essence même de sa définition pour lui procurer son but. La liberté de contracter met en avant l'avantage

840. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 37 : « Quant au titre justifiant la poursuite d'intérêts purs et simples et d'intérêts légitimes, il semble bien qu'il faille le chercher du côté de la liberté civile elle-même plus ou moins garantie et protégée selon le cas. Ainsi, le principe de liberté permet aux personnes physiques et aux personnes morales de droit privé de poursuivre toute activité qui n'est pas interdite [...] ». Nous soulignons. Aussi, p. 185, où l'auteur paraît plus affirmatif tout en restant ambigu : « Le fondement de l'intérêt juridiquement pertinent peut sans doute être cherché du côté de la liberté. Une liberté d'action qui prétend être reconnue et protégée, sinon consacrée juridiquement. ».

841. Cf. *supra*, n^{os} 125 et 170.

842. Cf. *supra*, n^o 93.

reconnu *a priori* comme légitime de choisir son cocontractant et de conclure ou non un contrat ; la liberté d'expression met en avant l'avantage reconnu *a priori* comme légitime que possède tout individu à s'exprimer, etc. Mais la liberté générale ne met en avant aucun intérêt particulier autre que la potentialité de faire ce qui n'est pas interdit. La légitimation éventuelle porte plus sur l'activité du titulaire de cette liberté — il peut faire ce qu'il veut — que sur l'intérêt qu'il poursuivrait et qui est pourtant contrôlable et sanctionnable *a posteriori*. Il pourrait donc faire ce qu'il désire, pour autant que l'intérêt poursuivi *in concreto* ne soit pas illégitime. La liberté générale n'interviendrait donc pas comme fondement de la légitimité de la recherche de la satisfaction des multiples intérêts que son titulaire pourrait décider, librement, de satisfaire, contrairement aux libertés civiles spécifiques.

Nous pouvons cependant admettre que la légitimité provient d'un principe de non-interdiction. C'est l'absence d'illégitimité qui, normalement, permet à l'intérêt d'entrer dans l'arène des tensions qui traversent le droit pour remplir ses différentes fonctions. Mais cependant, si tel est bien le sens donné à l'appel à la liberté civile, cette dernière est incapable de permettre d'expliquer et de comprendre comment, en termes de technique juridique, l'intérêt légitime est pris en compte par le droit.

173

La légitimation de l'intérêt par application des principes de responsabilité civile ? Il est certain que l'application des règles de la responsabilité civile permet de consacrer certains intérêts légitimes en assurant à leur porteur une réparation du préjudice né de sa violation. L'exemple de l'admission de l'intérêt d'un concubin à une réparation de son préjudice moral suite à la disparition de son compagnon due à la faute d'un tiers en représente un exemple frappant.

Il serait cependant difficile d'y voir l'explication du processus de légitimation de l'intérêt^{843 844}. Les règles de responsabilité civile ne sont

843. Contrairement à ce que soutient, par exemple, Xavier Dieux dans son travail de doctorat. Ainsi, selon l'auteur, l'expectative — c'est-à-dire l'intérêt — d'autrui ne devient légitime que lorsqu'elle passe l'épreuve des règles de la responsabilité civile et, particulièrement, la condition de faute dans le chef de celui qui l'enfreint — même si la perspective est en quelque sorte « retournée » dans la thèse savante de l'auteur puisque la légitimité concerne en réalité l'expectative de la victime quant au respect de ses propres intérêts par autrui (X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op. cit., p. 173 et 174).

844. François Ost paraît admettre également que les règles de la responsabilité civile ne fondent ni n'expliquent totalement le processus de légitimité puisqu'il identifie son rôle à la contrepartie de l'intérêt légitime dans le chef d'autrui (F. Ost, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 185 et 186).

qu'un moyen, sans doute le plus visible et le plus utilisé, de voir certains intérêts légitimes non seulement reconnus, mais protégés dans le rapport à autrui.

Mais nous verrons qu'il était admis que la condition de légitimité ne se trouve pas inscrite dans les conditions de la responsabilité civile telles qu'énoncées par les articles 1382 et 1383 du Code civil ⁸⁴⁵.

En outre, une distinction doit être faite entre le processus de légitimation de l'intérêt et celui de sa protection. Le premier précède le second. L'intérêt légitime n'est pas celui qui est protégé, mais celui qui est susceptible de l'être. Si tel n'était pas le cas, la violation de tout intérêt légitime provoquant un dommage pour son porteur donnerait automatiquement lieu à réparation. Or, tel n'est pas le cas. Pour que cette réparation soit obtenue, il faudra prouver la faute ainsi que les autres conditions de la responsabilité. Le porteur de l'intérêt doit démontrer pourquoi son propre intérêt doit, en définitive, l'emporter, sur celui d'autrui, compris ou non dans un droit subjectif ou une liberté civile. Ce n'est qu'à ce moment qu'apparaît une protection effective de l'intérêt.

174

La légitimation de l'intérêt par une règle de droit ? Nous avons déjà souligné à diverses reprises que dans la pensée d'André Gervais et François Ost, la légitimation de l'intérêt passait nécessairement par l'application d'une règle de droit. Nous avons également mis en doute cette affirmation : l'intérêt n'est généralement pas consacré par une règle ayant précisément cet objet ⁸⁴⁶.

L'intérêt considéré comme non illégitime est plutôt pris en charge par des règles de droit offrant un cadre à l'opposition qui le fait apparaître dans une relation qui lie le porteur à autrui. Ainsi, lorsqu'il est repris, abstraitement, comme condition de recevabilité de l'action en justice, comme condition d'existence du dommage réparable, comme élément de l'assiette du critère de proportionnalité en tant que condition de l'abus de droit, comme élément devant guider la décision d'un juge sur un point déterminé par la loi, etc., l'intérêt n'est pas considéré comme légitime *a priori* par la règle qui permet sa prise en compte dans un conflit (judiciaire, relatif à la réparation, relatif à l'imposition d'un droit subjectif, relatif à une décision à prendre suite à un conflit, etc.). La condition de légitimité précède l'application desdites règles ou théories.

C'est par cette constatation que nous découvrons le lien complexe que l'intérêt développe avec les règles de droit objectif. Participant au

845. Cf. *infra*, n° 190.

846. Cf. *supra*, n° 128.

grand jeu des relations entre personnes régies par le droit, il ne peut se passer d'un processus de prise en charge et de consécration via des règles de droit objectif. Fuyant et subversif, il opère « par la bande » en empruntant à celui-ci des règles ouvertes laissant à celui qui l'applique le soin d'opérer une pondération entre les intérêts en présence en bénéficiant pour ce faire d'une marge de manœuvre laissée — et voulue — par la règle. Comme l'a souligné avec force François Ost, c'est la « norme » ou le « standard » opposés à la loi qui caractérisent la forme de régulation nouvelle dans laquelle l'intérêt opère⁸⁴⁷. Mais ce cadre laisse sans explication l'imposition de la condition de légitimité de l'intérêt...

175 La distinction entre légitimation et consécration de l'intérêt légitime : de l'intérêt au rapport à autrui. Il nous apparaît de ce qui précède que, en l'état de la réflexion, une distinction doit être effectuée entre le caractère légitime de l'intérêt et sa consécration accordée lorsqu'une protection juridique lui est reconnue.

L'intérêt illégitime est celui dont la prise en compte par le droit est refusée. Aucun effet de droit ne lui est accordé. L'intérêt devient légitime lorsqu'aucune règle de droit ne vient interdire sa satisfaction dans l'ordre juridique. Le droit lui permet alors de sortir ses effets. C'est, selon nous, cet effet qui comprend en lui-même la clé du mystère de la légitimité de l'intérêt. Pour sortir un effet juridique, qu'il conviendra de préciser, l'intérêt doit être légitime. C'est pourquoi nous pensons que l'explication de la légitimité de l'intérêt est à trouver du côté des conditions de son opposabilité aux tiers. Nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de cette étude⁸⁴⁸.

Une fois que les effets de l'intérêt sont admis par le droit du fait de sa légitimité, il peut se voir consacré par le droit en étant protégé par application d'une règle de droit.

Cette consécration s'opère toujours au départ de l'émergence d'un conflit. Si l'intérêt légitime est mis en avant, c'est parce qu'il est éterné par d'autres intérêts légitimes, voire par des droits subjectifs ou des libertés civiles. L'apparition de l'intérêt légitime en droit est directement tributaire de la relation que son porteur nourrit avec autrui. Soit ce dernier tente de lui imposer une situation de fait ou de droit contraire à son intérêt légitime. Soit lui-même poursuit la satisfaction de son propre intérêt tout en portant atteinte à l'intérêt légitime, au droit subjectif ou à la liberté civile d'autrui. C'est donc en découvrant les règles de conflit appli-

847. F. OST, *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 179 à 181.

848. Cf. *infra*, n^{os} 330 et s.

cables qu'apparaîtront les conditions de consécration des intérêts légitimes.

Nous retrouvons, dès lors, comme pour les droits subjectifs et les libertés civiles, le rapport à autrui au centre de l'étude de l'intérêt légitime. Sa légitimation ou reconnaissance n'a de sens que par son opposition subséquente à autrui. S'il est possible de relever des caractéristiques propres, intrinsèques à l'intérêt légitime, qui le distinguent des droits subjectifs et libertés civiles, il convient également — comme lors de la comparaison entre droit subjectif et liberté civile — de comprendre ce qu'implique, dans la relation à autrui, la qualification d'intérêt légitime. Il apparaît donc que la relation à autrui offre une assise solide de comparaison entre les trois concepts analysés.

Conclusions

Description provisoire des caractéristiques de l'intérêt légitime

176. Les divergences entre l'intérêt légitime, d'une part, et les droits subjectifs et libertés civiles, d'autre part – 177. La convergence entre l'intérêt légitime, d'une part, et les droits subjectifs et libertés civiles, d'autre part : le rapport à autrui – 178. Les définitions provisoires de l'intérêt légitime, du droit subjectif et de la liberté civile – 179. Le rapport à autrui comme élément comparatif des droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes

176 Les divergences entre l'intérêt légitime, d'une part, et les droits subjectifs et libertés civiles, d'autre part. Les divergences entre l'intérêt légitime, d'une part, et les droits subjectifs et les libertés civiles, d'autre part, apparaissent de manière beaucoup plus nette que dans la comparaison de ces deux autres notions entre elles⁸⁴⁹.

La *première divergence* se situe dans le rapport entre ces notions et le *droit objectif*. Le lien étroit et direct existant entre les droits subjectifs, les libertés civiles et le droit objectif ne se retrouve pas tel quel pour les intérêts légitimes.

L'intérêt légitime ne naît pas d'une règle de droit objectif qui le définit et le consacre *a priori* en l'attribuant au porteur de l'intérêt. L'intérêt naît à un niveau éminemment subjectif dans le chef de son porteur. C'est lui qui le définit, lui donne corps et substance pour tenter ensuite de lui donner satisfaction ou de le défendre à l'égard des atteintes qui y sont portées par des tiers. Si un lien existe avec le droit objectif, celui-ci semble n'apparaître qu'indirectement ou *a posteriori*⁸⁵⁰ alors que les notions de droit subjectif et de liberté civile n'existent que parce que le droit objectif a décidé *a priori* de les prévoir, de les ordonnancer et de les organiser dans l'ordonnement juridique global⁸⁵¹.

Ensuite, nous l'avons déjà souligné, en règle, le droit objectif ne définit ni ne consacre à proprement parler l'intérêt légitime, au sens concret du terme, compris comme l'avantage recherché *in concreto* par son porteur.

849. Cf. *supra*, n^{os} 109 et s.

850. Cf. *supra*, n^o 128.

851. Cf. par exemple *supra*, n^o 109.

Ces avantages sont trop nombreux, trop diffus, trop insaisissables pour donner lieu à des définitions *a priori*. Au mieux, l'intérêt est qualifié par référence à son porteur — intérêt de l'enfant, par exemple — ou à la caractéristique commune des avantages qu'il désigne — intérêts économique ou moraux, par exemple. Il entre en « juridicité » par l'intermédiaire de règles ouvertes et imprécises qui laissent une certaine marge de manœuvre, *in fine*, au juge, chargé de résoudre le conflit dans lequel il s'insère.

La *deuxième divergence* découle de la première. L'intérêt légitime ne recevant pas de définition, il n'est porteur d'aucun pouvoir juridique particulier, si ce n'est peut-être une prérogative de défense encore mal définie dans ses conditions d'application. Avoir un intérêt à satisfaire n'implique pas la reconnaissance d'un pouvoir à l'égard d'autrui. Que du contraire, l'intérêt particulier relève au départ de l'ordre du non-droit. Il n'y entre progressivement que par l'intermédiaire de sa non-illégitimité et de règles de droit qui permettent sa prise en compte⁸⁵².

Autrement dit, alors que droits subjectifs et libertés civiles paraissent *a priori* porteurs d'une autorisation d'action et/ou d'abstention reconnue par le droit objectif, l'intérêt légitime et sa satisfaction ne sont ni permis ni interdits *a priori*. Cette satisfaction sera peut-être reconnue *a posteriori*, après qu'il aura été contrôlé si, au vu du conflit dans lequel l'intérêt légitime apparaît, elle peut l'emporter ou être défendue à l'égard des intérêts particuliers d'autrui, coulés ou non en droit subjectif et liberté civile.

Dès lors, une *troisième divergence* apparaît, du moins à l'égard du droit subjectif. Si aucun pouvoir n'est *a priori* reconnu au porteur d'un intérêt légitime, sa protection juridique ne semble pas aussi forte que celle accordée aux deux autres notions. Il découle de l'étude déjà effectuée que, mis à part le cas où la loi impose la prise en compte d'un intérêt particulier, seule une responsabilité civile de celui qui y porte atteinte paraît envisageable au titre de sa protection.

Il est habituel de considérer, même si cela reste controversé, que le titulaire d'un droit subjectif se voit toujours reconnaître une action en justice spécifique lui permettant de faire cesser une atteinte à son droit⁸⁵³. Rien de tel pour l'intérêt légitime, sauf exception prévue par la loi. Le propre de la protection juridique de l'intérêt légitime apparaît, dès lors, moins clair en la comparant à celle de la liberté civile, qui ne paraît pas non plus bénéficier d'une telle action⁸⁵⁴. La différence est sans doute à

852. Cf. *supra*, n° 174.

853. Cf. par exemple *supra*, n° 61.

854. Cf. *supra*, n° 109.

trouver dans le rapport à la légitimité. Cette dernière serait en effet présumée pour l'intérêt poursuivi au travers de la liberté civile. Il conviendra, dès lors, de se demander si l'opposabilité de chacune des notions analysées se différencie par une protection spécifique.

177

La convergence entre l'intérêt légitime, d'une part, et les droits subjectifs et libertés civiles, d'autre part : le rapport à autrui. Comme cela a été amplement souligné précédemment concernant les deux autres concepts étudiés⁸⁵⁵, l'intérêt légitime est au centre des rapports entre personnes de droit privé⁸⁵⁶.

Mais alors que les qualifications de droit subjectif et de libertés civiles paraissent porteuses d'un effet direct particulier à l'égard d'autrui — la face externe du pouvoir — leur permettant de s'imposer ou d'être pris en compte *a priori*, l'intérêt légitime se présente vierge face à autrui. Privé d'une force de rayonnement *a priori*, l'intérêt légitime devrait trouver dans chaque circonstance propre au conflit la justification de sa protection et de son éventuelle consécration. Ces constatations imposent qu'une réflexion serrée soit accordée à la force de rayonnement de chacune des notions analysées.

Il part de plus avec un handicap dont il conviendra de préciser la portée dans le reste de cette étude : droits subjectifs et libertés civiles sont porteurs d'une pondération *a priori* qui leur permet de l'emporter face à des intérêts contradictoires. La reconnaissance de leur qualification par le droit objectif implique l'autorisation de satisfaire les intérêts qu'ils véhiculent et qui en forment l'objet et le but. Cette satisfaction va nécessairement enfreindre d'autres intérêts et en empêcher la satisfaction. Reste à savoir, et c'est l'objet principal de la présente étude, comment et à quelles conditions droits subjectifs et libertés civiles s'imposent *a priori* à certains intérêts légitimes.

L'intérêt légitime nu va, dans certains cas, nécessairement devoir échouer face à l'intérêt servi par les pouvoirs contenus dans les qualifications étudiées. Comment et dans quelles circonstances pourra-t-il quand même contrecarrer ceux-ci ? Il faudra également répondre à cette question. Nous pouvons cependant remarquer qu'il ne s'imposera qu'au travers de règles et principes ouverts, où l'équité, la bonne foi, l'équilibre ou la pondération des intérêts occupent une place prépondérante. Nous avons vu que François Ost considérait que les intérêts étaient à la base de

855. Cf. par exemple *supra*, n° 109 et n° 61.

856. Cf. *supra*, n° 153

méthodes propres de résolution de conflits⁸⁵⁷. Ce sont ces méthodes qu'il faudra mettre en lumière au départ des constatations faites préalablement.

178

Les définitions provisoires de l'intérêt légitime, du droit subjectif et de la liberté civile. Les caractéristiques de l'intérêt légitime sont aussi faciles à distinguer que difficiles à définir.

Les recherches de la signification généralement admises de l'intérêt légitime qui précèdent permettent cependant de retenir une définition provisoire du concept. Non sans rappeler que cette définition nous paraît quelque peu inutile quant à sa composante de l'intérêt. Elle offre cependant tout son sens dès lors qu'elle couvre d'emblée le caractère légitime de l'intérêt. L'intérêt légitime est *tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que celui-ci n'est pas considéré a priori par le droit objectif comme interdit car poursuivi en violation d'une règle du droit objectif*.

Nous retrouvons ici les deux éléments mis en avant dans le présent chapitre. L'intérêt est défini dans son sens usuel provenant directement du langage commun. Il évoque toujours un avantage, un bénéfice, une utilité pour son porteur qui tente de le satisfaire ou de le sauvegarder eu égard aux agissements des tiers, eux-mêmes en recherche d'une satisfaction contradictoire. Cette satisfaction ou cette défense ne sont cependant pas admises dès lors qu'elles seraient *a priori* interdites par une règle de droit objectif. L'intérêt n'est légitime que s'il passe cette épreuve de non-contrariété avec le droit objectif. Puisque nous ne pensons pas que la légitimité de l'intérêt impose automatiquement sa protection, nous n'incluons pas l'élément de protection juridique dans la définition de l'intérêt légitime. Pour ce faire, il faudrait être capable de déterminer quand l'intérêt légitime se voit accordé cette protection, ce que nous ne pouvons encore dire au stade actuel de notre réflexion.

Ces caractéristiques sont à rapprocher de celles retenues précédemment pour les droits subjectifs et libertés civiles.

Pour rappel, nous avons admis que le droit subjectif pourrait assurément être défini, eu égard à l'état actuel du droit positif et de la théorie générale du droit, comme *le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du*

857. Cf. *supra*, n° 127.

droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique.

Selon une méthode principalement comparatiste au regard de la définition précédente, nous avons admis de considérer que la liberté civile était le *pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers.*

179

Le rapport à autrui comme élément comparatif des droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Au terme de la première partie de cette étude, il nous paraît nécessaire, pour distinguer plus précisément les trois concepts soumis à analyse, de se placer sur le terrain commun à ceux-ci : le rapport à autrui. En effet, ceux-ci impliquent ou se meuvent tous dans une relation réciproque de droit privé entretenue par les individus entre eux.

Si ces trois concepts présentent des spécificités sur ce terrain, il convient de vérifier comment ils interagissent entre eux. Pour ce faire, nous proposons une double approche qu'il convient de comprendre.

Le droit subjectif, la liberté civile et l'intérêt légitime sont des concepts dont l'utilité et le but se situent sur le terrain du rapport à autrui. Le droit objectif leur reconnaît certains effets juridiques sur ce terrain. L'arsenal conceptuel juridique offre à cet égard un outil qu'il conviendra postérieurement de définir : l'opposabilité.

Si le droit subjectif, la liberté civile et l'intérêt légitime sont porteurs d'un effet juridique particulier, alors ce dernier devrait jouer un rôle dans la manière dont le tiers qui les enfreint ou les énerve est susceptible d'être sanctionné. *A priori*, la sanction par excellence est la responsabilité civile de l'agent qui, fautivement, limite les droits, libertés et intérêts d'autrui. Mais, préalablement à la réparation que sanctionne la responsabilité, d'autres sanctions apparaissent, à savoir l'inopposabilité et la cessation des actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt ou de l'exercice des droits subjectifs et libertés civiles.

Opposabilité — ainsi que sa face négative, l'inopposabilité —, d'une part, et la responsabilité, d'autre part, sont les principes qui nous guideront dans l'étude des trois concepts retenus sur le terrain du rapport à autrui. De cette étude, il pourra ensuite être déduit une systématisation des modes de résolution de conflit entre ces mêmes concepts.

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS SUR AUTRUI DES QUALIFICATIONS ET DES MODES DE RÉOLUTION DE CONFLITS QUI S'EN DÉGAGENT

180. Du rapport à autrui à l'élaboration d'un modèle de résolution de conflits entre droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime – 181. Plan et méthode

180

Du rapport à autrui à l'élaboration d'un modèle de résolution de conflits entre droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime. Au départ des définitions retenues dans la première partie de cette étude, l'analyse du rapport à autrui pour chacun des concepts étudiés permettra de comprendre quel devrait être, théoriquement, l'effet juridique de chacun d'eux à l'égard d'autrui et, partant, d'élaborer un modèle de résolution des conflits.

L'approche se veut prospective et théorique tout en gardant un ancrage dans le droit positif. Le but sera cependant moins de décrire l'effet juridique traditionnellement reconnu par le droit positif à chacun de ces concepts que de tenter de déterminer quel devrait être logiquement et théoriquement celui-ci eu égard à notre analyse antérieure. En effet, le manque d'analyse systématique de la matière a conduit la doctrine et la jurisprudence à adopter des solutions diverses, parfois incohérentes, rendant difficile toute généralisation en la matière au départ de leur analyse. C'est donc en recherchant un fondement théorique précis à la détermination de l'effet juridique de chacun des concepts analysés que nous parviendrons à systématiser les modes de résolution de conflits.

La première partie, consacrée à la recherche des définitions et des caractéristiques de chacun des concepts analysés, a livré des enseignements. Nous avons vu, en effet, que certains effets juridiques étaient traditionnellement reconnus à chacune des qualifications, même si ceux-ci

n'étaient pas clairement décrits. Nous chercherons, précisément, à les traduire et à les systématiser autour des deux vecteurs de la relation à autrui, l'opposabilité et la responsabilité.

Ces effets juridiques peuvent être appréhendés par deux voies distinctes. La première va de la qualification vers autrui : le droit subjectif, la liberté civile et l'intérêt légitime se voient reconnaître, en vertu de leurs éléments caractéristiques, un effet juridique à l'égard des tiers. La seconde voie va d'autrui vers la qualification : autrui doit respecter cet effet et s'y soumettre sous peine de voir se mettre en œuvre des mécanismes de sanction à son égard. Quelle est exactement la portée de cet effet ? Quels devoirs impliquent-ils à l'égard d'autrui ? C'est le problème de la détermination de l'opposabilité de chacune des qualifications analysées.

Une fois déterminés ces effets juridiques, il convient de comprendre quelle peut être la sanction pour ceux qui les méconnaissent. Ici aussi, l'appréhension du problème est double. De la qualification vers autrui : de quelle sanction le titulaire du droit subjectif, de la liberté civile et le porteur de l'intérêt légitime est-il frappé lorsqu'il outrepassé l'effet reconnu à son droit, sa liberté ou son intérêt ? D'autrui vers la qualification : quelle sanction encourt le tiers qui méconnaît l'effet juridique d'un droit subjectif, d'une liberté civile ou d'un intérêt légitime ? C'est le problème de la responsabilité liée aux qualifications analysées. Seule la seconde approche retiendra d'abord notre attention. L'analyse de la responsabilité des titulaires des droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes nous paraît devoir s'insérer dans l'analyse globale des conflits dès lors qu'elle est directement dépendante de la qualification des pouvoirs ou intérêts de la victime.

Une fois déterminées les responsabilités qui sont liées aux effets juridiques de chaque qualification, nous nous demanderons comment peut s'organiser logiquement, en fonction des acquis des résultats des analyses de l'opposabilité et de la responsabilité, les confrontations entre les diverses qualifications. Quatre modes de résolution de conflit peuvent être mis en avant : l'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts.

Un point important de notre démarche doit être souligné. Tels qu'ils apparaîtront dans la présente partie, ces modes de résolutions de conflit ne seront pas encore systématisés au travers de tous les conflits imaginables entre titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes. Tel sera, en effet, l'objet de la troisième partie de notre étude. Mais le mode de résolution qui apparaît comme directement lié à la qualification analysée sera ci-après identifié. Nous ne pouvons toutefois

affirmer ou exclure à ce stade qu'il trouvera à s'appliquer dans un conflit où apparaît une autre qualification. Ainsi, par exemple, nous mettrons en exergue dans le titre consacré aux libertés civiles le mode de résolution de l'équilibre qui y est lié. Mais nous verrons dans la troisième partie que l'équilibre s'applique également aux conflits opposant deux droits subjectifs.

181

Plan et méthode. Un titre préliminaire est consacré au rappel des notions qui seront les outils de l'élaboration de notre modèle : l'opposabilité et la responsabilité extracontractuelle (titre préliminaire).

Dans un premier temps, l'effet de la qualification de droit subjectif sera déterminé. D'abord par le biais de son opposabilité, puis de la responsabilité des tiers qui y portent atteinte. Un premier mode de résolution de conflits sera mis en exergue : l'imposition (titre premier).

Ensuite, c'est l'effet de la qualification de la liberté civile qui sera recherché au travers de son opposabilité et de la responsabilité de ceux qui l'exercent comme de ceux qui y portent atteinte. Un second mode de résolution de conflits sera découvert : l'équilibre (titre second).

Ensuite, la même démarche sera suivie concernant l'intérêt légitime. Deux derniers modes de résolution de conflits seront mis à jour : la proportionnalité et la pondération des intérêts (titre troisième).

Il convient cependant de souligner que la démarche poursuivie dans chacun de ces titres présente des particularités.

L'élaboration du titre premier a pu se nourrir des nombreux débats doctrinaux. Tant l'opposabilité des droits subjectifs que la problématique de la responsabilité du tiers qui y porte atteinte ont fait l'objet de nombreuses études et donné lieu à de la jurisprudence. Nous nous sommes principalement inscrit dans ces débats afin de suivre notre propre réflexion : dégager l'effet d'opposabilité du droit subjectif, déterminer les conditions de la responsabilité civile du tiers et, enfin, mettre en avant un premier mode de résolution de conflits : l'imposition.

Tel n'a pas été le cas pour le second titre. L'opposabilité de la liberté civile n'a pratiquement pas retenu l'attention de la doctrine. Pour pallier ce manque, nous avons dû procéder à un état du droit positif au travers de la doctrine et de la jurisprudence propres aux conflits de libertés civiles afin d'en dégager des enseignements quant à l'effet d'opposabilité en réalité reconnu aujourd'hui à ces libertés. Partant de nos constatations, nous avons alors pu suivre notre méthode de recherche et analyser l'opposabilité de la liberté civile, puis la responsabilité du tiers qui y porte atteinte

pour, enfin, mettre en avant le mode de résolution de conflit qui s'imposait avec le plus de force dans les conflits de libertés civiles : l'équilibre.

Le troisième titre prend un point de départ encore différent. Nous avons pu ici utiliser les acquis des deux premiers titres ainsi que les enseignements de l'analyse du droit positif effectuée dans la première partie de cette étude (cf. *supra*, les expressions de l'indépendance de l'intérêt légitime⁸⁵⁸). C'est ainsi que nous avons directement attaqué la recherche du fondement de l'opposabilité de l'intérêt légitime, malgré l'absence de débats doctrinaux sur ce point précis. Nous avons aussi pu dégager deux modes de résolution de conflits particuliers — la proportionnalité et la pondération des intérêts — en partant des raisonnements déjà construits concernant les modes de résolution qui avaient été révélés sous les deux titres précédents. La connaissance des effets d'opposabilité des droits subjectifs et des libertés civiles nous a alors permis de tenir compte de trois types de conflits spécifiques : l'intérêt légitime face au droit subjectif ; l'intérêt légitime face à la liberté civile ; l'intérêt légitime face à un autre intérêt légitime.

858. Cf. *supra*, partie I, titre III, chapitre second, n^{os} 130 et s.

Principes d'opposabilité et de responsabilité extracontractuelle

Chapitre 1

Le principe d'opposabilité

182. L'opposabilité : notion – 183. L'opposabilité des conventions – 184. Le fondement de l'opposabilité des conventions – 185. L'opposabilité des autres éléments juridiques : actes juridiques, faits juridiques, situations juridiques et droits subjectifs – 186. L'opposabilité comme vecteur de la relation à autrui dans les qualifications étudiées

182

L'opposabilité : notion. L'opposabilité est un concept juridique utilisé à l'envi par la doctrine et la jurisprudence⁸⁵⁹. L'opposabilité est normalement maniée conjointement avec la notion de « tiers » dont elle est techniquement indissociable. Elle vise souvent aussi — mais erronément — à préciser qu'une clause contractuelle⁸⁶⁰ ou une norme s'applique à ses destinataires originaires⁸⁶¹, une partie ou un justiciable. Ainsi, on parle communément de « l'opposabilité » des conditions générales à l'acheteur

859. « Le mot opposabilité constitue sans doute, à l'instar du mot tiers auquel il est habituellement associé, l'un des termes les plus souvent utilisés dans la langue juridique moderne. » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 21, n° 1).

860. Pour un cas d'« opposabilité » de l'écrit constatant un engagement pour un travail déterminé au travailleur engagé, Cour. trav. Mons (2^e ch.), 20 janvier 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 158.

861. Concernant l'« inopposabilité » d'une loi aux citoyens en l'absence d'un arrêté royal fixant son entrée en vigueur, voy. C.A., 18 janvier 1996, n° 6/96, *Arr. C.A.*, 1996, p. 45 ; concernant l'« opposabilité » d'un arrêté royal, Cour trav. Bruxelles (3^e ch.), 3 septembre 1991, *Chr. dr. soc.*, 1992, p. 66.

ou à un preneur de services⁸⁶². De là, un risque de confusion entre les effets obligatoires ou internes de l'acte qui ne concernent que ceux qui le posent, les parties ou assimilées, et le rapport entre cet acte et les tiers.

La doctrine ne s'est que très peu attardée sur la notion même d'« opposabilité » indépendamment de tout objet particulier sur lequel elle porte. En Belgique, une très large doctrine s'est penchée sur l'opposabilité des contrats ou des jugements, mais il n'existe aucune étude relative au concept même d'opposabilité. Le débat issu de l'évolution du droit positif relatif à l'opposabilité des conventions fait clairement la distinction entre les effets internes et externes du contrat, seuls ces derniers traduisant l'opposabilité du contrat. Il nous paraît donc nécessaire de rejeter clairement toute utilisation de la notion concernant les effets juridiques entre parties à un acte juridique pour ne retenir son utilisation qu'à l'égard des tiers.

Un auteur français, José Duclos, s'est attaché à systématiser la notion d'opposabilité dans sa thèse de doctorat. Il y énonce une définition de notre concept-outil qui ne paraît nullement en contradiction avec la portée qu'on lui reconnaît traditionnellement en droit positif belge, même si l'effort de systématisation n'y a jamais été poussé aussi loin.

Aussi, nous pouvons considérer, avec lui, que l'opposabilité est « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son activité directe »⁸⁶³. L'opposabilité a un objet : un fait, un acte, un droit ou une situation juridique. C'est le lieu de la relativité. Elle a également un effet, nécessairement « indirect » : « Le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte »⁸⁶⁴. C'est le lieu de l'opposabilité. Pour cerner l'effet indirect, l'auteur imagine un cercle dont la circonférence délimite, en deçà et au-delà, deux types de rapports juridiques. L'intérieur est le domaine de l'effet direct concernant les personnes direc-

862. Sur le problème de l'« opposabilité » du règlement général « Eurochèque » au titulaire de compte, voy. Civ. Charleroi (4^e ch.), 5 juin 1990, *J.T.*, 1990, p. 631 ; relativement à l'« opposabilité » d'un contrat d'adhésion à l'adhérent, voy. Mons (1^{re} ch.), 3 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 84 ; concernant l'« opposabilité » du contrat de compte courant à son titulaire, voy. Bruxelles, 2 février 1993, *F.J.F.*, 1994, p. 312.

863. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 22, n° 2-1 ; à sa suite, I. MARCHESSAUX, « L'opposabilité du contrat aux tiers — La distinction entre effet obligatoire et opposabilité du contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 78 à 80 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^e éd., t. I, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 283, n° 270 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 320, note 70.

864. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 23.

tement en relation avec l'élément juridique considéré (acteurs ou sujets directs). L'extérieur est le domaine de l'effet indirect ou de l'opposabilité. Il intéresse ceux qui ne sont pas « acteurs directs », à savoir les « tiers ». L'opposabilité met donc en rapport divers sujets : le *sujet actif* — celui qui oppose — et le *sujet passif* — celui à qui l'on oppose⁸⁶⁵.

183

L'opposabilité des conventions. L'opposabilité trouve son champ d'application privilégié en matière conventionnelle.

Depuis longtemps, doctrine et jurisprudence belges, interprétant l'article 1165 du Code civil⁸⁶⁶, ont distingué les effets internes du contrat, obéissant au principe de relativité ou de l'effet relatif des conventions, qui ne concernent en principe que les parties, et ses effets externes, qui visent l'opposabilité de la convention aux tiers⁸⁶⁷.

865. La question de la détermination du « tiers » a donné lieu à de nombreuses difficultés qui ne seront pas développées ici. En effet, l'hypothèse de travail retenue est précisément celle où les titulaires des droits subjectifs, libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes n'entretiennent pas, préalablement au conflit qui les oppose, de relations juridiques (cf. *supra*, introduction, n° III). Pour un aperçu des difficultés relatives à la détermination de la notion de tiers, voy. I. CORBISIER, « Les différents tiers au contrat », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, op. cit., p. 101 à 131.

866. Article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. ».

867. Pour des analyses générales de cette distinction et de ses effets, voy. notamment D. DEVOS e.a., *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, CJB-ABJE-VP, 1995 ; M. FONTAINE, J.-J. GHESTIN (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, op. cit.

Sur cette distinction, voy. en particulier, L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, p. 347 et 348, n° 282 ; S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 137 et 138 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 172 et s., n° 118 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984, p. 5 et s. ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 41 et 42, n° 6 ; Ph. HAMER, N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, op. cit., p. 13 ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, op. cit., p. 57 et s., nos 2 à 4 ; J.-FR. ROMAIN, *Théorie critique du principe de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 515, n° 241 et p. 541 et 542, n° 247.3.

L'effet externe a été consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation dans son arrêt du 27 mai 1909 (*Pas.*, 1909, I, p. 272) qui l'a confirmée ensuite à différentes reprises (voy. par exemple, Cass., 18 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 990 et s. ; Cass., 3 novembre 1989, *Bull.*, 1990, I, n° 137, 272 et s.).

Les premiers visent les droits et obligations nés du contrat qui produisent leurs effets entre parties. Le vendeur a seul le droit de réclamer à l'acheteur le prix de la chose vendue. L'acheteur a seul le droit de réclamer au vendeur la livraison de la chose vendue. Un tiers n'est pas tenu au respect de ces obligations⁸⁶⁸. Il ne tire aucun droit du contrat auquel il n'est pas partie et ne peut demander à son profit l'exécution des obligations qui y sont prescrites⁸⁶⁹. Les seconds portent sur l'existence du contrat qui s'impose aux tiers. Si une personne vend sa voiture, les créanciers de cette dernière ne peuvent plus la saisir car ils ne peuvent nier la convention ayant pour effet de transférer la propriété de celle-ci à un tiers et, partant, sa sortie du patrimoine du débiteur.

Concernant les effets externes, on admet que le contrat est une réalité dont les tiers, selon les cas, *peuvent* ou *doivent* tenir compte. Dans le premier cas, la convention profite aux tiers. Il s'agit de l'*effet positif* de l'opposabilité dans le chef du tiers. Ainsi, ce dernier peut invoquer non seulement l'existence d'une convention, mais aussi les effets de celle-ci entre les parties contractantes en tant que moyen de défense contre une demande émanant de l'une d'elles⁸⁷⁰ : le débiteur d'une compensation pour trouble de voisinage invoque l'existence d'une transaction conclue par la victime avec un tiers pour déterminer le préjudice soumis à compensation⁸⁷¹, le créancier d'indemnités dues à la suite d'un accident du travail peut invoquer l'existence d'un contrat de subrogation entre la victime et un tiers pour ne pas devoir payer à la victime l'intégralité des indemnités dues, etc.⁸⁷². Dans d'autres cas, le tiers *doit* subir l'existence de l'acte auquel il n'est pas partie en ce sens qu'il doit reconnaître les effets entre parties et s'incliner devant les conséquences juridiques de ces effets : les créanciers chirographaires subissent les conséquences des

868. Voy. ainsi, Cass. (1^{re} ch.), 18 avril 1997, *Bull.*, 1997, p. 475 et s., n° 190 : « Attendu qu'en vertu de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre parties contractantes et ne nuisent point aux tiers ; Qu'aucune convention ne peut imposer des obligations aux tiers. ».

869. Voy. ainsi, Cass. (1^{re} ch.), 30 juin 1995, *Bull.*, 1995, p. 723 et s., n° 345 : « Attendu que, sauf stipulation à son profit, aucun tiers ne peut demander l'exécution à son bénéfice d'obligations résultant d'une convention. ».

870. Voy. par exemple, Cass., 3 novembre 1989, *Bull.*, 1990, I, n° 137, 272 et s. : « Attendu que l'article 1165 du Code civil n'interdit pas à un tiers d'invoquer l'existence d'un contrat et ses effets entre les parties contractantes, comme moyen de défense contre une demande dirigée contre lui par l'une de ces parties. ».

871. Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 114, qui rappelle le principe énoncé dans l'arrêt précité du 3 novembre 1989 en des termes analogues.

872. Cass. (1^{re}) 17 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 540 et s., qui rappelle aussi le principe énoncé dans l'arrêt précité du 3 novembre 1989 en des termes analogues.

contrats passés sans fraude par leurs débiteurs, l'ancien employeur ne peut critiquer le contrat par lequel son ancien employé loue ses services à un concurrent, etc.⁸⁷³. La Cour de cassation a, dès lors, à diverses reprises, énoncé le principe selon lequel « les tiers sont tenus de reconnaître les effets qu'elle [la convention] produit entre les parties contractantes »⁸⁷⁴.

Remarquons que si le principe est bien l'opposabilité des conventions, ses effets seront parfois conditionnés⁸⁷⁵. Nous pensons par exemple ici à la condition de connaissance de la convention violée par le tiers dans la théorie de la tierce complicité⁸⁷⁶, à la condition de possession de bonne foi en matière de transfert de meubles corporels ou à celle de publicité en matière de transfert de certains biens immobiliers⁸⁷⁷.

184

Le fondement de l'opposabilité des conventions. Le fondement de l'opposabilité des actes conventionnels est généralement recherché dans l'appréhension par le tiers d'une nouvelle situation factuelle qui s'impose à lui : l'existence de la convention est un fait, une réalité sociale qui s'impose aux tiers⁸⁷⁸.

873. Voy. pour d'autres exemples, J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 1971, *R.C.J.B.*, 1973, p. 295 et s. ; aussi M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, p. 48 et s.

874. Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1989, *Pas.*, I, p. 994 ; Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 1986, *Bull.*, 1987, I, p. 331 ; Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1985, *Pas.*, I, p. 795 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1972, *Pas.*, I, p. 22 ; Cass. (2^e ch.), 27 avril 1953, *Pas.*, I, p. 654 ; Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 1950, *Pas.*, I, p. 492.

875. Dans sa thèse, José Duclos propose, dès lors, de faire la distinction entre l'opposabilité virtuelle frappant indistinctement tous les éléments juridiques et son efficence soumise à la condition de connaissance par le tiers (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 29, n° 7 et p. 281 et s.).

876. Voy. notamment M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 58 et s. ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 366 et s. ; J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », *op. cit.*, p. 290 et s.

877. Voy. notamment, N. VERHEYDEN-JEANMART, N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, p. 222 et s.

878. Cf. par exemple, M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 720, n° 676, p. 724, n° 679 (voy. cependant p. 825, n° 761, où les auteurs considèrent que la distinction entre le contrat considéré comme acte juridique ou simple fait est superflète ; sur ce point, cf. *infra*) ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 347, n° 282, où l'auteur explique l'effet d'opposabilité de l'existence d'un contrat par le fait que tant la création que l'exécution d'une obligation est pour le tiers

Il n'est dès lors nul besoin de rechercher dans l'objet même des actes ou conventions la justification de leur opposabilité. Prétendre que l'opposabilité des conventions translatives de droits réels trouve son fondement dans le caractère absolu des droits réels qui en sont l'objet⁸⁷⁹ ou que, de manière plus générale, pour comprendre et justifier l'opposabilité du contrat et des situations juridiques, il faut partir de l'opposabilité des droits subjectifs⁸⁸⁰, ne permet d'ailleurs pas d'expliquer les cas où seule la convention est opposable aux tiers, indépendamment des droits subjectifs créés⁸⁸¹.

Ne doit-on pas simplement admettre que la convention constitue un fait juridique qui s'impose aux tiers ? Cette explication est défendue par une certaine doctrine⁸⁸² ainsi que par la Cour de cassation française⁸⁸³.

un fait juridique ; S. COVEMAER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 138 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 185 ; R. DEKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1955, p. 91 et s., n° 157 et n° 158 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, *Effets des obligations*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1933, p. 68 et s., spéc. n° 709 ; E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, op. cit., p. 17 ; J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 316 et 317, n° 440 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, 2^e éd., t. I, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 283, n° 270, p. 285, n° 271, p. 288, n° 273 ; Y. LEQUETTE, Ph. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil — Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 357, n° 464 ; J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », op. cit., p. 294, n° 6 ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », op. cit., p. 58, n° 3 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 375, n° 120 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », op. cit., p. 224, n° 5 et p. 225, n° 6.

879. Pour une critique plus précise de cette opinion, que l'on retrouve notamment dans des arrêts de la Cour de cassation française, voy. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 64 et s., n° 42.

880. J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Introduction*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, op. cit., p. 15 à 18.

881. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 72 et s., n° 48. Pour des exemples, voy. aussi, *infra*, n°s 215 et 216.

882. L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., T.II, *Contrat*, Paris, Litec, 1995, p. 525, n°s 1266 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 347, n° 282 ; E. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Répertoire notarial*, t. X, livre I, Bruxelles, Larcier, 1988, p. 132-1, n° 54 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », op. cit., p. 224, n° 5 et p. 225, n° 6 ; *adde*, en droit québécois, J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais éd., 1985, p. 235, n° 388, p. 239, n° 400.

883. Cass. fr., 22 octobre 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 302, p. 209 : « S'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs, ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat. ».

Les effets internes de la convention seraient alors recherchés par les parties, mais pas les effets externes. Mais où ces effets externes trouveraient-ils alors leur fondement ? Comme tout fait juridique, la réponse qui paraît s'imposer est la loi elle-même : le fondement de l'opposabilité de la convention en tant que fait juridique serait à trouver dans la loi qui déclenche des effets juridiques à certaines situations de fait, en l'espèce la convention.

Sauf que l'effet externe des conventions n'est pas inscrit comme règle générale dans le Code civil, contrairement à l'effet relatif. En outre, cette approche elle-même paraît critiquable sur le fond, comme l'a souligné récemment Pascal Ancel⁸⁸⁴. Vis-à-vis des tiers, elle nie toute différence entre l'opposabilité d'un fait juridique et d'un acte juridique. Si l'on peut admettre l'identification au niveau de la preuve — on parle alors d'opposabilité probatoire —, cette dernière ne paraît pas admissible au niveau de l'opposabilité substantielle. Le fait juridique reçoit son opposabilité par irradiation de celle de la loi qui prévoit ses effets juridiques. Même si un acte juridique est régi par la loi — le contrat de vente, par exemple —, son opposabilité ne peut être réduite à celle de la loi qui régit certains de ses effets. Ce sont les parties qui vont déterminer par exemple le moment, l'étendue, les modalités du transfert de propriété. Le contrat de vente ne peut donc se ramener à un « simple événement déclencheur de l'application de la loi sur la vente »⁸⁸⁵.

En réalité, comme le souligne une certaine doctrine française⁸⁸⁶, le contrat n'est pas uniquement opposable comme un fait, mais comme un acte juridique produisant des effets de droit entre parties. José Duclos a parfaitement systématisé cette idée dans une distinction entre l'opposabilité probatoire et l'opposabilité substantielle des conventions⁸⁸⁷. Ce n'est qu'en matière probatoire que l'opposabilité du contrat peut être ramenée

884. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 806, n° 52.

885. *Ibid.*

886. M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 825, n° 761 : « Le contrat n'est pas opposable aux tiers comme un fait, mais comme un acte juridique ayant produit des effets de droit. Et ce sont ces effets de droit que les tiers ne peuvent méconnaître. » ; aussi, p. 825 : « L'introduction d'une distinction entre le contrat considéré comme un acte juridique ou comme un simple fait est superfétatoire. Elle n'ajoute rien, même s'il semble qu'elle ait historiquement permis de découvrir la distinction entre effet obligatoire et opposabilité aux tiers. Il semble plus juste de dire que c'est le contrat considéré en lui-même, au sens technique du terme — accord de volonté destiné à produire des effets de droit — qui est opposable *erga omnes*. ».

887. *Ibid.*, p. 50 à 86.

au rayonnement d'un fait dans l'ordonnancement juridique. En matière d'opposabilité substantielle, où la convention est appréhendée comme une opération juridique, le fondement factuel de l'opposabilité ne permet pas de rendre compte des effets mêmes de la convention à l'égard des tiers. Il ne s'agit plus alors de tirer de la convention une information, un indice ou une présomption dont le juge appréciera la force probante, mais d'opposer la convention elle-même afin de forcer les tiers au respect de son existence et des effets de l'opération juridique réalisée : « Ce tiers doit accepter la réalité de l'opération voulue par les parties, et s'abstenir de toute entrave à l'exécution du contrat »⁸⁸⁸.

Cette manière de comprendre l'opposabilité des conventions ne nous semble pas contraire à la portée que la doctrine et la jurisprudence belges lui reconnaissent actuellement. En effet, même si l'accent est généralement mis sur le « fait » que représente l'existence du contrat à l'égard des tiers, tout le monde s'accorde à admettre que les effets du contrat — en ce compris l'existence ou l'exécution des droits et obligations arrêtés entre parties — sont compris dans l'assiette de l'opposabilité, c'est-à-dire de son effet externe^{889 890}.

888. *Ibid.*, p. 68.

889. Voy. ainsi, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 173, n° 1189, où l'auteur, quoique insistant sur la distinction entre effets internes de l'acte et son existence, en conclut que : « En d'autres termes, les tiers sont tenus d'en reconnaître l'existence, et par conséquent les effets entre parties, et de subir, le cas échéant, les conséquences de cette existence sur leur propre conduite ou leur propre patrimoine » (souligné par l'auteur lui-même) ; D. DEVOS, « Les effets externes des conventions en matière financière », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, *op. cit.*, p. 200, n° 12 : « L'existence du contrat et de ses conséquences est donc un fait dont les tiers doivent tenir compte et auquel ils ne peuvent échapper. Il en découle que les tiers peuvent parfaitement se prévaloir de l'existence d'un contrat conclu entre d'autres personnes, et de la situation de fait et de droit qui en résulte, pour en déduire des conséquences juridiques à leur profit » ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 42, n° 6, où, parlant des effets externes d'un contrat de vente : « Des tiers au contrat comme les créanciers respectifs de A et B [le vendeur et l'acheteur], par exemple, subissent nécessairement les « effets » de l'opération » ; aussi p. 43, n° 8 : « La consécration de la notion d'effet externe suppose la reconnaissance des effets du *negotium* lui-même, qu'il soit ou non constaté dans un *instrumentum* ». Ce dernier classe du reste les effets externes selon qu'ils portent sur la révélation d'éléments de fait ou de droit. Parmi les éléments de droits, il retient le droit de propriété, une créance ou une dette ainsi que l'existence ou l'absence d'une qualité juridique (p. 50 à 53, n°s 26 à 28) ; E. GENIN, *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Répertoire notarial*, T. X, livre I, *op. cit.*, p. 132-1, n° 54 : « [...] mais les contrats valent à l'égard de tous en ce sens que tous sont tenus d'en reconnaître les effets entre parties et les conséquences qu'ils ont eues sur le patrimoine de celles-ci » (souligné par l'auteur) ; J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », *op. cit.*, p. 293, n° 4 : « [...] elle n'empêche pas les tiers de pouvoir se prévaloir de l'existence d'un acte auxquels ils ne sont

La distinction entre effets externes et effets internes de la convention, traditionnellement retenue en droit belge, paraît par contre ambiguë. Si l'effet externe de la convention est son opposabilité, alors il convient de se demander quel est l'objet de cette opposabilité. À cette question, on répondra l'existence du contrat et ses effets entre parties. Mais quel est l'effet du contrat entre parties si ce n'est précisément la situation factuelle et juridique découlant des droits et obligations qu'il contient ? Les droits et obligations forment l'objet de la relativité : seules les parties sont tenues par ce qu'elles ont convenu. Mais les droits et obligations forment également l'objet de l'opposabilité : les tiers sont contraints d'admettre l'effet que ces droits et obligations ont entre parties, ce qui peut jouer tant à leur avantage qu'à leur désavantage. L'effet interne du contrat représente tant l'objet du principe d'opposabilité que du principe de la relativité. Si un contrat de vente prévoit un prix à payer, il révèle l'existence d'un droit de créance et d'une obligation de paiement ainsi que la qualité de débiteur et de créancier des parties. Cet effet est relatif en ce que seules les parties sont liées par ces droits et obligations réciproques. Il est oppo-

pas partie, ni de *devoir* en tenir compte (particulièrement en s'abstenant de porter atteinte aux droits qui en découlent) [...] » ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », *op. cit.*, p. 58, n° 3 : « Enerzijds brengt het contract *externe rechtsgevolgen* te weeg (bijvoorbeeld de overdracht van een eigendomsrecht of de toekenning van een recht op betaling), anderzijds heeft het kontrakt een *feitelijke dimensie* (d.i. het loutere bestaan van het kontrakt en zijn feitelijke dimensie). Het bestaan van het kontrakt, zijn rechtsgevolgen en zijn feitelijke elementen kunnen aan derden worden tegenworpen en derden kunnen zich op het bestaan ervan beroepen » (souligné par l'auteur) ; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, Antwerpen-Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, p. 372, n° 119 : « In de passieve betekenis duidt tegenstelbaarheid van een rechtshandeling op de verplichting voor derden om de rechtsgevolgen van de handeling te ondergaan ; in de actieve betekenis duidt de term op de mogelijkheid voor derden om de rechtsvolgen van de handeling te kunnen voordelen in te roepen. ». 890. La jurisprudence de la Cour de cassation va est également en ce sens. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 114 et s. : « Attendu que, d'une part, ni l'article 1165 du Code civil ni les autres dispositions légales visées au moyen n'empêchent la défenderesse de se prévaloir non seulement de l'existence de la convention conclue entre la demanderesse et les cédants de l'immeuble et du fonds de commerce, mais aussi des effets que cette convention produit entre les parties contractantes, pour se défendre contre l'action qui lui est intentée par la demanderesse » ; Cass. (3^e ch.), 17 février 1992, *Bull.*, 1992, p. 540 et s., n° 318 : « Attendu que l'article 1165 du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'un tiers invoque l'existence d'une convention et les effets de celle-ci entre les parties contractantes, en tant que moyen de défense contre une demande introduite à son égard par l'une des parties ». Cass. (1^{re} ch.), 3 novembre 1989, *Bull.*, 1990, p. 272 et s., n° 137 : « Attendu que l'article 1165 du Code civil n'interdit pas à un tiers d'invoquer l'existence d'un contrat et ses effets entre les parties contractantes, comme moyen de défense contre une demande dirigée contre lui par l'une de ces parties. ». Voy. aussi, Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 1950, *Pas.*, I, p. 492 ; Cass. (2^e ch.), 27 avril 1953, *Pas.*, I, p. 654 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1972, *Pas.*, I, p. 22 ; Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1985, *Pas.*, I, p. 795 ; Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1989, *Pas.*, I, p. 990.

sable en ce que les tiers ne peuvent méconnaître l'existence et les effets des droits et obligations entre parties. Mais si les règles de relativité et d'opposabilité sont différentes, elles portent sur le même objet.

Opposer l'existence du contrat, c'est opposer les effets qu'il produit — uniquement — entre parties, qui s'imposent dans leur existence aux tiers. L'important est ici de bien comprendre que cette manière de présenter les choses ne remet pas en cause le principe de relativité : seules les parties sont obligées, mais ces obligations sont opposables en ce sens que les tiers ne peuvent nier leur existence et, donc, y porter atteinte.

Le principe d'opposabilité des conventions semble finalement trouver son fondement dans un principe général de droit⁸⁹¹. On ne peut reconnaître aucun pouvoir aux individus ni imposer des effets juridiques à leurs actes si ces pouvoirs ou ces effets ne sont pas relayés par une force de rayonnement qui oblige les tiers à les accepter et à en tenir compte dans l'accomplissement de leurs propres actes⁸⁹². Sans l'opposabilité, aucun

891. En ce sens également, J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I., *L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 316, n° 440 : « Le principe de l'effet relatif du contrat est ainsi complété par un *principe général d'opposabilité du contrat* aux tiers : si le contrat auquel ils n'ont pas été parties ne peut les retenir dans les rapports de droit qu'il fait naître, du moins doivent-ils respecter ceux-ci et, d'une façon générale, la situation juridique que le contrat institue entre les parties. Ce principe d'*opposabilité*, qui est dans la logique de l'admission du mécanisme contractuel comme mode d'aménagement des situations individuelles, est aujourd'hui unanimement consacré » (souligné par les auteurs) ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 53, n° 29 : « L'idée se dégage que *deux principes complémentaires*, et non un seul, gouvernent les effets des contrats à l'égard des tiers : la *relativité* des conventions en ce qui concerne les effets internes, principe écrit à l'article 1165, et l'*opposabilité* des effets externes aux tiers, principe non écrit, mais d'égale importance » (souligné par l'auteur) ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations — Le contrat*, 3^e éd., Paris, Economica, 1996, p. 826 et 827, n° 743 : « Il ne faut pas confondre, comme on le fait souvent, le principe de l'effet relatif des contrats et le principe de l'opposabilité des contrats aux tiers. Le second principe, contrairement au premier, n'est pas affirmé par un texte de portée générale du Code civil. Il n'empêche qu'il est un principe aussi essentiel que celui de l'effet relatif » ; voy. aussi les conclusions générales de la thèse de Duclos : « Le mot opposabilité s'est paré progressivement d'une véritable signification technique, au point de représenter un concept général essentiel de la pensée juridique contemporaine » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 464 ; Comp. MM. Billiau, Ghestin, Jamin, qui fondent le principe d'opposabilité des conventions sur un principe général d'opposabilité des droits subjectifs (*Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 726 et s., n° 681).

892. « Car l'opposabilité procède d'une vérité banale : les hommes sont interdépendants. L'individu ne peut agir en affectant d'ignorer autrui de manière autarcique : « Les hommes, écrit un auteur, ne sont pas des unités indépendantes (...) ils sont étroitement solidaires, et toute attitude prise par l'un a vocation à se répercuter sur les autres. ». Tout fait, acte, droit ou situation par sa seule existence se propage, par une irréductible contagion sociale, en un « irrésistible rayonnement », au-delà de son cercle d'activité immédiate » (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 23 et 24, n° 2-3).

acte ou fait juridique ne pourra recevoir une pleine efficacité⁸⁹³ : « À quoi servirait un contrat dont les effets pourraient être méconnus par toute personne autre que les contractants ! », s'exclament récemment Jacques Flour et Jean-Luc Aubert⁸⁹⁴. C'est ainsi que, concernant précisément les conventions, on a pu dire que « l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat »⁸⁹⁵ ainsi qu'au principe de la relativité des contrats lui-même⁸⁹⁶. L'opposabilité est destinée à faire produire au contrat tous ses effets. Les tiers doivent accepter ces effets et ne peuvent pas nier ceux-ci sous peine de les vider de la substance qu'il a entre parties.

185

L'opposabilité des autres figures juridiques : actes juridiques, faits juridiques, situations juridiques et droits subjectifs. Il semble admis que la théorie de la relativité des contrats — et, partant, de l'opposabilité de ces derniers aux tiers — ne constitue que l'application d'un principe plus général s'appliquant aux actes juridiques dans leur ensemble^{897 898}.

893. M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 766 et s., n° 724.

894. J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 317, n° 440, note 1. Aussi, M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 824, n° 761 : « Car qu'est-ce que d'autre que de faire produire effet à un contrat que d'empêcher un tiers d'en méconnaître la teneur en lui imposant le respect par la seule preuve de son existence ? ».

895. M. BILLIAU, J. GHESTIN, Ch. JAMIN, *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 726, n° 680 ; dans le même sens, mais de manière plus précise, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, p. 806 et 807, n° 53 : « Pour notre part, nous n'hésiterions pas à aller encore plus loin et à écrire que le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. L'affirmation n'apparaît incongrue qu'en raison de la confusion habituellement faite entre la force obligatoire du contrat et son contenu (la création d'obligations, le transfert de droits, etc.) [...] ».

896. « En définitive, il apparaît que les principes de relativité et d'opposabilité ne se conçoivent pas l'un sans l'autre. La relativité d'un élément n'est intelligible qu'en raison de l'opposabilité des autres faits, actes, droits ou situations qui composent l'ordre juridique (tout individu qui franchit les limites de sa sphère d'activité protégée se heurte à celle réservée à autrui) ; et inversement, l'opposabilité se définit par contraste avec la relativité de l'effet direct. Chacun de ces concepts implique l'autre, car ils sont à la fois antinomiques et complémentaires ». Souligné par l'auteur (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 276, n° 244).

897. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 170, n° 117 ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 41, n° 5.

898. On entend ici par acte juridique : « un acte volontaire, spécialement accompli, dans les conditions du droit objectif, en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues » (J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, p. 35).

L'opposabilité des faits juridiques⁸⁹⁹ pose moins de difficultés et est souvent présentée comme allant de soi⁹⁰⁰. Dès lors que les effets juridiques qui les grèvent ne sont pas créés par la volonté des individus, mais par la loi — que nul n'est censé ignorer et qui est obligatoire —, leur opposabilité paraît s'imposer d'évidence⁹⁰¹.

Pour autant que l'on y voie un concept juridique particulier, la situation juridique, comprise comme un ensemble de droits, obligations et faits unifié par une situation précise est opposable à autrui, ne fût-ce que par l'addition de ses divers éléments, tous opposables à autrui⁹⁰².

L'opposabilité des droits subjectifs ne fait pas non plus de doute, même si elle est rarement étudiée dans sa spécificité. Vu l'objet même de cette étude, il conviendra de s'y attarder plus longuement (titre premier). Nous étudierons aussi l'opposabilité des libertés civiles (titre second) et des intérêts légitimes (titre troisième).

186

L'opposabilité comme vecteur de la relation à autrui dans les qualifications étudiées. L'opposabilité permet d'identifier et de mettre en exergue le rapport à autrui impliqué par les éléments juridiques analysés.

Comme tout autre élément de l'ordre juridique, les droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes ont un objet et un contenu relevant du principe de la relativité. Une fois définie pour chacun d'eux cette relativité intrinsèque, cette dernière sera confrontée à leur opposabilité, c'est-à-dire leur force de rayonnement à l'égard des tiers afin de déterminer quelle est sa portée. Cette méthode de travail permettra d'éviter certaines confusions déjà relevées dans la première partie de la présente étude, en ce qui concerne notamment le pouvoir interne et externe des droits subjectifs⁹⁰³.

899. On entend ici par fait juridique : « un événement qui, volontaire ou non en soi, produit des effets de droit indépendants de la volonté des intéressés » (*ibid.*).

900. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 39 et s., spéc. n° 14 : « Quant à l'évidence du principe d'opposabilité des faits juridiques, elle est telle qu'il n'a jamais été contesté, voire expressément posé. Il s'impose pour ainsi dire comme un axiome, sans avoir par conséquent à être vraiment démontré. ».

901. N. VERHEYDEN-JEANMART, N. LEPOT-JOLY, « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », *op. cit.*, p. 224 et 225, n° 6.

902. Comme l'a fait remarquer Najjar, si ce concept peut avoir quelque utilité dans une analyse descriptive des divers éléments du monde juridique, on ne voit pas en quoi il pourrait acquérir une autonomie propre par rapport aux éléments qui le composent (I. NAJJAR, *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 91).

903. Cf. *supra*, n°s 55 et s.

Cette antinomie de concepts — opposabilité v. relativité — n'est pas issue de la seule pensée féconde de José Duclos. Nous avons vu, en effet, qu'elle est également au centre de la théorie de la relativité et de l'opposabilité des conventions telle que développée en droit positif belge actuel. L'opposabilité traduit l'effet de rayonnement du contrat reconnu actuellement à l'égard des tiers.

Le concept d'opposabilité pourra donc être utilisé pour se placer sur le terrain de la relation à autrui inférée par chacun des éléments analysés sans bouleverser ni la terminologie ni le sens qui lui est reconnu et qui a déjà fait ses preuves dans notre tradition juridique.

Chapitre 2

Le principe de la responsabilité civile extracontractuelle

Section 1

La condition du dommage

187. Absence de définition par le Code civil – 188. La définition du dommage : d'une notion de fait à une notion juridique – 189. Le dommage défini abstraitement comme la violation d'un intérêt – 190. La condition de légitimité de l'intérêt

187 **Absence de définition par le Code civil.** Le Code civil ne donne pas de définition du dommage. Si l'article 1382 de ce code en utilise expressément le terme, il se borne à exprimer l'obligation de réparation qui pèse sur celui qui en est la cause.

Les travaux préparatoires du Code civil ne révèlent aucune tentative de définition. Le dommage y est indistinctement décrit comme l'atteinte au droit, le tort, la perte ou le mal⁹⁰⁴. La volonté de ne pas limiter ce concept *a priori* est clairement perceptible⁹⁰⁵. Condition nécessaire de la responsabilité, le dommage voit son contenu laissé à l'appréciation de la jurisprudence et de la doctrine⁹⁰⁶.

904. Discours de DE GREUILLE, *Recueil des lois composant le Code civil*, t. VI, livre III, Paris, Rondonneau, 1804, p. 16 et 17.

905. Discours de TARRIBLE, *Recueil des lois composant le Code civil*, *op. cit.*, p. 33 : « Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi ; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniser la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés. ».

906. J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2de Druk, Deel 1, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 7, n° 4.

La définition du dommage : d'une notion de fait à une notion juridique. Dans ces circonstances, il est compréhensible que, aujourd'hui, le dommage soit compris essentiellement comme une notion de fait⁹⁰⁷.

Le dommage est généralement assimilé, en droit positif comme dans le langage commun, à tout désavantage matériel ou moral, perte, diminution du patrimoine d'une personne ou atteinte à ses biens, à sa personne ou à ses sentiments⁹⁰⁸. On en revient donc « au sens vulgaire et courant du mot « dommage » »⁹⁰⁹ qualifié par Henri De Page et Jean Dabin de « préjudice ». Conformément à l'esprit qui a prévalu lors de l'adoption du Code civil, on opte pour un champ d'application le plus étendu de l'article 1382.

Certains auteurs ont cependant tenté d'aller plus loin dans l'analyse en mettant en avant un critère d'identification du dommage. Il est fréquemment admis que la constatation du dommage naît d'une comparaison entre la situation de la victime après le fait constitutif de la faute et celle, hypothétique, qui serait la sienne si ce fait n'avait pas été com-

907. Voy. par exemple, J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1955 à 1959) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1959, p. 295, n° 107 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 283, n° 2904 ; J.-L. FAGNART, « Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile — 1968-1975 », *J.T.*, 1976, p. 573 n° 6 ; ID., « Union libre et responsabilité », in *L'union libre*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 220, n° 21 ; ID., *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du J.T. », 1997, p. 21, n° 9 ; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloostelling uit onrechtmatige daad*, Bruxelles, Larcier, 1954, p. 38, n° 8 ; ID., *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 8 et 9, n° 6 et 7.

Aussi, Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 et s. : « Attendu que, si la première condition de cette disposition légale [l'article 1382 du Code civil], notamment la faute, suppose un acte illicite, la seconde au contraire, le dommage, est un élément de pur fait qui consiste dans une diminution d'avoir ou la privation d'un avantage. ».

908. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 269 : « Schade bestaat in het verlies van een patrimoniaal of extrapatrimoniaal voordeel » ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers, 1998, p. 15, n° 15 : « In het gewone spraakbaar wordt onder schade verstaan : elk nadeel, elk verlies, elk vermindering van iemands vermogen, alsook iedere vermindering van zijn lustvermogen, ieder leed of smart. VAN DALE heeft het over « een nadeel dat voor iemand of voor enig belang uit een gebeurtenis, handeling of handelwijze voortvloeit » » ; D. SIMOENS, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 14, n° 6 : « Bijgevolg geldt bij onstentenis van een wettelijke bepaling van het begrip, het gewone taalgebruik als eerste richtlijn voor de verklaring ervan. Zo komt men tot woordenboekomschrijvingen als een nadeel, een verlies, een vermindering, enz. ».

909. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, p. 947, n° 949.

mis⁹¹⁰. La notion de dommage comporte clairement l'idée d'une diminution, d'une réduction ou d'une différence négative entre ces deux situations⁹¹¹. Son caractère factuel apparaît encore plus clairement ici.

Selon certains, ce critère ne serait cependant pas satisfaisant concernant le préjudice moral⁹¹². Vu l'impossibilité de le résumer à une réduction visible du patrimoine⁹¹³, il s'agirait alors de mesurer l'intensité de l'atteinte (peine, douleur, etc.) ressentie par la victime en s'appuyant sur

910. Voy. par exemple, L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 4 et s. ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 16, n° 5 ; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloostelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 38, n° 7 ; *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 8, n° 5.2. ; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, CH. PERSYN, « Overzicht van rechtspraak — Onrechtmatige daad, schade en schadeloostelling (1983-1992) », *T.P.R.*, 1994, I, p. 856, n° 1.1 ; D. SIMOENS, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 15, n° 6 ; A. VAN OEVELEN, « Schade in schadeloostelling bij de schending van grondrechten door private personen », in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 427, n° 6. Pour la même constatation en droit français, voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 11, n° 249.

Dans le même sens, par exemple, Cass. (2^e ch.), 2 octobre 2002, accessible en ligne sur le site www.cass.be : « Attendu qu'en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, celui qui cause à autrui un dommage par sa faute est tenu d'indemniser intégralement ce dommage, ce qui implique le rétablissement du préjudicié dans l'état où il serait demeuré si l'acte dont il se plaint n'avait pas été commis » ; Cass. (2^e ch.), 5 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 778 et s. : « Attendu que celui dont la chose est endommagée par un acte illicite a droit à ce que son patrimoine soit remis dans l'état où il se trouvait avant ledit acte ; ».

911. Dans leur récente publication (*Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 4), Ludo Cornelis et Isabelle Vuillard paraissent franchir un pas supplémentaire en refusant de donner au dommage le sens communément accepté pour lui préférer une assimilation au critère d'identification présenté ici. En réalité, et les auteurs le reconnaissent eux-mêmes, c'est par référence à la notion de dommage réparable qu'ils en arrivent à une telle opinion. En effet, le dommage n'est pas réparable s'il ne présente pas de lien causal avec la faute. La comparaison qui sert ici de critère permet également un contrôle du lien causal. Nous tentons ici de décrire la notion de dommage en reflétant l'opinion généralement admise, indépendamment des deux autres conditions de la responsabilité et cela pour les besoins de notre étude. Il nous paraît donc inutile de nous prononcer sur l'opportunité d'un tel changement de définition.

912. En ce sens, J. RONSE, *Aanspraak op schadeloostelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 371, n°s 563 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Schade en schadeloostelling bij de schending van grondrechten door private personen », *op. cit.*, p. 430 et 431.

913. Il s'agit bien plus alors de soulager la peine que de la « réparer » au sens strict du terme (cf. E. DIRIX, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 62, n° 86) ; *adde* Cass. 10 octobre 1972 (2^e ch.), *Pas.*, 1973, I, p. 147 : « qu'elle [l'action en réparation d'un dommage moral] a par contre pour objet l'allègement d'une douleur, d'un chagrin ou de quelque autre préjudice moral, et de réparer dans cette mesure le dommage subi » ; aussi Cass. (2^e ch.), 13 octobre 1999, *Bull.*, 1999, I, p. 1308 et s. ; Cass. (2^e ch.), 3 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 644 et s.).

tous les éléments de fait. Nous ne nous rangeons pas derrière cette critique. S'il est vrai que l'évaluation de la comparaison des situations est nécessairement différente, il n'empêche que, selon nous, le dommage même moral peut être décrit abstraitement comme la différence négative entre les deux situations qui font l'objet de la comparaison. La réduction n'est certes pas visible, mais elle est comprise dans la peine, la douleur, la souffrance, etc., qui se dévoilent de la comparaison.

Il revient donc au juge du fond d'apprécier en fait l'existence et l'étendue du dommage⁹¹⁴. La Cour de cassation exercera néanmoins un contrôle de la manière dont le juge effectue cette détermination en fait⁹¹⁵. En ce sens, le dommage — appréhendé comme un fait — est également une notion juridique⁹¹⁶. Il n'est, dès lors, pas étonnant que la doctrine se soit efforcée de donner une définition abstraite de la notion de dommage.

189

Le dommage défini abstraitement comme la violation d'un intérêt. Partant d'une définition factuelle du dommage et de l'indépendance de la notion à

914. Voy. notamment Cass. (2^e ch.), 12 janvier 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 567 et s. : « Attendu que le juge apprécie en fait, et dès lors, souverainement, l'existence et l'étendue d'un dommage causé par un acte illicite et le montant de l'indemnité destinée à le réparer intégralement. » Aussi, Cass. (2^e ch.), 13 octobre 1999, *Bull.*, 1999, I, p. 1308 et s. ; Cass. (2^e ch.), 9 mars 1999, *Bull.*, 1999, I, p. 355 et s. ; Cass. (2^e ch.), 30 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 337 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 114 et s. ; Cass. (2^e ch.), 19 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 670 et s.

915. Voy. notamment, E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 17, n° 6 ; F. DUMON, « De l'État de droit », *J.T.*, 1979, p. 495, n° 17 et s., spéc. n° 19 : « Mais faute, défaut de prévoyance ou de précaution, chose affectée d'un vice, dommage, relation de cause à effet sont des notions légales. La Cour de cassation précise, dès lors, leur sens et leur portée en ayant égard à l'innombrable variété des faits et circonstances constatés par les jugements et arrêts qui sont soumis à sa censure. ».

Voy. aussi, par exemple, Cass. (2^e ch.), 13 octobre 1999, *Bull.*, 1999, I, p. 1308 et s. : « Attendu que s'il appartient au juge d'apprécier en fait l'existence et l'étendue d'un dommage causé par un fait illicite et de fixer, dans les limites de la demande, le montant nécessaire à la réparation de ce dommage, il incombe cependant à la Cour de contrôler si les faits constatés justifient les conséquences que le juge en déduit en droit » ; Cass. (1^{re} ch.), 4 mars 1999, *Bull.*, 1999, I, p. 322 et s. : « Attendu que si le juge du fond apprécie en fait l'existence d'un dommage causé par un acte illicite, il incombe cependant à la Cour de contrôler si les faits constatés justifient les conséquences que le juge en déduit en droit. ».

916. E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 17, n° 6 ; J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 38 et s., n°s 8 à 12 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, p. 15.

l'égard de la violation des droits subjectifs⁹¹⁷, la doctrine⁹¹⁸, comme la Cour de cassation⁹¹⁹, appréhendent aujourd'hui le dommage par référence à la violation d'un intérêt.

Dans un effort d'abstraction, une adéquation pure et simple paraît souvent faite entre la violation de l'intérêt — notion abstraite — et le désavantage, la perte, le préjudice, etc., réellement ressentis par la victime — notion de pur fait⁹²⁰. Une série quasi illimitée d'hypothèses factuelles se retrouve, dès lors, intégrée dans un concept abstrait.

On retrouve alors des définitions du dommage intégrant la notion d'intérêt. Ainsi, d'après Jan Ronse, le dommage est « ieder nadeel spruitend uit de krenking van het belang dat iemand heeft bij het voortbestaan of bij het verwezenlijken van een voordeel dat door de onrechtmatige daad verminderd of verhinderd werd, met uitzondering van de onrechtmatige voordelen »⁹²¹. D'après le procureur général de Wilde, « de schade wordt duidelijker omschreven als een feit dat het gevolg is van de onrechtmatige aantasting van een situatie, bij het behoud waarvan het slachtoffer een belang had »⁹²².

Dès lors, se pose la question de savoir si l'intérêt ne doit pas recevoir une signification propre, distincte de la lésion ressentie par la victime, constituant à proprement parler le dommage dont on demande réparation.

917. Sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 232 et s.

918. Voy. ainsi, S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 269 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 437, n^o 113 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 738, n^o 150 ; J.-L. FAGNART, « Union libre et responsabilité », *op. cit.*, p. 220, n^o 21 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 222 et s., spéc. n^o 17 ; J.-L. FAGNART, M. DENEVE, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1985, p. 458, n^o 7 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, *op. cit.*, p. 21, n^o 9 ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 27, n^o 22 ; *Id.*, « La notion de dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 102, n^o 4 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 16 et s.

919. Voy. Par exemple, Cass. (2^e ch.), 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 129 et s. (concernant la réparation du dommage subi par une A.S.B.L.) et réf. citées *infra*, à la fin du présent paragraphe.

920. Comme le relève, par exemple, E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 25, n^o 17 : « Het overgrote deel van de rechtsleer is thans eveneens de stelling « schade = belangenkrenking » toegedaan. ».

921. J. RONSE, *Aanspraak op schadeloostelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 106, n^o 117 ; *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 27, n^o 22.

922. L. DE WILDE, « Begrip « Schade » », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 181, n^o 1.

Si certains répondent par l'affirmative, encore faut-il se demander comment comprendre alors la relation entre le dommage et l'intérêt.

Pour le procureur général de Wilde, un lien nécessaire paraît subsister : « Men zegt, en men leest ook vaak, dat schade belangenkrenking is. Deze wijze om zich uit te drukken, is natuurlijk een ellips. De schade wordt duidelijker omschreven als een feit dat het gevolg is van de onrechtmatige aantasting van een situatie, bij het behoud waarvan het slachtoffer een belang had »⁹²³. De ce point de vue, le dommage ne s'identifierait pas véritablement à la violation de l'intérêt, mais naîtrait, prendrait sa source, dans la violation de l'intérêt⁹²⁴.

Une distinction analogue paraît ressortir de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Dans sa jurisprudence plus ancienne, le dommage est défini comme la perte d'un avantage ou d'un bénéfice qui ne peut être illégitime ou illicite⁹²⁵. Le dommage n'est plus ensuite identifié à la perte de l'avantage, mais ne fait que résulter de la perte de cet avantage⁹²⁶, c'est-à-dire de la violation du droit subjectif ou de l'intérêt légitime⁹²⁷.

Récemment, certains auteurs ont remis logiquement en cause la nécessité de définir le dommage par rapport à la violation de l'intérêt⁹²⁸.

923. *Ibid.*, p. 181, n° 1.

924. *Ibid.*, p. 194 : « Het volstaat dat hij een belang had bij het ontvangen van het voordeel, zelfs indien het louter uit welwillendheid verleend werd. Door de krenking van dit belang ontstaat zijn schade. Article 1382 B.W. verplicht de schuldige van een onrechtmatige daad de schade door de daad veroorzaakt te vergoeden, voor zover de schade vatstaat en zij niet bestaat in de ontneming van een ongeoorloofd voordeel. ».

925. Voy. ainsi Cass. (2^e ch.) 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298 (privation de bénéfices) ; Cass. (2^e ch.), 17 janvier 1939, *Pas.*, 1939, p. 25 (lésion d'un intérêt ou privation d'un avantage) ; Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 (diminution d'avoir ou la privation d'un avantage) ; Cass. (2^e ch.), 21 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 922 (privation d'un avantage) ; Cass. (2^e ch.), 26 juin 1967, *Pas.*, I, p. 1260 (privation d'un avantage) ; Cass. (2^e ch.), 4 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 1 (privation d'un avantage).

926. Cass. (2^e ch.), 17 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 999 (le dommage ne peut résulter de la privation d'un avantage illégitime) ; Cass. (2^e ch.), 19 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 472 (le dommage ne peut résulter de la privation d'un avantage illégitime). Voy. également, Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950, qui utilise également la même expression ; aussi Cass. (2^e ch.), 30 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 437 et s.

927. Voy. ainsi, Cass. (2^e ch.), 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 129 et s. : « Attendu qu'étant personnes morales, les associations sans but lucratif ont la faculté de se constituer partie civile pour obtenir la réparation du préjudice matériel et moral qu'elles ont subi lorsqu'une atteinte a été portée à leurs droits subjectifs ou à leur intérêt légitime, de nature patrimoniale ou morale [...] ».

928. L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, op. cit., p. 6, n° 6.

Si l'atteinte à un droit subjectif ne justifie pas *in se* l'existence d'un dommage, pourquoi en serait-il différemment de l'atteinte à un intérêt ?

Nous reviendrons sur ce point lors de notre étude du lien entre l'intérêt et la notion de dommage⁹²⁹. Retenons pour l'instant que si la majorité des auteurs définissent le dommage par l'idée d'une atteinte aux intérêts d'autrui, un courant doctrinal, certes minoritaire mais paraissant trouver assise dans la jurisprudence de la Cour de cassation, remet en cause ce qui apparaissait depuis des décennies comme un dogme bien établi.

190

La condition de légitimité de l'intérêt. L'affirmation de la définition du dommage par la référence à la violation d'un intérêt va de pair — nous l'avons déjà relevé dans la première partie — avec celui de l'affirmation du caractère légitime ou licite de celui-ci pour qu'il puisse être considéré comme un dommage réparable ou comme ouvrant la possibilité d'une action en réparation⁹³⁰. C'est que tout désavantage, toute violation d'intérêt ne peut donner lieu à une réparation, même si, nous l'avons relevé également, il n'est pas clair de savoir si l'élément de légitimité relève d'une condition de fond ou de recevabilité.

Nous avons déjà longuement analysé la portée que le droit positif donnait à la légitimité de l'intérêt dans le cadre ou non des actions en responsabilité extracontractuelle⁹³¹. Nous avons retenu que l'intérêt était légitime dès lors que sa poursuite ou son atteinte contrariait une règle de droit qui en empêchait la poursuite ou la réparation. Le débat s'est largement focalisé sur le dédommagement des concubins dont les compagnons étaient décédés à la suite de la faute d'un tiers. Nous avons vu que le droit positif regorgeait également d'autres cas d'application de cette exigence.

La Cour de cassation a affirmé à diverses reprises que l'article 1382 du Code civil obligeait l'auteur d'un fait illicite à réparer tout dommage certain autre que la privation d'un avantage illégitime ou illicite⁹³².

929. Cf. *infra*, n° 354.

930. Voy. par exemple en doctrine, conclusions de l'avocat général DE SWAEF précédant Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} avril 1998, *Arr. Cass.*, 1998, I, p. 407, n° 2 et 3 ; L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 17, n° 26 ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 269 à 271 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 68 et s. ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1968-1975) », *op. cit.*, p. 573, n° 6 ; *Id.*, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, *op. cit.*, p. 22, n° 10 ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, 2^{de} Druk, Deel I, *op. cit.*, p. 39 et s. ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 42, n° 21.

931. Cf. *supra*, n°s 164 et s.

932. Cf. *supra* n° 189.

Comme le relève Jan Ronse⁹³³, cette limitation n'est pas inscrite dans l'article 1382 du Code civil. Elle ne fait pas non plus partie du concept même de dommage. Notion de fait, le dommage existe indépendamment de toute appréciation quant à sa qualité. C'est dans l'ordre juridique qu'il faut trouver la justification d'une telle condition⁹³⁴.

Section 2

La condition de faute

Sous-section 1 Les éléments constitutifs de la faute

191. La faute dans le Code civil – 192. Les éléments constitutifs de la faute – 193. L'acte objectivement illicite – 194. L'imputabilité de l'acte objectivement illicite – 195. La prévisibilité du dommage

191

La faute dans le Code civil. Les articles 1382⁹³⁵ et 1383⁹³⁶ du Code civil ne définissent pas ce qu'il convient d'entendre par le concept de *faute*. La relecture de ces textes pousse du reste à constater que ce terme n'est utilisé qu'une seule fois à l'article 1382 du Code civil. L'article 1383 parle, quant à lui, de « fait », de « négligence » et d'« imprudence ».

À l'origine, l'article 1382 du Code civil visait la réparation des dommages causés par des délits alors que l'article 1383 était relatif aux conséquences dommageables des quasi-délits. Le délit supposait l'intention de

933. J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 116, n° 132 ; *Schade en schadeloosstelling*, *op. cit.*, p. 39, n° 34 ; dans le même sens, voy. L. DE WILDE, « Begrip « Schade » », *op. cit.*, p. 197, n° 22.

934. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *op. cit.*, p. 287, n° 2219 ; L. DE WILDE, « Begrip « Schade » », *op. cit.*, p. 201, n° 30 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1968-1975) », *op. cit.*, p. 573, n° 6 ; J. RONSE, « La notion de dommage : lésion d'intérêt », *op. cit.*, p. 112, n° 20 ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 avril 1944, *op. cit.*, p. 119 ; *adde* dans le même sens, même s'il défend ensuite l'idée que la condition de l'intérêt légitime n'est pas suffisante, à défaut de lésion d'un droit, J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.*, p. 9 et 10 ; *Id.*, « Les notions d'« intérêt légitime » et de « lésion de droit » dans la réparation des dommages », *R.C.J.B.*, 1957, *op. cit.*, p. 9, n° 1 à p. 14.

935. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. ».

936. « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. ».

nuire, alors que le quasi-délit visait la simple imprudence ou la négligence⁹³⁷. On ne fait plus aujourd'hui de distinction entre les deux dispositions. L'article 1383 du Code civil est compris comme une disposition accessoire venant expliciter quelque peu l'article 1382⁹³⁸.

Les auteurs du Code civil n'ont pas voulu d'une définition donnée *a priori*. Il est donc revenu à la doctrine et à la jurisprudence la tâche plus que délicate de donner corps au concept⁹³⁹.

192

Les éléments constitutifs de la faute. On admet généralement en droit positif belge que la faute est constituée de deux éléments : l'un, objectif, est l'acte objectivement illicite et l'autre, subjectif, est l'imputabilité de cet acte à la personne fautive⁹⁴⁰. Un troisième élément est retenu par certains

937. Exposé des motifs, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2^e éd., t. XIII, Osnabrück, Otto Zeller éd., 1968, p. 467 ; discours de DE GREUILLE, *ibid.*, p. 474 et 475 ; discours de TARRIBLE, *ibid.*, p. 487 et 488 ; F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Libraire A. Marescq, Aîné, 1878, p. 205, n° 347.

938. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-ced.samsom, 1991, p. 23, n° 12 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 162, n° 246 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 3, n° 2.

939. En ce sens, et pour des développements, voy. L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris, Sirey, 1930, p. 202, n° 422 ; 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, p. 15 et 16, n° 16.

940. Voy. notamment, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 25, n° 13 et 14 ; S. COVEMAER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 237 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, Actes de la journée d'étude Paul Rigaux, Louvain-la-Neuve, 10 juin 1999, p. 8 et 9 ; *Id.*, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 33, n° 7 ; J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 301, n° 52 ; X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *op. cit.*, p. 16, n° 17 et p. 20 et s., spéc. p. 22, n° 27 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 12, n° 7 ; *Id.*, « De grondslag van kontraktuele en extracontractuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 127, n° 1 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *T.P.R.*, 1995, p. 1122, n° 1 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN, S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », *T.P.R.*, 1987, II, p. 1263, n° 1 et p. 1318, n° 31 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *T.P.R.*, 2000, p. 1561, n° 4 ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Ced.Samsom, 1988, p. 18 et 19, n° 9 à 12.

auteurs en ce qui concerne généralement les seules violations d'une norme générale de prudence : la prévisibilité du dommage⁹⁴¹.

Le premier élément, l'acte objectivement illicite, fera l'objet d'une étude approfondie. C'est en effet en son sein que se posent principalement les relations entre la notion de faute et les concepts de droit subjectif, liberté civile et intérêt légitime. Les deux autres éléments seront également explicités, mais de manière générale et seulement dans la mesure où ils sont de nature à alimenter ultérieurement nos propres réflexions.

La faute, tout comme le dommage, est une notion légale donnant lieu à un contrôle de la Cour de cassation⁹⁴². Si le juge du fond conserve la maîtrise de l'appréciation du fait et que la Cour ne peut y substituer la sienne, elle va contrôler si, au regard des faits portés à la connaissance du juge du fond, ce dernier a pu, ou non, déduire l'existence d'une faute. Cette appréciation est marginale en ce qu'elle ne censure que le jugement manifestement inconciliable avec les faits qui lui ont été soumis⁹⁴³. La Cour exerce également un contrôle sur le raisonnement du juge qui apprécie la faute au regard des faits⁹⁴⁴.

193

L'acte objectivement illicite. Très nombreux sont les auteurs qui, en France⁹⁴⁵ comme en Belgique⁹⁴⁶, ont tenté de définir l'élément objectif de la faute⁹⁴⁷.

941. Cf. *infra*, n° 195.

942. Sur ce point, voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 61 et s., n°s 37 et 38 ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 239 et 240 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1560, n° 3 ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, *op. cit.*, p. 90 et s.

943. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 62, n° 37.

944. Pour une expression plus concise : « Alors qu'il revient à ce dernier [le juge du fond] d'apprécier souverainement les faits de l'espèce, la Cour suprême se doit de vérifier si ceux-ci justifient les conséquences que le juge en déduit en droit, notamment si ces déductions respectent les notions légales de faute et de lien causal » (R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 549, n° 17).

945. Pour un aperçu, voy. G. VINEY, p. JOURDAIN, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 317 et s.

946. Voy. notamment, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t.I, *op. cit.*, p. 163 à 168, n°s 251 et s.

947. Dans une étude récente (X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *op. cit.*, p. 16 et s.), Xavier Thunis s'est efforcé de classer ces essais de définitions tant belges que françaises.

La doctrine belge⁹⁴⁸ se réfère le plus souvent à celle proposée par Jean Dabin et André Lagasse dès 1949 : « Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif, etc.) — édictant une obligation, déterminée ou indéterminée —, soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, etc., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »⁹⁴⁹.

Cette définition n'est sans doute pas exempte de critiques⁹⁵⁰, mais elle séduit par son caractère unificateur. Elle reprend la définition de Marcel Planiol, le premier à avoir mis l'accent sur la violation d'une obligation préexistante⁹⁵¹, tout en faisant ressortir le caractère multiforme que peut prendre cette norme (de la loi à la règle de convenance). On y retrouve

948. Voy. par exemple, I. CORBISIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *R.P.S.*, 1994, p. 12, n° 4 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 167, n° 266 ; Id., « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 208, n° 2 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 167, n° 265 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 8 et 9 ; Id., « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 32, n° 6 ; Ch. HENNAU-HUBLET, G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr.*, 1995, p. 170, n° 58 ; J. LIMPENS, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, *Droit positif*, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1963, p. 741, n° 34 ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », obs. sous Bruxelles (4^e ch.), 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 45, note 5 et réf. citées ; Id., « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *R.D.P.C.*, 1994, p. 377, n° 3 et réf. citées à la note 8 ; X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *op. cit.*, p. 19, n° 21 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 4, note 6 ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, *op. cit.*, p. 13, n° 2.

949. J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.) », *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, n° 15.

950. Voy. ainsi, X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *op. cit.*, p. 19, n° 21, qui relève, d'une part, qu'elle semble supposer comme juridiques des règles sociales, morales ou de convenance alors que la responsabilité ne sera acquise que pour autant que ces règles soient réceptionnées par le juge et, d'autre part, qu'elle affirme erronément que toutes ces règles seraient préexistantes alors que la norme de prudence est généralement créée par le juge en fonction des circonstances de fait de l'espèce.

951. M. PLANIOL, *Droit civil*, 5^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 280, n° 863 et s.

également les deux « types » d'acte objectivement illicite généralement⁹⁵² mis en avant aujourd'hui : la violation d'une norme de comportement déterminée et la violation de la norme générale de prudence⁹⁵³.

C'est à ces deux types d'actes objectivement illicites que nous consacrerons une attention plus particulière. Signalons également que certains auteurs distinguent une troisième catégorie d'actes illicites dans la violation des droits subjectifs d'autrui. Ce point fera l'objet de toute notre attention dans l'étude des liens entre la faute et le droit subjectif⁹⁵⁴.

194

L'imputabilité de l'acte objectivement illicite. L'élément d'imputabilité, auquel certains auteurs rattachent la prévisibilité du dommage⁹⁵⁵, est reconnu comme étant l'élément subjectif constitutif de la faute⁹⁵⁶.

952. Voy. cependant Ludo Cornelis qui ne définit la faute que par rapport à la violation de la norme générale de prudence (*Principe de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 25, n° 13). Il convient cependant de remarquer que dans sa comparaison entre la faute et la contravention à la loi, il admet que la transgression d'une loi contenant une règle de comportement bien définie, exprimée sous la forme soit d'une interdiction, soit d'une obligation constitue en même temps la transgression d'une norme générale de prudence (p. 67) ; *adde* sur ce dernier point, L. CORNELIS, « Fout en het wetsovertreding in het handelsverkeer : enkelen beschouwingen », in *Mélanges Roger O. Dalcq — Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 50 et s., n°s 11 et s.

953. La plupart des auteurs commentant la notion de faute objective sur la base de cette distinction. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 237 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 937, n° 941 ; R.O. DALCQ, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 209 et 210, n° 3 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 43, n° 34 et 35 ; Ch. HENNAU-HUBLET, G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *op. cit.*, p. 170, n° 58 ; conclusions de l'avocat général J.F. LECLERCQ, précédant Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, n° 2 ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 46, n° 3 ; Id., « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 377, n°s 3 et 4 ; L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 356, n° 2 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, I, p. 128 et s. ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1126 et s. ; B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, « Onrechtmatige daad en oneerlijke mededinging », *R.W.*, 1987-1988, p. 1259 ; conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *J.T.*, 1982, p. 780, n° 19.

954. Cf. *infra*, n°s 236 et s.

955. Voy. par exemple, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 33 et 34.

956. Cf. *supra*, n° 192.

Même si la portée du concept n'est pas parfaitement claire⁹⁵⁷, on admet qu'elle renvoie à la faculté de discernement de l'auteur de l'acte⁹⁵⁸ : on ne peut admettre qu'un individu soit civilement responsable si, en l'absence d'une volonté libre et consciente, il est incapable de juger des conséquences juridiques de son acte ou si cette volonté est sous la maîtrise d'une force contre laquelle il est incapable de lutter.

C'est pourquoi l'imputabilité répond à des difficultés de deux ordres, généralement traduites par les termes néerlandais distincts de *schuld-bekwaamheid* et de *toerekenbaarheid*⁹⁵⁹. L'absence de volonté consciente peut d'abord être inhérente à la personnalité de l'auteur de l'acte. On retrouve ici la question de savoir si l'enfant, le malade mental, etc., peut voir sa responsabilité engagée en cas d'acte objectivement illicite. Mais l'absence de volonté peut aussi trouver sa cause dans des éléments externes à l'individu, dont ce dernier n'est alors que l'instrument⁹⁶⁰. C'est la question de l'existence de faits justificatifs ou causes de justification qui est alors posée : légitime défense, état de nécessité, ordre de l'autorité, etc.⁹⁶¹.

L'exigence d'imputabilité paraît bien requise dans les deux hypothèses d'actes objectivement illicites. Si elle a donné lieu à des questions concernant la violation d'une norme de comportement déterminée, c'est non pas quant à son exigence en tant que telle, mais plutôt quant à sa portée et à la charge de la preuve⁹⁶².

Il convient ici de préciser que la problématique de l'imputabilité est distincte de celle de la volonté de l'auteur de l'acte de créer un dommage.

957. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 9.

958. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 25 et s., n° 14 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 9.

959. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1561 et 1562, n° 4.

960. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 32, n° 18.

961. Certains auteurs distinguent avec raison les faits justificatifs des causes étrangères exonératoires. Les premières agissent sur la faute en ce sens qu'elles ont trait à l'imputabilité de l'acte. Les secondes agissent sur le lien causal : le défendeur en responsabilité cherche à prouver que le dommage n'est pas la conséquence de son fait, mais d'une circonstance qui ne lui est pas imputable. (en ce sens, voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 32, n° 18 et p. 54, n° 32).

962. Voy. sur ce point, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 43 et s., n°s 19 à 21.

Ce dernier point renvoie soit à la question du dol, soit à celle de la prévisibilité du dommage.

195

La prévisibilité du dommage. La prévisibilité du dommage est fréquemment présentée comme un élément constitutif de la faute, du moins lorsqu'il s'agit de la violation d'une norme de prudence et de diligence⁹⁶³, ce qui est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁶⁴. L'idée est simple : on ne peut imaginer retenir la responsabilité d'une personne qui ne pouvait prévoir les conséquences dommageables de son acte. Comme l'a indiqué Jean-Luc Fagnart : « Il n'y a pas faute à ne pas prévoir l'imprévisible »⁹⁶⁵.

La condition spécifique de la faute qui en découle doit être bien comprise. Il n'y a pas forcément une faute parce que l'on pose un acte que l'on sait susceptible de créer un dommage⁹⁶⁶. La prévisibilité du dommage

963. Voy. ainsi, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 46 et s. ; S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 239 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537, n° 6 et 7 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 941, n° 941 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 43, n° 35 ; H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletins de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 1927, t. XIII, p. 85 et 86 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 377 et s., n° 4 et s., n° 19 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 6 et s., n° 5 et 6 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1594, n° 13.

964. Voy. par exemple, Cass. (2^e ch.), 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 128 et s. : « Attendu que, pour qu'un acte constitue une imprudence au sens des articles 418 et 420 du Code pénal et donne lieu à responsabilité en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, il n'est pas requis qu'il soit de nature à causer un dommage certain ; il suffit que le dommage soit une conséquence possible de l'acte, mais cette conséquence possible doit être prévisible, en manière telle que celui qui accomplit l'acte dommageable ne commet une imprudence dont il doit répondre que s'il devait prévoir le dommage et prendre les mesures nécessaires pour le prévenir » ; Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802 et s. : « Attendu que, pour donner lieu à responsabilité en vertu des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, le dommage causé par l'acte doit être un dommage que l'auteur devait raisonnablement prévoir » ; aussi, Cass. (2^e ch.), 15 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 385 et s.

965. J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 43, n° 35.

966. R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537, n° 6. ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 45, n° 3 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1593, n° 13 et p. 1606, n° 16 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *op. cit.*, p. 133, n° 4.

n'est pas nécessairement en elle-même une faute par défaut de prévoyance. Mais pour qu'il y ait faute au sens de la violation d'une norme générale de prudence, il faut que le dommage ait été prévisible.

La portée de ce critère n'est pas toujours facile à saisir. Il ne faut pas démontrer que l'acte devait nécessairement impliquer un dommage réel, mais il suffit que la création d'un dommage ait été raisonnablement perçue comme possible par son auteur⁹⁶⁷. La prévisibilité ne porte pas sur le dommage occasionné *in concreto* ni sur son étendue. Le seul fait de pouvoir prévoir raisonnablement un dommage, *in abstracto*, suffit donc pour que cette condition soit remplie⁹⁶⁸. La prévision ou la prévisibilité raisonnable du dommage est elle-même à apprécier en fonction du critère de l'homme normalement prudent et diligent⁹⁶⁹.

La doctrine est très divisée quant au statut à donner à cette exigence.

Celle-ci est alors parfois présentée comme une condition autonome de la faute, elle-même à apprécier en fonction d'une norme de prudence⁹⁷⁰ ou comme condition inhérente à l'obligation générale de pru-

967. Voy. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 46 et 47, n° 25 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537, n° 6 ; J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 299, n° 45 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN, S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », *op. cit.*, p. 1285, et p. 1290, n° 16 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1604, n° 15. Voy. aussi, spéc. Cass. (2^e ch.), 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, p. 128 et s.

968. Ch. HENNAU-HUBLET, G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *op. cit.*, p. 184, n° 76 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 43, n° 35.

969. R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537, n° 7. L'analyse de la jurisprudence des juges du fond fait cependant apparaître une personnalisation plus ou moins marquée du comportement de l'agent (*ibid.*, p. 538 et s., n° 8 ; sur ce dernier point surtout, G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 381, n°s 6 et s.) ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 47, n° 8 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1596, n° 14.

970. R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 537, n° 6 *in fine* ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 48, n° 26 et p. 49, n° 28 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1184, n° 17.

dence⁹⁷¹. L'homme normalement prudent et diligent ne peut être fautif que s'il a pu, ou s'il devait, avoir conscience que, dans les circonstances concrètes rencontrées, l'acte qu'il posait était susceptible de créer un dommage pour autrui. En ce sens, on a pu écrire que la prévisibilité du dommage était le premier critère d'appréciation de la violation d'une norme générale de prudence⁹⁷².

Certains n'y voient qu'un élément de fait permettant d'inférer la violation d'une règle de prudence et de diligence⁹⁷³. D'autres n'y voient une utilité que dans les hypothèses où cette prévisibilité n'intervient pas pour la détermination de la violation d'une norme générale de prudence⁹⁷⁴. Pour d'autres encore, la prévisibilité du dommage est inhérente à l'élément moral de la faute, c'est-à-dire à son imputabilité⁹⁷⁵.

Certains enfin, en viennent à remettre en cause l'exigence de la prévisibilité, arguant que sa nécessité n'est pas démontrée⁹⁷⁶. Les sources de

971. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 239 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », op. cit., p. 380, n° 6 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », op. cit., p. 132, n° 4.

972. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN, S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », op. cit., p. 1283, n° 14 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », op. cit., p. 1593, n° 13.

973. En ce sens, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 239.

974. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, op. cit., p. 47 et s., nos 26 et 27 : s'il s'agit de sanctionner un acte qu'un homme normalement prudent et diligent n'aurait pas commis dans les circonstances de fait parce qu'il savait ou devait savoir qu'il donnerait naissance au dommage — concret — dont la réparation est demandée, la prévisibilité du dommage n'est pas une condition distincte de la violation de la norme générale de prudence. Selon l'auteur, elle est donc inutile. Par contre, si la prévisibilité du dommage tel que créé *in concreto* n'est pas entrée en compte dans la détermination elle-même de la norme générale de prudence, alors la condition de prévisibilité du dommage prend tout son sens comme condition de la faute.

975. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », op. cit., p. 11, 33 et 34 ; l'auteur fait cependant une distinction entre la prévisibilité de tout dommage quelconque, condition de l'imputabilité, et la prévisibilité du dommage dont il est précisément demandé réparation, relevant de l'analyse du lien causal (p. 11 ; comp. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 49, n° 27).

976. R.O. DALCQ, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 87 n° 7 : « La nécessité de cette exigence ne nous paraît par contre nullement démontrée en matière civile si ce n'est par l'affirmation préremptoire, malgré les critiques de la doctrine, de l'identité des fautes civiles et pénales en matière de délits par l'imprudence » (aussi n° 3, 4 et 9).

cette mise en doute sont de deux types. De par le caractère abstrait de l'exigence de prévisibilité, la responsabilité peut être engagée alors même que le préjudice avéré était imprévisible *in concreto*⁹⁷⁷. La responsabilité civile peut être engagée à la suite d'une violation d'une règle de comportement déterminé confinant à l'obligation de résultat sans que la prévision entre en considération⁹⁷⁸.

Sous-section 2 L'acte objectivement illicite comme violation d'une norme de comportement déterminée

196. La violation d'une norme de comportement déterminée
– 197. Une jurisprudence incertaine de la Cour de cassation ?

196

La violation d'une norme de comportement déterminée. Même si les expressions employées divergent, la doctrine paraît admettre, dans sa toute grande majorité, que la violation d'une norme précise de comportement ou d'abstention est constitutive d'une faute objective au sens de l'article 1382 du Code civil⁹⁷⁹.

Certains semblent exiger que le comportement soit prévu par une loi, un règlement ou un traité international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne⁹⁸⁰. Encore faut-il, soulignent divers auteurs, que ces

977. *Ibid.*, p. 85, n° 3.

978. *Ibid.*, p. 85, n° 4.

979. Seuls les rapports de droit privé étant pris en considération dans cette étude, on exclut de la présente analyse l'épineux problème de la faute des pouvoirs publics en cas de violation d'une norme légale. Sur ce point, voy. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 46 et s.

980. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 65, n° 40 ; conclusions de l'avocat général J.F. LECLERCQ, précédant Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, n° 2 ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 46, n° 3 ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 155 et 156, n° 35 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1120 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1564, n° 6 ; conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *op. cit.*, p. 780, n° 19.

normes soient impératives et contraignantes⁹⁸¹. D'autres ne limitent pas par leur source les normes de comportement déterminées⁹⁸². La plupart des auteurs prennent le soin de préciser que la norme doit être porteuse d'une interdiction ou d'une obligation précise dans le chef de son destinataire⁹⁸³.

La violation de la norme suffit alors pour qu'il y ait faute, sans qu'il soit nécessaire de relever une violation d'une norme de prudence et que le dommage ait été prévisible^{984 985}. On s'éclaire parfois par la distinction

981. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 34, n° 9.

982. S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 238 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 4, n° 4.

983. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 67 ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 238 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 22 et s., spéc. p. 24 et s. ; Id., « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 35, n° 10 et p. 37 et s. ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 46, n° 3 ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 156 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *op. cit.*, p. 128, n° 2 ; « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 4, n° 4 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1158, n° 10 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1563, n° 6 et p. 1571 et s., n° 7.

984. I. CORBISIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *op. cit.*, p. 37 et 38 ; R.O. DALCQ, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », *op. cit.*, p. 85, n° 4 ; B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 21 et 22 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 378, n° 4 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *op. cit.*, p. 128, n° 2 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1563, n° 6.

Voy. déjà M. PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, p. 285, qui, concernant les « fautes contre la légalité », énonce que : « Les contraventions à ces règles, et à toutes autres du même ordre qu'on pourrait citer, ne sont ni des *maladresses* ni des *malhonnêtetés*, ce sont cependant des fautes, parce que ce sont des choses qu'on ne doit pas faire et qui sont défendues pour des raisons diverses » (souligné dans le texte).

985. Pour certains, la condition de prévisibilité du dommage n'est cependant que présumée en fait en cas de violation de la loi. Cette présomption serait susceptible d'être renversée. De ce point de vue, la prévisibilité du dommage est également une condition de la responsabilité en cas de violation de la loi. (L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 69, n° 40 ; dans le même sens, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 33 et 34).

traditionnelle issue de la responsabilité contractuelle, entre les obligations de résultat et les obligations de moyens⁹⁸⁶. À la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation, on admet en effet que l'auteur de la violation de la norme ne pourrait s'exonérer qu'en prouvant l'erreur invincible ou une autre cause de justification⁹⁸⁷. Encore que cette assimilation entre la faute extracontractuelle résultant de la violation de la loi et le non-respect d'une obligation de résultat en matière contractuelle suscite la critique⁹⁸⁸.

197

Une jurisprudence incertaine de la Cour de cassation ? La Cour de cassation a depuis longtemps admis le principe de l'adéquation entre l'acte objectivement illicite et la violation d'une norme déterminée. Certains de ses arrêts, concernant la responsabilité des administrateurs, paraissent cependant difficilement conciliables avec cet enseignement traditionnel.

Dès 1944, concernant une avarie constitutive d'un délit en matière de police fluviale, la Cour de cassation indiquait que : « En pareille matière,

986. S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 239 ; R.O. DALCO, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », *op. cit.*, p. 85, n° 5 ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 46, n° 4 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *op. cit.*, p. 128, n° 2 ; conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *op. cit.*, p. 780, n° 19 ; voy. Cass. (2^e ch.), 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 631 et s., où il était reproché à un jugement du tribunal correctionnel de Liège, statuant en degré d'appel, d'avoir considéré que certaines obligations du code de la route étaient des « obligations de résultat ». La Cour rejette le moyen comme non fondé, estimant que le jugement ne violait aucune des dispositions légales invoquées en considérant « que des obligations prescrites par le code de la route, spécialement celles qu'impose l'article 10.1.1° et 3° de ce code, sont des obligations déterminées ou de résultat ».

987. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 66 et 67 ; G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 46, n° 4 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1125, n° 2 et p. 1131, n° 4.

988. Voy. par exemple, B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 37 ets., n°s 12 à 15, où l'auteur relève, entre autres, que la détermination d'une obligation de résultat s'opère par une analyse des risques ou de l'aléa alors que l'adéquation entre la faute et la violation de la loi se base sur le caractère déterminé du comportement attendu et que la présomption de responsabilité accompagnant l'obligation de résultat ne peut avoir cours en matière pénale ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 378, note 12, qui estime que si l'on doit retenir cette qualification d'obligation de résultat, les arrêts de la Cour de cassation qui traitent de ce type de faute sont difficilement conciliables entre eux.

la faute consiste en ce que l'auteur a violé librement une prescription légale ou réglementaire, de sorte que le fait peut lui être imputé ; qu'en effet, en pareil cas, l'auteur est pénalement responsable de la contravention, il en est coupable ; qu'il s'ensuit que toute contravention, pourvu qu'elle soit commise consciemment et librement, constitue une faute ; que si, au contraire, elle est due à un cas fortuit, ou à la force majeure, elle ne peut être imputée à l'auteur et ne peut, dès lors, constituer une faute [...] »⁹⁸⁹.

Dans plusieurs arrêts, la Cour réaffirme ce principe, quoique en des termes parfois différents. Dans certains arrêts, elle rappelle que la violation libre et consciente de la norme est une faute sans rappeler l'exigence de la détermination de la norme ni se référer à une possible exonération⁹⁹⁰. Dans d'autres, si elle affirme que la faute consiste en la violation d'une norme déterminée, elle ne rappelle pas l'exigence de la violation libre et consciente⁹⁹¹.

L'appel à la volonté libre et consciente de l'homme se réfère au critère d'imputabilité de l'acte pris en violation de la norme. L'erreur invincible et les autres causes d'exonération de responsabilité se réfèrent aux causes de justification propres à annihiler une telle volonté. On peut, dès lors, les rattacher également à la condition d'imputabilité de l'acte. Il va de soi que la force majeure ou le cas fortuit exonère de toute responsabilité l'auteur de l'acte, mais alors, en raison de l'absence de lien causal entre l'acte et le

989. Cass. (2^e ch.), 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178 et s.

990. Mais les espèces donnant lieu à son contrôle paraissaient bien répondre à l'exigence de prescription d'un comportement déterminé. Les exonérations, quoique parfois présentes dans les moyens, n'étaient du reste pas invoquées dans les espèces ; Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682 et s., concernant un freinage soudain par un véhicule en violation de l'article 27-3 du code de la route, applicable à l'époque : « Attendu que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme » ; Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83, concernant le port de ceintures de sécurité sur chantier en infraction de l'article 158sexies du règlement général pour la protection du travail : « Attendu que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment par l'intervention de l'homme » ; Cass. (3^e ch.), 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788 et s., concernant le non-paiement de cotisations sociales constitutif d'infraction au sens de l'article 35, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969 : « Attendu que la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. ».

991. Cass. (2^e ch.), 22 février 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 631 et s., concernant des infractions au code de la route.

dommage dont on demande réparation. Imputabilité et lien causal étant tous deux des conditions de la responsabilité, il n'est pas étonnant de les voir jouer également en cas de violation d'une norme de comportement déterminé.

Une autre difficulté provient de la question de savoir si l'imputabilité est ou non présumée dans le chef de celui qui viole la loi. La jurisprudence de la Cour semble là particulièrement ambiguë, voire contradictoire⁹⁹².

Ces imprécisions ont amené certains auteurs à considérer que la jurisprudence de la Cour n'était pas encore bien établie en la matière⁹⁹³. Divers arrêts de la Cour concernant la responsabilité d'administrateurs de société en cas de faillite paraissent renforcer cette opinion⁹⁹⁴. D'autant que la question de savoir si la prévisibilité du dommage avait cours en cas de violation d'une norme de comportement déterminé se repose à la même occasion. La suite de notre étude ne nécessite cependant pas d'entrer plus avant dans la controverse.

L'incertitude quant au degré de détermination de la norme est plus irritante⁹⁹⁵. Force est néanmoins de constater que la Cour n'a jamais eu à se prononcer sur la question précise de savoir si la norme violée devait ou non imposer ou interdire un comportement déterminé. Cette exigence est cependant rappelée régulièrement en cas de faute commise par l'État ou ses organes⁹⁹⁶. Or, sur ce point précis de la détermination de la norme,

992. B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 20 ; Id., « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *op. cit.*, p. 45 et s., n° 21.

993. G. SCHAMPS, « La violation de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 47, n° 7. Dans le même sens, R.O. DALCQ, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », *op. cit.*, p. 211 et s., n°s 5 et s. ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 534 et s., n° 5.

994. Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 46, p. 80 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1069 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17 et s.

995. Peut-être parce que l'expression utilisée est inadéquate. La nécessité d'un comportement déterminé va de soi si l'on adopte la formulation de Rolin. Pour lui, la violation de la loi est une faute si le fait illicite est défini par la loi. Ce fait — qui décrit forcément un comportement — ne peut être par définition que déterminé. (H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *op. cit.*, p. 72 et 73).

996. Voy. par exemple, Cass (1^{re} ch.), 14 janvier 2000, *Pas.*, 2000 ; I, n° 33, p. 102 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, n° 343, p. 812 et s. et conclusions de l'avocat général SPREUTELS ; Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1063 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1082 et s. et conclusions de l'avocat général VELU.

nous ne voyons pas en quoi l'enseignement de la Cour ne serait pas transposable aux hypothèses de violation d'une norme légale par un citoyen.

Nous constatons du reste la constance du principe induit des arrêts précités : l'acte objectivement illicite peut résulter de la violation d'une norme légale ou réglementaire sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard à une norme de prudence. Les hésitations que l'on peut avoir à l'égard des conditions relatives à l'imputabilité ne paraissent pas remettre cet acquis en cause.

Sous-section 3 **L'acte objectivement illicite comme violation de la norme générale de prudence**

198. La violation de la norme générale de prudence : le principe – 199. La comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent – 200. La référence aux mêmes circonstances de fait – 201. La norme générale de prudence comme critère générique de l'acte objectivement illicite

198

La violation de la norme générale de prudence : le principe. Si la violation d'une norme de comportement déterminée peut être constitutive d'un acte objectivement illicite, il existe une quantité de normes, d'origines diverses, imposant à l'individu, selon les circonstances, de calquer sa conduite sur celle, hypothétique, du « bon père de famille »⁹⁹⁷. Ces normes sont généralement reprises sous un vocable abstrait du type « norme générale de prudence »⁹⁹⁸.

Cette norme n'impose *a priori* aucune conduite précise. Son contenu est à trouver dans la conduite qu'aurait eue un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait que le défendeur en responsabilité. Elle participe à l'idée selon laquelle il existe une obligation d'éviter, autant que faire se peut, de causer un dommage à

997. Voy. S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 239 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t.I, *op. cit.*, p. 166, n° 262 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 380 et s., n° 6.

998. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 239 (« *zorgvuldigheidsnorm* ») ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1172, n° 13 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1592, n° 12 (« *zorgvuldigheidsnorm* »).

autrui. D'où, nous l'avons vu, l'exigence de la prévisibilité du dommage. Cette obligation ne s'impose pourtant pas en toute circonstance. Causer le dommage ne suffit pas⁹⁹⁹, il faut démontrer que l'auteur de l'acte n'a pas adopté la conduite du « bon père de famille » placé dans les mêmes conditions^{1000 1001}. Cet acte apparaît alors comme une erreur, une imprudence, une négligence ou une imprévoyance¹⁰⁰².

199

La comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent. L'appel au comportement de l'homme normalement prudent et diligent implique une appréciation *in abstracto*.

Il ne s'agit pas de prendre en compte les caractéristiques et capacités personnelles de l'auteur de l'acte. C'est pourquoi avoir égard à son âge, à son sexe, à son inexpérience, à ses craintes, à son niveau d'éducation, etc., est en principe exclu¹⁰⁰³.

Il s'agit, au contraire, de découvrir la règle de conduite violée dans le comportement d'une personne abstraite. Cette personne n'est cependant pas infaillible. Il ne s'agit pas de se référer à un homme extraordinaire, hors du commun. C'est la conduite de l'homme « normalement » prudent et diligent qu'il convient de rechercher¹⁰⁰⁴.

999. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELLEN, S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », *op. cit.*, p. 1283, n° 13.

1000. G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 381, n° 6.

1001. Il est donc erroné d'utiliser — même si l'on admet qu'elle soit particulièrement expressive pour les juristes — la distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, propre à la responsabilité contractuelle. La violation de la norme générale de prudence suffit pour qu'un acte objectivement illicite naisse au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

1002. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *op. cit.*, p. 166, n° 261.

1003. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 39 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 944, n° 944 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 381, n° 6 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 8, n° 6.

1004. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 40 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 44, n° 36 ; G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 381, n° 6 ; H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 8, n° 6. Voy. également, Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1063 et s.

200

La référence aux mêmes circonstances de fait. L'abstraction a elle-même ses limites¹⁰⁰⁵. Les circonstances « externes » de la situation auxquelles est confronté l'auteur de l'acte — à l'exclusion des circonstances spécifiques tenant à son individualité — sont prises en considération dans le contrôle opéré par le juge^{1006 1007}. On pense notamment aux circonstances de temps, au milieu, à la profession exercée, etc.¹⁰⁰⁸.

Ces circonstances doivent du reste être considérées comme essentielles. Il faut en effet se garder d'une appréciation *a posteriori* : la compréhension des événements et des actes s'explique toujours plus aisément une fois que la réflexion a pu prendre la place de l'action¹⁰⁰⁹.

201

La norme générale de prudence comme critère générique de l'acte objectivement illicite. Une tendance existe de faire de la norme générale de prudence le critère générique de tout acte objectivement illicite¹⁰¹⁰. Cette

1005. « Forcément, le type de comparaison ne pourra pas être un *homo juridicus*, une pure abstraction. Il serait irréel, et par conséquent, absurde » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 944, n° 944).

1006. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 240 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 45, n° 36 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t.I, *op. cit.*, p. 166, n° 263 et 264.

1007. Il faut cependant admettre que cette délimitation entre circonstances « externes » et « internes » peut être délicate, voire quelque peu artificielle. Comment, en effet, prendre en considération le comportement du bon père de famille sans tenir compte de la situation propre à l'auteur des faits (âge, profession et donc degré de connaissance attendu, etc.). Sur ce point, voy. H. VANDENBERGHE, « Het aquiliaanse foutbegrip », *op. cit.*, p. 10. ; la jurisprudence des juges du fond, notamment relative à l'appréciation de la prévisibilité du dommage, montre une personnalisation plus ou moins marquée du comportement de l'agent : les supériorités physiques ou intellectuelles, même dans le cadre non professionnel, mais parfois aussi l'âge, l'expérience et les habitudes sont pris en considération par la jurisprudence (cf. l'analyse critique de G. SCHAMPS, « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *op. cit.*, p. 381, n° 6 à 11).

1008. S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 240 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 45, n° 36 ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, *op. cit.*, p. 16, n° 7 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1607 et 1608, n° 16.

Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1063 et s. (magistrat normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions et circonstances de temps).

1009. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 41.

1010. Voy. notamment L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 25, qui définit de manière générique la faute comme se composant de trois éléments : l'imputabilité, la méconnaissance d'une norme générale de prudence et la prévisibilité du dommage.

tendance s'explique sans doute notamment par la désuétude en laquelle est tombée la distinction entre les délits et les quasi-délits.

Il y a cependant quelque chose d'artificiel à introduire le critère analysé, propre aux quasi-délits, concernant tout comportement objectivement illicite. Cette opinion implique une uniformisation de la méthode d'appréciation de la faute qui ne correspond pas à la réalité¹⁰¹¹. On en arrive alors à donner des explications qui heurtent les principes mêmes de la faute comme violation de la norme générale de prudence.

Ainsi, on dira que l'homme normalement prudent et diligent ne viole pas la loi¹⁰¹² pour admettre que, dans ce cas, la faute naît de la simple violation de la norme ou que le bon père de famille ne pose pas d'acte en vue de léser sciemment autrui pour admettre la faute résultant de l'intention dolosive de nuire à autrui¹⁰¹³. De même, on dira que l'homme normalement prudent et diligent ne viole pas les droits fondamentaux de ses concitoyens pour admettre que l'atteinte aux droits d'autrui puisse constituer une faute¹⁰¹⁴.

Ces explications sont non seulement artificielles mais contredisent la méthode qui fonde la qualification. On a vu que la norme de prudence ne naît que de la comparaison du comportement litigieux avec celui qu'aurait eu, dans les mêmes circonstances de fait, un bon père de famille. Prétendre que le bon père de famille ne viole pas la loi, ne nuit pas volontairement ou méchamment à autrui ou ne porte pas atteinte aux

1011. Voy. *supra*, pour une même constatation, nos analyses de la tierce complicité et de l'abus de droit ; voy. dans le même sens, R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 431.

1012. Voy. par exemple en ce sens, L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 67 : « Bien entendu, un homme normalement prudent et raisonnable respecte en principe les lois au sens matériel et donc les règles de comportement qu'elles consacrent, de telle sorte que leur violation permet en principe de déduire que le comportement adopté n'était ni normalement prudent ni normalement raisonnable. [...] Une règle de comportement de ce type, considérée comme devant être respectée par tout homme normalement prudent et raisonnable, sauf en cas de survenance d'un fait justificatif ou d'absence d'imputabilité, ne se retrouve pas dans toutes les lois au sens matériel. ». Rappelons que, selon cet auteur, la prévisibilité du dommage, en cas de violation de la loi, fait l'objet d'une présomption de fait (p. 69).

1013. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 179, n° 97 : « Un homme normalement prudent et raisonnable n'agit pas en principe avec l'intention de causer un dommage à autrui. ». Dans l'esprit de l'auteur, l'expression « en principe » vise l'existence d'un fait justificatif.

1014. A. VAN OEVELEN, « Schade in schadeloostelling bij de schending van grondrechten door private personen », *op. cit.*, p. 423, n° 1 ; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privé-leven », *R.W.*, 1988-1989, I, p. 496, n° 27.

droits d'autrui, c'est précisément rejeter toute prise en compte des autres circonstances de faits qui ont amené et expliquent pourquoi l'auteur a eu tel comportement. En d'autres termes, la norme de conduite relative se fige et devient une norme de comportement déterminée. Son auteur ne peut dès lors plus prouver qu'il s'est comporté de manière diligente malgré l'acte posé. Il n'a plus comme solution que d'en appeler à un fait justificatif ou à une cause étrangère.

L'effet sur autrui de la qualification de droit subjectif

Chapitre 1

L'opposabilité des droits subjectifs

202. La distinction entre pouvoir interne et externe du droit subjectif (rappel) – 203. L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe du droit subjectif – 204. Plan

202

La distinction entre pouvoir interne et externe du droit subjectif (rappel). L'analyse de la théorie générale du droit civil nous a poussé à distinguer, comme éléments caractéristiques, les pouvoirs internes et externes du droit subjectif¹⁰¹⁵.

Le pouvoir interne — appelé ci-avant face interne du droit subjectif — vise la prérogative qui lie le titulaire du droit à son objet. C'est le contenu de tout droit. Le pouvoir externe — ou face externe du droit — vise la relation à autrui qui en est induite. C'est sa force de rayonnement à l'égard des tiers, tenus de ne pas enfreindre la face interne du droit. Les deux faces du droit, complémentaires, lui procurent ses spécificités et son efficacité. La face interne de chaque droit subjectif ne peut exister que si les tiers, qui en sont exclus, sont tenus de la respecter.

Cette force de rayonnement du droit subjectif à l'égard des tiers se retrouve dans toutes les théories modernes du droit subjectif que nous avons antérieurement classifiées en théories du pouvoir d'agir et théories du pouvoir d'exiger¹⁰¹⁶. Le nier reviendrait, théoriquement, à contredire la définition du droit subjectif, telle qu'elle s'est patiemment développée sur plus d'un siècle de réflexions doctrinales.

1015. Cf. *supra*, n^{os} 55 et s.

1016. Cf. *supra*, n^{os} 43 et s.

Il s'agira ici de développer et de pousser jusqu'à ses extrêmes cette conception du droit subjectif afin de cerner avec précision la relation à autrui liée à ce concept.

203

L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe du droit subjectif. L'opposabilité, au sens où nous l'avons définie ci-avant à la suite de José Duclos¹⁰¹⁷, nous paraît être véritablement l'instrument de technique juridique, utilisé à l'envi par le droit positif, traduisant le mieux la face externe des droits subjectifs.

Nous avons vu que les conventions présentaient des effets internes et des effets externes, seuls ces derniers traduisant leur opposabilité aux tiers¹⁰¹⁸. Il en est de même pour tous les droits subjectifs, peu importe leur source.

La *face interne* du droit est le lieu de sa « relativité ». Cette relativité est limitée au rapport juridique interne du droit subjectif. Tout droit subjectif a pour contenu un pouvoir juridique. Ce pouvoir juridique n'est reconnu qu'au bénéfice de son titulaire. Les tiers en sont exclus¹⁰¹⁹. La relativité du droit subjectif implique une relation trilogique comprenant le titulaire du droit subjectif, son objet (ce sur quoi il porte) et son contenu (la ou les prérogatives qui en délimitent le mode et l'étendue)¹⁰²⁰.

La *face externe* du droit est le lieu de son « opposabilité ». Cette opposabilité est limitée au rapport juridique externe du droit subjectif. Tout droit subjectif emporte un rayonnement juridique à l'égard des tiers, tenus de respecter le rapport juridique interne, fondé sur une règle de droit objectif à la source de tout droit subjectif. Les tiers sont les destinataires de cette opposabilité¹⁰²¹. L'opposabilité du droit implique donc également une relation trilogique. Mais elle est distincte de celle se retrouvant au sein de sa relativité. Elle comprend le titulaire du droit, le devoir exprimé dans ses effets externes et les tiers.

Il convient, tout comme on le fait pour l'opposabilité des conventions, de distinguer, d'une part, la relativité des droits subjectifs et, d'autre part, leur opposabilité. Ces deux effets ne peuvent se confondre, même s'ils se complètent pour se donner corps mutuellement et, en définitive,

1017. Cf. *supra*, n° 182.

1018. Cf. *supra*, n°s 183 et s.

1019. Dans le même sens, J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 159 : « C'est la zone d'action immédiate de l'élément juridique considéré qui est soumise à l'emprise de la relativité : les tiers ne pouvant pas subir, en principe, cet effet. ».

1020. *Ibid.*, p. 159 et 160, n° 131.

1021. *Ibid.*, p. 162, n° 132.

constituer deux caractéristiques considérées comme essentielles par la théorie générale du droit civil ¹⁰²².

204

Plan. Afin d'étudier de manière précise et complète l'opposabilité des droits subjectifs, nous exposons d'abord un état du droit positif. Si l'affirmation de l'opposabilité des droits subjectifs est généralisée, elle y est encore ambiguë. En effet, l'opposabilité des droits personnels ou de créance est souvent mal comprise. Elle est également confondue avec celle des conventions dont les droits subjectifs sont souvent issus (section 1^{re}).

Dans un second temps, nous rechercherons le fondement de l'opposabilité des droits subjectifs. Nous le trouverons dans le droit subjectif lui-même sans qu'il soit nécessaire de faire appel à un principe explicatif externe à celui-ci. Il existe en effet un lien de cause à effet entre la qualification du droit subjectif et son opposabilité (section 2^e).

Enfin, nous tenterons de déterminer le régime général de l'opposabilité des droits subjectifs tel qu'il découle du fondement qui lui aura été assigné. Ce régime peut se subdiviser en deux axes. Il s'agira d'abord de préciser l'effet de l'opposabilité des droits subjectifs pour ensuite déterminer les sanctions qui frappent celui qui enfreint cet effet (section 3^e).

Section 1

État du droit positif : une affirmation ambiguë de l'opposabilité des droits subjectifs

205. Introduction – 211. Des affirmations éparées de l'opposabilité des droits subjectifs – 207. L'affirmation de l'opposabilité des droits réels dans les controverses doctrinales relatives à la définition du droit réel – 208. L'affirmation de l'opposabilité des droits réels en droit positif contemporain – 209. La genèse de l'affirmation de l'opposabilité des droits de créance – 210. L'ambiguïté de l'affirmation de l'opposabilité des droits de créance en droit positif – 211. L'affirmation de l'opposabilité des droits intellectuels – 212. Conclusion relative à l'affirmation de l'opposabilité des droits subjectifs en droit positif

205

Introduction. Même si notre but n'est pas de décrire ce qu'est le droit positif, mais de pousser à ses limites la logique conceptuelle dégagée principalement par la doctrine en théorie générale du droit civil, il nous paraît

1022. Dans le même sens, *ibid.*, p. 159, n° 130.

utile de confronter l'affirmation théorique de l'opposabilité de tout droit subjectif à la réalité du droit positif.

Le droit positif est traversé par deux grandes ambiguïtés portant, d'une part, sur l'opposabilité des droits de créance et, d'autre part, sur son assimilation à celle des conventions dont ils sont généralement issus.

Cela permet de prendre la mesure de l'éloignement pouvant exister entre le développement de concepts fondamentaux en théorie générale du droit civil et leur utilisation en droit positif. La mesure de l'apport éventuel d'une réconciliation entre l'évolution théorique et pratique de l'utilisation des concepts étudiés peut également être perçue.

206

Des affirmations éparées de l'opposabilité des droits subjectifs. En dehors des études de théorie générale du droit civil, l'affirmation de l'opposabilité des droits subjectifs est plus ponctuelle que générale. L'affirmation se retrouve plus dans l'étude de chacun des droits subjectifs particuliers ou qualifiés comme tels en droit positif, que dans une approche globale de l'effet reconnu comme l'apanage de tout droit subjectif. Elle apparaît néanmoins, quelles que soient les ambiguïtés qui l'entourent, comme une constante dans le droit positif actuel. Dès que l'on parle de droit subjectif, la question, et en définitive, l'affirmation de son opposabilité surgissent.

Cette affirmation, quelque peu désordonnée, montre néanmoins que le droit positif suit largement, sur ce point, l'évolution de la théorie générale du droit consacrée à l'analyse du concept de droit subjectif. Elle nous conforte également dans l'idée que les concepts de « relativité » et d'« opposabilité » sont ceux qui, dans le droit positif, permettent le mieux de rendre compte de la distinction dégagée en théorie générale entre le pouvoir interne du droit subjectif et son pouvoir externe. Les conséquences de cette affirmation de l'opposabilité de chacun des droits subjectifs n'ont cependant pas toujours été bien perçues, ni dégagées.

Nous prendrons ici trois exemples. Concernant les deux premiers, les droits réels et les droits d'auteur, l'affirmation de l'opposabilité est générale et constante. Elle n'a en réalité suscité aucune difficulté. Nous pourrions cependant le regretter tant il est vrai qu'elle paraît considérée comme allant de soi, ce qui ne nourrit que très faiblement le débat théorique. Si la qualification de droit subjectif n'est pas, en règle, déniée aux droits de créance, l'affirmation de leur opposabilité est, par contre, plus ambiguë, voire contestée.

207

L'affirmation de l'opposabilité des droits réels dans les controverses doctrinales relatives à la définition du droit réel. C'est à propos du droit réel que l'opposabilité des droits subjectifs a d'abord été affirmée. Un bref rappel de la

controverse entre la théorie classique du droit réel, la théorie personnaliste et la théorie dite néopersonnaliste permet néanmoins de comprendre l'ambiguïté qui a régné et règne encore partiellement en la matière. Il convient néanmoins de constater que si, aujourd'hui, une doctrine contemporaine imposante paraît dépasser cette controverse, c'est précisément en reconnaissant aux concepts d'opposabilité et de relativité une portée précise qui ne peut se confondre.

Ces difficultés de définition des droits réels paraissent *a priori* n'avoir exercé une influence qu'au niveau théorique. C'est du moins l'opinion émise par certains¹⁰²³. Dès lors que cette controverse a eu pour conséquence d'oblitérer largement l'opposabilité des droits de créance, ou de limiter celle-ci à l'opposabilité de la convention dont sont généralement issus ces droits, les conséquences pratiques de ces discussions ne peuvent, selon nous, nullement être sous-estimées.

La doctrine classique la plus souvent citée est celle d'Aubry et Rau. Ces derniers énoncent que : « Les droits réels sont ceux qui, créant un rapport immédiat et direct entre une chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise d'une manière plus ou moins complète, sont par cela même susceptibles d'être exercés, non pas seulement contre telle personne déterminée, mais envers et contre tous »¹⁰²⁴. Les droits réels s'opposeraient ainsi aux droits de créance ou personnels qui sont ceux qui « se rattachant à un lien d'obligation existant entre deux personnes déterminées, ne sont de leur nature susceptibles d'être exercés que contre la personne obligée, et contre ceux qui sont tenus de ses engagements »¹⁰²⁵.

1023. Voy. par exemple, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 189 et 190, qui, insistant sur l'origine doctrinale de la classification des droits subjectifs, en souligne le caractère technique, provisoire et évolutif. Concernant la distinction entre droits absolus et relatifs, au cœur de notre problématique, il énonce que : « La distinction entre droits absolus et droits relatifs est de peu d'importance pratique » (p. 190, n° 125, *in fine*) et, concernant les théories nouvelles relatives à la distinction entre droits réels et droits de créance, il indique : « Il importe d'observer que, malgré toute l'ingéniosité — et, dans une large mesure, le mérite — des théories nouvelles, celles-ci sont restées purement doctrinales, et n'ont exercé aucune influence sur la pratique du droit » (p. 193, n° 129, souligné par l'auteur) ; R. DERINE, S. SNAET, « Zakelijke rechten », in *Het onroerend goed in de praktijk*, F. mob., Kluwer, M.-à-j. mai 1996, I.C.2.-1, p. 59, qui concernant la distinction entre droit réel et droit de créance ou personnel, énoncent que : « Omtrent het onderscheid tussen beide bestaat er sedert geruime tijd een vinnige theoretische controverse, die evenwel voor een praktijkboek weinig belang heeft, omdat de praktische oplossingen bepalend zijn. ».

1024. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, 5^e éd., 1897, p. 72, § 172.

1025. *Ibid.*

La conception classique comprend le droit réel comme un pouvoir s'exerçant directement sur les choses, sans passer par l'intervention d'une personne quelconque. Au contraire, le droit de créance ou personnel suppose nécessairement un rapport entre personnes limitativement déterminées liées par les liens juridiques de prérogatives et d'obligations corrélatives¹⁰²⁶. Cet enseignement détermine encore aujourd'hui l'acception majoritaire et courante de la distinction entre droits réels et droits de créance telle que comprise par le droit positif.

La doctrine classique a mis nettement en avant l'opposabilité du droit réel. Qualifié de droit le plus « absolu » sur une chose, on lui reconnaît « une opposabilité à tous ».

L'opposabilité dite « absolue » est alors la conséquence de la relation juridique directe et immédiate existant entre le sujet et l'objet du droit¹⁰²⁷. L'opposabilité à tous du droit réel se traduit par le devoir de respect par tous des prérogatives du titulaire du droit réel sur la chose qui en forme l'objet. Elle aurait, du reste, une intensité particulière : les ayants cause à titre particulier doivent subir les charges réelles dont la chose transmise est grevée, elle s'impose en principe d'emblée aux tiers sans condition préalable de connaissance et son titulaire jouit du droit de suite et de préférence¹⁰²⁸.

La doctrine des droits réels s'est fondée sur une critique de l'effet interne du droit réel, tel que présenté dans la théorie classique. Marcel Planiol est généralement cité comme le père fondateur de ce courant qui, quoique abandonné aujourd'hui, a connu un certain succès dans la première moitié du xx^e siècle.

Pour cet auteur, le droit réel ne peut être un rapport juridique entre une personne et une chose. Ce rapport direct ne serait en réalité qu'un fait, prenant la qualification de possession en droit des biens. La chose ne pouvant être sujette d'obligations, le droit ne peut créer de rapports juridiques qu'entre personnes¹⁰²⁹. Le rapport juridique propre au droit réel lierait le sujet actif — ou titulaire du droit — et tous les autres, considérés comme sujets passifs. Le rapport serait d'ordre obligataire en ce sens qu'il aurait la même nature que l'obligation, apanage, dans la théorie classi-

1026. Pour des présentations analogues de la théorie classique, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 192, n° 127 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 171 et s., n° 141.

1027. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 171.

1028. *Ibid.*, p. 172.

1029. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 3^e éd., Paris, Librairie Cotillon-F. Pichon, 1904, p. 680, n° 2159.

que, du droit de créance ou personnel. C'est ce que l'on appelle couramment, l'« obligation passive universelle »¹⁰³⁰.

Reprochant à la doctrine classique d'avoir par trop privilégié le rapport personne-objet, les auteurs dits « personnalistes » réduisent donc, par le concept d'obligation passive universelle, le droit réel à une espèce de droit personnel. Une relation juridique ne pouvant exister qu'entre individus, cette théorie distingue deux sujets du droit réel : le sujet actif, titulaire du droit, et un sujet passif représenté par le nombre illimité des autres personnes tenues au respect de la possession paisible du titulaire¹⁰³¹.

Cette théorie n'a plus cours aujourd'hui. Elle a fait l'objet de nombreuses critiques, dont la principale, sur laquelle nous reviendrons ci-après¹⁰³², est la confusion patente qu'elle induit entre l'effet interne du droit et son opposabilité.

Un troisième courant, qualifié parfois de néopersonnaliste ou d'objectiviste, a vu le jour en se nourrissant des critiques portées aux deux autres théories¹⁰³³. Son représentant le plus célèbre est Ginossar. Reprenant à son compte la critique de la doctrine personnaliste fondée sur la confusion entre effet relatif et opposabilité du droit, il admet l'opposabilité de tout droit, qu'il soit réel, personnel ou autre, en ce sens que l'obligation passive universelle se rapporte à toutes les catégories de droits subjectifs¹⁰³⁴. L'explication est cependant singulière : s'il en est ainsi, c'est parce que, selon l'auteur, le patrimoine n'est composé que de biens qui appartiennent à son titulaire. Ces biens sont soit corporels, soit incorporels, et ces derniers comprennent les droits relatifs — principalement les droits de créance ou personnels — et les droits intellectuels¹⁰³⁵. Le créancier est, en ce sens, propriétaire de son droit de créance : « Il en jouit, et en dispose

1030. Pour des explications plus complètes de cette théorie, voy. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 182 et 183.

1031. *Ibid.*, p. 182 et 183.

1032. Cf. *infra*, n° 209.

1033. Pour de bons résumés de la thèse de Ginossar et des critiques qui lui ont été adressées, notamment par Jean Dabin, voy. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, Antwerpen/Amsterdam, 1974, p. 48 à 52 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 202 à 205.

1034. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 55 à 85.

1035. *Ibid.*, p. 185 et s., n°s 68 et s., spéc., p. 185, n° 168 : « Le patrimoine comprend tout ce qui appartient en propre à la personne, c'est-à-dire la portion des biens de ce monde dont les autres sont exclus. Il se compose donc uniquement de droits absolus, qui sont tous des droits de propriété. La propriété exprime la relation qui unit indistinctement tous les biens à la personne par laquelle ils sont siens. ».

comme le propriétaire le fait de sa chose, et les tiers lui en doivent également le respect »¹⁰³⁶. Le droit de créance est donc opposable parce qu'il appartient à son titulaire : l'opposabilité du droit de créance est en réalité celle du droit de propriété qui porte sur le droit de créance. Ginossar en arrive donc à une théorie qui, selon l'acception classique, réifie le droit de créance ou personnel et apparaît comme le pendant de la doctrine personnaliste : le droit de créance constitue un objet même de la propriété, considérée classiquement comme le droit réel par excellence.

Même si elle a connu quelque succès¹⁰³⁷, cette théorie, pas plus que la théorie personnaliste, ne détrônera la conception classique. Par contre, ces deux théories ont forcé, par les critiques qu'elles ont suscitées, une nouvelle appréhension de la notion d'opposabilité, désormais largement acceptée comme affectant aussi bien les droits réels que personnels¹⁰³⁸.

Une constante s'observe au travers de ces diverses doctrines. Quelle que soit l'explication, quel que soit le langage utilisé, l'opposabilité des droits réels est affirmée en ce qu'elle emporte un véritable devoir de respect pour tout autre que le titulaire du droit réel.

208

L'affirmation de l'opposabilité des droits réels en droit positif contemporain. Quels que soient les avatars des débats relatifs à la notion même de droit réel, force est de constater aujourd'hui que le droit positif belge affirme, unanimement, l'opposabilité des droits réels¹⁰³⁹.

1036. *Ibid.*, p. 86, n° 34.

1037. Certains se prévalent directement de celle-ci quoiqu'en prenant, le cas échéant, distance sur certains points : en Belgique, voy. par exemple, J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., Diegem, Story-Scientia, 1997, p. 73 et s. ; *Id.*, *Les biens*, t. I, Liège, Éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, p. 32 et s., n° 28 ; en France, voy. par exemple, Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens — Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997, p. 21 et 22, qui fait cependant du droit de propriété un droit réel. Aussi, H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, n° 166, p. 266 et 267, qui reprennent l'idée d'un droit de propriété des créances expliquant l'opposabilité des deux types de droit, à l'instar de Ginossar.

1038. Cf. *infra*, n°s 209 et s.

1039. Voy. par exemple, S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 26 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 45, n° 25 et p. 53, n° 27 ; Ph. HAMER, N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels — Biens corporels », in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, A.B.J.E.-Het vlaams pleitgenootschap Brussel – La Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 11 et 12 ; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 72 ; *Id.*, *Les biens*, t. I, *op. cit.*, p. 31 ; *Les Nouvelles, Droit civil*, t. III, Bruxelles, Larcier, 1941, p. 97, n°s 160 et 161, qui ne parlent pas d'opposabilité du droit, mais d'exclusivité justifiant que le propriétaire puisse « empêcher qui que ce soit de tirer profit de sa chose, sans

On discerne du reste, dans la foulée, le devoir qui découle de cette opposabilité pour les tiers : le droit réel doit être respecté par eux¹⁰⁴⁰. On reconnaît également que des actions en justice particulières ou générales peuvent venir sanctionner le non-respect de ce devoir. Ainsi en est-il, par exemple, de l'action en revendication, de la mise en œuvre des droits de suite ou de préférence, des actions possessoires, de l'*actio negatoria* ou en cessation de l'atteinte, des actions en responsabilité, etc.¹⁰⁴¹.

Le concept même de droit réel, tel que compris majoritairement¹⁰⁴² par le droit positif, découle de la doctrine civiliste classique. Des leçons ont cependant été tirées des controverses qui ont tourmenté et conti-

être obligé de fournir les motifs de son refus » ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, A.B.J.E.-Het vlaams pleitgenootschap Brussel — La Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 66, n° 22 ; C. RENARD, J. HANSENNE, *La propriété des choses et les droits réels principaux*, vol. 1, 2^e éd., Liège, Presses universitaires de Liège, 1975, p. 157 : « Dire que le droit de propriété est un pouvoir exclusif, cela signifie aussi que le propriétaire peut s'opposer à ce qu'une autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice » ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, A.B.J.E.-Het vlaams pleitgenootschap Brussel — La Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 125 ; W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, Antwerpen-Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, p. 99 à 101.

1040. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 26 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., op. cit., p. 194, n° 129 : « Quant au surplus, il est clair qu'un homme vivant absolument seul n'aurait aucun « droit » sur les choses, mais un simple pouvoir de fait. Ce pouvoir de fait ne devient « droit » que dans la mesure où d'autres hommes sont tenus de le respecter » ; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., op. cit., p. 72 ; Id., *Les biens*, t. I, op. cit., p. 31 ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », op. cit., p. 66, n° 22 ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », op. cit., p. 125 ; W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, op. cit., p. 99.

1041. Pour une analyse très complète des moyens d'action du titulaire du droit réel, voy. M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », op. cit., p. 129 à 138.

1042. Voy. cependant J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., op. cit., p. 73 et s. ; Id., *Les biens*, t. I, op. cit., p. 32 et s., qui définit les droits réels comme portant sur une obligation déterminée dans une théorie, proche de Ginossar, qu'il qualifie lui-même de « néopersonnaliste ».

nuent de tourmenter la matière¹⁰⁴³. Ainsi, l'opposabilité des droits subjectifs — de tous les droits subjectifs — a été affirmée comme une critique s'adressant tant au courant classique que personnaliste. Également, les différences qui subsistent entre les droits réels et personnels s'expliquent généralement par la différence de l'objet des deux droits¹⁰⁴⁴. Le droit réel est compris aujourd'hui, de manière générale, comme un pouvoir s'exerçant sur une chose déterminée tout en admettant, le plus souvent, des divergences selon le type de droit¹⁰⁴⁵.

209

La genèse de l'affirmation de l'opposabilité des droits de créance. L'affirmation de l'opposabilité des droits de créance est un phénomène relativement récent, comparé à celui de l'opposabilité des droits réels. L'explication est largement tributaire de la conception des droits de créance découlant de la théorie classique des droits réels.

Le droit personnel ou de créance ne voit pas son effet externe développé par la théorie classique. À l'opposabilité à tous du droit réel ne répond que le lien obligationnel constitutif de l'effet interne du droit de créance ou personnel. Si tout le monde est tenu de respecter les droits réels d'autrui, seuls les débiteurs sont tenus à l'égard des créanciers.

L'opposabilité du droit de créance n'est pas mieux servie par la théorie personnaliste. À l'obligation passive universelle répondent les obligations déterminées auxquelles sont tenus le ou les débiteurs à l'égard de leur créancier. D'où la distinction entre droits dits « absolus » — principalement les droits réels et droits intellectuels — et droits « relatifs » — prin-

1043. Notamment sur la nature même du droit de propriété, voy. sur ce point par exemple, F. VAN NESTE, « Eigendom, toch meer dan een zakelijk recht », in *Zaken recht absoluut niet een rustig bezit*, XVIII Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992, Antwerpen, Kluwer, 1992, p. 511 à 537.

1044. En ce sens, R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 46, n° 26.

1045. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 26 : « Een (min of meer ruime) zeggenschap over een bepaalde zaak » ; R. DERINE, S. SNAET, « Zakelijke rechten », *op. cit.*, I.C.2-1, p. 59 : « Een zakelijk recht daarentegen verleent een min of meer beperkte, maar directe zeggenschap, zonder interventie van een ander rechts-subject, over een bepaalde zaak » ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 46, n° 26 : « Zakelijke rechten kunnen worden omschreven als bevoegdheden die heerschappij verschaffen over een zaak [...] ».

En France, voy. Ch. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000, p. 58, n° 43 : « Constitue un droit réel, tout pouvoir direct reconnu à une personne sur une chose » ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens — Droits réels principaux*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 21 : « Une prérogative qui concerne une chose corporelle, soit d'une façon directe et immédiate, comme dans la propriété, soit par l'établissement d'un rapport entre deux patrimoines, comme dans les autres droits réels [...] ».

cipalement les droits de créance — avec pour conséquence l'oblitération de l'opposabilité aux tiers de ces derniers.

Mais l'effet bénéfique des débats portant sur l'affrontement de ces deux théories consiste précisément en la reconnaissance de l'opposabilité du droit de créance ou personnel et, partant, de l'opposabilité de tous les droits subjectifs. La critique principale de ces deux théories porta précisément sur la confusion opérée dans les deux doctrines entre la relativité du droit de créance et son opposabilité¹⁰⁴⁶. La doctrine classique, comme la doctrine personnaliste, ont comparé les droits réels et les droits de créance en ayant égard, pour les premiers, à leur opposabilité et, pour les seconds, à leur effet interne, confondant manifestement les deux angles d'approche. Il est du reste frappant de constater que les traités contemporains de droit des biens, et dans une moindre mesure du droit des obligations, dépassent précisément ces controverses par l'affirmation de l'opposabilité des deux catégories de droits tout en restant majoritairement fidèles à la conception classique de la distinction¹⁰⁴⁷. Si les deux

1046. Voy. par exemple, J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 10, n° 16 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit privé*, Paris, Eyrolles, 1993, p. 59, n° 89 ; R. DERINE, S. SNAET, « Zakelijke rechten », *op. cit.*, I.C.3-1, p. 61 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 53 et 54, n° 27 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 170 à 211 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 585 et 586, n° 4 ; J. GHESTIN, « Introduction (rapport français) », in *Les effets des contrats à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 14 et s., n° 9, spéc., p. 16 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 727, n° 681 ; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 72 ; Id., *Les biens*, t. I, *op. cit.*, p. 31 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens-Droits réels principaux*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 13 et 14, n° 15 et 16 ; J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers — Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Dalloz & Sirey, Paris, 1961, p. 101 et s., n°s 26 à 28 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 483 et s., n°s 304 à 306 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 166, p. 265 et 266 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 39, n° 37 ; W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 100 ; F. ZENATI, *Les biens*, Paris, P.U.F., 1988, p. 227, n° 211.

Aussi, en théorie générale, parmi d'autres, les deux auteurs qui ont influencé de la manière la plus marquante les essais de définition des droits subjectifs, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 186, p. 199 et 200 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 250 et 251, p. 258, n°s 31 et 32, p. 262, p. 264 à 270.

1047. Voy. note précédente. Il est frappant également, et cette constatation se fera principalement lors de l'étude de la tierce complicité (cf. *infra*, n° 413), que les auteurs écrivant en droit des obligations paraissent moins sensibles que leurs collègues spécialisés en droit des biens aux apports de la controverse relative à la nature du droit réel au travers de sa confrontation avec le droit de créance. Sans doute parce que cette controverse n'a pas, sauf dans les théories personnalistes, remis en cause la conception de l'effet interne du droit de créance, principal objet de l'étude du droit des obligations.

types de droits sont opposables, la différence s'opère simplement concernant l'objet du droit ¹⁰⁴⁸. Le premier porte sur un pouvoir qui s'exerce sur une chose, le second sur un pouvoir qui s'exerce à l'égard d'une autre personne, permettant au créancier d'exiger une prestation particulière ou une abstention de son débiteur.

Dans le même temps, la découverte de l'effet externe des conventions a également renforcé l'idée que tant le droit de créance ou personnel que le droit réel étaient dotés d'une force d'opposabilité aux tiers, quelle que soit la confusion qui ait été faite ensuite entre l'opposabilité de la convention et celle des droits qu'elle crée. Il faut en effet rappeler, même si ces constatations sont anciennes — et quelque peu oubliées par la doctrine actuelle, surtout celle du droit des obligations —, que la justification première de l'opposabilité des conventions a été recherchée dans l'opposabilité des droits subjectifs qu'elles créent ¹⁰⁴⁹.

Ces développements expliquent qu'aujourd'hui il n'est généralement plus contesté par la doctrine contemporaine que les droits de créance sont opposables à autrui, tout comme les droits réels ¹⁰⁵⁰.

1048. Dans le même sens, J. DABIN, *Le droit subjectif*, op. cit., p. 186 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit., p. 254.

1049. José Duclos a rappelé, avec force références, qu'au départ de la « découverte » de l'opposabilité des conventions, la doctrine constate l'incohérence entre, d'une part, le caractère accepté de l'opposabilité du droit réel et, d'autre part, l'effet relatif de la convention qui le crée, même si cette assimilation est hautement critiquable (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 173, n° 142). Dès lors, une assimilation s'est rapidement faite, dès le XIX^e siècle, entre l'opposabilité du contrat et celle du droit personnel (*ibid.*, p. 69 et s., n° 47.1).

Pour des exemples d'auteurs qui considèrent encore que la justification de l'opposabilité des conventions doit être recherchée dans l'opposabilité des droits qu'elles créent ou transmettent : L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., t. II, *Contrat*, op. cit., p. 530 à 532, spéc. n°s 1284, 1285 et 1287 ; J. GHESTIN, « Introduction (rapport français) », in *Les effets des contrats à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, op. cit., p. 14 et s., n° 9, spéc., p. 16 et 17 ; J. GHESTIN, CH. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 726 et s., n° 681.

1050. Voy. par exemple, Ch. ATIAS, *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., op. cit., p. 73, n° 53 ; J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, op. cit., p. 11, note 2, p. 318 et 319, n°s 442 et 443 (voy. cependant p. 6 et 7, n°s 9 et 12, où ces auteurs continuent à affirmer que seul le droit réel est opposable à tous, afin de souligner la fragilité du droit de créance par rapport au droit réel, p. 11, n° 18) ; J. GHESTIN, « Introduction (rapport français) », in *Les effets des contrats à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, op. cit., p. 14 et s., n° 9, spéc., p. 16 et 17 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., op. cit., p. 726 et s., n° 681 ; L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., t. II, *Contrat*, Paris, Litec, 1995. p. 531 et s., n°s 1285 à 1287 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit privé*, op. cit., p. 59, n° 89 ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 26 ; R. DERINE,

Des incertitudes subsistent cependant dans une certaine doctrine et s'exprime également à un autre niveau, lorsqu'il s'agit de décrire les effets de cette opposabilité.

210

L'ambiguïté de l'affirmation de l'opposabilité des droits de créance en droit positif. Si l'opposabilité du droit de créance est largement affirmée par la doctrine actuelle, des voix dissonantes subsistent et un flottement apparaît dès lors qu'il s'agit de comprendre l'effet de cette opposabilité à l'égard des tiers.

Certains auteurs, relativement anciens, restant fidèles à la doctrine classique, passent sous silence la confusion entre l'analyse de l'effet interne et de l'opposabilité du droit¹⁰⁵¹. Plus gênant, on retrouve cette

F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 53 et 54, n° 27 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 155 et s., spéc. p. 191 à 205 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *op. cit.*, p. 585 et 586, n° 4 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens — Droits réels principaux*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 13 et 14, n°s 15 et 16 ; J. LIM-PENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers — Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », *op. cit.*, p. 101 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, 1972, p. 483 et s., n°s 304 à 306 ; J.-P. MASSON, « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 1971, *R.C.J.B.*, 1973, p. 299 et 300, n° 10 ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », *op. cit.*, p. 66, n° 22 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 542 et s., n°s 247.3.2 et 247.3.3 ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, *op. cit.*, p. 127 ; Id., « De drievoudige gelaagheid van schuldvorderingen en hun bescherming », in *Liber Amicorum Walter van Gerven.*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 329 et s., spéc., p. 334 et 337 ; Cf. également les auteurs cités dans la première partie de cette étude et les adeptes de la théorie du pouvoir d'exiger qui, définissant de manière générale le droit subjectif par un tel pouvoir à l'égard des tiers, l'admettent également à l'égard des droits de créance ou personnels (cf. *supra*, n°s 43 et s.).

Contra cependant, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3., *Les biens*, 16^e éd., Paris, p. U.F., 1995, p. 82, pour lequel les droits de créance sont en principe inopposables aux tiers, sauf exception dont ferait partie la tierce complicité ; X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *R.G.D.C.*, 1996, p. 13 qui indique de manière plus tranchée encore : « À s'en tenir à celui-ci, « le droit qu'a chaque partie à l'exécution des engagements de son partenaire », tel qu'il est ci-dessus mis en exergue, n'est en réalité pas plus opposable aux tiers que tous les autres droits découlant du contrat. L'article 1165 du Code civil ne comporte pas pareille distinction » ; G. RAYMOND, *Droit civil*, 3^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 73, n° 97.

1051. La confusion entre l'effet relatif et l'opposabilité du droit de créance est restée longtemps tenace en doctrine. Ainsi, d'excellents auteurs, exerçant, par la richesse de leur réflexion, encore beaucoup d'influence sur la pratique actuelle du droit, sont restés attachés à une conception strictement classique, et par là, peuvent être à la source d'une ambiguïté réelle quant à l'opposabilité des droits de créance : voy. ainsi, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., *op. cit.*, p. 189 et s. ; C. RENARD, E. VIEUJEAN, Y. HANNEQUART, « Théorie générale des obligations », in *Novelles — Droit civil*, t. 6, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 68, n° 7^{ter}.

confusion si pas dans la jurisprudence de la Cour de cassation belge elle-même, du moins sous la plume de son ministère public, comme déjà relevé dans la première partie de cette étude¹⁰⁵².

La plupart des auteurs qui analysent la portée de l'opposabilité des droits de créance ne font cependant aucune différence quant à l'effet final de l'opposabilité entre droits réels et droits de créance : ils doivent être respectés par tout tiers¹⁰⁵³. Il s'agit d'un devoir d'abstention impliquant que les tiers ne peuvent méconnaître les droits en cause.

D'autres paraissent s'en remettre, pour comprendre l'effet de l'opposabilité du droit de créance, à l'opposabilité des conventions. On ne parle plus nécessairement de devoir de respect¹⁰⁵⁴, mais d'obligation de recon-

Il n'est dès lors pas étonnant de voir encore présenter la doctrine classique sans mise en garde ni correctif concernant l'opposabilité : V. VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE, « Les droits subjectifs patrimoniaux. Les droits réels et les droits de créance », in *Guide de droit immobilier*, feuil. mob., Kluwer, Intr.2.1., m. à j. 2 juin 1991, qui, cependant, reconnaît le devoir de respect comme propre de l'opposabilité des droits issus des conventions ; dans une moindre mesure, puisqu'elle reconnaît néanmoins l'opposabilité des droits personnels, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 7 à 10.

1052. Cf. *supra*, n° 52, la distinction opérée par M. Velu concernant les catégories de droits subjectifs auxquels s'appliquerait la définition du droit subjectif telle que retenue par la Cour. Ce dernier distingue, classiquement, les droits subjectifs absolus et relatifs, ce qui implique, en soi, une ambiguïté concernant la distinction entre l'effet interne de tout droit subjectif et son opposabilité.

1053. En ce sens, voy. L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., t. II, *Contrat*, *op. cit.*, p. 531, n° 1285 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit privé*, *op. cit.*, p. 59, n° 89 ; S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, *op. cit.*, p. 26, qui affirment que l'opposabilité *erga omnes* du droit réel en tant qu'il doit être respecté par chacun vaut aussi pour les droits de créance ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 196, n° 170 ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *op. cit.*, p. 586, n° 4 ; J. GHESTIN, « Introduction (rapport français) », in *Les effets des contrats à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, *op. cit.*, p. 14 et s., n° 9, spéc., p. 16 et 17 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 727, n° 181 ; J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 72 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens — Droits réels principaux*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 13, n° 15 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 484, n° 304 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. I, *Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., *op. cit.*, n° 166, p. 265 et 266 ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbindtenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », *op. cit.*, p. 127 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil — Les biens*, *op. cit.*, p. 39, n° 37 ; W. VAN GERVEN, *Begin-selen van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 97, n° 35 et note 29.

1054. Voy. ainsi, V. VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE, « Les effets de l'acte juridique privé quant aux personnes », in *Guide de droit immobilier*, feuil. mob., Kluwer, Intr.9.2., m. à j. décembre 2001, p. 1, n° 2, qui, présentant l'effet de l'opposabilité de l'acte juridique comme un fait s'imposant à tous, admet également que : « Plus généralement, les tiers doivent s'abstenir de tout acte susceptible de porter atteinte aux droits que quelqu'un tient d'un acte juridique. ».

naître l'existence du droit de créance¹⁰⁵⁵, le cas échéant, comme un fait¹⁰⁵⁶. C'est vraisemblablement cette confusion entre l'opposabilité du contrat et celle des droits qui en sont issus qui a amené la majorité des auteurs belges à ne pas voir dans la théorie de la tierce complicité, contrairement à la doctrine française, un exemple évident de l'opposabilité du droit de créance aux tiers, mais une application des règles de la responsabilité civile¹⁰⁵⁷. Cette opinion, certes majoritaire au départ de l'analyse de la tierce complicité, revient en définitive à dénier le devoir de respect des droits de créance d'autrui et, donc, de leur opposabilité. Elle se fonde, d'une part, sur une jurisprudence de la Cour de cassation relative à des espèces ne dévoilant en réalité aucune atteinte à un droit de créance et, d'autre part, sur une confusion entre l'opposabilité de la convention et des droits qu'elle transmet ou crée¹⁰⁵⁸.

1055. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-ced.samson, 1991, p. 133, qui, tout en affirmant l'opposabilité des droits qui découlent d'une convention, condamne l'idée d'un devoir de respect de ces droits par les tiers au nom de l'effet relatif des conventions inscrit dans l'article 1165 du Code civil ; dans le même sens, notamment, R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 108 et 109, n° 12 ; voy. aussi, mais sans appel explicite à l'article 1165 du Code civil : I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », *op. cit.*, p. 66, n° 22.

1056. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 9 et 10, n° 9, qui adopte, dès lors, une vision extrêmement réductrice de l'opposabilité des droits de créance, très en retrait de la majorité des auteurs précités : « L'opposabilité d'un droit personnel se limite à permettre aux tiers d'en invoquer l'existence, comme on allègue un fait, pour fonder une action en justice, par exemple. ».

1057. Cf. *infra*, n° 412, la confrontation des résultats de notre étude à la théorie de la tierce complicité telle que comprise majoritairement en droit belge. La thèse de Michèle Grégoire illustre l'ambiguïté avec laquelle est comprise la notion d'opposabilité des droits en général et des droits de créance en particulier. Ainsi, l'auteur affirme certes l'opposabilité du droit personnel, mais insiste sur le fait que c'est seulement l'effet externe, c'est-à-dire son existence, qui doit être reconnu par tous (p. 7, n° 6) et conclut que : « Il n'émane du droit personnel en tant que tel, aucune obligation générale passive de ne rien faire qui en entraverait l'exercice » (p. 8, n° 6). Elle présente ensuite la théorie de la tierce complicité en indiquant que : « Les tiers ne peuvent toutefois ignorer totalement l'existence d'un droit personnel, en vertu de la théorie de la tierce complicité et celle de la fraude aux droits des tiers » (p. 8, n° 7) pour directement affirmer que ces théories ne trouvent pas leur pouvoir contraignant dans « la force obligatoire » du droit personnel menacé (p. 9, n° 7). Elle arrivera alors à la conclusion que l'opposabilité des droits de créance n'est analogue à celle des droits réels qu'au moment de la mise en œuvre de ces droits, c'est-à-dire en situation de concours (p. 17 et s.). Ce faisant, l'auteur semble bien revenir à la confusion entre l'effet interne du droit de créance, qui est le lieu des obligations entre parties, et l'opposabilité du droit qui implique un devoir de respect aux tiers sans se confondre avec le lien obligationnel.

1058. Cf. *infra*, n°s 412 et s. et n° 430.

Nonobstant l'opposabilité des droits de créance, certains auteurs affirment que celle-ci sera plus ou moins intense selon le type de droit ¹⁰⁵⁹. L'opposabilité du droit réel s'opère d'emblée ou après publicité alors que l'opposabilité d'un droit de créance supposerait qu'il ait été porté à la connaissance du tiers auquel on veut l'opposer. En outre, les droits de suite et de préférence renforcent sensiblement l'opposabilité des droits réels. Walter Van Gerven va plus loin en affirmant que, pour opposer son droit, le créancier doit démontrer la faute du tiers ¹⁰⁶⁰.

Enfin, il nous faut relater une thèse récente et minoritaire, selon laquelle l'opposabilité des droits de créance, dans un sens analogue à celle des droits réels, ne naîtrait qu'au moment de leur mise en œuvre sur un ou plusieurs biens. L'opinion ainsi défendue par Michèle Grégoire est séduisante. Partant du principe, cependant contestable, qu'il ne peut y avoir de conflits entre droits de créance du fait de leur relativité ¹⁰⁶¹, elle admet néanmoins que les situations de concours mettent en présence les créanciers d'un même débiteur dont les créances nécessairement s'opposent. Partant de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation de la notion de tiers au sens des articles 1^{er} et 5 de la loi hypothécaire ¹⁰⁶², elle en déduit que ce n'est que lorsque le créancier poursuit l'exécution de son droit sur un bien de son débiteur, c'est-à-dire

1059. Voy. par exemple, R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Deel IA, *op. cit.*, p. 53 et 54, n° 27, même si les auteurs ne paraissent pas distinguer ces droits selon l'effet final de l'opposabilité ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », *op. cit.*, p. 66, n° 22, qui reste néanmoins ambigu lorsqu'il affirme que le titulaire du droit réel peut imposer aux tiers non seulement l'existence de son droit, mais également son exercice, contrairement au titulaire d'un droit de créance qui n'a pas d'effet obligatoire vis-à-vis des tiers. Sauf à confondre l'opposabilité du droit avec son effet interne, nous pensons que l'on ne peut prétendre, tant pour le droit réel que de créance, qu'ils auraient un effet « obligatoire » à l'égard des tiers au sens d'une obligation corrélatrice à un droit. Ils sont cependant tous deux opposables en ce sens qu'ils sont tous deux porteurs d'un devoir de respect à l'égard des tiers. ; W. VAN GERVEN, *Beginnels van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 99 et 100.

1060. W. VAN GERVEN, *Beginnels van Belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 101, n° 35 : « De titularis van een vorderingsrecht moet daarenboven een schuld aantonen in hoofde van de inbreuk plegende derde. ».

1061. Cf. *supra*, pour la prémisse de son raisonnement. Aussi, sa conclusion : M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, p. 12 et 13, n° 13 : « De l'analyse comparée des caractéristiques des droits personnels et réels, et de leur régime juridique, nous concluons que la rencontre de plusieurs droits personnels est impossible juridiquement, car un conflit ne peut s'élever qu'entre les droits d'opposabilité absolue, c'est-à-dire entre les droits dont la force obligatoire s'impose *erga omnes* » ; aussi, p. 38, n° 61 (souligné par l'auteur).

1062. *Ibid.*, p. 13 et s., n°s 14 à 21.

lorsqu'il met en œuvre son droit, que le droit de créance devient enfin opposable *erga omnes* ¹⁰⁶³.

Nous ne pouvons cependant suivre cette opinion. Elle nous paraît contraire à l'évolution de la définition des droits subjectifs qui tend à la reconnaissance de l'opposabilité de tous les droits, en ce compris les droits de créance ; elle va à l'encontre des critiques portées à la doctrine classique et personnaliste par la doctrine majoritaire contemporaine ; ce faisant, elle semble bien refuser l'opposabilité du droit de créance sur la base d'une confusion entre ses effets internes et son opposabilité ¹⁰⁶⁴ ; et

1063. *Ibid.*, p. 17 et s., n^{os} 22 à 25.

1064. C'est là, finalement, notre critique principale. Pour l'auteur, lorsque deux créanciers, hors situation de concours, ont un débiteur commun, il n'y aurait aucun effet d'opposabilité d'une créance sur l'autre. Cette opinion nous paraît erronée. Si A et B sont créanciers de C, les créances sont opposables réciproquement à A et à B. Les cas de conflits sont sans doute théoriques, mais cela ne peut néanmoins masquer cet effet nécessaire. Il est vrai que ces droits de créance ne prennent pas directement place dans le patrimoine du débiteur au détriment d'autres droits et que la quantité d'engagements personnels de ce débiteur peut s'accroître à l'infini. Mais cela n'implique ni qu'aucune confrontation ne peut naître théoriquement entre ces créanciers ni que les créances soient inopposables réciproquement. Si A veut se faire payer par C et diminuer ainsi, par voie de conséquence, le gage commun des autres créanciers, en l'espèce B, il convient d'admettre que B ne peut rien faire pour s'opposer audit paiement. Ce devoir de ne rien faire qui puisse empêcher l'exécution du droit de créance entre A et C ne s'explique nullement par la relativité du lien de droit unissant A et C. La relativité, comme son nom l'indique, ne produit aucun effet vis-à-vis des tiers autre que leur exclusion du pouvoir interne du droit, et ne peut expliquer que l'effet interne de la créance. La relativité n'explique pas pourquoi B doit accepter ledit paiement et, en réalité, la créance de A. Ce n'est que l'effet d'opposabilité de cette créance, complémentaire mais distinct de sa relativité, qui peut fonder la nécessaire soumission de B. Certes, A, quant à lui, peut ne pas se soucier de la créance liant son débiteur C au bénéfice de B. Mais ce n'est pas parce que la créance de B ne lui est pas opposable. C'est parce que, en exigeant et recevant paiement, il ne fait qu'exécuter un droit de créance en utilisant son pouvoir interne. Cette mise en œuvre du droit ne porte pas, par définition, atteinte au droit de créance liant son débiteur à son autre créancier. L'exercice d'un droit de créance concurrent — et là, nous rejoignons l'auteur — n'implique pas d'atteinte aux autres droits de créance. Dans la perspective du créancier A mettant en œuvre son droit à l'égard du débiteur commun C, il n'y a pas de violation du droit de B. Partant, l'opposabilité du droit de B ne peut être mise en œuvre car elle n'est éternuée par aucune violation de ses prérogatives internes. B peut toujours mettre en œuvre son propre droit. Le patrimoine de B serait-il vidé de sa substance par l'effet du paiement de la créance de A ? Tant pis pour B. Son propre droit ne comprend aucune prérogative lui réservant exclusivement tout ou partie de ce patrimoine au bénéfice de son propre paiement. Dans la perspective du créancier B qui voit A mettre en œuvre sa propre créance, c'est par contre bien l'effet d'opposabilité de la créance de A qui joue à plein : il ne peut rien faire qui porte atteinte à la créance de A et à sa mise en œuvre par A et C. Il est exclu de ce lien de droit et doit donc le respecter. Tel est bien l'effet de l'opposabilité de tout droit subjectif — et du droit de créance en particulier.

elle part, en réalité, d'une situation particulière — le concours — où l'opposabilité du droit de créance se manifeste de manière spécifique, pour en tirer une règle de distinction générale concernant l'opposabilité du droit de créance dans une situation de concours et hors d'elle ¹⁰⁶⁵.

211 L'affirmation de l'opposabilité des droits intellectuels. L'opposabilité des droits intellectuels en général, et des droits d'auteur et voisins en particulier, ne fait l'objet d'aucune contestation ¹⁰⁶⁶. Elle est du reste clairement affirmée par les lois qui organisent cette matière ¹⁰⁶⁷. Elle est parfois con-

1065. Les conflits analysés dans notre étude ne visent pas ceux qui peuvent naître entre deux personnes qui se prétendent titulaires d'un même droit à l'égard d'un même bien ou qui exercent deux droits concurrents sur un même bien ou par rapport à un même débiteur (sauf l'hypothèse de la tierce complicité). Nous excluons ainsi les modes de résolution de conflits dans des situations de concours. Il n'empêche que l'affirmation de l'opposabilité des droits de créance dans les seules situations de concours au moment où le droit « se réalise » par l'exécution forcée sur un bien rompt avec l'unité de la notion de droit subjectif et rattache, en réalité, l'opposabilité non pas à cette notion, mais aux seuls pouvoirs sur des biens, ce qui nous paraît incohérent dans la perspective d'une analyse unitaire de la notion de droit subjectif elle-même. Cela étant, notre critique du point de départ de la thèse de Michèle Grégoire ne remet nullement en cause ses développements sur les conséquences de l'opposabilité du droit de créance en situation de concours. Mais certaines de ses constatations — comme celles relatives à la règle de l'égalité des créanciers comme résultante de l'opposabilité mutuelle des droits de créance, par exemple — auraient été identiques si elle avait admis d'emblée l'opposabilité des droits de créance.

1066. Pour l'affirmation de l'opposabilité des droits de propriété intellectuelle en général ou de certains de ceux-ci en particulier, voy. par exemple : A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 85, n° 57 (concernant les droits d'auteur) ; H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 912, n° 783 *in fine* (concernant le droit d'auteur) ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 63, n° 80 (concernant les droits d'auteur), p. 268, n° 314 (concernant les droits voisins) ; conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 216, qui parle d'« opposabilité absolue » du droit d'auteur ; I. PEETERS, « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », *op. cit.*, p. 69 et s., n° 33 et s., spéc. n° 36 (concernant l'ensemble des droits intellectuels) ; A. PUTTEMANS, *Droits intellectuels et concurrence déloyale (Pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 38 et 39, n° 22, où l'auteur range comme caractéristique commune à tous les droits dits intellectuels (droits d'auteur et voisins, droits de marque, droits de brevet, etc.) le caractère exclusif et l'opposabilité à tous « de la même manière qu'un droit réel » ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 252.

Cf. aussi, l'article L. 111-1 du Code de propriété intellectuelle français qui énonce que : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. ».

1067. Cf. par exemple, l'article 27 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention qui détermine la portée du « droit d'interdiction à tous tiers », sauf consentement du titulaire du

ditionnée par certaines formalités, notamment en ce qui concerne le droit des brevets et le droit des marques¹⁰⁶⁸, qui ne naissent qu'à l'expiration d'une procédure d'enregistrement. Le titulaire de droits d'auteur ou de droits voisins peut, par contre, opposer ses droits à tout tiers qui y porterait atteinte, et cela sans formalité préalable.

L'opposabilité des droits intellectuels se voit reconnaître une efficacité particulière par le biais des actions en contrefaçon dont certaines sont spécialement organisées par la loi. Ces actions permettent au titulaire de mettre fin à l'atteinte à son droit portée en violation du devoir de respect qui découle de son opposabilité¹⁰⁶⁹.

Outre l'infraction pénale dont elles sont, sous certaines conditions, constitutives¹⁰⁷⁰, les atteintes aux droits d'auteurs et droits voisins peuvent être constatées par le président du tribunal de première instance statuant comme en référé¹⁰⁷¹. Il peut alors enjoindre d'y mettre fin indé-

brevet, qui est attaché au brevet d'invention. Les droits d'auteur ne sont pas définis de manière générale par la loi du 30 juin 1994 au regard des seuls effets internes à l'égard de l'œuvre, mais surtout par leur opposabilité *a contrario* (être le seul à autoriser une forme d'exploitation n'a de sens que si l'on peut s'opposer à toute exploitation sans autorisation). Ainsi par exemple : « L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit » (art. 1^{er}, § 1^{er} ; aussi, concernant les droits voisins des artistes interprètes ou exécutants, l'article 35, § 1^{er} ; concernant les producteurs de phonogrammes et des premières fixations de films, l'article 39, etc.). Plus explicitement concernant le droit moral : « Il dispose du droit au respect de son œuvre lui permettant de s'opposer à toute modification de celle-ci » (art. 1^{er}, § 2, al. 6). Les droits des marques voient par exemple leur effet d'opposabilité défini par l'article 13 de la loi uniforme Benelux (« Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet de s'opposer à [...] », suivent quatre hypothèses d'atteintes au droit à la marque).

1068. Voy. particulièrement, par exemple, l'article 12.A de la loi uniforme Benelux sur les marques qui dispose que : « Quelle que soit la nature de l'action introduite, nul ne peut revendiquer en justice un signe considéré comme marque, au sens, de l'article 1^{er}, s'il n'en a pas effectué le dépôt régulier et, le cas échéant, fait renouveler l'enregistrement. ».

1069. Il est cependant utile de remarquer que le législateur a ouvert l'action en contrefaçon de manière très large puisque celle-ci ne bénéficie pas nécessairement au seul titulaire du droit intellectuel. Ainsi, par exemple, l'article 87, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ouvre l'action en cessation à « tout intéressé, une société de gestion autorisée ou un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile ».

1070. Cf. l'article 80 de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins : « Toute atteinte méchante ou frauduleuse portée au droit d'auteur et aux droits voisins constitue le délit de contrefaçon. ».

1071. Cf. l'article 87 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins qui dispose notamment que : « Sans préjudice de la compétence du tribunal de première instance, le président de celui-ci constate l'existence et ordonne la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin. ».

pendamment de toute faute du tiers ou de sa bonne foi¹⁰⁷². Cette action sanctionne donc bien l'absence de respect de l'opposabilité de ces droits : le tiers est tenu par le devoir de les respecter sous peine d'être tenu de mettre fin à la violation de ce devoir.

Il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'actions en contrefaçon civile spécifiques en droit des marques et droit des brevets. Nonobstant le délit de contrefaçon organisé par une loi particulière¹⁰⁷³, l'action en contrefaçon d'une marque en vue d'obtenir la cessation de l'atteinte au droit exclusif de marque s'introduit devant la juridiction ordinaire ou en référé. Ici aussi, l'atteinte au droit à la marque est constatée sans égard à la bonne ou mauvaise foi du contrefaisant¹⁰⁷⁴. Il en est de même en droit des brevets¹⁰⁷⁵.

1072. Voy. par exemple, F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 76, n° 90 concernant le droit de reproduction : « La bonne foi est indifférente au caractère répréhensible de la reproduction. Aucune recherche d'une quelconque « faute » ou « manquement au devoir de prudence du bon père de famille » n'est à faire non plus pour établir l'atteinte au droit exclusif » et p. 119, n° 146bis concernant le droit de communication au public : « Comme pour la reproduction, la bonne foi de l'auteur de la communication au public est indifférente. L'atteinte au droit exclusif existe indépendamment de toute faute [...] » ; le principe vaut également, selon nous, pour les droits moraux et les droits voisins (voy. *ibid.*, p. 505, n° 629, qui rappellent de manière générale, concernant l'action en contrefaçon civile organisée par la loi du 30 juin 1994 en cas d'atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, que : « Rappelons enfin que dans le cadre de cette procédure civile, la bonne foi du défendeur est évidemment inopérante » et aussi, n° 630 : « L'action en cessation est applicable à toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin. L'atteinte peut concerner tant le droit moral que le droit patrimonial »). Déjà, concernant la loi du 22 mars 1886, voy. par exemple, J. PERLBERGER, « Chronique de jurisprudence — Le droit d'auteur (1976 à 1985) », *J.T.*, 1986, p. 632, n° 49 et jurisprudence citée : « La jurisprudence unanime estime que la bonne foi n'est pas élisive de contrefaçon et qu'il incombe à l'usager du droit d'auteur de s'informer des autorisations à obtenir préalablement à tout usage ou exploitation de l'œuvre protégée. ».

Voy. aussi, en droit français, A.R. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 442, n° 9.321 : « La prétendue bonne foi du contrefacteur — ou des personnes ayant participé à une contrefaçon — est inopérante et ne saurait être admise devant la juridiction civile » ; A. LUCAS, H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001, p. 607, n° 801 : « Personne ne doute cependant que cette action en cessation soit possible en droit français et qu'elle puisse prospérer en l'absence de toute faute dès lors que le demandeur est titulaire d'un droit subjectif. » En jurisprudence : Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 16 février 1999, *R.I.D.A.*, 1999, III, p. 303 et s. : « Que la contrefaçon existe indépendamment de toute faute, ou de mauvaise foi, du contrefacteur ».

1073. Cf. la loi du 1^{er} avril 1879 concernant les marques de fabrique et de commerce.

1074. Voy. par exemple, A. BRAUN, *Précis des marques*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1995, p. 360, n° 397 : « Suivant une jurisprudence bien établie, la bonne foi n'est jamais élisive de la contrefaçon » ; J.-J. EVRARD, Ph. PÉTERS, *La défense de la marque dans le Benelux*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 106, n° 226 : « Selon une règle consacrée unanimement par la doctrine et la jurisprudence, la bonne foi n'est pas élisive de contrefaçon. ».

Conclusion relative à l'affirmation de l'opposabilité des droits subjectifs en droit positif. Si l'affirmation de l'opposabilité des droits subjectifs, en ce compris les droits de créance, est majoritairement admise, un flou subsiste quant à l'opposabilité des droits de créance et, surtout, quant à la portée de celle-ci.

L'ambiguïté nous paraît principalement due à des raisons historiques et à la compartimentation de plus en plus sensible entre les diverses branches du droit. Si la théorie générale du droit civil et le droit des biens ont largement retenu les leçons des controverses relatives à la nature du droit réel et, partant, de sa distinction d'avec le droit de créance ou personnel, le droit des obligations est resté, en Belgique, moins sensible à l'évolution du concept d'opposabilité appliqué aux droits de créance.

L'exemple le plus frappant concerne, nous le verrons de manière approfondie, la théorie de la tierce complicité. Citée par la majorité des auteurs français comme l'exemple type de l'opposabilité des droits de créance aux tiers, cette théorie est rattachée, majoritairement, par la doctrine belge relative au droit des obligations à l'opposabilité des conventions et à une pure application des règles de la responsabilité civile extracontractuelle¹⁰⁷⁶.

Dès lors, si l'évolution de l'étude de la nature des droits réels et de créance, au travers du droit des biens, rejoint la théorie générale du droit civil et les acceptions des définitions des droits subjectifs généralement en cours aujourd'hui, le droit des obligations s'en éloigne. C'est, de notre point de vue, une erreur. L'opposabilité est l'apanage de tout droit subjectif, en ce compris les droits de créance.

Cet hiatus qui se crée entre le concept de droit subjectif et sa mise en œuvre en droit des obligations se creuse encore plus dans la mise en œuvre des principes de responsabilité civile. Il se marque également par la confusion, quasi généralisée en droit belge, entre l'opposabilité des conventions et des droits de créance qu'elles créent ou transfèrent.

1075. Voy. l'article 52, § 1^{er}, de la loi du 24 mars 1984 sur les brevets d'invention : « Constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur, toute atteinte portée aux droits du titulaire visés à l'article 27. La bonne foi n'est pas élisive de contrefaçon. ».

1076. Cf. *infra*, n^{os} 403 et s.

Section 2

Le fondement de l'opposabilité des droits subjectifs : de leur qualification à leur opposabilité

213. Introduction – 214. L'opposabilité, apanage de tout droit subjectif – 215. Distinction entre l'opposabilité du contrat et des droits qui en sont issus : position du problème – 216. L'affirmation d'une distinction entre l'opposabilité des conventions et des droits qui en sont issus – 217. L'affirmation de la recherche du fondement de l'opposabilité du droit subjectif en lui-même – 218. Le pouvoir interne du droit accordé par le droit objectif comme déclencheur de l'opposabilité du droit subjectif – 219. L'exclusivité du pouvoir interne comme fondement d'un devoir de respect des tiers – 220. Inutilité des fondements de l'opposabilité du droit subjectif en dehors du concept de droit subjectif

213

Introduction. Les ambiguïtés subsistantes en droit positif relatives à l'opposabilité de tous les droits subjectifs invitent à effectuer deux mises au point préalables à la détermination du fondement de cette opposabilité. Au vu de l'évolution de la définition du droit subjectif et, du reste, d'une partie majoritaire de la doctrine tant en théorie générale qu'en droit des biens, l'opposabilité est bien l'apanage de tout droit subjectif. Il convient également de distinguer l'opposabilité des droits subjectifs de celle des conventions.

Si tous les droits subjectifs sont opposables à autrui, il convient alors de rechercher le fondement de cette opposabilité permettant de justifier les effets que nous entendons lui attacher.

Ce fondement est en réalité fort simple : il se trouve au cœur de la notion de droit subjectif elle-même telle que nous avons tenté de la préciser dans la première partie de cette étude. Plus exactement, il se situe dans trois de ses caractéristiques : le fondement que le droit subjectif trouve dans le droit objectif, le pouvoir juridique interne qui en forme le contenu et le caractère exclusif de celui-ci. C'est en effet la combinaison de ces trois éléments qui nous permettra de comprendre que la nécessaire opposabilité de tout droit subjectif donne naissance à un devoir de respect qui s'impose *a priori* à tout tiers.

Dès lors, nul besoin ici de rechercher une explication dans des éléments externes au droit subjectif lui-même. Ni la loi seule, ni un principe général de droit, ni la propriété ne sont suffisants ou nécessaires pour fon-

der l'opposabilité des droits subjectifs et l'effet particulier qui en découle pour les tiers.

214

L'opposabilité, apanage de tout droit subjectif. L'opposabilité doit être un effet propre à tout droit subjectif si l'on admet avec nous la définition provisoire unitaire retenue de l'analyse des différentes théories développées dans la première partie¹⁰⁷⁷. La justification de cette opposabilité découlera directement de cette définition¹⁰⁷⁸.

Depuis Jean Dabin¹⁰⁷⁹ et Paul Roubier¹⁰⁸⁰, la notion d'opposabilité a été maintes fois utilisée dans la théorie générale du droit civil afin, précisément, de traduire la force de rayonnement juridique de tout droit subjectif à l'égard des tiers. Si l'opposabilité a été affirmée avec force comme caractéristique du droit subjectif dans les théories du pouvoir¹⁰⁸¹, elle devient en quelque sorte le centre des définitions relatives à celles du pouvoir d'exiger¹⁰⁸². Dans ces dernières théories, en effet, la capacité d'exiger une prestation ou abstention des tiers est portée au centre des définitions de tout droit subjectif¹⁰⁸³. Nous avons pu, dès lors, considérer que le rapport à autrui était devenu, en l'état des définitions contemporaines, un élément — si pas l'élément — central de toutes ces définitions. Il ne peut être aujourd'hui contesté que ce rapport à autrui, traduit ici par le concept d'opposabilité, comme caractéristique de tout droit subjectif, est une constante dans la théorie générale du droit civil.

Nous avons vu cependant qu'un glissement conceptuel s'est parfois opéré, donnant naissance à une confusion entre la face interne et la face externe du droit subjectif. Elle s'exprimait sans doute avec le plus de force dans la distinction entre droits réels et personnels¹⁰⁸⁴.

La distinction nette entre la relativité de tout droit et son opposabilité permet d'éviter l'écueil. Les droits de créance ou personnels, comme les droits réels, comme tout droit subjectif, présentent le double effet décrit

1077. Cf. *supra*, n° 61.

1078. Cf. *infra*, n°s 217 et s.

1079. Cf. *supra*, n° 21.

1080. Cf. *supra*, n° 31.

1081. Cf. *supra*, n° 45.

1082. Cf. *supra*, n°s 47 et s.

1083. Rappelons également que nous avons classé la définition du droit subjectif retenue actuellement par notre Cour de cassation dans la catégorie des pouvoirs d'exiger. Il n'est pas inutile de rappeler que le ministère public a utilisé également la notion d'opposabilité — même s'il l'a fait porter sur l'élément d'intérêt du droit — pour fonder la définition ainsi retenue (cf. *supra*, n° 52).

1084. Cf. *supra*, n° 54.

ici si l'on veut bien admettre partir de la définition unitaire du droit subjectif telle qu'elle se dégage des conclusions de notre première partie.

La relativité du droit réel se comprend dans la relation trilogique entre le titulaire du droit, le bien qui en forme l'objet et les prérogatives reconnues par le droit objectif au titulaire du droit quant à cet objet. Le titulaire d'un droit de propriété jouit des prérogatives de l'*usus*, de l'*abusus* et du *fructus* à l'égard du bien qui en forme l'objet. Son opposabilité, par contre, se comprend dans la relation entre son titulaire, le devoir de respect qui complète les prérogatives du titulaire sur son bien et les tiers, destinataires de cet effet. Tout tiers est tenu de respecter le droit de propriété d'autrui en s'abstenant, par exemple, d'empêcher le titulaire du droit de jouir pleinement de ses prérogatives. Ainsi par exemple, la substitution du bien par un tiers donnera lieu à revendication et à restitution par le tiers.

Rien de différent concernant les droits personnels. La relativité des droits personnels met en jeu le titulaire du droit, une prestation ou abstention due par le débiteur par l'effet de la loi ou d'une convention, et le pouvoir d'exiger ladite prestation que peut faire valoir le titulaire à l'égard du débiteur, tenu d'une obligation corrélative. Cet effet relatif ne concerne que le titulaire du droit et son débiteur tenu d'exécuter les obligations qui le lient au premier. Les tiers n'ont rien à voir ni à faire dans cette relation, ils en sont exclus.

L'opposabilité des droits personnels se meut dans une autre relation : elle met en jeu le titulaire du droit personnel, le devoir de respect qui s'impose comme le corrélatif du rapport droit/obligation et le tiers destinataire de ce devoir. Le tiers doit s'abstenir d'enfreindre les prérogatives liant le titulaire du droit et son débiteur. Cela ne veut pas dire qu'il peut exiger à son bénéfice l'exécution de l'obligation, ce serait porter atteinte à la relativité du droit.

Bien sûr, la portée de la relativité du droit va avoir des effets sur la portée de son opposabilité. Les deux notions, distinctes, se complètent et se nourrissent l'une par l'autre.

Le fait que le droit réel porte sur un bien et qu'il ait comme contenu une prérogative du titulaire à l'égard du bien éclaire de façon spécifique la portée de son opposabilité à l'égard des tiers. Elle s'impose facilement dès lors que le droit réel se matérialise par un bien. Le devoir de respect du tiers apparaît alors avec une netteté et une précision particulière. Le tiers ne peut, sauf si la loi le lui permet, s'emparer d'un bien appartenant à autrui, empêchant ainsi le titulaire d'exercer ses prérogatives ; il ne peut

porter atteinte à l'intégrité de ce bien, empêchant ainsi le titulaire du droit d'en user normalement ; etc.

Le fait que le droit personnel s'identifie à un pouvoir — par essence immatériel — d'exiger une prestation ou une abstention du débiteur influe directement sur la portée du devoir de respect des tiers. La portée de ce devoir apparaît sans doute dès lors de manière moins claire¹⁰⁸⁵. Une créance étant immatérielle, le tiers ne peut normalement s'en emparer en empêchant ainsi le titulaire d'exercer ses prérogatives¹⁰⁸⁶. L'opposabilité des créances produit, dès lors, des effets moins spectaculaires que l'opposabilité des droits réels. Les tiers ne peuvent néanmoins porter atteinte à la relation juridique liant le titulaire du droit à son débiteur¹⁰⁸⁷. Cette atteinte ne se fait certes pas de la même manière que pour le droit réel. Mais le tiers peut s'attaquer au droit de créance soit directement en s'en prenant à la personne du créancier — cas théorique, il est vrai-, ou en empêchant le débiteur d'exécuter son obligation, soit en s'attaquant indirectement à ce qui en forme son contenu en aidant le débiteur à violer ses obligations à l'égard du créancier.

1085. Il n'est, dès lors, pas étonnant que son étude soit, comme le relève José Duclos, relativement tardive et directement liée à la découverte de l'opposabilité des conventions qui en sont généralement à la source (J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 193, n° 166).

1086. On ne peut cependant exclure des hypothèses où un tiers de bonne ou de mauvaise foi usurpe un droit de créance et tente d'obtenir paiement auprès du débiteur. Dans ce cas, tant que le paiement n'a pas eu lieu, rien n'empêche le véritable créancier d'agir en éviction en opposant sa créance au tiers. Si le paiement a eu lieu, il pourra normalement obtenir un second paiement à son profit (« Qui paie mal, paie deux fois »), sauf application de l'article 1240 du Code civil. Même dans le cas de l'application de cette dernière disposition venant au secours du débiteur de bonne foi qui a payé entre les mains du tiers « possesseur de la créance », le débiteur pourra agir contre le tiers en répétition de l'indu et le véritable créancier pourra évincer ce tiers et, le cas échéant, lui demander des dommages et intérêts en mettant en cause sa responsabilité quasi délictuelle (l'article 1240 prévoit explicitement cette possible éviction). (Dans le même sens, voy. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, p. 58 et 59.)

1087. Voy. à ce propos, les constatations de Ginossar : « Par contre, en matière de droits incorporels, ce n'est guère que sur le plan incorporel que l'atteinte risque de se produire. Mais sous cette réserve, ce serait une erreur de croire qu'une créance est moins vulnérable à l'action des tiers qu'un bien meuble ou immeuble : en effet, la valeur que représente une créance, dans le patrimoine du créancier, située tout entière dans l'avenir, dépend avant tout de deux facteurs également futurs et incertains : la bonne volonté du débiteur et sa capacité d'exécuter la prestation. Aussi tout ce qui risque d'affecter défavorablement l'un de ces deux facteurs est susceptible de porter préjudice au créancier. Il importe donc de donner à ce dernier les armes pour se défendre contre le double péril qui le menace. le droit positif y a pourvu » (S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, *op. cit.*, p. 62), et l'auteur de citer et d'analyser ensuite l'action paulienne, l'action en simulation et l'action en tierce complicité.

Le meilleur exemple de l'opposabilité des droits de créance est donné par le fait que le créancier chirographaire est tenu de subir les fluctuations du patrimoine de son débiteur sans pouvoir entraver l'exécution d'autres obligations du débiteur au profit d'autres créanciers¹⁰⁸⁸. Si deux créanciers chirographaires ont des prérogatives à faire valoir à l'égard de leur débiteur commun, ils ne peuvent interdire ou s'opposer à l'exécution desdites obligations au nom de leur droit non par l'effet relatif de chacun des droits en cause, mais, corrélativement, au nom de l'opposabilité de chacune des créances. Si le débiteur paye l'un des créanciers, il se peut qu'il se mette dans une situation patrimoniale l'empêchant d'honorer l'autre. Le créancier malheureux, hors le cas d'une situation de concours, ne pourra néanmoins pas s'opposer au paiement. En tant que tiers, il doit respecter le droit de créance d'autrui.

Un autre exemple provient de la théorie de la tierce complicité. Le tiers ne peut non plus, par la relation juridique qu'il noue directement avec le débiteur, se rendre complice du non-respect par ce débiteur des obligations qui le lient au créancier. Il est tenu de respecter le droit de créance de ce dernier. Cette obligation de respect se traduit ici en droit positif par la théorie dite de la tierce complicité que nous revisiterons dans la dernière partie de notre étude¹⁰⁸⁹.

Un dernier exemple peut être tiré de la fraude paulienne. Le tiers ne peut devenir complice du débiteur posant des actes en fraude des droits de son créancier. Il se doit de respecter les droits de créance d'autrui. Même si, en droit positif, on explique cette théorie par le biais de l'application de la responsabilité civile, il nous paraît raisonnable de penser qu'il ne s'agit en réalité que d'une application parfaitement normale de l'opposabilité bien comprise du droit du créancier lésé. Du reste, il est patent de constater que l'exigence de la faute du tiers est communément retenue dès lors qu'il a agi en sachant que l'acte juridique auquel il participe porterait atteinte aux intérêts des créanciers de son cococontractant, c'est-à-dire, pour être plus précis, à son droit¹⁰⁹⁰.

1088. Dans le même sens, J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 197, n° 171.

1089. Cf. *infra*, n°s 403 et s. Nous verrons qu'en droit positif belge, elle est cependant considérée, à tort selon nous, comme une application des principes de responsabilité et d'opposabilité des conventions.

1090. Voy. sur ce point, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, Liège, Éd. formation permanente C.U.P., 1998, p. 254, n° 9.

215

Distinction entre l'opposabilité du contrat et des droits qui en sont issus : position du problème. Une autre ambiguïté présente dans la compréhension par le droit positif de l'opposabilité des droits subjectifs, spécialement de créance, est la confusion généralement entretenue entre l'opposabilité du droit de créance et de la convention dont il est issu.

Cette confusion, nous le verrons, est particulièrement présente dans les débats relatifs à la théorie de la tierce complicité¹⁰⁹¹. Nous la retrouvons néanmoins également dans les écrits propres à l'opposabilité des conventions. Nous avons vu, en effet, que, généralement, l'opposabilité des conventions, telle que dégagée au départ de l'article 1165 du Code civil, est comprise comme visant tant l'existence de celles-ci que les effets qu'elles reçoivent entre parties et, partant, en définitive, l'existence des droits de créance qu'elles créent¹⁰⁹².

Le problème est de savoir si l'opposabilité du contrat est réellement identique à l'opposabilité des droits qui en sont issus. Si tel n'est pas le cas, quand oppose-t-on la convention et non les droits qui en sont issus et quels sont les effets propres à chaque opposabilité ?

216

L'affirmation d'une distinction entre l'opposabilité des conventions et des droits qui en sont issus. Entre l'opposabilité du contrat et l'opposabilité des droits qui sont créés par ce contrat, la ligne de démarcation est souvent ténue. Certains auteurs ont cependant affirmé la nécessité de la distinction, principalement en matière de tierce complicité. Nous retrouvons principalement parmi ceux-ci Jean Dabin et Paul Roubier¹⁰⁹³. José Duclos a, pour sa part, précisé les limites de l'opposabilité des conventions et des droits qu'elles contiennent en démontrant que le lien de dépendance ne débouchait pas sur une assimilation¹⁰⁹⁴.

Bien souvent, en pratique, l'opposabilité des droits issus du contrat dépend de l'opposabilité de la convention : celui qui se prétend propriétaire d'un bien qu'il revendique invoquera le contrat par lequel il a acquis son bien¹⁰⁹⁵. Mais l'existence de ce contrat ne justifie en rien que le pouvoir du propriétaire sur le bien doit être respecté par le tiers qui ne peut y

1091. Cf. *infra*, n° 411.

1092. Cf. *supra*, n° 184.

1093. Voy. par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 200 (concernant les droits réels et droits de créance) ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 269 et 270 (concernant la tierce complicité).

1094. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 68 à 73.

1095. L. BOYER, H. ROLAND, B. STARCK, *Obligations*, 5^e éd., t. II, *Contrat*, *op. cit.*, p. 530 et 531, n° 1284.

porter atteinte. L'opposabilité du contrat n'est donc pas suffisante pour expliquer les effets obtenus par l'opposant.

Comme l'a souligné José Duclos, le mécanisme théorique de l'opposabilité conventionnelle procède selon le schéma suivant : « D'abord, le contractant oppose son acte juridique comme source de légitimité du droit en question, puis cette légitimité acquise, il peut, si nécessaire, mettre en œuvre l'opposabilité propre au droit issu de la convention opposée. Il se produit donc un enchaînement et un cumul d'opposabilités : l'opposabilité du droit succédant et se superposant à celle du contrat »¹⁰⁹⁶. Le mécanisme ne doit cependant pas forcément aller jusqu'à son accomplissement total. L'opposabilité du droit ne sera nécessaire que si le tiers en entrave l'exécution ou la satisfaction. Pour opposer son droit d'origine conventionnelle, le titulaire du droit subjectif devra donc toujours passer par l'opposabilité de la convention comme phase préliminaire. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai : opposer son contrat n'implique pas toujours l'opposition des droits qu'il comprend¹⁰⁹⁷.

Nous ne pouvons que nous ranger derrière l'analyse de cet auteur.

L'opposabilité des contrats doit être bien comprise. La convention crée, par nature, certains effets entre parties en ce qu'elle vise un but précis. Ce but est l'aménagement d'une situation spécifique principalement par la création, l'extinction ou la modification de droits et d'obligations et, le cas échéant, par le transfert de tout ou partie de droits subjectifs entre cocontractants. L'opposabilité du contrat vise précisément, nous semble-t-il, à imposer aux tiers le respect de la modification de l'ordonnancement juridique qui constitue son effet et son but. La convention est un fait pour le tiers qui a pour but entre parties de réaliser une opération juridique : la création, l'extinction ou la modification de droits et d'obligations ou le transfert de droits. Par telle convention, un tel est devenu créancier, débiteur de tel droit ou obligation. Par telle convention, un tel est devenu titulaire d'une créance dont son cocontractant était auparavant créancier. Une autre convention a transféré la propriété d'un bien d'une personne à une autre. Opposer une convention, c'est opposer les effets qu'elle a entre parties à l'égard des tiers.

Prenons trois exemples afin d'éclairer notre propos.

- a) Le créancier chirographaire doit tenir compte des contrats passés sans fraude par son débiteur. Le débiteur vend un de ses biens. Ce dernier sort de son patrimoine, gage commun de ses créanciers. Le

1096. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 69, n° 43.

1097. *Ibid.*, p. 72 et s., n° 48.

créancier ne peut plus saisir ce bien dès lors que son débiteur lui oppose ledit contrat. Il s'agit moins d'opposer le droit réel nouvellement acquis par le cocontractant que la convention translatrice de droit qui a pour effet de sortir le bien du patrimoine du débiteur.

- b) On peut penser également à une convention extinctive d'un droit ou d'une situation¹⁰⁹⁸. Deux cocontractants conviennent de mettre fin anticipativement à leurs relations contractuelles. Vis-à-vis des tiers, seule l'opposabilité de cette convention extinctive de droits sort des effets. Par définition, cette opposabilité ne pourrait porter sur les droits qu'elle a précisément pour objet d'éteindre.
- c) La théorie de l'enrichissement sans cause révèle également des exemples d'opposabilité de la convention, indépendamment des droits qui en découlent. L'hypothèse est par exemple celle où l'enrichi et l'appauvri ont une relation contractuelle commune avec un tiers, sans être liés entre eux par une convention. L'appauvri oppose le contrat conclu avec une personne, mauvais payeur, à l'enrichi, lui-même en lien contractuel avec ce dernier, afin de justifier tant son appauvrissement que l'enrichissement corrélatif ; l'enrichi oppose la convention qui le lie au mauvais payeur pour faire la preuve de la juste cause de son enrichissement¹⁰⁹⁹.

L'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1950 en offre un exemple particulièrement éclairant¹¹⁰⁰. Le propriétaire d'une habitation endommagée par faits de guerre a loué celle-ci à un sieur Warin. Leur convention stipulait que Warin ferait les travaux nécessaires de remise en état du bien moyennant l'absence de paiement de loyer durant deux ans. Warin s'est adressé à un entrepreneur pour effectuer certains de ces travaux. Ce dernier voit ses factures rester impayées. Il agit alors contre le bailleur sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause. Les juges du fond lui donnent raison en relevant que le bailleur a bénéficié d'un enrichissement sans cause légitime. La Cour casse le jugement attaqué car elle admet qu'une cause légitime existait en se fondant sur l'opposabilité du contrat de bail, au sens de l'article 1165 du Code civil. Dans ce cas, c'est la convention de bail dans son repos, en tant qu'établissant une situation juridique particulière, qui est opposée à l'appauvri et non les créances qui en découlent dont l'enrichi ne reproche pas une entrave dans le chef de l'appauvri.

1098. *Ibid.*, p. 73, n° 48.

1099. *Ibid.*, p. 74 à 81.

1100. Cass. (1^{re} ch.), 9 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 491 et s. ; *R.C.J.B.*, 1952, p. 5 et s. et note J. DABIN.

Nous pouvons, dès lors, mieux cerner l'effet distinct de l'opposabilité du droit subjectif. Celui-ci a pour but la reconnaissance d'un pouvoir conféré par le droit objectif à son titulaire. Le but direct de l'opposabilité du droit n'est pas d'obliger les tiers à tenir compte d'une modification de l'ordonnancement juridique, mais bien de leur imposer le respect du pouvoir qui a été reconnu au titulaire par le droit objectif. Suite, éventuellement, à une modification de l'ordonnancement juridique. Mais peu importe, à ce niveau, que le droit subjectif soit né ou non d'un contrat. L'opposabilité du contrat ne sert en réalité qu'à fixer la titularité du droit et, le cas échéant, l'étendue du pouvoir concédé et ainsi à légitimer le droit de créance. Comme le souligne José Duclos, une fois cette légitimité acquise, l'effet externe du contrat s'arrête et l'opposabilité du droit prend le relais. Car il ne s'agit plus de confronter le tiers à la modification de l'ordonnancement juridique, mais au respect d'un pouvoir légitimement acquis suite à la modification de cet ordonnancement.

Un dernier exemple permet de mieux comprendre la distinction qu'il convient de faire entre l'opposabilité de la convention et celle des droits qu'elle crée.

L'auteur d'une œuvre cède ses droits patrimoniaux d'auteur relatifs à un logiciel à son cocontractant. La situation du tiers peut être envisagée de deux manières selon que l'on a en vue l'opposabilité de la convention translatrice de droits ou l'opposabilité des droits patrimoniaux cédés.

Du point de vue de l'opposabilité des droits d'auteur, la cession est sans effets. Avant la cession, le tiers ne pouvait exploiter le logiciel sans l'accord de l'auteur. Ensuite a lieu le transfert des droits. La situation du tiers, tenu de respecter les droits sur le logiciel, reste identique : il ne peut toujours pas exploiter ce logiciel. S'il le fait, le titulaire du droit pourra s'y opposer par une action en contrefaçon. Le droit préexistait à la convention et sortait tous ses effets. L'effet de la cession ne porte pas sur le devoir de respect des droits sur l'œuvre protégée.

Du point de vue de l'opposabilité du contrat, par contre, la situation du tiers se modifie en ce que la titularité du droit a changé. L'ordonnancement juridique a été modifié par la conclusion d'une convention. Celui qui peut lui opposer le droit d'auteur n'est plus le même. Pourrait-il dénier à ce dernier le droit d'agir en contrefaçon ? Nullement, l'opposabilité de la convention — et non du droit lui-même — lui interdit de nier cette modification de titularité.

La même approche est valable pour les droits de créance. Une convention est conclue entre l'auteur du logiciel qui confère une licence exclusive en excluant la possibilité de sous-licencier. Un tiers s'adresse au licencié

afin d'obtenir une licence d'utilisation du logiciel. Ce dernier la lui octroie en violation de ses propres obligations à l'égard de l'auteur. Si le tiers l'a fait en ayant connaissance des termes de la première licence, il viole le droit de créance de l'auteur et voit sa responsabilité engagée par la théorie de la tierce complicité. C'est ici le droit de créance qui lui est opposé. Si le tiers n'avait pas connaissance de cette convention, il engagerait néanmoins sa responsabilité pour avoir violé le droit d'auteur du créancier, indépendamment de la convention et des droits qu'elle détermine. C'est ici le droit d'auteur qui lui est opposé. Si le tiers prétend que le débiteur était en réalité devenu le titulaire d'une licence lui permettant de sous-licencier, c'est alors les effets de la convention qui lui seront opposés.

Nous pensons, dès lors, qu'il importe de clairement distinguer les effets de l'opposabilité de la convention et des droits qui en sont issus. L'opposabilité du contrat a pour effet d'imposer une modification de l'ordonnancement juridique à autrui. L'opposabilité du droit qui est créé, modifié, éteint ou transmis par une convention a pour effet d'imposer au tiers le respect du pouvoir reconnu à son titulaire. Le tiers doit tenir compte de la modification de l'ordonnancement juridique opérée par la convention. Il est de plus tenu au respect des droits qu'elle crée, modifie, éteint ou transfère, indépendamment de la modification de l'ordonnancement juridique. Il peut cependant, le cas échéant, échapper à la sanction de l'opposabilité du droit si son titulaire ne peut légitimer son droit en opposant préalablement la convention qui le crée. En ce sens, nous pouvons affirmer que si l'opposabilité de l'existence et de la portée d'un droit se confond avec l'opposabilité de la convention qui en est le titre, l'opposabilité du droit éterné par une atteinte commise par un tiers a un effet propre et spécifique ne se confondant pas avec l'opposabilité de la convention.

Ainsi comprise, la distinction est propre à éviter des ambiguïtés et des confusions. Opposer sa convention ne revient pas à imposer le respect des droits qu'elle contient aux tiers. En ce sens, nous admettons l'analyse majoritaire des effets externes du contrat réduits à l'opposabilité de son existence et de ses effets compris comme rendant compte d'une modification de l'ordonnancement juridique. Dès lors que ce problème est réglé, nous devons alors nous placer hors de l'article 1165 du Code civil pour appréhender l'opposabilité des droits subjectifs. C'est à la recherche du fondement propre de l'opposabilité des droits subjectifs que nous nous attaquons maintenant.

Jean Dabin, nous l'avons vu, fait de l'opposabilité du droit la conséquence de l'exclusivité du droit découlant de ses concepts d'appartenance et maîtrise¹¹⁰¹. Il explique, dès lors, l'opposabilité par deux autres concepts : l'inviolabilité et l'exigibilité. Il reconnaît par là l'émergence d'un devoir de respect et d'un pouvoir d'exiger un tel respect¹¹⁰².

Paul Roubier défend pratiquement la même idée¹¹⁰³. Si le droit subjectif est une prérogative appropriée à la manière d'un bien, il doit être respecté par autrui. On retrouve, ici aussi, l'idée d'exclusivité comme vecteur du passage de l'effet interne du droit vers autrui¹¹⁰⁴. Si le titulaire du droit dispose d'une action en justice permettant d'imposer le respect de son droit, c'est parce qu'il est opposable à autrui. L'inviolabilité nécessaire du droit est ici au fondement de l'opposabilité de tout droit.

S'il est vrai que la plupart des auteurs qui suivirent se sont contentés d'affirmer soit l'opposabilité, soit l'obligation de respect des tiers¹¹⁰⁵ qui en découle sans remonter au fondement de celle-ci, certains rappellent la nécessaire contrepartie du droit subjectif dans l'obligation ou le devoir qui en découle pour autrui¹¹⁰⁶. Rappelons également, pour autant que de besoin, que dans les théories du pouvoir d'exiger, l'obligation de respect est en quelque sorte incorporée dans la définition même du droit subjec-

1101. Cf. *supra*, n° 21. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 95 : « Qui dit appartenance, directe ou indirecte, qui dit maîtrise, dit assignation de parts (chose sienne, chose due), domaine réservé au titulaire, par conséquent distinction des personnes, altérité. Par définition, appartenance et maîtrise sont exclusives d'autrui et, du même coup, lui sont opposables. Une chose n'est sienne, directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'un débiteur), qu'en tant qu'elle n'est pas à autrui ; une maîtrise n'existe qu'autant qu'on est le seul maître : la référence à autrui est tangible, manifeste dans la formule même. ».

1102. *Ibid.*, p. 95 à 97.

1103. Cf. *supra*, n° 31.

1104. Même si Paul Roubier n'utilise expressément la notion d'exclusivité que relativement au droit de propriété (P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 249.B), lui préférant la notion d'inviolabilité concernant le droit de créance (*ibid.*, p. 253 et s.).

1105. Cf. les auteurs cités dans la première partie de cette étude concernant le rapport à autrui dans les théories du pouvoir et du pouvoir d'exiger (cf. *supra*, n° 45 et n° 47 et s.).

1106. Voy. par exemple, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 361, n° 951 : « L'idée de droit subjectif ne prend son plein sens que si on la met en rapport avec l'idée d'obligation qui en constitue, en quelque sorte, la contrepartie. » Le terme « obligation » est cependant malheureux — il est le corollaire du pouvoir interne du droit de créance à l'égard du débiteur —, mais les auteurs développent alors des considérations sur l'opposabilité. On se souviendra que ces auteurs admettent également l'opposabilité du droit de créance (cf. *supra*, n° 210) ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 87 et s., qui traduit l'obligation de respect des tiers par les concepts de « *rechtsplicht* » ou de « *rechtsgebondheid* » présentés — sans explication, il est vrai — comme liés aux prérogatives internes des droits subjectifs.

tif, même si la confusion dénoncée ci-avant entre « droits absolus » et « droits relatifs » — c'est-à-dire entre le pouvoir interne et l'opposabilité — est alors patente.

D'autres ont tenté d'approfondir les réflexions initiales des deux auteurs précités.

José Duclos a repris à son compte le rapport à autrui inféré par les droits subjectifs tels que développés par Jean Dabin afin d'asseoir sa théorie de l'opposabilité au regard des droits subjectifs. Titrant la première section de son chapitre consacré à l'opposabilité des droits subjectifs, il annonce directement la couleur : « L'opposabilité, notion inhérente à celle de droit subjectif »¹¹⁰⁷. Après avoir rapidement passé en revue l'évolution de la notion de droit subjectif, il se rallie en grande partie aux thèses de Jean Dabin, surtout en ce qui concerne ses développements relatifs à la face externe du droit subjectif qui lui offrent une assise solide à l'application de sa théorie générale de l'opposabilité. Pour lui, l'effet particulier de l'opposabilité des droits subjectifs — le devoir de respect — est une nécessité quant à l'existence du droit subjectif et des prérogatives qu'il contient car « sans devoir pour chacun de respecter les prérogatives de ses semblables, celles-ci n'auraient absolument aucune valeur »¹¹⁰⁸.

Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, nous l'avons vu également¹¹⁰⁹, ont fondé, quant à eux, leur approche au départ du caractère exclusif de la prérogative concédée par le droit objectif au titulaire du droit subjectif. Mettant comme d'autres dans les théories du pouvoir d'exiger, la relation à autrui au centre de la notion de droit subjectif — et, ce faisant, leur opposabilité —, ils partent de la constatation que le droit subjectif est toujours le signe d'un domaine réservé à son titulaire et donc d'exclusion d'autrui pour affirmer l'inégalité dont ils sont porteurs. La caractéristique dominante du droit subjectif étant l'exclusivité — au sens de l'exclusion des autres —, son opposabilité en découle logiquement.

Ces deux dernières approches comportent une part de vérité. Mais expliquer l'opposabilité du droit par le nécessaire respect du pouvoir interne qu'il contient paraît dangereux dès l'instant où, nous l'avons vu, d'autres pouvoirs existent sans qu'ils doivent nécessairement recevoir la qualification de droit subjectif. En outre, affirmer le devoir de respect *a priori* de tout pouvoir juridique nous paraît difficilement rendre compte des solutions diverses et subtiles que comporte le droit positif en cas de

1107. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 157.

1108. *Ibid.*, p. 163, n° 132.

1109. Cf. *supra*, n°s 69 et s.

conflits entre différents pouvoirs et notamment des tests de balances d'intérêts. D'un autre côté, expliquer l'opposabilité du droit subjectif par son caractère exclusif est tout aussi rapide dès lors qu'il nous apparaît *a priori* que certains pouvoirs, non exclusifs, sont susceptibles d'être opposables à autrui. Afin d'affiner, en les combinant, les approches de José Duclos, d'une part, et de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, d'autre part, repartons de la définition dégagée dans la première partie de cette étude.

218

Le pouvoir interne du droit accordé par le droit objectif comme déclencheur de l'opposabilité du droit subjectif. L'existence d'un pouvoir octroyé par le droit objectif au regard de son objet propre (une chose, une prestation, etc.) a été retenue comme caractéristique de tout droit subjectif¹¹¹⁰. Déjà, à ce moment, nous avons fait une constatation simple, étayée encore par la comparaison effectuée avec la liberté civile¹¹¹¹ : si le droit objectif reconnaît un pouvoir particulier à un individu, la nécessité d'un rayonnement particulier de ce pouvoir à l'égard des tiers s'impose.

En effet, c'est, selon nous, le propre d'un pouvoir « juridique » — opposé ici au pouvoir de fait — de se voir garantir par une force de reconnaissance à l'égard des tiers. Si les tiers pouvaient, quelles que soient les circonstances, se permettre de ne pas tenir compte de ce pouvoir particulier reconnu par le droit objectif, ce pouvoir perdrait toute efficacité dans l'ordre juridique¹¹¹². Rien d'étonnant, dès lors, que les définitions contemporaines aient toutes intégré dans la notion de droit subjectif elle-même une force d'irradiation à l'égard des tiers, que cette force soit qualifiée d'opposabilité ou de pouvoir d'exiger.

Traduites dans le prisme des concepts corrélatifs de relativité et d'opposabilité, ces constatations impliquent que le pouvoir interne du droit subjectif, lieu de sa relativité, se dédouble nécessairement d'une opposabilité à l'égard des tiers. Ceux-ci doivent en tenir compte sous peine de faire perdre à sa relativité toute efficacité. Nous avons vu que, en matière de convention déjà, cette relation de complémentarité entre la relativité — prévue par la loi — et l'opposabilité — découverte par la doctrine — était de plus en plus hissée au titre de principe général de droit en ce sens que la relativité du contrat ne pouvait se concevoir, dans notre système juridique, sans son effet corrélatif d'opposabilité¹¹¹³. Il en est de même pour le droit subjectif.

1110. Cf. *supra*, n° 61.

1111. Cf. *supra*, n° 96.

1112. Cf. *supra*, n°s 96 et s.

1113. Cf. *supra*, n° 184.

La relativité du droit subjectif porte sur un pouvoir faisant l'objet d'une reconnaissance par le droit objectif. En ce sens, les droits subjectifs ne sont pas de pures constructions doctrinales. Ils classifient certes des réalités juridiques présentes dans le droit positif. Mais ces réalités sont consacrées par le droit objectif, au premier rang duquel apparaît la loi. Lorsque le droit objectif consacre l'existence des droits réels, des droits de créance ou des droits intellectuels, il impose par là même, corrélativement, le respect de l'existence de ces pouvoirs par toute autre personne que ceux qui en deviennent les titulaires.

C'est tellement vrai que, dans l'esprit du droit constitutionnel lui-même, la notion de droit subjectif est devenue le concept clé justifiant la saisine d'un juge du pouvoir judiciaire. C'est notamment l'atteinte ou le risque d'atteinte à un droit subjectif qui justifie cette saisine. Si toute personne peut demander au juge d'intervenir pour mettre fin aux atteintes à ses droits, c'est précisément parce que, nécessairement, notre système juridique part du principe que ces droits sont opposables aux tiers à qui ces atteintes seront reprochées. Ce faisant, le concept même de droit subjectif est devenu un concept légal — et même constitutionnel — dont le sens et la portée appellent un contrôle par la Cour de cassation. Rappelons aussi que cette dernière définit la notion par rapport au pouvoir d'exiger un comportement déterminé d'un tiers — nous insistons sur ce dernier terme — qui lui est reconnu par le droit objectif. Son ministère public rappelle du reste explicitement que « c'est l'opposabilité de l'intérêt aux tiers qui constitue le fondement du droit »¹¹¹⁴. C'est donc bien par son opposabilité elle-même que la Cour de cassation en vient à définir le droit subjectif afin de donner un effet utile à son contrôle. L'aurait-elle fait si elle ne considérait pas que l'opposabilité du droit était inhérente au concept lui-même ? Et en ayant égard au droit objectif comme source même de ce pouvoir d'exiger un comportement déterminé d'un tiers, ne reconnaît-elle pas par là que le fondement ultime de cette opposabilité est à trouver dans les règles de droit positif qui consacrent chaque droit subjectif déterminé ?

Cette force de rayonnement à l'égard des tiers est plus ou moins réglementée par le droit objectif, par exemple en prévoyant des conditions particulières quant à l'opposabilité de certains droits subjectifs ou en modalisant les effets de cette opposabilité au nom, notamment, de la sécurité juridique ou de l'équité. Mais si le droit objectif vient *a posteriori* modaliser les effets de l'opposabilité de certains droits, c'est nécessairement parce qu'il reconnaît *a priori* l'existence de cet effet. Si le droit réel

1114. Cf. *supra*, n° 52.

n'était pas opposable aux tiers, nul besoin de la protection accordée par l'article 2279 du Code civil aux possesseurs de bonne foi. Si un régime de publicité est organisé en matière de conventions translatives ou déclaratives de droits réels immobiliers, n'est-ce pas pour éviter que les tiers ne subissent de manière trop abrupte l'opposabilité de ces droits ? Et si, nous le verrons, la théorie de la tierce complicité ne sanctionne que les agissements du tiers qui avait connaissance de l'existence de l'obligation et donc du droit de créance corrélatif à la violation duquel il participe, n'est-ce pas précisément pour faire échec à l'effet d'opposabilité normal de tout droit subjectif à l'égard des tiers ?

Enfin, le droit objectif organise parfois de manière précise des actions judiciaires donnant plus d'efficacité encore à l'opposabilité du droit subjectif. Nous pouvons penser ici, par exemple, aux actions en contrefaçon concernant les atteintes aux droits intellectuels. Ces actions spécifiques n'existeraient pas si l'opposabilité de ces droits n'était pas considérée comme étant un principe initial. C'est d'autant plus vrai que le droit subjectif n'a, du fait même de son rôle de clé d'accès aux juridictions du judiciaire, nul besoin d'une action spécifique pour être sanctionné. Toute atteinte à un droit subjectif peut justifier en elle-même la saisine du pouvoir judiciaire. La sanction première de cette atteinte, nous reviendrons sur ce point, étant une injonction de cessation de la violation du droit allégué.

L'opposabilité est donc inhérente au concept de droit subjectif. Elle s'impose au même titre que le respect des pouvoirs qui forment sa relativité. Il en va de la survie même de la notion. Pas d'opposabilité, pas de pouvoir juridique, pas de droit subjectif.

219

L'exclusivité du pouvoir interne comme fondement d'un devoir de respect des tiers. Nous avons également constaté que dans les tentatives de distinction du concept de droit subjectif à l'égard de la liberté civile et d'autres concepts, l'élément d'exclusivité du droit subjectif avait été mis en relief¹¹¹⁵. Nous l'avons du reste ensuite intégré dans notre définition provisoire du droit subjectif¹¹¹⁶.

L'exclusivité du droit, si l'on suit notre définition, porte en réalité sur le pouvoir interne qui forme l'objet de sa relativité. Il explique que le droit subjectif est le lieu d'un domaine réservé au titulaire dont autrui est exclu. Le droit subjectif reconnaît à son titulaire un pouvoir spécifique que les autres n'ont pas. Ce pouvoir n'est pas indéterminé, mais délimité par le droit objectif qui en prévoit le contenu et l'objet.

1115. Cf. par exemple *supra*, n^{os} 69 et s.

1116. Cf. *supra*, n^o 112.

Le droit de propriété est exclusif parce que les pouvoirs du propriétaire sur la chose qui en forme l'objet ne sont reconnus qu'au propriétaire. Autrui est *a priori* exclu de ce pouvoir. Si une personne achète une voiture et en devient propriétaire, personne d'autre qu'elle ne peut faire valoir les pouvoirs inhérents au droit de propriété reconnus par le droit objectif quant audit véhicule. Par le fait même qu'il devient le titulaire de ces pouvoirs, personne d'autre que le propriétaire ne pourra faire valoir ces droits. Il en est de même pour les autres droits réels.

Le droit d'auteur est exclusif parce que les pouvoirs de l'auteur sur l'œuvre protégée qui en forme l'objet ne sont reconnus qu'à la personne de l'auteur. Autrui est mis hors jeu par l'existence même des pouvoirs reconnus exclusivement à l'auteur de l'œuvre. Si une personne crée un logiciel protégé par la loi sur le droit d'auteur, personne d'autre qu'elle ne pourra l'exploiter ou l'utiliser. C'est ce que l'on appelle son monopole d'exploitation. Il en est de même pour les attributs des droits moraux sur l'œuvre.

Le droit de créance est exclusif parce que le pouvoir d'exiger la prestation qui en forme l'objet n'est reconnu qu'à la personne du créancier. Autrui est *a priori* exclu par l'existence même de ce pouvoir reconnu en propre au créancier et à personne d'autre que lui. Si une personne est créancière d'une somme d'argent, personne d'autre que ce créancier ne pourra exiger le paiement de son débiteur.

L'exclusivité du pouvoir — contenu du droit subjectif — rejaillit du reste sur l'objet du droit lui-même, de sorte que nous pouvons affirmer, dans une vision économique du droit subjectif que ce dernier apparaît réellement tant comme l'instrument de l'allocation de biens rares que comme, le cas échéant, le créateur de tels biens. Le droit de propriété et les droits réels organisent l'allocation et la répartition des biens rares qui en font l'objet. La terre est un bien rare, elle n'existe que de manière limitée. Le droit de propriété permet de l'allouer en propre à certains. Il en est de même des immeubles et de tout objet corporel susceptible d'appropriation. Le droit d'auteur, par contre, fait de l'œuvre créée un bien rare dont l'allocation, la répartition et l'exploitation sont strictement réglementées par le droit d'auteur. Par le droit d'auteur, l'œuvre fait l'objet d'un monopole et devient ainsi un bien rare. Le droit de créance agit de la même manière. Propre à conférer au créancier exclusif un pouvoir d'exiger un comportement particulier d'autrui, il devient un élément de son patrimoine à l'exclusion de ceux d'autrui. La créance est un bien rare. Ces biens rares sont la source de l'enrichissement de ceux qui peuvent en jouir à l'exclusion d'autrui.

La logique tant juridique qu'économique implique alors que la nécessaire opposabilité du droit subjectif emporte un effet particulier : un strict

devoir de respect de la part des tiers. Le pouvoir exclusif reconnu au titulaire du droit ne peut l'être dans la réalité juridique que si le titulaire reçoit du droit objectif les moyens de tenir à l'écart les tiers qui en sont exclus. Cela se traduira, bien sûr, par une possibilité d'agir en justice en cas de violation de ses droits. Mais ce qu'il y fera valoir en réalité, c'est un devoir de respecter ce pouvoir exclusif. Le devoir de respect, en tant qu'effet spécifique de l'opposabilité des droits subjectifs, est le corollaire nécessaire de l'exclusivité du pouvoir qui en fait l'objet. Le devoir de respect exprime dans la relation à autrui l'exclusivité du pouvoir reconnu au seul titulaire du droit subjectif¹¹¹⁷.

D'un point de vue économique, le devoir de respect se justifie tout autant. En tant qu'élément de son patrimoine, à la source de richesses particulières, le bien rare doit, pour exister, être protégé de toute tentative de spoliation par les tiers. La logique économique impose, tout autant que la logique strictement juridique, la mise sur pied de règles protectrices des biens rares qui font l'objet de droits subjectifs, au premier rang desquels un strict devoir de respect.

L'exclusivité, loin de justifier à elle seule l'opposabilité du droit subjectif, rend compte et fonde l'effet particulier de cette opposabilité. Elle impose l'existence d'un devoir juridique dans le chef des tiers qui ne peuvent porter atteinte au pouvoir et à l'objet des droits subjectifs. Admettre le contraire au titre de principe, ce serait, en réalité, sonner le glas de la spécificité que ce concept peut présenter dans l'ordonnement juridique global.

220

Inutilité des fondements de l'opposabilité du droit subjectif en dehors du concept de droit subjectif. L'explication de l'opposabilité du droit subjectif dans les caractéristiques qui lui sont conférées par le droit objectif rend inutile toute recherche de fondement en dehors du concept lui-même.

En vain, prétendra-t-on que l'opposabilité du droit subjectif trouve sa source dans le principe de bonne foi¹¹¹⁸ ou dans les principes de responsa-

1117. Ce lien direct entre le caractère exclusif du droit subjectif et la possibilité de s'opposer à toute atteinte était traditionnellement reconnu concernant le droit de propriété (voy. par exemple, *Les Nouvelles, Droit civil*, t. III, *op. cit.*, n^{os} 160 et 161 ; C. RENARD, J. HANSENNE, *La propriété des choses et les droits réels principaux*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 157). Dès lors qu'il a été démontré que ce caractère exclusif n'est pas le propre du droit de propriété, mais est une caractéristique reconnue majoritairement comme essentielle à tout droit subjectif, il nous paraît normal que la même logique se retrouve concernant l'ensemble des droits subjectifs.

1118. Voy. par exemple, J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 543, n^o 247.3.2.

bilité civile ¹¹¹⁹. Non que ces principes ne jouent aucun rôle eu égard au titulaire du droit subjectif. Mais trouver l'explication du rayonnement juridique du droit subjectif dans des règles de comportement externes au droit subjectif, c'est confondre alors des règles juridiques pouvant limiter l'exercice du droit avec celles qui le définissent, lui donnant consistance et effets. L'opposabilité ne participe nullement à l'élaboration d'une règle de droit extérieure au droit subjectif lui-même. Elle est inhérente au concept. Il est donc inutile d'aller en rechercher un fondement dans des principes externes.

Dans le même ordre d'idées, il est superflu de vouloir fonder cette opposabilité sur un principe général de droit extérieur. Le recours à un principe général de droit relatif à l'opposabilité de tout élément juridique se défend sans doute si l'on veut généraliser le nécessaire rayonnement que reçoit toute figure juridique participant à l'ordonnement juridique global. Mais l'opposabilité du droit subjectif — et son effet particulier, le devoir de respect — trouve sa source dans le droit objectif qui le consacre et organise le pouvoir interne qui lui est spécifique.

Enfin, il nous paraît tout aussi inutile de lier l'opposabilité, comme Jean Dabin et Paul Roubier l'ont fait, et à leur suite Ginossar, à la notion de propriété ou d'appartenance ¹¹²⁰. L'opposabilité des droits subjectifs, fondée sur le caractère exclusif des prérogatives qu'ils contiennent en vertu du droit objectif, se vérifie certes en ce qui concerne les attributs de la propriété. Mais nul besoin d'utiliser le concept d'appropriation comme grille de lecture de l'ensemble des liens entre les personnes et les choses ou les prérogatives qui leur sont reconnues. Cette utilisation est en outre largement forcée ou artificielle. C'est, du reste, sur ce point que ces auteurs ont rallié — chacun en ce qui les concerne — la majorité des critiques qui ont été portées à leurs théories respectives ¹¹²¹. Notre approche nous paraît plus respectueuse de la grande diversité des prérogatives internes au droit subjectif. Indépendante de la propriété, l'opposabilité, comme attribut inhérent au concept même de droit subjectif, peut jouer à l'égard de l'ensemble des droits subjectifs en évitant les écueils d'un nouvel absolutisme reconnu à la propriété.

1119. Voy. par exemple les auteurs qui fondent la théorie de la tierce complicité sur les seuls principes de responsabilité civile (cf. *infra*, n° 403).

1120. Cf. *supra*, n°s 21, 31 et 207.

1121. Cf. *supra*, n°s 23 et 34.

Section 3

Le régime de l'opposabilité des droits subjectifs

221. Introduction

221 **Introduction.** Une fois le fondement de l'opposabilité mis en avant, il est relativement facile de déterminer le régime de l'opposabilité des droits subjectifs qui doit en découler.

Rappelons ici que notre exposé ne porte pas sur le régime généralement accepté par le droit positif. Il tente de dégager celui qui, d'après nous, découle de la notion même de droit subjectif telle que nous l'avons comprise dans la première partie de cette étude et du fondement de son opposabilité dégagé ci-avant.

La présentation de ce régime peut se subdiviser en deux parties. La première s'attachera à décrire l'effet de l'opposabilité du droit subjectif, à savoir le devoir de respect (sous-section 1^{re}). La seconde aura pour objet la détermination des sanctions susceptibles de frapper le tiers qui a transgressé ce devoir de respect (sous-section 2^e).

Sous-section 1 **L'effet de l'opposabilité du droit subjectif : le devoir de respect**

222. Le devoir de respect comme norme déterminée de comportement s'imposant aux tiers – **223.** Les nécessaires tempéraments à l'opposabilité du droit subjectif – **224.** Le rôle de la connaissance par les tiers de l'existence du droit subjectif dans l'opposabilité des droits subjectifs – **225.** La connaissance comme condition de l'opposabilité du droit de créance ?

222 **Le devoir de respect comme norme déterminée de comportement s'imposant aux tiers.** Si le devoir de respect est inhérent à la notion même de droit subjectif et que, dès lors, tout droit subjectif en est doté, il convient de préciser quelque peu la nature de ce devoir.

D'emblée, évitons de qualifier ce devoir d'« obligation » ou de norme « obligationnelle » sous peine de recréer une confusion avec le pouvoir interne des droits de créance ou personnels. Le devoir de respect s'analyse plus justement en une norme de comportement pour les tiers induite de la reconnaissance par le droit objectif du pouvoir exclusif propre à chaque droit subjectif.

Cette norme de comportement impose un devoir d'abstention dans le chef des tiers qui ne peuvent porter atteinte aux pouvoirs internes des droits subjectifs, lieux de leur relativité. Cette norme de comportement est déterminée en ce sens que la structure interne du droit subjectif offre toujours d'elle-même un objet précis au devoir de respect, de sorte que son destinataire peut facilement prévoir les comportements qui lui sont interdits.

Le droit de propriété et les droits réels portent sur une chose qui occupe une portion bien définie dans l'espace. Les tiers peuvent directement appréhender la chose qui forme l'objet des pouvoirs d'autrui. Ils peuvent alors facilement régler leur propre conduite afin d'éviter de porter atteinte à cette chose ou d'enfreindre les pouvoirs du titulaire du droit sur celle-ci. Le tiers sait qu'il n'a pas de droits sur la chose et peut en inférer qu'il est hautement probable qu'elle fasse l'objet d'un droit d'autrui. Sauf à avoir acquis certains droits sur celle-ci directement des titulaires des droits, ou par ou en vertu d'une règle de droit objectif, il sait qu'il ne pourra pas utiliser la chose à son profit, qu'il ne peut l'endommager, qu'il ne peut en prendre possession, etc. Du reste, les pouvoirs des titulaires de droits sur la chose sont également déterminés avec une relative précision par la norme qui les prévoit. Le tiers peut donc en connaître à l'avance le contenu potentiel et donc les limites ¹¹²².

Les droits d'auteur portent sur des formes matérialisant l'effort créateur de l'auteur de l'œuvre. Même si un doute peut exister quant à la réunion des conditions légales de la protection, les tiers peuvent également appréhender, par la perception nécessaire qu'ils en ont, un espace de pouvoirs susceptible de leur échapper par définition. De là, ils peuvent régler leur conduite et ne rien faire qui soit susceptible de porter atteinte à la forme protégée ou aux pouvoirs du titulaire sur celle-ci. Ici aussi, le tiers sait qu'il n'a lui-même aucun pouvoir à faire valoir sur l'œuvre protégée, sauf à avoir acquis tout ou partie de ceux-ci auprès de la personne qui se prétend titulaire légitime de ces droits ou jouir d'une exception légale aux

1122. Il est vrai cependant, nous l'avons souligné lorsqu'il s'agissait de différencier les droits subjectifs des libertés civiles, que le degré de détermination des prérogatives issues des droits subjectifs n'offrait pas en lui-même un critère essentiel de distinction (cf. *supra*, n° 89). Si les prérogatives sont *a priori* définies par la loi, voire, pour les droits de créance, par les parties elles-mêmes, la manière dont elles seront exercées est parfois largement indéterminée. Ainsi en est-il aussi de l'usage du bien qui fait l'objet d'un droit de propriété. Si ce critère ne permet donc pas une distinction nette entre le droit subjectif et la liberté civile, il n'en reste pas moins que, combiné à la détermination de l'objet des droits subjectifs et à la perception claire que les tiers peuvent en avoir, il permet de rendre déterminé ou déterminable l'objet du devoir de respect qui s'impose au tiers par l'opposabilité du droit subjectif.

droits. Il sait donc *a priori* qu'il ne peut exploiter, reproduire, communiquer au public une œuvre sur laquelle il ne dispose d'aucun pouvoir qui lui serait reconnu par le titulaire des droits ou par la loi qui réglemente le régime du droit. Ici également, les pouvoirs dont disposent les titulaires de droits d'auteur ont été précisés par la loi, de sorte que les tiers peuvent en connaître le contenu et les limites.

Les droits de créance ou personnels ne se présentent pas différemment, même si leur objet immatériel pose des problèmes spécifiques quant à leur appréhension par les tiers. En lui-même, l'objet des droits de créance est défini avec une suffisante précision par la convention qui les prévoit, les règles impératives ou supplétives qui s'y appliquent ainsi que les règles issues de principes juridiques généralement acceptés, tels que le principe d'exécution de bonne foi. Les prestations de faire, de ne pas faire ou de donner qui forment la matière de l'engagement doivent, rappelons-le, former un objet certain au sens de l'article 1108 du Code civil. Le tiers peut donc également — pour autant, nous reviendrons sur ce point, qu'il ait connaissance de leur existence — régler *a priori* sa conduite sur l'existence des droits de créance d'autrui, sachant qu'il s'agit de pouvoirs octroyés à autrui — puisqu'il n'en a pas reçu d'identiques — qu'il ne peut enfreindre en s'immisçant dans le lien de droit liant le créancier à son débiteur.

Chaque droit subjectif, par la détermination *a priori* de son contenu et de son objet, offre une assise solide à l'émergence d'une norme générale de comportement qui enjoint des abstentions précises dans le chef de ses destinataires. Cette norme est analogue, *mutatis mutandis*, aux normes de comportement déterminées dont la violation est reconnue fautive, dans sa conception objective, en droit de la responsabilité civile extracontractuelle.

223

Les nécessaires tempéraments à l'opposabilité du droit subjectif. Admettre théoriquement que tout droit subjectif entraîne pour autrui une norme de comportement déterminé constituée par un strict devoir de respect, susceptible d'être sanctionnée par des moyens de protection très efficaces¹¹²³, peut s'avérer, en pratique, générateur de situations propres à heurter l'équité ou la sécurité juridique. Le droit objectif est donc venu lui-même atténuer les effets jugés négatifs de l'application trop stricte de l'opposabilité des droits subjectifs.

Nul besoin de dresser une liste exhaustive de tous les tempéraments prévus *a priori* par le droit objectif. Constatons seulement à l'aide d'exem-

1123. Cf. *infra*, n^{os} 226 et s.

ples que ces tempéraments apparaissent à l'égard de nombreux droits subjectifs — souvent indirectement par le biais des conventions qui les constituent ou les transfèrent —, mais peuvent prendre des formes spécifiques en fonction de l'objet même de chaque droit subjectif.

En matière de droits réels immobiliers, si l'origine de la constitution ou de la transmission est un acte juridique, ce dernier est soumis à une publicité par la formalité de la transcription dans un registre *ad hoc* en application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire¹¹²⁴. Le non-respect de cette exigence est sanctionné par l'absence d'opposabilité de l'acte aux tiers ayant contracté sans fraude. La publicité n'empêche certes pas la naissance ou la transmission des droits entre parties et ne porte pas sur l'opposabilité du droit réel en tant que tel, mais sur l'acte translatif ou déclaratif. Cela étant, l'effet d'inopposabilité de l'acte revient souvent, en pratique, à une inopposabilité du droit qui en est issu. L'inopposabilité du fait du défaut de transcription ne peut être levée que si le tiers avait une connaissance effective de l'acte non transcrit.

En matière de droits réels mobiliers, l'article 1141 du Code civil, par exemple, règle le problème de l'opposabilité du transfert successif du même bien au profit du possesseur de bonne foi, constituant une application particulière de l'article 2279 du même code¹¹²⁵. Cette dernière disposition peut du reste faire échec au droit de suite du *verus dominus* d'un bien meuble corporel au profit de l'acquéreur *a non domino* pouvant se draper d'une possession de bonne foi, sauf exceptions prévues à l'alinéa 2 de l'article 2279 ou à l'article 2280 du Code civil. Si la bonne foi est présumée, la présomption tombe dès lors que le *verus dominus* apporte la preuve de la connaissance de l'existence d'un droit d'autrui sur le bien au moment de son acquisition par celui qui se prétend possesseur.

L'opposabilité des droits de créance est également atténuée à l'égard du seul débiteur cédé — via l'opposabilité de la convention qui les transfère — en cas de cession de créance par le jeu de l'article 1690 du Code civil. La constitution d'un gage est soumise à enregistrement et l'article 2075 du Code civil prévoit des règles analogues à l'article 1690 du Code civil. Et en matière de tierce complicité, la responsabilité du tiers — et, partant, dans l'état du droit positif actuel, l'inopposabilité éventuelle de son acte — ne peut être engagée que s'il avait connaissance, au

1124. Pour des explications plus complètes, voy. Ph. HAMER, N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels — Bien corporels », *op. cit.*, p. 22 et s.

1125. *Ibid.*, p. 31 et s. pour des explications plus précises.

moment de conclure, de l'existence de la convention liant son cocontractant à son créancier.

Si le droit d'auteur naît et produit ses effets à l'égard des tiers dès la création de l'œuvre protégée elle-même, il convient de rappeler que tel n'est pas le cas pour tous les autres droits intellectuels. Ainsi, par exemple, le droit exclusif d'exploitation attaché au brevet d'invention ne produit ses effets qu'à partir du moment où, au terme d'une procédure complexe de dépôt, ledit brevet est mis à la disposition du public, c'est-à-dire porté à sa connaissance¹¹²⁶. Ainsi également, le droit exclusif à une marque ne s'acquiert, et donc ne produit également ses effets à l'égard des tiers, que par le dépôt de celle-ci auprès de l'autorité chargée de son enregistrement suite à une procédure spécifique¹¹²⁷.

224

Le rôle de la connaissance par les tiers de l'existence du droit subjectif dans l'opposabilité des droits subjectifs. Ces quelques exemples mettent en exergue le rôle que peut avoir la connaissance du tiers dans l'opposabilité des droits subjectifs. Dans certains cas, la connaissance empêche la sanction de l'inopposabilité du droit — ou de la convention qui le crée ou le transfère — prévue par une prescription légale. Mais le rôle de la connaissance se pose également en amont : l'opposabilité joue-t-elle, en règle, de plein droit ou est-elle soumise à la condition de connaissance de l'existence du droit par le tiers ?

À notre sens, la réponse à cette question s'articule autour d'un triple raisonnement.

Premièrement, il convient de faire application de la distinction rappelée ci-avant entre l'opposabilité des conventions et celle des droits sur laquelle elle porte. Le système de la publicité des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers n'implique pas nécessairement que l'opposabilité des droits soit conditionnée de la même manière que celle des actes.

Si la propriété d'un bien immeuble est transférée par convention, même en l'absence de la publicité requise, les tiers doivent s'abstenir de porter atteinte à ce bien avant comme après convention. Le seul problème, et il est certes de taille, est de savoir qui peut leur opposer le droit de propriété en qualité de propriétaire. L'inopposabilité de la convention translatrice ne permettra pas au nouvel acquéreur d'opposer son droit nouvellement acquis. Rien n'empêche cependant le vendeur d'opposer

1126. Article 24 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention.

1127. Voy. par exemple en ce qui concerne la marque Benelux, la loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 sur les marques et spéc. ses articles 3 et s.

son titre antérieur afin de mettre fin à l'atteinte. La conclusion nous paraît identique concernant, par exemple, un acte déclaratif d'usufruit. En l'absence de publicité, l'usufruitier ne pourra opposer ses droits aux tiers. Mais le nu-propiétaire peut parfaitement opposer les siens afin de mettre fin aux atteintes.

Deuxièmement, si l'on s'en tient à un raisonnement théorique, tous les droits subjectifs devraient être opposables aux tiers dès leur constitution au bénéfice de leur titulaire. Le devoir de respect naît, logiquement, de la constitution du pouvoir interne au droit subjectif par l'effet de l'application du droit objectif qui le fonde. Retenir *a priori* une condition de connaissance pour l'opposabilité des droits subjectifs ne s'impose donc pas de manière générale.

Ce second point de vue théorique paraît se vérifier tant pour les droits réels immobiliers que pour ceux portant sur des meubles corporels. *A priori*, le titulaire du droit peut agir contre tout tiers en revendication ou en cessation de l'atteinte sans qu'une condition générale de la connaissance du droit ne subordonne les effets de l'opposabilité de ses droits.

Il en est de même pour le titulaire de droits d'auteur. L'action en contrefaçon n'impose pas qu'il prouve la mauvaise foi du tiers contrefaisant ou la connaissance effective du droit par celui-ci.

Troisièmement, les règles de droit positif qui organisent les effets de l'opposabilité des droits subjectifs nous apparaissent souvent comme des exceptions à un principe d'opposabilité préexistant.

L'opposabilité — *erga omnes* — des droits réels est ainsi généralement présentée comme ayant valeur de principe, les conditions de publicité des actes déclaratifs ou translatifs apparaissent majoritairement comme des renforcements, exceptions ou tempéraments à la règle de l'opposabilité des droits réels dans certains cas dont la spécificité tient vraisemblablement à l'objet de ces droits, voire à d'autres considérations.

Si le législateur a entendu organiser un régime de publicité des actes translatifs ou déclaratifs de droits immobiliers, c'est notamment parce qu'il voulait s'assurer d'une possibilité de connaissance effective par les tiers de la création ou du transfert des droits réels afin de renforcer la sécurité juridique. Mais c'est aussi, et surtout, pour des buts tenant à l'organisation du marché et du système de crédit foncier¹¹²⁸. Cependant, ce régime n'a pas pour but de rendre opposables les droits réels. Il ren-

1128. R.P.D.B., v° « Hypothèques et privilèges immobiliers », t. VI, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., p. 289, n° 1 et s.

force leur publicité naturelle là où elle peut s'avérer inopérante ou inefficace. Ces droits sont opposables *a priori*. Ils le restent d'ailleurs dans les hypothèses qui échappent au champ d'application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire interprétée de manière particulièrement stricte par la jurisprudence de la Cour de cassation. Un tiers non visé par cette disposition selon l'interprétation qui lui est reconnue se voit imposer l'opération sur la base des règles de droit commun en ce sens qu'il ne peut arguer du défaut de transcription pour rendre inopposable l'acte en cause.

La possession de bonne foi joue, quant à elle, un rôle d'exception ou de tempérament à la règle de l'opposabilité des droits réels corporels. C'est bien dans un souci de sécurité juridique des transactions que le possesseur de bonne foi est préféré au *verus dominus*¹¹²⁹. Mais ici aussi, la règle de l'opposabilité de ces droits préexistait nécessairement, sous peine de vider de sens le tempérament organisé par la loi.

Les régimes de dépôts et la publicité qui y est liée en droit des marques et brevets visent aussi une plus grande sécurité juridique pour les tiers quant à la connaissance des droits exclusifs obtenus antérieurement. Mais n'est-ce pas précisément parce que sans ces techniques spécifiques, l'opposabilité des droits intellectuels jouerait à plein ?

Le rôle de la connaissance de l'existence des droits de créance nous paraît plus complexe. Il justifie que nous lui accordions des développements plus spécifiques.

225

La connaissance comme condition de l'opposabilité du droit de créance ? La nature même des droits de créance pose des difficultés plus évidentes en ce qui concerne les conditions de leur opposabilité. Le droit de créance naît souvent de manière clandestine dans une convention dont l'existence échappe à la connaissance des tiers. Du reste, de nature immatérielle, son objet n'apparaît pas, comme un bien, dans la réalité directement perceptible des tiers.

Pourtant, le droit positif paraît connaître des situations où cette opposabilité semble aller de soi, alors que dans d'autres, l'exigence de la connaissance paraît bien s'imposer d'emblée.

L'opposabilité d'une créance n'est pas toujours soumise à une condition de connaissance de son existence par le tiers. Déjà, cette connais-

1129. *R.P.D.B.*, v° « Possession », t. IX, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., p. 560, n° 343 et réf. citées : « Elle [la règle « en fait de meubles, possession vaut titre »] ne date que du XVIII^e siècle et elle est le résultat d'une réaction de plus en plus énergique contre la règle romaine de la revendication des meubles devenue intolérable à raison de la multiplicité et de l'importance toujours plus grande des transactions mobilières. ».

sance n'est pas une condition nécessaire de l'opposabilité de la convention qui comprend ou crée le droit de créance. L'effet externe des contrats n'est pas, en règle et *a priori*, conditionné par la connaissance du contrat par le tiers. Ainsi, l'opposabilité d'une convention ayant pour objet la cession d'une créance n'est pas, vis-à-vis des tiers (sauf le débiteur cédé), soumise à une condition de connaissance. Partant, le créancier de l'obligation de *dare* de la créance voit son droit s'opposer aux tiers sans condition de connaissance préalable. En outre, l'existence même des créances paraît normalement s'imposer aux tiers : les créanciers chirographaires d'un même débiteur voient leurs créances s'opposer les unes aux autres sans qu'elles soient soumises à une condition de connaissance préalable dans leur chef.

Pourtant, la connaissance du tiers paraît s'imposer dans d'autres hypothèses. Ainsi, par exemple, la tierce complicité ne semble permettre au créancier de l'obligation violée de l'opposer au tiers que si ce dernier en avait connaissance au moment de nouer une relation juridique avec le débiteur. Il en est de même en cas de fraude paulienne. Le débiteur cédé est même soumis à des conditions plus strictes que la simple connaissance en vertu de l'article 1690 du Code civil, etc.

Comment comprendre ces différences de régime quant à l'opposabilité des droits de créance ? À l'instar de ce qui a été dit ci-avant concernant les droits réels et les droits d'auteur, il nous paraît raisonnable de considérer que l'opposabilité est la règle, sauf si des normes de droit positif en décident autrement en imposant la condition de connaissance ou en soumettant l'opposabilité à des conditions plus strictes encore. La réponse séduit pas sa simplicité et par sa cohérence par rapport à un régime global de l'opposabilité des droits subjectifs. Le droit de créance, comme tout droit subjectif, est opposable aux tiers dès sa naissance. Il n'en va autrement que lorsque, par exception, des règles de droit positif prévoient un régime dérogatoire à ce principe.

Du reste, il paraît également raisonnable de soutenir que le régime de la connaissance préalable ou un régime plus strict ne s'imposent que lorsque le tiers risque de voir sa situation juridique sensiblement modifiée par les sanctions naturelles de l'opposabilité alors qu'il pouvait *a priori* se fier à une situation apparente lui permettant d'agir comme il l'a fait ¹¹³⁰. C'est alors l'intérêt de la sécurité dynamique du commerce juridique qui

1130. Dans un sens analogue, voy. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, *op. cit.*, p. 383 et s., pour qui la connaissance effective supplée les carences de la connaissance réputée lorsque les risques de clandestinité sont trop grands et qu'il convient d'assurer néanmoins la sécurité des transactions ou le respect de l'équité ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 815 et s., qui, synthétisant le rôle de

l'emporte sur le régime d'opposabilité des droits subjectifs. Lorsque le tiers contracte avec un débiteur en violation des obligations de ce dernier à l'égard de son propre créancier, il n'a en réalité fait qu'exercer sa liberté contractuelle. Ce faisant, s'il n'a pas eu connaissance du droit de créance, il s'est fié légitimement à une situation apparente. Permettre au créancier d'opposer son droit au tiers dans une telle situation reviendrait à imposer une sanction lourde de conséquence et risquerait de compromettre la sécurité juridique et le dynamisme naturel du commerce juridique ¹¹³¹.

Sous-section 2 **La sanction directe de l'opposition du droit subjectif : de l'inopposabilité à l'action en cessation de l'atteinte au droit**

226. Position du problème – 227. L'inopposabilité comme sanction primaire des actes posés en violation des droits subjectifs – 228. La cessation de l'atteinte comme sanction secondaire de l'opposabilité des droits subjectifs – 229. Les actions judiciaires en cessation de l'atteinte aux droits subjectifs d'autrui – 230. Conclusion

226 **Position du problème.** Opposer son droit subjectif revient, en réalité, à mettre en œuvre les effets externes des pouvoirs contenus dans tout droit subjectif à l'égard des tiers.

L'opposabilité d'un droit subjectif se marque d'abord par l'émergence d'un devoir de respect du droit. Opposer son droit revient, de prime abord, à invoquer à l'égard du tiers le devoir de respect du droit auquel ce dernier est soumis.

Le problème de la sanction est différent. Que se passe-t-il si, malgré l'opposabilité du droit, le tiers ne se soumet pas au devoir de respect attaché au droit subjectif ?

la connaissance par rapport à l'application du principe de l'opposabilité des contrats, distinguent trois hypothèses : (a) soit la situation du tiers n'est pas modifiée par l'opposabilité et la connaissance est inutile ; (b) soit l'opposabilité prive le tiers d'une faculté et l'opposabilité du contrat est soumise à une condition suffisante de connaissance ; (c) soit l'opposabilité du contrat aggrave la situation du tiers et la connaissance est une condition nécessaire, mais non suffisante.

1131. C'est également de manière identique que peut se comprendre le régime instauré par l'article 2279 du Code civil. Le possesseur de bonne foi qui a acquis un bien corporel *a non domino* ne peut voir sa situation sans cesse être remise en cause. Se croyant légitimement possesseur du bien, il ne peut se voir, en règle, opposer le droit du *versus dominus* sous peine de compromettre la sécurité juridique et le dynamisme du commerce juridique.

D'après nous, la sanction directe de l'opposabilité du droit s'articule autour de deux effets. L'un, primaire en ce sens qu'il joue d'abord chronologiquement et logiquement, consiste en l'inopposabilité à l'égard du titulaire du droit subjectif des actes juridiques ou matériels posés en violation de ce droit. L'autre, secondaire, consiste en une injonction de cessation de l'atteinte qui peut être exigée par le titulaire du droit. Ces deux effets sont complémentaires et, en pratique, seront normalement confondus. Ils méritent cependant d'être distingués.

La mise en œuvre de ces sanctions doit trouver un instrument dans une action judiciaire qui permet au respect du droit de s'imposer aux tiers récalcitrants. Cette action, que nous nommons action en cessation de l'atteinte au droit, est l'action spécifique attachée à tout droit subjectif. Encore faudra-t-il s'entendre sur le qualificatif « spécifique » dont nous parlons ici.

Enfin, il convient de souligner que cette action en cessation de l'atteinte est distincte d'une autre sanction, indirecte, pouvant frapper le tiers qui a violé le droit subjectif d'autrui. Nous parlons ici de la responsabilité civile extracontractuelle qui est susceptible de frapper le tiers. Cette sanction est cependant indirecte en ce qu'elle obéit à ses conditions propres — faute, dommage et lien causal. Or, les sanctions directes de l'opposabilité dont nous parlons ici s'imposent d'elles-mêmes indépendamment de l'existence d'une faute commise par le tiers et de l'existence d'un dommage dans le chef du titulaire du droit subjectif violé.

227

L'inopposabilité comme sanction primaire des actes posés en violation des droits subjectifs. La sanction naturelle de l'opposabilité d'un droit est l'inopposabilité de l'acte juridique ou matériel pris en violation de ce droit. Le droit subjectif s'impose à autrui dès lors qu'il est doté d'un devoir de respect. Cela signifie que, en règle, autrui ne peut lui-même opposer au titulaire du droit subjectif ses propres pouvoirs et intérêts afin de justifier les actes pris en violation du droit subjectif. Si les tiers doivent respecter les droits subjectifs d'autrui, ils ne peuvent eux-mêmes lui opposer les actes juridiques ou matériels à la base d'une telle violation, sauf correctif apporté par le droit objectif.

Nous insistons d'ores et déjà sur l'existence de correctifs à la sanction de l'opposabilité d'un droit subjectif. Nous verrons, en effet, que l'opposabilité des deux autres qualifications étudiées — libertés civiles et intérêts légitimes — permet l'émergence d'un correctif spécifique et particulier : la proportionnalité. En outre, si le tiers peut légitimer son acte par un autre droit subjectif, une pondération d'intérêts particulière doit là aussi être mise en place : l'équilibre. Il convient de retenir pour l'instant que c'est au

moment de l'opposition du droit que peuvent naître des conflits particuliers entre titulaires de droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes dont la résolution passe par des pondérations particulières que nous étudierons une fois déterminé l'effet de chaque qualification en cause.

Il n'en reste pas moins que, en principe — c'est-à-dire lorsque le tiers ne peut légitimer son acte par un autre droit subjectif ou ne peut faire appel à une théorie correctrice —, l'opposabilité de tout droit subjectif aura normalement comme sanction l'imposition du devoir de respect au tiers, qui se marquera d'abord par l'inopposabilité de l'acte pris en violation du droit d'autrui.

Si un tiers commet un acte de tierce complicité et viole en connaissance de cause le droit de créance d'autrui, il ne peut opposer au créancier son pouvoir de contracter ou le contrat passé avec son débiteur : le droit de créance l'emporte sur la liberté contractuelle ou les droits de créance nouvellement acquis.

Si un tiers, croyant exercer légitimement sa liberté d'aller et venir, entre sur la propriété d'autrui, il ne pourra opposer victorieusement cette liberté pour éviter de se soumettre à une injonction de déguerpissement du titulaire du droit de propriété.

Si un tiers contrefait une œuvre littéraire, il ne pourra opposer sa liberté de commerce ou d'entreprendre ou encore les conventions d'exploitations nouées avec des tiers pour éviter l'action en contrefaçon du titulaire du droit d'auteur.

L'opposabilité victorieuse d'un droit provoque dans la mesure précisée ci-avant l'inopposabilité des actes pris en violation dudit droit. En ce sens, opposer son droit revient à se prévaloir de l'inopposabilité des actes pris à la base du comportement qui enfreint le droit. Il se peut que l'opposabilité du droit subjectif s'arrête là si le tiers accepte cette inopposabilité et prend, dès lors, les mesures qui s'imposent afin de mettre fin à la violation du droit d'autrui.

228

La cessation de l'atteinte comme sanction secondaire de l'opposabilité des droits subjectifs. Que se passe-t-il si le tiers refuse l'opposabilité du droit subjectif qu'il a violé ? Le titulaire du droit peut lui enjoindre de mettre fin aux actes pris en violation de ses droits subjectifs.

En effet, la cessation de l'atteinte au droit est la sanction principale du non-respect des droits d'autrui. Elle est secondaire dans notre présentation uniquement parce qu'elle n'apparaît chronologiquement et logiquement qu'après l'affirmation de l'inopposabilité des actes pris en violation des droits. Dès lors que par cette première sanction, le tiers ne

peut plus lui-même obtenir d'effet utile à l'opposabilité des actes posés en vertu de ses propres droits, libertés ou intérêts légitimes, il se retrouve dans l'impossibilité de justifier une telle atteinte. Dès lors, il doit se soumettre à l'opposabilité du droit subjectif et cesser toute atteinte à ce droit.

La cessation de l'atteinte au droit se justifie, d'une part, par l'absence de légitimité des actes pris en violation du droit et, d'autre part, par la violation illicite du droit d'autrui. L'acte est illicite car il est pris en violation des règles de droit objectif qui créent et organisent le régime du droit subjectif en cause. L'acte est illégitime car l'illicéité première ne peut être justifiée ou fondée sur un pouvoir reconnu par le droit objectif permettant de purger l'acte de son illicéité première.

La cessation de l'atteinte au droit posé par le tiers sans justification susceptible de contrebalancer le devoir de respect inhérent à tout droit subjectif est la seule sanction permettant à l'opposabilité propre du droit de recevoir un effet utile. Du reste, nous le verrons, elle lui est largement spécifique : elle ne se retrouve que marginalement concernant la liberté civile et est absente en matière d'intérêt légitime. Si le tiers ne devait pas cesser l'atteinte portée illégitimement au droit d'autrui, l'opposabilité du droit en tant que devoir de respect serait vidée de toute substance. La cessation des actes qui violent le droit d'autrui est le pendant positif de l'injonction négative qui naît de la création de tout droit subjectif. Le tiers ne peut porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui ; s'il le fait néanmoins, la cessation de celle-ci peut être exigée par le titulaire du droit.

229

Les actions judiciaires en cessation de l'atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Le droit positif connaît déjà différentes actions particulières mettant en œuvre l'injonction de cessation de l'atteinte au droit subjectif. Nous pensons, au regard des exemples qui jalonnent notre analyse, principalement aux actions en revendication relatives aux droits de propriété ainsi qu'aux actions en contrefaçon issues des lois réglementant les droits intellectuels (droit d'auteur, marque et brevets).

D'autres actions non réglementées par le Code judiciaire en tant que telles sont d'application courante. Nous pensons ainsi aux actions mettant fin aux voies de fait ainsi qu'à certaines actions dénommées par une certaine doctrine *actio negatoria*.

Notre raisonnement nous pousse à généraliser l'existence de ces actions spécifiques aux droits subjectifs. Nous réitérons ici l'affirmation, constante en théorie générale du droit, de l'existence nécessaire d'une action en justice permettant au titulaire du droit subjectif de s'opposer à toute atteinte au droit¹¹³². Si le devoir de respect trouve sa sanction dans le double effet d'inopposabilité et de cessation de l'atteinte portée au droit, son efficacité réelle ne peut être obtenue qu'en permettant au titu-

laire du droit de demander à un juge de donner injonction au tiers contrevenant de s'y soumettre.

Cette affirmation ne provoque en rien l'énervement des règles se rapportant à l'action en justice en droit positif. Nul besoin ici d'une action particulière organisée de manière *ad hoc* par la loi. Autrement dit, rien en droit positif ne s'oppose à la reconnaissance de la généralisation d'une telle action, même en dehors d'une organisation spécifique de celle-ci, comme en matière de droits intellectuels, par exemple.

Cette constatation se base sur un double raisonnement trouvant sa source dans les fondements du droit judiciaire actuel.

La première raison trouve sa source dans l'article 144 de la Constitution. La condition de saisine d'une juridiction de l'ordre judiciaire est remplie dès lors que le titulaire du droit invoque son droit et sa violation prétendue¹¹³³. Il est à noter que le droit à un procès équitable inscrit à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme transforme la possibilité qu'il soit statué sur une contestation relative à un droit subjectif en un véritable droit de l'homme. Il est donc non seulement possible de demander à un juge de statuer sur une violation de ses droits subjectifs et donc du non-respect de son opposabilité, mais ce dernier est tenu d'y réserver une suite¹¹³⁴.

La seconde raison provient d'un rappel du sens attribué à l'article 568 du Code judiciaire qui établit la compétence générale du tri-

1132. Cf. *supra*, n° 61.

1133. Cf. *supra*, n° 51 et 52. Voy. également par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, p. 1222 et s. : « Attendu qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil. ».

1134. Le texte exact de cette disposition est le suivant : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. [...] ». La notion de « droits de caractère civil » reçoit certes une interprétation autonome qui n'est pas identique à celle qui prévaut en droit constitutionnel belge (sur ce point, voy. par exemple A. ALEN, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, n°s 561 et s., spéc., n° 569), mais qui, en toute hypothèse, comprend largement les droits subjectifs étudiés ici (*ibid.*, n° 566 ; *adde* conclusions de l'avocat général J. VELU, précédant Cass. (1^{re} ch.), 8 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 872 et s., spéc., p. 878, n° 8) dès lors que les distinctions d'interprétation se situent au niveau de la difficile distinction entre le caractère civil et politique du droit subjectif. Ainsi, par exemple, le contentieux disciplinaire n'engendre pas, au sens de l'article 144 de la Constitution, une contestation relative à un droit civil alors qu'elle est susceptible d'aboutir à des décisions relatives à des droits et des obligations de caractère civil au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (en ce sens, Cass., 1^{re} ch., 19 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 972 et s. ; Cass., 1^{re} ch., 2 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 262 et s.).

bunal de première instance ¹¹³⁵. Celle-ci se comprend comme toute contestation portant sur des droits subjectifs autre que celles spécialement dévolues à une autre juridiction ¹¹³⁶.

Dès lors que la compétence des tribunaux de l'ordre du judiciaire, et particulièrement la compétence générale du tribunal de première instance, est ouverte concernant toute demande concernant un litige relatif à un droit subjectif, le titulaire du droit subjectif peut toujours demander à un juge, d'une part, de constater l'atteinte à son droit subjectif et, d'autre part, d'enjoindre au tiers de cesser ladite atteinte. Le juge trouvera alors dans le droit objectif organisant le droit subjectif en cause la base légale permettant de justifier son injonction.

230

Conclusion. Opposer son droit présente donc diverses significations liées selon l'état d'avancement des actes qui y contreviennent et aux sanctions qui y sont attachées.

Si l'acte n'est pas — encore — posé, opposer son droit subjectif revient à mettre en avant l'obligation de respect qui y est attachée. Ce faisant, le titulaire du droit rappelle au tiers son devoir de respect. Ce dernier doit, dès lors, s'abstenir de poser l'acte.

Une fois l'acte mis en œuvre, le titulaire du droit lui oppose son droit subjectif en ce sens que, au nom du devoir de respect qui y est inhérent, il lui fait savoir que l'acte posé est illicite car pris en violation de son droit subjectif et que, partant, les effets de l'acte contrefaisant ne lui sont pas opposables.

Enfin, si nécessaire, le titulaire peut opposer son droit, en ce sens que dès lors qu'existe un devoir de respect, en l'espèce violé, le tiers ne peut non seulement lui opposer ses actes, mais doit mettre fin à la violation du droit en cours pour l'avenir.

1135. L'article 568 du Code judiciaire dispose que : « Le tribunal de première instance connaît de toutes demandes hormis celles qui sont directement dévolues à la cour d'appel et à la Cour de cassation. ».

1136. Voy. par exemple en ce sens, C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 234 et réf. citées. Aussi, une décision extrêmement bien motivée du président du tribunal civil de Liège énonçant notamment, à propos de la reconnaissance du droit au statut de réfugié, que : « On peut penser que les contestations que ces décisions peuvent engendrer doivent trouver un juge, car il est de principe qu'il n'existe aucun droit subjectif sans protection juridictionnelle. À défaut de désignation par la loi, cette juridiction est le pouvoir judiciaire et spécialement le tribunal de première instance (art. 93 Const.) » (Civ. Liège, réf., 17 mars 1988, *Ann. dr. Liège*, 1989, p. 328).

Cette compréhension de l'opposabilité de tout droit subjectif est conforme à la définition du droit subjectif que nous avons dégagée de la théorie générale du droit civil. Fondée sur une distinction précise entre la relativité du droit et son opposabilité, elle permet une systématisation initiale des effets des droits subjectifs à l'égard des tiers. Celle-ci constitue le socle théorique de toute l'analyse ultérieure qui nous permettra d'établir une systématisation des modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes.

Chapitre 2

La responsabilité civile du tiers qui porte atteinte aux droits subjectifs

231. Introduction

231

Introduction. Si une caractéristique essentielle du droit subjectif est de faire naître, par son opposabilité, un strict devoir de respect à l'égard des tiers, se pose la question de la responsabilité civile extracontractuelle des tiers.

Plus précisément, il s'agit de se demander si la violation d'un droit subjectif pourrait être qualifiée de faute ou de dommage au sens de l'article 1382 du Code civil. Aucune des deux qualifications ne paraît pouvoir être rejetée *a priori*. La violation d'un droit subjectif peut se comprendre de deux manières différentes. Elle peut se référer à un acte posé par autrui : l'acte à l'origine de la violation du droit. Elle peut également se comprendre comme étant l'effet négatif de cet acte dans le chef du titulaire du droit.

Dans un premier temps, il convient d'analyser l'état du droit positif (section 1^{re}).

L'assimilation de l'atteinte au droit subjectif à la notion de dommage peut aisément être écartée. L'atteinte au droit ne provoque pas nécessairement un dommage dans le chef du titulaire du droit (sous-section 1^{re}).

L'assimilation entre la notion de faute et celle d'atteinte au droit subjectif reste, en droit positif, un point très controversé (sous-section 2^e). Prônée par le procureur général Paul Leclercq cette thèse est aujourd'hui généralement rejetée. Néanmoins, des voix s'élèvent afin de prôner une certaine assimilation, appliquée couramment dans certaines matières. Même si elles sont rares, des propositions de justification sont invoquées par une certaine doctrine.

Dans un second temps, et fort des acquis de notre travail antérieur, nous proposons une vue d'ensemble des liens entre l'atteinte au droit subjectif et la notion de faute. Cela nous permet de systématiser la responsabilité du tiers qui porte atteinte à un droit subjectif. Nous partons, pour ce faire, de l'effet d'opposabilité des droits subjectifs pour tenter de déterminer les conditions de la responsabilité du tiers. Nous verrons que celle-ci se décline de manière différente selon le degré de conscience de l'atteinte au droit qui se dégage des circonstances de fait de la cause (section 2^e).

Section 1

L'état du droit positif

Sous-section 1 Le dommage et la violation du droit subjectif

232. La violation d'un droit subjectif comme condition nécessaire à l'existence du dommage ? – **233.** La violation d'un droit subjectif comme condition suffisante à l'existence du dommage ? – **234.** L'assimilation de la violation d'un droit subjectif et du dommage est contraire à la définition de ce dernier – **235.** L'influence de la violation d'un droit subjectif sur les principes relatifs à la constatation du dommage

232

La violation d'un droit subjectif comme condition nécessaire à l'existence du dommage ? Nous avons vu qu'une doctrine imposante s'est prononcée en faveur de la limitation du dommage à la violation d'un droit subjectif¹¹³⁷. Henri De Page¹¹³⁸ et Jean Dabin¹¹³⁹ ont notamment défendu cette thèse.

La lésion d'un intérêt ne suffirait pas pour qu'un dommage existe au sens de l'article 1382 du Code civil. Le dommage ne pourrait naître que de l'atteinte à un droit subjectif¹¹⁴⁰. Rappelons que cette pensée a pu se prévaloir d'une certaine jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁴¹. Elle parti-

1137. Cf. *supra*, n° 138.

1138. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 946 et s.

1139. J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Ann. dr. et sc. pol.*, 1948, t. IX, p. 7 à 59 ; *Id.*, « Les notions d'« intérêt légitime » et de « lésion de droit » dans la réparation des dommages », note sous Gand (1^{re} ch.), 11 février 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 8 à 22. *adde* H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletins de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 1927, t. XIII, p. 68 ; Voy. aussi, en France, R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 412.

1140. J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.* p. 13 et 14 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 946 et 947.

1141. Cass. (2^e ch.), 15 avril 1940, *Pas.*, 1940, I, p. 121 et s. : « Attendu qu'il ne saurait y avoir de dommage, au sens de ces articles, sans atteinte à un droit » ; Cass. (2^e ch.), 19 mai 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 603 : « Attendu que si les lois sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail soustraient à l'application des règles de droit commun certains cas qu'elles spécifient, elles ne modifient pas intrinsèquement ces règles et ne donnent pas de la notion de dommage, telle que l'ont fixée les articles 1382 et suivants du Code civil, une interprétation extensive excluant pour son application la nécessité de l'existence de la lésion d'un droit. ».

cipait à un courant visant à limiter le champ d'application des réparations issues de la violation de l'article 1382 du Code civil ¹¹⁴².

Mais après l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1939 ¹¹⁴³, confirmé par la suite ¹¹⁴⁴, il est aujourd'hui admis que la violation d'un droit subjectif ne conditionne pas l'apparition du dommage ¹¹⁴⁵. C'est en effet la violation de l'intérêt de la victime, nous l'avons vu ¹¹⁴⁶, qui est à la source de son dommage.

233

La violation d'un droit subjectif comme condition suffisante à l'existence du dommage ? Le titulaire d'un droit subjectif violé par l'acte fautif d'un tiers peut-il exciper *ipso facto* d'un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil ? La question n'est pas sans incidence pratique. Une réponse positive permettrait de reconnaître un avantage appréciable au titulaire d'un droit subjectif par rapport à la situation commune du titulaire d'un simple intérêt.

Une certaine doctrine défend l'idée selon laquelle la violation d'un droit subjectif impliquerait, par elle-même, un dommage moral dans le chef de son titulaire ¹¹⁴⁷. La même idée est défendue également en cas

1142. En ce sens, J. RONSE, « La lésion de dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 102, n° 5 et s. ; J. VAN RYN, note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 126.

1143. Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 et s. : « [...] que l'article 1382 du Code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite ».

1144. Cass. (2^e ch.), 28 octobre 1942, *Pas.*, 1942, I, p. 261 (implicite) : « Attendu que pareil droit [droit de réclamer la réparation] n'est pas subordonné à l'existence dans le chef de la victime d'une obligation alimentaire légale ou conventionnelle envers la partie lésée par le décès » ; Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 950 et s. : « Attendu que, si la première condition de cette disposition légale [l'article 1382 du Code civil], notamment la faute, suppose un acte illicite, la seconde au contraire, le dommage, est un élément de pur fait qui consiste dans une diminution d'avoir ou la privation d'un avantage. ».

1145. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 738, n° 150 ; L. DE WILDE, « Begrip « Schade » », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 181 et s., spéc. p. 190, n° 10 ; E. DIRIX, *Het begrip schade, op. cit.*, p. 18 et s. ; J. RONSE, *Schade en schadeloostelling, op. cit.*, p. 18, n° 13 et s. ; L. SCHUERMANS, J. SCHRIVERS, D. SIMOENS, A. VAN OEVELEN, H. SCHAMP, « Overzichtig van rechtspraak — Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling (1977-1982) », *T.P.R.*, 1984, I, p. 521, n° 2 ; A. VAN OEVELEN, « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad », in *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 124, n° 2.

1146. Cf. *supra*, n° 189.

1147. Cf. par exemple, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 955, n° 951bis : « On admet enfin le dommage moral lorsqu'il y a simple lésion d'un droit, même sans préjudice réel, effectif. Le seul fait de porter atteinte à un droit crée un dommage

d'atteinte à un droit de la personnalité ou à un droit fondamental¹¹⁴⁸. En toute hypothèse, l'allègement du fardeau de la preuve est basé sur la théorie des droits subjectifs.

moral pour le titulaire de ce droit. C'est notamment le cas du conjoint victime d'un adultère, du père dont on méconnaît les droits de puissance paternelle, etc. Ce dommage est, toutefois, généralement évalué à une somme minime (un franc) » ; voy. aussi J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.* p. 12 et 13, qui nuance fortement cette affirmation : « Mais, si l'on peut admettre, en effet, que toute atteinte à un droit (et non pas seulement à un droit « déterminé ») implique préjudice au moins moral pour son titulaire, en raison de l'atteinte portée à sa personnalité proprement juridique (cf. Ihering, *La lutte pour le droit*), il est d'autres sortes de préjudices plus substantiels, plus dignes de considération et de réparation que celui-là. Or, visant ces sortes de préjudices qui affectent les intérêts réels de la personne (matériels et moraux) plutôt que la personne même, prise dans sa « respectabilité » abstraite, il peut arriver que, nonobstant l'atteinte au droit, ils ne se manifestent pas, auquel cas la violation du droit, faute de préjudice, ne donnera pas lieu à réparation. [...] N'accorder qu'une réparation morale, sous la forme du franc symbolique ou même d'une condamnation aux dépens, c'est, en fait, reconnaître l'inexistence du préjudice, au moins comme tel, c'est-à-dire distinct de la seule violation du droit : ainsi, dans le cas d'une utilisation purement passagère et innocente du terrain d'autrui sans la permission tacite ou présumée du propriétaire ; nonobstant l'atteinte du droit, le préjudice est nul » ; en France, voy. par exemple, A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. II, Paris, Dalloz, 1959, p. 603, n^{os} 1070 et s., qui présentent le dommage comme étant soit la violation d'un droit, soit la violation d'un intérêt.

1148. Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levensfeer », in *Het recht op privacy en de sluiers van het recht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, p. 20, n^o 4 : « Tevens brengt de schending op zich reeds de schade met zich mee, aagezien deze er precies al in bestaat dat het grondrecht werd geschonden » ; E. GULDIX, « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1164, n^o 4 : « Het louter afbeelden zonder toelating van de betrokkene, is een fout en geeft recht op vergoeding ook al bewijst het slachtoffer niet dat daardoor schade werd geleden [...] » ; K. RIMANQUE, P. PEETERS, « De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen — Algemeen probleemstelling », in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 27 : « Enerzijds kan men voorhouden, dat schadeloosstelling alleen kan worden geeist voor de gevolgen van de inbreuk op het grondrecht in deze zin dat alleen schade naast de schending van het recht als zodanig schadeloosstelling kan wettigen, doch de loutere inbreuk op het grondrecht niet. O.i. kan de schade (doorgaans morele schade) reeds herin bestaan, dat het grondrecht als zodanig werd geschonden, zonder dat noodzakelijk bijkomende gevolgen van materiële of immateriële aard dienen bewezen te worden » ; *adde* M. ISGOUR, B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 125, n^o 172 : « De plus, dans ce système fondé sur la violation d'un droit, une condamnation devrait, en principe, intervenir même si aucun préjudice n'est démontré car, par la reconnaissance d'un droit subjectif, toute atteinte entraîne nécessairement une lésion de ce droit », quoique ces auteurs relativisent quelque peu cette affirmation par la suite : « Classiquement, la réparation de la violation du droit à l'image sur base de la responsabilité quasi délictuelle exige cependant à tout le moins que la « victime » établisse le dommage résultant de l'atteinte à son droit. En effet, à défaut d'apporter la preuve d'un dommage spécifique, la victime de l'atteinte ne pourrait obtenir qu'une réparation sous la forme de l'octroi d'un franc symbolique. ».

Cette opinion, du moins dans son expression absolue, a été condamnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 juin 1990¹¹⁴⁹, en opposition avec certains autres arrêts antérieurs¹¹⁵⁰. En l'espèce, il s'agissait d'une action en responsabilité professionnelle intentée par des fermiers, titulaires d'un bail à ferme, contre leur avocat. Ce dernier avait omis de représenter ses clients dans le cadre d'une action au fond tendant à la résiliation du bail et n'avait pas interjeté appel d'une décision défavorable à ses clients, malgré l'instruction donnée. La cour d'appel de Liège avait déclaré l'action des fermiers non fondée en l'absence de la preuve d'un dommage certain.

En sa première branche, le pourvoi invoquait la violation du droit de jouir du bien loué fondée sur les articles 1709 et 1719 du Code civil ainsi que sur l'article 4 de la loi du 4 novembre 1969 réglementant les baux à ferme. La violation de ce droit constituerait « un dommage certain dans son existence, sinon dans son montant, et donc un dommage réparable au sens de l'article 1382 du Code civil ». La Cour de cassation rejeta ce moyen dans un attendu qu'il convient de retranscrire ici : « Attendu que, contrairement à ce que soutient le moyen, la perte d'un droit n'entraîne pas nécessairement un dommage ; Qu'en l'espèce, l'arrêt constate, en fait, sans violer les dispositions légales visées en cette branche, que la réalité du dommage subi par les demandeurs en raison de la résiliation du bail n'est pas démontrée. ».

Cet arrêt doit être approuvé¹¹⁵¹. Il participe du bon sens. L'atteinte au droit d'autrui ne s'accompagne pas nécessairement d'un préjudice dans le chef du titulaire du droit. L'exemple type est l'individu qui traverserait une propriété, malgré la clôture, sans rien détériorer¹¹⁵². L'arrêt précité de la

1149. Cass. (1^{re} ch.), 21 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1204, n° 615.

1150. Cass. (1^{re} ch.), 21 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 194 : « Attendu que toute lésion d'un droit civil, résultant d'un fait illicite, imputable à une personne quelle qu'elle soit, l'oblige à réparer le dommage ainsi causé » (droit civil à l'intégrité corporelle). Voy. aussi Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.

1151. L'arrêt de la Cour de cassation a du reste été approuvé par la doctrine : S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 269, note 1 ; L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 6, n° 6 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 737 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 21, n° 9 ; L. SCHUERMANS, J. SCHRUYVERS, D. SIMOENS, A. VAN OEVELEN, H. SCHAMP, « Overzichtig van rechtspraak — Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling (1983-1992) », *op. cit.*, p. 918 et s., n° 2.2 ; D. SIMOENS, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 18 et s., n° 8.

1152. Exemple repris de J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, Bruxelles, Paris, Bruylant-Librairie du recueil Sirey, 1930, p. 51.

Cour de cassation affirme clairement un principe : invoquer la violation d'un droit subjectif ne suffit pas nécessairement pour qu'un dommage puisse être constaté. La preuve du dommage consécutif à l'atteinte au droit subjectif doit normalement être rapportée par le demandeur en responsabilité.

234

L'assimilation de la violation d'un droit subjectif et du dommage est contraire à la définition de ce dernier. Le dommage est une notion de fait. Il impose pour exister que, *in concreto*, une différence négative puisse être déterminée entre la situation dans laquelle la victime se trouve après le fait générateur et celle dans laquelle elle se serait trouvée en son absence. Le définir abstraitement par la « violation de l'intérêt » ne remet pas cette approche concrète en cause. La violation d'un droit subjectif ne pourrait donc être constitutive d'un dommage que si elle s'accompagne de la constatation *in concreto* de l'existence de celui-ci.

En d'autres termes encore, la violation d'un droit subjectif peut être à la source d'un dommage¹¹⁵³ à la condition que cette violation implique une violation d'un intérêt légitime de la victime¹¹⁵⁴, elle-même à la source d'un préjudice en fait. La violation du droit subjectif ne peut donc s'identifier au dommage¹¹⁵⁵. Il n'y a, en réalité, pas de corrélation nécessaire entre la violation d'un droit subjectif et l'existence d'un dommage. La violation peut, selon les circonstances, s'accompagner ou non d'un dommage en fait.

1153. Voy. Cass. (2^e ch.), 16 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 128 et s. : « Attendu qu'étant personnes morales, les associations sans but lucratif ont la faculté de se constituer partie civile pour obtenir la réparation du préjudice matériel et moral qu'elles ont subi lorsqu'une atteinte a été portée à leurs droits subjectifs ou à leur intérêt légitime [...] ». Comp. L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, *op. cit.*, p. 6, n° 6, selon lesquels la constatation d'un dommage permet souvent, par voie de conséquence et non comme condition d'existence du dommage, de relever une atteinte aux droits subjectifs de la victime.

1154. Voy. dans le même sens, J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 390, n° 598 : « Opdat uit de krenking van een recht, zonder dat daaruit vermogensschade gevolgd is, extrapatrimoniale schade in aamerking zou kunnen genomen worden, is vereist dat in dit recht een belang gekrenkt zijn. ».

1155. C'est pourquoi l'affirmation selon laquelle « il faut ensuite que le préjudice soit aussi susceptible de donner naissance à un droit à réparation, soit parce qu'il constitue la lésion d'un droit civil, soit parce qu'il porte atteinte à un intérêt légitime » (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *op. cit.*, p. 254, n° 2816) apparaît comme erronée. Le préjudice peut prendre sa source dans la violation d'un droit subjectif, mais seulement s'il est constitutif de la violation d'un intérêt légitime.

Deux critiques accessoires peuvent au surplus être adressées à l'opinion selon laquelle l'atteinte à un droit impliquerait automatiquement un préjudice pour son titulaire ¹¹⁵⁶.

L'exigence d'un dommage et d'une faute sont deux conditions distinctes de la responsabilité. La preuve d'une faute, qu'elle soit comprise comme la violation du droit subjectif lui-même ou un comportement imprudent, n'implique pas en elle-même que la preuve du dommage soit rapportée sous peine de confondre les deux conditions. La seconde critique provient du fait qu'il est admis que la preuve d'un dommage certain doit être apportée par la victime ¹¹⁵⁷ : le droit commun de la responsabilité ne connaît pas de présomption légale du dommage ¹¹⁵⁸. Or, c'est bien d'une telle présomption qu'il s'agirait si l'on accepte que l'atteinte au droit entraînerait *de facto* un préjudice, fût-il moral, dans le chef de son titulaire.

Certains auteurs ont, dès lors, défendu une opinion moins tranchée. En matière principalement de droits fondamentaux, une présomption de fait quant à l'existence d'un dommage moral pourrait être acceptée ¹¹⁵⁹. On fait parfois appel au critère « du cours normal des choses » ¹¹⁶⁰. D'après Jan Ronse, en raison de la nature même de la preuve à livrer, l'existence d'un dommage peut apparaître, *prima facie*, d'une présomption de fait découlant de l'*id quod plerumque fit*. ¹¹⁶¹ Le juge induit donc de l'acte fautif un dommage sur la base d'un tel critère. Ce dernier se fonderait sur l'idée

1156. A. VAN OEVELEN, « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 125, n° 3.

1157. Voy. par exemple, L. CORNELIS, Y. VUILLARD, *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 8, n° 11 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 737, n° 149.

1158. A. VAN OEVELEN, « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 126, n° 3 ; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privé-leven », *R.W.*, 1988-1989, I, p. 497, n° 28.

1159. E. DIRIX, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 27, n° 19 et p. 53, n° 71 ; A. VAN OEVELEN, « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad », *op. cit.*, p. 126, n° 3 ; « Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen », *op. cit.*, p. 429 ; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privé-leven », *op. cit.*, p. 497, n° 28.

1160. « De gewone gang van zaken » ; sur cette notion voy. J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 149 et s., n° 185 et s. ; adde R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *op. cit.*, p. 256, n°s 2823 et 2824 et p. 270 n° 2864 : « C'est à celui qui alléguera l'existence d'une condition ou d'un fait étranger au cours normal des choses, à la normalité, qu'il incombera en définitive d'en rapporter la preuve. ».

1161. J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 152, n° 187.

que seul le fait allégué qui est contraire à l'état normal des choses doit être prouvé ¹¹⁶². Il permettrait au juge de renverser la charge de la preuve sur celui qui prétend que ce cours normal des choses n'a pas été respecté ¹¹⁶³.

Pour autant que nous puissions accepter l'existence d'un tel critère, il est inapplicable, en règle, à la question précise qui retient ici notre attention puisque cette présomption naîtrait des circonstances de fait propres à chaque espèce ¹¹⁶⁴. Il reviendrait donc au juge du fond de retenir ou non une telle présomption en fonction des circonstances de fait ¹¹⁶⁵. En aucun cas, sur cette base, il ne pourrait être prétendu que l'atteinte aux droits subjectifs ferait naître, en principe, une présomption de l'existence d'un dommage.

235

Influence de la violation d'un droit subjectif sur les principes relatifs à la constatation du dommage. Si la violation d'un droit subjectif ne peut être considérée comme une condition nécessaire ou suffisante à l'apparition d'un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil, cette violation n'est pas sans influence sur l'examen du dommage au sens de cet article.

Introduire une action en responsabilité en invoquant la violation d'un droit subjectif, comme source du dommage, permet normalement d'éviter le débat sur le défaut de légitimité de l'intérêt ou de l'avantage à la source du dommage. Si la violation du droit ne se confond pas nécessairement avec celle de l'intérêt permettant l'ouverture de l'action en responsabilité, cet intérêt, une fois rapporté, s'il prend sa source dans le droit subjectif, sera nécessairement légitime. En effet, que le dommage ait trait à l'objet même du droit ou à une de ses prérogatives, l'intérêt violé qui le fonde trouvera sa légitimité dans le droit subjectif lui-même, reconnu au titulaire par le droit objectif. La seule possibilité, pour s'attaquer à cette légitimité, serait, d'abord, de rapporter la preuve soit de l'inexistence du droit invoqué, soit de l'existence d'une cause du dommage extérieure au droit, soit l'illégitimité de l'intérêt réellement invoqué.

1162. *Ibid.*, p. 151, n° 187.

1163. *Ibid.*, p. 151, n° 186 et p. 156, n° 192.

1164. *Ibid.*, p. 388, n° 592 : « Ter zake, is er geen vermoeden van schade op grond van de overeenstemming met de gewone gang van zaken voorhanden. Dit vermoeden is inderdaad van feitelijke aard en kan derhalve niet op een zo volstreckte wijze met algemene draagwijdte aagewend worden. » Voy. également *ibid.*, p. 157, n° 195 : « De ervaringsregel zal steeds aan de eigen gegevens van de zaak getoetst worden. Hij mag geenszins geabstraheerd worden tot een absolute regel. Het vermoeden van de gewone gang van zaken verschaft immers slechts een *prima facie* bewijs tot het tegendeel, en aldus vooral een verschuiving van de bewijslast. ».

1165. *Ibid.*, n° 594.

Dans la continuation de ce qui précède, nous pouvons également admettre que l'existence de la violation d'un droit subjectif pourra avoir de l'influence sur la constatation de l'existence du dommage ainsi que sur son évaluation, que l'on fasse ou non appel au critère du « cours normal des choses ». C'est du reste ce qu'admettait déjà la Cour de cassation dans son arrêt du 16 janvier 1939 ¹¹⁶⁶, qui énonce « Que, sans doute, comme le constate l'arrêt dénoncé, la circonstance que le demandeur en réparation n'a point un droit, muni d'action, à l'encontre de la personne qui lui procurait l'avantage dont le fait illicite le prive, peut influencer la décision du juge du fond sur le caractère certain du dommage et sur le montant de celui-ci. ».

Ainsi, par exemple, l'épouse et les enfants du *de cuius*-victime pourront faire valoir plus facilement l'existence d'un dommage matériel en invoquant la violation de leur droit à l'entretien ¹¹⁶⁷. L'existence de l'exercice d'un tel droit au moment du décès permet de conclure que, sauf preuve contraire, l'entretien aurait perduré plus longtemps et, par là, une évaluation plus facile du dommage.

Sous-section 2 La faute et la violation du droit subjectif

236. — Introduction

236

Introduction. Au vu de la conception traditionnelle de la faute, telle qu'exposée ci-avant ¹¹⁶⁸, la violation d'un droit subjectif ne pourrait *a priori* constituer un acte objectivement illicite qu'au travers d'une des deux catégories dégagées par la doctrine et la jurisprudence dominantes : la violation d'une norme déterminée ou d'une norme générale de prudence.

Selon l'opinion majoritaire en droit positif ¹¹⁶⁹, l'atteinte à un droit subjectif n'est considérée comme fautive que si elle révèle le non-respect d'une norme de prudence et de diligence. Pourtant, depuis plusieurs années, apparaissent des voix dissonantes. La violation d'un droit subjectif pourrait être considérée soit comme une catégorie particulière d'acte objectivement illicite, soit, à tout le moins, être assimilée à la violation d'une norme de comportement déterminée.

1166. Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25.

1167. J. RONSE, *Schade en schadeloostelling*, *op. cit.*, p. 31, n° 26 ; adde E. DIRIX, *Het begrip schade*, *op. cit.*, p. 26, n° 18.

1168. Cf. *supra*, n°s 191 et s.

1169. Cf. *infra*, n° 249.

Nous retracerons les éléments de ce qui, aujourd'hui, apparaît bien comme une controverse relative à l'assimilation entre la faute et l'atteinte au droit subjectif. Cette assimilation est apparue dès la naissance du Code civil. Dans la première moitié du siècle, le procureur général Leclercq a tenté de systématiser cette approche (§ 1^{er}). Il s'agira alors de constater le refus d'assimilation qui prévaut dans la doctrine et la jurisprudence actuelles et d'analyser pourquoi la théorie de Paul Leclercq fut massivement rejetée et, en définitive, mal comprise (§ 2). Nous terminerons ensuite par le constat d'un certain renouveau de l'assimilation et par une analyse des justifications avancées (§ 3).

A. Le temps de l'assimilation entre l'atteinte au droit et la faute : des classiques au procureur général Leclercq

237. Une assimilation fréquente chez les classiques –
238. La théorie du procureur général Leclercq : généralités –
239. Le contenu de la théorie du procureur général Leclercq : la notion de faute – 240. La distinction entre le fait illicite immédiat et médiate dans la théorie de Paul Leclercq – 241. Avantages de la théorie de Paul Leclercq.

237 **Une assimilation fréquente chez les classiques.** L'assimilation de la faute à la violation du droit subjectif ne trouve-t-elle pas son origine dans les travaux préparatoires du Code civil ?

Bertrand de Greuille, lorsqu'il explique le principe contenu dans l'article 1382 du Code civil, n'énonce-t-il pas que le principe de réparation « n'admet point d'exception ; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre »¹¹⁷⁰.

L'ambiguïté est évidente. Les crimes et délits, éléments constitutifs de la faute, sont ici assimilés à des violations des droits d'autrui.

Sans aller jusqu'à affirmer que l'assimilation entre la faute et l'atteinte aux droits était la conception des auteurs du Code civil, force est de constater que celle-ci existait en germe, si pas dans les travaux préparatoires eux-mêmes, dans les commentaires que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont suscités chez les auteurs classiques.

En effet, durant le XIX^e siècle, il n'est pas rare de présenter les délits et quasi-délits par référence à la violation des droits d'autrui. Ainsi, par exemple, Marcadé énonce que : « Il faut d'abord que le fait soit illicite,

¹¹⁷⁰. Discours de DE GREUILLE, *op. cit.*, p. 474. Nous soulignons.

c'est-à-dire *qu'il présente une violation du droit d'autrui*, une infraction à un devoir et ne constitue pas l'exercice d'un droit »¹¹⁷¹.

Nous retrouvons cette assimilation chez Laurent qui énonce d'emblée que : « Toute lésion d'un droit est un délit dans le sens de l'article 1382. Le principe est certain, mais l'application n'est pas sans difficulté. Il faut avant tout qu'il y ait un droit ; or, les droits comme les obligations ne naissent que de la loi ou des conventions ; il faut donc qu'un droit légal ou conventionnel soit lésé ; alors il y a délit ou quasi-délit ; car le but de l'article 1382 est précisément de sauvegarder les droits des hommes dans la société civile, en leur accordant une action en dommages-intérêts contre ceux qui les lèsent. [...] Dès qu'il y a droit, toute entrave apportée à l'exercice de ce droit doit être considérée comme un délit quand il y a intention méchante, et comme un quasi-délit quand il n'y a pas de dessein de nuire »¹¹⁷².

Cette présentation se retrouve encore chez différents auteurs de la première moitié du ^{xx}e siècle.

Elle est comprise dans l'interprétation de la faute de Marcel Planiol. En effet, pour cet auteur, « toute faute est une contravention à une obligation préexistante ». Or, « un droit quelconque n'est un « droit » que parce qu'il implique chez les autres la « nécessité de le respecter », et cette nécessité n'est autre chose que la plus essentielle des obligations juridiques puisque, sans elle, les *droits* ne seraient que des *intérêts* exposés à toutes les atteintes »¹¹⁷³. Ce dernier énonce également que : « Elle [la loi] nous commande par exemple de ne pas porter atteinte à la vie, au corps, à la liberté, à la propriété ou autres droits d'une personne quelconque ; l'objet de notre obligation est ainsi une abstention pure et simple ; or, si peu qu'on agisse contrairement à cette obligation, il y a contravention et faute »¹¹⁷⁴.

Une idée analogue est exprimée par Aubry et Rau, qui énoncent que : « Un fait dommageable ne constitue un délit que sous les conditions suivantes : 1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à

1171. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., t. 5, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852, p. 265. Nous soulignons.

1172. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e éd., t. 20, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie}, 1876, p. 422 et 423, n^{os} 404 et 405 ; aussi, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe & C^{ie}. — Librairie A. Marescq-Aîné, 1878, p. 208, n^o 353.

1173. Souligné dans le texte. M. PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *Rev. crit.*, 1905, p. 287, note 1. *Adde* Id., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 297, n^o 885.

1174. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 297, n^o 885 (souligné par l'auteur).

un droit appartenant à autrui [...] »¹¹⁷⁵. René Demogue va également dans ce sens lorsqu'il considère que la condition objective de la faute est l'atteinte au droit : « Il y a faute lorsqu'on porte atteinte à certains droits que la loi protège »¹¹⁷⁶. Louis Josserand, quant à lui, indique que « commettre une faute délictuelle c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent. C'est alors seulement que l'acte devient illicite et qu'il engage la responsabilité de son auteur, parce qu'alors seulement il y a une rupture de l'équilibre juridique : c'est la condamnation à des dommages-intérêts qui le rétablira »^{1177 1178}.

Il paraît donc pour le moins surprenant de relever sous la plume de Henri De Page que : « Personne n'a jamais songé à soutenir qu'il y avait faute à léser un droit [...] »¹¹⁷⁹.

Il n'est cependant pas inutile de relever que pour certains de ces auteurs, l'acte illicite-violation d'un droit se comprend comme une condition de l'existence d'un délit ou quasi-délit. La violation du droit est cet acte illicite. Cette violation peut être qualifiée de délit ou de quasi-délit selon que son auteur ait agi avec l'intention de nuire ou par imprudence. Cette opinion se base donc elle-même sur une ambiguïté. L'atteinte au droit suffit-elle pour que la faute (délit ou quasi-délit) soit rapportée¹¹⁸⁰ ou faut-il en plus de l'atteinte au droit que l'auteur ait commis un délit ou

1175. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 6, Paris, Marchal et Billard-G. Godde, 1920, p. 339, §444.

1176. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.II, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 368, n° 226.

1177. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 204, n° 426 ; dans le même sens, H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 272 et 272, n°s 394 et 396.

1178. Voy. également R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, qui considère qu'il existe un devoir général de ne pas nuire à autrui (p. 411, n° 4) et que la violation de ce devoir est une faute (p. 440, n° 26), mais qui réintroduit pour la preuve de sa violation les éléments de prévisibilité et d'évitabilité du dommage, propres à la violation de la norme générale de prudence (p. 437, n° 25 ; p. 472, n° 61). L'auteur oscille clairement entre l'atteinte au droit-dommage et l'atteinte au droit-faute ; dans le même sens, voy. J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 20 et s., qui fait de l'atteinte au droit d'autrui un élément de l'acte illicite, mais qui propose, de manière étonnante, comme critère de l'atteinte au droit la conduite de l'homme normalement prudent et diligent (spéc. p. 30). Cependant, l'auteur fait bien la distinction entre l'acte illicite, dont la violation du droit d'autrui est une condition, et le dommage (p. 47 et s.).

1179. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 926, n° 935 C.

1180. C'est ce que semble soutenir Laurent dans l'extrait précité. Marcédé paraît également participer à cette conception.

quasi-délit ¹¹⁸¹ ? Dans cette dernière hypothèse, l'atteinte au droit n'est pas en elle-même constitutive de la faute puisque l'intention de nuire ou l'imprudence doivent encore être démontrées.

238

La théorie du procureur général Leclercq : généralités. Le procureur général Leclercq a défendu en 1927, à l'occasion du discours de rentrée de la Cour de cassation, une théorie originale quant à l'application de l'article 1382 du Code civil aux droits subjectifs ¹¹⁸².

Il s'agissait principalement, dans un premier temps, de trouver une solution à la situation jugée inéquitable des piétons victimes d'accidents de la circulation : l'atteinte à l'intégrité physique de la victime devait, selon l'auteur, être considérée comme une faute donnant lieu à réparation en application de l'article 1382 du Code civil.

Affinant sa théorie lors de diverses conclusions ou notes sous des arrêts de la Cour de cassation ¹¹⁸³, l'auteur l'a appliquée au droit de propriété ¹¹⁸⁴.

Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur les arguments spécifiques avancés par l'auteur concernant le droit à l'intégrité physique. Outre que la qualification de droit subjectif est contestable, l'argumentation se détache nettement des préoccupations de la présente étude. Nous nous efforçons par contre de comprendre l'opinion de l'auteur en ce qui concerne l'assimilation de la faute à la violation des droits subjectifs ou, plus exactement, comment il en arrive à admettre cette assimilation ¹¹⁸⁵.

1181. C'est ce que semblent soutenir Aubry et Rau. L'acte illicite est une condition du délit, à côté de l'intention consciente de nuire à autrui.

1182. Cf. l'extrait de ce discours, prononcé le 15 septembre 1927 : P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ? », *R.G.A.R.*, 1927, n° 164.

1183. Note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 200 à 211 ; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 23 à 31 ; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 17 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 96 et 97.

1184. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 260 à 295 ; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 388.

1185. Nous simplifierons quelque peu le raisonnement de Paul Leclercq dans le sens où nous nous focaliserons sur le lien qu'il établit entre l'acte illicite ou la faute et l'acte d'atteinte au droit subjectif. Paul Leclercq a cependant fait référence à ou pris appui sur de nombreuses discussions et controverses qui agitaient la doctrine et la jurisprudence de l'époque relative à la responsabilité civile, discussions que nous passerons ici sous silence. C'est que, depuis, la pensée juridique a fortement évolué et a dépassé bon nombre de ces discussions. De plus, il nous paraît nécessaire de ne pas nous écarter de notre propre logique pour ne reprendre, dans la théorie analysée ici, que ce qui s'avère utile pour conduire la nôtre à bon port. Nous n'avons donc ni la prétention ni la volonté de faire état de la théorie de Paul Leclercq de manière exhaustive dans les lignes qui suivent.

239

Le contenu de la théorie du procureur général Leclercq : la notion de faute. Pour Paul Leclercq, l'acte ou le fait illicite constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil¹¹⁸⁶. Ce fait est illicite lorsque celui qui le pose viole une obligation préexistante d'agir ou de s'abstenir s'imposant à lui¹¹⁸⁷.

Or, d'après le procureur général, il existerait une obligation de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. L'auteur n'est cependant pas très clair ni quant à la source de cette obligation ni quant à sa portée. Nous en voulons pour preuve les multiples arguments avancés à ce propos dont nous ne retenons ici que les plus importants.

- a) Paul Leclercq s'appuie d'abord sur un argument d'autorité en se référant à de nombreux auteurs classiques¹¹⁸⁸, principalement Marcel Planiol, qui, nous l'avons vu, considéraient l'atteinte au droit d'autrui comme une faute.
- b) À la suite de Marcel Planiol, l'auteur s'appuie sur l'autorité de la loi qui prescrirait de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. Il le fait cependant en des termes fluctuants qui jettent un doute sur la portée de cette obligation légale. Il indique ainsi, tout à la fois, que la loi imposerait de « veiller à ne pas porter atteinte au droit d'autrui »¹¹⁸⁹ et que la faute consisterait en « la violation du devoir légal qu'a tout homme de faire le possible pour ne pas tuer ou blesser son semblable »¹¹⁹⁰ ou encore parle du responsable comme celui qui « a agi, sans les précautions qu'il devait prendre à raison de son obligation légale de veiller à ne pas léser le droit d'autrui »¹¹⁹¹.

La première formulation laisse entendre que la loi prescrirait une obligation analogue à celle dite de « résultat » en matière contrac-

1186. Voy. notamment P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ? », *op. cit.*, not. p. 1, 2 et 4 ; conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 271.

1187. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 271 et 272 ; note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 201 ; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 24.

1188. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 271 à 275, où l'auteur cite successivement Planiol, Lalou, Laurent, Hudelot et Metman, Sourdat, Colin et Capitant, la loi Aquilia romaine et Cornil ; aussi note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 201 ; voy. également la doctrine citée *supra*, n° 237.

1189. Note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 201.

1190. P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ? », *op. cit.*, p. 4.

1191. Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 389.

tuelle : la violation du droit suffirait pour prouver la faute. Les secondes formulations révèlent par contre une obligation de prudence : l'homme doit se comporter de manière suffisamment prudente et diligente afin de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. Quoi qu'il en soit, c'est bien la première formulation qui traduit la véritable pensée de l'auteur.

De manière plus précise, notamment en ce qui concerne le droit de propriété, il reprend à son compte la théorie de l'obligation universelle, chère à Marcel Planiol : « Parce que le droit de propriété est opposable à chacun, il s'en suit que chacun a l'obligation de le respecter, et de ne pas porter atteinte d'une façon quelconque à la chose que le droit de propriété frappe ; de là naît pour chacun l'obligation de prendre les mesures nécessaires afin de ne pas endommager la chose à laquelle le droit est relatif » ¹¹⁹².

L'existence de cette obligation de respect du droit de propriété et de l'assimilation de sa violation à la faute serait notamment reconnue par la jurisprudence de l'époque relative aux troubles de voisinage ¹¹⁹³.

- c) Le caractère légal de l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits serait en outre inscrit dans la Constitution ¹¹⁹⁴. En effet, cette dernière, en proclamant les libertés individuelles, reconnaîtrait que tout atteinte à celles-ci est constitutive d'un acte illicite. Cela serait confirmé par les dispositions pénales qui sanctionnent de telles atteintes.

La responsabilité de celui qui porte atteinte au droit d'autrui n'est pas purement objective. L'élément subjectif de la faute n'est pas absent. Paul Leclercq fonde en effet son raisonnement sur le fait que la loi présume que l'homme agit librement, de sorte qu'il suffit de prouver le fait illicite — l'atteinte au droit — pour démontrer sa faute. Pour cette raison également, le contrevenant pourra s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas agi librement, c'est-à-dire en invoquant la force majeure, le cas fortuit, en ce compris la faute de la victime ¹¹⁹⁵.

1192. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 277 ; pour un raisonnement analogue concernant le droit « absolu » à l'intégrité physique : conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 24.

1193. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 278 et s.

1194. Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 26 et 27.

1195. Note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 202 et 203.

240

La distinction entre le fait illicite immédiat et médiate dans la théorie de Paul Leclercq. L'auteur fait cependant une distinction entre deux types d'actes illicites ¹¹⁹⁶.

Le premier est constitué par une atteinte au droit qui est le fait immédiat, direct ou personnel de l'homme. Ce dernier a agi par son corps ou par le prolongement externe de celui-ci. Ce serait le cas où une personne effectue des travaux dans sa maison tout en provoquant des crevasses dans la maison voisine. Mais aussi le cas d'une personne qui porte atteinte au droit d'autrui en conduisant son automobile, en utilisant une arme ou un objet, etc. Présumé libre, il ne pouvait porter atteinte au droit d'autrui. Il lui revient, pour s'exonérer, de prouver que cette liberté faisait défaut au moment où l'acte fut posé en invoquant le cas fortuit, la force majeure ou la faute d'un tiers. Il s'agirait d'une simple application de l'article 1382 du Code civil. La faute est constituée de l'atteinte au droit. Celle-ci doit être prouvée en plus du dommage et de l'existence du lien causal.

Le second type vise l'acte illicite constitué d'une imprudence dans le cas où l'atteinte au droit est le fait immédiat d'une chose : une échelle abandonnée tombe sur la vitre d'autrui ; un pot de fleur s'écrase sur le tableau d'autrui, etc. Rapporter la preuve de l'acte portant atteinte au droit ne suffit pas. Il faut en outre identifier l'auteur de l'acte illicite, c'est-à-dire, pour Paul Leclercq, qu'il soit prouvé qu'il ait commis une imprudence ou une négligence ayant impliqué la lésion du droit. L'acte illicite est ici le fait médiate de l'homme. Ce dernier dispose d'une chose de telle sorte que, par son imprudence, elle devient nuisible et porte atteinte au droit d'autrui. L'imprudence crée le lien entre la chose et la personne à qui une faute est alors imputée. Il s'agirait alors d'appliquer l'article 1383 du Code civil prévoyant explicitement que la faute s'identifie à l'imprudence.

241

Avantages de la théorie de Paul Leclercq. Les avantages d'une telle théorie pour la victime sautent aux yeux. Si, techniquement parlant, cette dernière ne jouit pas d'une présomption de faute ¹¹⁹⁷, il lui suffira, en cas de

1196. P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ? », *op. cit.*, p. 5 et 6 ; conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 283 ; note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 202 ; conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 25.

1197. Le procureur général se défend d'introduire une présomption de faute. La responsabilité suppose dans sa théorie, comme en droit commun, la preuve de l'existence d'une faute constituée de l'acte portant atteinte directement ou indirectement au droit d'autrui, d'un dommage et du lien causal entre la faute et le dommage (note sous Cass., 1^{re} ch., 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 202 et 203). Certains auteurs lui adresseront, mais à tort, un pareil reproche (cf. *infra*, n° 246).

fait immédiat, de prouver la lésion du droit pour obtenir réparation du dommage dont elle se prévaut.

Cette lésion étant la plupart du temps facile à prouver, il s'ensuit un très net allègement du fardeau de la preuve. C'est à l'auteur de la lésion qu'il est demandé de faire la preuve la plus difficile : il n'a d'autre possibilité pour s'exonérer que de rapporter la preuve d'une cause étrangère exonératoire (force majeure ou faute de la victime).

La théorie de Paul Leclercq est, de notre point de vue, particulièrement intéressante en ce qu'elle fait le lien entre la notion de droit subjectif, son opposabilité et la faute constituée par sa violation. Ce point, nous le verrons, a été largement passé sous silence dans les critiques portées à cette théorie. Dès lors qu'elle fut finalement massivement rejetée, la spécificité du droit subjectif a été oblitérée dans la mise en œuvre de la responsabilité du tiers.

Paul Leclercq avait cependant perçu dès le départ que le rayonnement particulier du droit subjectif — qu'il n'étudie, il est vrai, que par le biais du droit de propriété et du droit à l'intégrité physique — appelait nécessairement une application particulière des principes de responsabilité civile. Il avait également mis en avant, non sans finesse, l'ambivalence du lien entre la faute et l'atteinte au droit. L'assimilation entre la faute et l'atteinte au droit n'est pas systématique. L'atteinte au droit est parfois une faute sans l'être toujours.

Le problème était d'arriver à distinguer un critère permettant d'identifier les cas donnant lieu à la détermination d'une faute spécifique de ceux devant se résoudre par la recherche d'une règle de prudence ou de diligence. C'est sans doute sur ce point, nous le verrons, qu'il fut le moins convaincant. Il n'empêche qu'il mettait, selon nous, le doigt sur le problème le plus épineux de cette matière. Et c'est, en définitive, l'absence de réponse convaincante à cette difficulté, qui est la source de toutes les hésitations qui perdurent jusqu'à aujourd'hui quant à la reconnaissance d'un lien particulier entre la notion de faute et d'atteinte au droit subjectif.

B. Le temps du rejet de l'assimilation entre l'atteinte au droit et la faute : de l'abandon des thèses de Leclercq à nos jours

242. Le rejet des thèses de Paul Leclercq : généralités – 243. La première critique : la confusion entre la faute et le dommage – 244. La seconde critique : l'absence de faute comprise comme la violation de la norme générale de prudence – 245. La troisième critique : l'impossible obligation de résultat du respect des droits d'autrui – 246. La quatrième critique : la présomption de faute – 247. La cinquième critique : la distinction entre le fait médiat et le fait immédiat – 248. La sixième critique : une causalité purement matérielle – 249. La chute : le rejet de la thèse de Paul Leclercq – 250. La première leçon de la critique des thèses de Leclercq : une approche fondée uniquement sur les principes de responsabilité civile – 251. La seconde leçon de la critique des thèses de Leclercq : certaines critiques sont dépassées en droit positif actuel – 252. La troisième leçon de la critique des thèses de Leclercq : l'oubli de la problématique de l'opposabilité des droits subjectifs

242 **Le rejet des thèses de Paul Leclercq : généralités.** La théorie du procureur général Leclercq, si elle a bien trouvé quelque succès dans certains arrêts de la Cour de cassation, a été rejetée par une imposante doctrine ¹¹⁹⁸.

Elle n'est du reste plus étudiée aujourd'hui. Les auteurs actuels la citent seulement, en la réduisant souvent de manière simpliste, comme le vestige d'un raisonnement assurément non fondé.

Il est cependant nécessaire de passer au crible certaines critiques qui ont été adressées à cette théorie. Si cette dernière ne peut être approuvée telle quelle, elle recèle bon nombre de réflexions pertinentes dans l'analyse du lien existant entre la violation des droits subjectifs et la responsabilité civile.

243 **La première critique : la confusion entre la faute et le dommage.** La critique principale opposée à la théorie de Leclercq fut sans conteste la dénoncia-

¹¹⁹⁸. Voy. cependant P. ESMEIN, « Les principes de la responsabilité délictuelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 461 et s., qui se rallie très clairement à la théorie de Leclercq tout en y voyant une présomption de faute ; *adde*, R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 438 à 440, n° 26 : l'auteur critique la théorie de Leclercq en certains points, mais approuve le fond de celle-ci : « Enfin, toute la thèse de M. le procureur général Leclercq [*sic*], repose sur ce postulat qu'il y a obligation générale de ne pas nuire à autrui, et que l'inexécution de cette obligation est une faute. Là-dessus nous sommes en principe d'accord avec lui. ».

tion d'une confusion entre les notions de faute et de dommage au sens de l'article 1382 du Code civil.

Ainsi, Henri Mazeaud, un des premiers contradicteurs de Paul Leclercq, fonde toute son argumentation sur cette constatation, qui lui sert également de conclusion dans le premier article consacré à la problématique : « Au fond, la thèse de l'éminent magistrat belge repose sur une confusion entre la faute et le dommage ; il y a là deux conditions distinctes de la responsabilité : causer un dommage n'est pas commettre une faute »¹¹⁹⁹. Cette argumentation a ensuite été reprise dans le célèbre traité de responsabilité civile des frères Mazeaud¹²⁰⁰.

L'auteur fonde notamment sa critique sur une ambiguïté présente dans la thèse de Paul Leclercq, même si ce dernier s'est ensuite expliqué sur ce point. Paul Leclercq a souvent affirmé que tuer ou blesser autrui est l'acte illicite lui-même¹²⁰¹. Or, nous l'avons vu, il n'arrive à ce résultat que par le passage de la violation d'une obligation préexistante : celle de respecter les droits d'autrui, notamment son droit à l'intégrité physique¹²⁰². Henri Mazeaud a évidemment raison lorsqu'il affirme qu'une blessure, et *a fortiori* la mort de la victime, font partie du dommage. Mais la vraie difficulté, induite du raisonnement de Paul Leclercq, n'est pas là.

Ce faisant, l'éminent contradicteur commet une pétition de principe, fort répandue à l'époque : la violation du droit constitue le dommage au sens de l'article 1382 du Code civil¹²⁰³. Il n'est donc pas étonnant que

1199. H. MAZEAUD, « Une interprétation belge de l'art. 1382 du Code civil à propos des accidents d'automobiles », *D., Chron.*, 1928, p. 24.

1200. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1934, p. 392 et s., n° 385.

1201. P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ? », *op. cit.*, p. 2, 3.

1202. Force est pourtant de constater que Leclercq paraît parfois réellement confondre le dommage et l'atteinte au droit. Voy. par exemple conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 25 : « La première situation est celle dans laquelle l'*atteinte au droit d'autrui*, et notamment le *dommage à la chose* que le droit de propriété concerne, est le fait immédiat ou direct, ou personnel de l'homme » (souligné par nous).

1203. H. MAZEAUD, « Une interprétation belge de l'art. 1382 du Code civil à propos des accidents d'automobiles », *op. cit.*, p. 23 : « Pourquoi d'abord faire une situation spéciale au dommage résultant de la mort ou de blessures ? Si l'on admet que l'homicide et les blessures sont des actes illicites, comment ne pas en dire autant de tout autre dommage ; la loi ne défend-elle pas aussi bien le patrimoine que la personne ? Il va donc falloir affirmer que le fait de causer un dommage quelconque constitue un acte illicite, donc une faute. Si, en lui-même, le fait que blesser quelqu'un est une faute, le fait de tuer un de ses animaux l'est aussi, et de même le fait de détériorer ses terres, sa maison, ses biens quels qu'ils soient ; la loi ne permet pas de causer un dommage à autrui ; tout dommage est un acte illicite, une

parmi ceux qui ont adressé le reproche de cette confusion¹²⁰⁴, nous retrouvons en première ligne ceux-là mêmes qui, peu après, seront les ardents défenseurs de la violation des droits subjectifs comme condition de la responsabilité civile tout en liant cette violation à la notion de dommage : Jean Dabin¹²⁰⁵ et Henri De Page¹²⁰⁶.

Cette critique ne peut plus être retenue aujourd'hui. La thèse de l'assimilation de l'atteinte au droit subjectif et du dommage a été abandonnée¹²⁰⁷. Si la violation d'un droit subjectif n'est ni une condition nécessaire ni une condition suffisante pour qu'il y ait dommage, l'argument perd en effet son fondement. Si la violation du droit ne peut être

faute. On a prétendu récemment que la théorie de la faute et la théorie du risque se rejoignent ; ce serait la plus belle illustration de cette thèse : au nom de la nécessité de la faute, on la supprime ; dire : on est responsable sans commettre de faute, ou dire : chaque fois qu'on cause un dommage on commet une faute, c'est évidemment défendre le même point de vue. Voilà bien une raison sérieuse de douter de la rectitude du raisonnement suivi. Mais on peut aller plus loin que le doute ; on peut démontrer que l'homicide et les blessures, pas plus qu'un dommage quelconque, ne constituent, à eux seuls, un acte illicite. ».

1204. Voy. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 159, n° 235 qui en fait son argument principal : « La responsabilité de l'auteur du dommage n'est pas engagée dès qu'il y a lésion du droit d'autrui ; elle ne l'est que si cette lésion résulte d'un fait fautif ». ; F. FIÉVET, « De la faute dans la responsabilité civile », *B.J.*, 1937, col. 231 ; J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 50.

1205. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, n° 1315 ; dans ce texte, l'auteur ne reproche pas explicitement à Leclercq de confondre la faute et le dommage (voy. cependant, l'allusion à la critique de Mazeaud, p. 4, note 1 : « Lors donc que l'on reproche à la thèse de M. Leclercq de confondre la faute et le dommage, l'on vise un dommage par atteinte à un droit »). Il faut en effet se rappeler que, pour Dabin, la lésion d'un droit ne se confond pas exactement avec le dommage, même si elle constitue une condition de la responsabilité (« Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.*, p. 31). Cette critique est cependant implicite : par exemple, « Mais la lésion de droit, elle non plus, ne suffit pas. Envisagée en elle-même, la lésion de droit dommageable — homicide, blessure, déshonneur, détérioration du bien d'autrui, etc. — n'est qu'un effet, effet qui peut provenir de causes diverses : l'homme, la nature, un tiers, la victime elle-même » (p. 5) ; « Or, contrairement à cette thèse, il faut répéter que, selon la jurisprudence comme selon le Code, la lésion du droit d'autrui par le fait ne suffit pas à engendrer de responsabilité » (p. 7) ; aussi J. DABIN, « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *op. cit.*, p. 31 : « Distinguons aussi, dans le système de la responsabilité pour faute, la lésion de droit de la faute. À certains égards, la confusion serait plus grave encore, car, tout de même, la lésion de droit se rattache au préjudice en ce qu'elle détermine le préjudice réparable. ».

1206. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 935, n° 940, où l'auteur conclut, après avoir critiqué la théorie de Leclercq, que : « La vérité est, d'une part, qu'à vouloir trop fouiller les concepts, on arrive souvent à une impasse, et, d'autre part, que l'élément « lésion du droit », alias, fait illicite, se rattache au dommage, et non à la faute. ».

1207. Cf. *supra*, n°s 232 et s.

assimilée au dommage, alors la théorie de Paul Leclercq doit être rencontrée sur son véritable terrain : peut-on suivre l'auteur lorsqu'il affirme que la violation du droit subjectif constitue une faute ?

244

La seconde critique : l'absence de faute comprise comme la violation de la norme générale de prudence. Une autre critique, souvent liée à la première, est relative au rejet, dans la théorie de Leclercq, de l'application d'une norme générale de prudence pour fustiger la faute liée à l'atteinte aux droits d'autrui.

C'est sans doute Jean Dabin qui développa le plus cette argumentation.

Il réfute l'argument tiré de la théorie des troubles de voisinage par Paul Leclercq. L'évolution contemporaine de cette théorie pousse en effet à admettre que son fondement n'est plus à trouver dans l'article 1382 du Code civil et que, par conséquent, elle ne peut justifier une nouvelle interprétation de l'acte illicite ou de la faute. Il réfute de la même manière d'autres arguments tirés de la jurisprudence par Paul Leclercq pour mettre en avant l'acceptation de la faute sans recours nécessaire à la norme générale de prudence. Mais il ne s'explique cependant pas clairement sur le refus d'admettre que la faute puisse naître de la violation d'une norme imposant le respect des droits d'autrui ¹²⁰⁸.

Jean Dabin énonce bien que la norme à prendre ici en considération est la norme générale de prudence, la lésion des droits d'autrui — lésion seulement possible — intervenant après le manquement — lésion actuelle — à cette norme ¹²⁰⁹. L'argument est cependant trop imprégné de l'idée d'assimilation de la violation du droit subjectif au dommage pour emporter l'adhésion.

Les Mazeaud ont franchi un pas de plus dans l'explication. Reprenant la thèse de Paul Leclercq, ils mettent en doute son fondement : « Est-il vrai que la loi défende de porter atteinte à l'intégrité de la personne et du patrimoine d'autrui ? » Telle est en effet la seule question qui doit recevoir une réponse si l'on veut s'attaquer à la thèse de Leclercq. Ils y répondent comme suit : « Certainement non. On sait que l'article 1382 C. civ. n'inter-

1208. La thèse de Jean Dabin est sur ce point très ambiguë. On se souvient que, d'après cet auteur, le droit subjectif se caractérise par son inviolabilité. Il n'y a pas de droit subjectif sans obligation correspondante du respect de ce même droit (*Jus et obligatio sunt correlata*) (cf. *supra*, n° 21). Pourtant, l'auteur a toujours refusé l'idée selon laquelle la violation de cette obligation serait une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

1209. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, p. 4.

dit pas de causer un dommage, et pas plus un dommage à l'intégrité de la personne physique qu'un dommage à l'intégrité des biens. Ce qu'il interdit, c'est de causer un dommage par sa faute¹²¹⁰ ; *s'il édicte une responsabilité, ce n'est pas parce qu'on a causé un préjudice, c'est parce qu'on a commis une faute d'où est résulté un préjudice [...]* »¹²¹¹. Si la question posée par ces auteurs est assurément la seule pertinente, leur réponse ne peut convaincre. Leclercq ne soutient pas que l'obligation de respecter les droits d'autrui serait inscrite dans l'article 1382 du Code civil. Il s'efforce au contraire, nous l'avons vu¹²¹², de lui donner une base en dehors de cette disposition. Paul Leclercq rejoint assurément les Mazeaud dans leur affirmation. Mais ces derniers ne répondent pas au premier quand celui-ci indique qu'il existerait une obligation légale de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui.

Plus claire à cet égard est l'opinion émise par Jean Fonteyne. Il reproche en effet précisément à Paul Leclercq d'avoir recherché en dehors des articles 1382 et suivants « la source d'une défense de nuire qui ne résulte, en réalité, que de ces articles eux-mêmes »¹²¹³. D'après l'auteur, en effet, « les articles 1382 et suivants épuisent la définition des obligations quasi délictuelles et des droits auxquels ces obligations répondent. Ils ont bien, dans l'ensemble de notre législation civile, un rôle créateur. La règle qui interdit de porter atteinte à la propriété ou à la personne d'autrui est entièrement contenue en eux, l'obligation qu'ils consacrent n'est pas de ne pas porter atteinte ; elle est de ne pas porter atteinte par sa faute ; le droit de propriété, le droit à l'intégrité physique et morale ne sont pas illimités : ils n'existent que dans la mesure où les articles 1382 et suivants les protègent, c'est-à-dire sous réserve des diminutions pouvant résulter de lésions non fautives »¹²¹⁴.

L'auteur apporte bien une réponse à Paul Leclercq. Il n'existerait d'autre obligation de respecter les droits d'autrui que celle résultant des articles régissant la responsabilité civile. Les droits subjectifs ne devraient être respectés que dans la mesure où l'homme normalement prudent et diligent respecte ceux-ci. Telle paraît bien être l'opinion dominante actuelle.

1210. Souligné dans le texte.

1211. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. 1, *op. cit.*, p. 395 ; adde H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 926, n° 935, C.

1212. Cf. *supra* n° 239.

1213. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *R.G.A.R.*, 1929, n° 503, p. 21, n° 14.

1214. *Ibid.* ; voy. également dans ce sens, F. FIÉVET, « De la faute dans la responsabilité civile », *op. cit.*, col. 228 et 229.

Cette réponse ne convainc pourtant pas. Pour convenir, elle aurait dû s'attaquer au fondement même de la théorie de Leclercq et démontrer qu'il n'existe aucune obligation juridique imposant de manière générale et abstraite de respecter les droits subjectifs d'autrui, en dehors de l'article 1382 du Code civil. Elle est par là même révélatrice du glissement opéré en la matière : la problématique se résout indépendamment des caractéristiques reconnues aux droits subjectifs par un appel aux seules conditions de la responsabilité civile. Un hiatus se crée entre la doctrine des droits subjectifs et celle de la responsabilité civile, la seconde « oubliant » purement et simplement les acquis de la première. Alors que Paul Leclercq tentait de tenir compte de la nature spécifique des droits subjectifs pour trouver une solution dans l'application des conditions de la responsabilité civile, ses détracteurs vont purement et simplement passer à côté de la difficulté en ne tenant plus compte de la caractéristique essentielle des droits subjectifs. Oublier le principe d'opposabilité des droits subjectifs permet de retourner au critère traditionnel de la faute. Mais nier une difficulté apporte rarement une réponse appropriée...

Jean Fonteyne semble du reste s'en être rendu compte lui-même. Il énonce ainsi que : « Sans doute, tout le monde est-il d'accord que toute *violation du droit de propriété*, toute *violation du droit à l'intégrité* de la personne constituent une faute dans le sens de l'article 1382. L'erreur est de considérer, *a priori*, l'*atteinte au patrimoine* comme une violation du droit à l'intégrité du patrimoine et l'*atteinte à la personne* comme une violation du droit à l'intégrité de la personne »^{1215 1216}.

Ce faisant, l'auteur réduit fortement la portée de sa critique antérieure. Comment, sans se contredire, affirmer, d'une part, qu'il ne peut y avoir d'atteinte fautive aux droits d'autrui en dehors de l'atteinte à une norme de prudence et, d'autre part, admettre l'automaticité de la faute avec la violation de certains droits subjectifs comme le droit de propriété ? En outre, s'il est vrai qu'à certains endroits de l'énoncé de sa théorie, Paul Leclercq a manqué de clarté et de précision en faisant l'économie de l'appel à la violation du droit, il a, concomitamment, précisé sans ambiguïté qu'il visait bien la violation ou la lésion des droits d'autrui¹²¹⁷.

1215. Souligné dans le texte.

1216. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *R.G.A.R.*, 1929, n° 503, p. 21, n° 14.

1217. Voy. par exemple, entre autre : « La première situation est celle dans laquelle l'*atteinte au droit d'autrui*, et notamment le dommage à la chose que le droit de propriété concerne, est le fait immédiat ou direct, ou personnel de l'homme » (souligné par nous) (conclusions précédant Cass., 2^e ch., 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 281, 1^{re} col.) ; « L'homme est légalement

N'est-ce pas, dès lors, jouer sur les mots que d'admettre, dans ces circonstances, que la violation du droit de propriété serait une faute alors que l'atteinte au patrimoine n'en serait pas une¹²¹⁸ ?

245

La troisième critique : l'impossible obligation de résultat du respect des droits d'autrui. La seule critique véritable relative au fondement de la théorie de Leclercq — le point précédent l'a déjà laissé entrevoir — porte sur l'existence ou non d'une norme de comportement imposant à chacun de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Jean Dabin en parle accessoirement à sa réfutation de la distinction entre le régime des faits médiats et immédiats. Il ne lui consacre cependant que quelques lignes.

Nous nous permettons dès lors de citer cet auteur : « On pose bien sans doute, en termes juridiques, que nous sommes obligés de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui par notre fait et, pour revêtir d'une forme technique cette idée, l'on construit, par analogie avec la faute dans la garde des choses, la théorie de la faute dans la garde de son propre corps et des instruments qui en constituent le prolongement. Mais, suivant l'adage *Impossibilium nulla obligatio*, il ne saurait être question d'obligation que dans la mesure du possible, c'est-à-dire, en l'espèce, des dangers de lésion que l'homme prudent et diligent pouvait prévoir, empêcher, éviter ; et il n'y a de faute, au sens vrai du mot, qu'autant qu'on a manqué à l'obligation — possible — de prévoir, d'empêcher, d'éviter »¹²¹⁹.

Ce faisant, l'auteur touche au problème central de la théorie de Paul Leclercq. Existe-t-il une obligation ou un devoir de respect des droits

présupposé maître de sa personne ; s'il fait un mouvement qui lèse le droit d'autrui à l'intégrité de sa personne ou de sa propriété, il sera l'auteur immédiat ou direct du fait illicite et c'est l'article 1382 qui s'appliquera » (nous soulignons), mais, il est vrai, l'imprécision revient juste après : « Tantôt l'atteinte à l'intégrité de la personne ou du bien sera causée par une chose ; en sera responsable comme auteur indirect ou médiate, comme auteur par l'intermédiaire de la chose, l'homme qui aura disposé la chose de telle sorte que raison de cette disposition, elle a causé l'atteinte au droit d'autrui. C'est l'article 1383 qui s'appliquera » (nous soulignons) (conclusions précédant Cass., 1^{re} ch., 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 25).

1218. Il reste que, techniquement parlant, on doit approuver Jean Fonteyne. L'atteinte au patrimoine est un dommage alors l'atteinte au droit ne l'est pas automatiquement (cf. *supra*, n^{os} 232 et s.). Il n'en reste pas moins que l'auteur n'explique pas pourquoi l'atteinte au droit devrait être considérée comme une faute et jette ainsi le trouble sur le fondement même de sa critique.

1219. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, p. 9. Nous retrouvons la même idée chez Jean Van Ryn qui, commentant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles concernant un trouble de voisinage, indique, concernant l'obligation de veiller à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui, que « ce serait donc une obligation de moyens, et non de résultat, comme l'enseigne M. Paul Leclercq » (« Chronique de jurisprudence et de législation (1937-1938) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *B.J.*, 1939, p. 346).

d'autrui qui s'impose à chacun ¹²²⁰ ? En cas de réponse positive, cette obligation confine-t-elle à l'obligation de résultat — comme le respect d'une norme légale de comportement — ou impose-t-elle seulement à tout un chacun de se comporter comme un bon père de famille qui, en règle, ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ? L'auteur ne paraît répondre que du bout des lèvres à cette question en considérant que si l'on devait regarder cette obligation comme existante, on ne pourrait y voir qu'un standard de comportement à comparer à celui qu'aurait eu l'homme normalement prudent ¹²²¹. Nous ne pouvons suivre cette opinion. Nous rappellerons seulement pour l'instant nous être clairement rangé du côté des tenants de l'existence d'un strict devoir de respect des droits d'autrui à la suite de l'analyse de la doctrine des droits subjectifs et de la systématisation de ce devoir par le concept d'opposabilité ¹²²².

246

La quatrième critique : la présomption de faute. On a aussi reproché à Paul Leclercq d'instituer une présomption de faute dans le cas où la violation des droits est le fait immédiat de son auteur.

Ainsi, Jean Dabin voit une contradiction dans le système imaginé par Leclercq en ce que, tout en affirmant se détacher de l'idée de faute-imprudence, ce dernier y reviendrait par le biais de l'exonération dans l'hypothèse d'un cas fortuit, de la force majeure ou de la faute de la victime ¹²²³.

Paul Leclercq fondait cette possibilité sur la présomption de liberté qui pèse sur chacun : il peut s'exonérer en prouvant que l'acte illicite, posé

1220. Dans le sens d'une réponse positive, M. PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 287, note 1 ; *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 297, n° 885 ; R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 440 ; *contra* : H. ROLIN, « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *op. cit.*, p. 65 : « Prise à la lettre, la formule célèbre d'après laquelle l'un des préceptes fondamentaux du droit est de ne pas nuire à autrui — *alterum non laedere* — est inexacte ; le droit ne nous défend pas, d'une façon générale, de léser les intérêts de nos semblables. A cette cruelle permission de nuire — condition de la liberté et du mérite moral — le droit n'apporte que des exceptions. On pourrait dire que son objet, c'est précisément de les définir » ; dans le même sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 926, n° 935, C.

1221. Dans le même sens, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 926, n° 935, C. : « Nous avons, certes, « l'obligation préexistante » de respecter le droit de nos semblables ; mais, à ce titre, nous ne sommes tenus que « de faire en sorte que... » ; nous ne sommes pas tenus à un *résultat* déterminé : le respect, quoi qu'il arrive, du droit d'autrui. Nous ne sommes obligés que si, dans le choix des moyens que nous employons pour agir, nous commettons une faute. ».

1222. Cf. *supra*, n°s 213 et s.

1223. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, p. 10 et s.

matériellement par lui, n'est pas son fait. Jean Dabin y voit la preuve que la théorie de Leclercq reste fondée sur la faute-imprudence qui, quoique présumée, n'en reste pas moins une condition de la responsabilité. Si l'auteur est présumé libre, c'est qu'il pouvait éviter l'atteinte dommageable. Si l'homme ne peut prévoir le dommage, il n'est pas libre de l'éviter. On retrouverait donc au fondement de la théorie de Paul Leclercq la conscience de la lésion possible et la maîtrise des moyens susceptibles d'y parer, c'est-à-dire les éléments constitutifs de l'idée de faute au sens traditionnel¹²²⁴.

En outre, selon Jean Dabin, admettre le cas fortuit, la force majeure ou la faute de la victime comme causes d'exonération impliquerait nécessairement que la responsabilité serait fondée sur l'idée de faute¹²²⁵. L'admission de ces causes d'exonération ne se justifie en effet que dans des hypothèses où il devient impossible d'imputer à l'agent son action et les conséquences dommageables qui en découlent.

Ces considérations permettent alors à Jean Dabin de conclure : « Or, si les observations qui précèdent sont exactes, si la « liberté des actes » inclut la possibilité de prévoir et d'éviter le dommage, si le cas fortuit libératoire s'oppose à la faute, la théorie nouvelle se trouve réduite à des proportions plus modestes. Sous des allures radicales d'élimination de la faute au sens traditionnel d'imprudence, de négligence, elle aboutit simplement à un renversement du fardeau de la preuve : la faute est maintenue, mais elle est présumée. La lésion de droit par le fait personnel ou par le fait de la chose actionnée (telle l'automobile conduite) emporte présomption de faute par imprudence, négligence à charge de l'agent, à moins que celui-ci n'établisse le cas fortuit, c'est-à-dire que la lésion, consécutive à l'acte ou à l'omission, est l'effet de tel événement ou de telle circonstance que l'homme prudent et diligent n'aurait pu prévoir ni empêcher »¹²²⁶.

Nous ne pouvons suivre cette critique. Paul Leclercq a insisté avec vigueur sur le fait que sa théorie se fondait tout entière sur l'idée de faute. Il en a néanmoins donné un sens particulier dès lors qu'elle serait constituée par la violation du droit subjectif ou plutôt de l'obligation de respect des droits d'autrui. Il n'y a donc pas de tentative d'élaborer une responsa-

1224. *Ibid.*, p. 11.

1225. Dans le même sens, F. FIÉVET, « De la faute dans la responsabilité civile », *op. cit.*, col. 228 ; P. ESMEIN, « Les principes de la responsabilité délictuelle », *op. cit.*, p. 460, spéc. note 1.

1226. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, p. 12 ; dans le même sens R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 422 et s., n° 11.

bilité sans faute ni même une nouvelle présomption de faute à côté des articles 1384 à 1386 du Code civil ¹²²⁷.

Il est par contre vrai que Paul Leclercq s'est volontairement détaché de la faute conçue comme la violation d'une règle de prudence. Vouloir retrouver absolument cette conception de la faute-imprudence dans l'admission des cas d'exonération de responsabilité traditionnels revient, plus radicalement, à refuser toute faute non définie comme étant la violation d'une norme de prudence. Si telle était bien la pensée de Jean Dabin, et nous en doutons ¹²²⁸, il aurait dû justifier ce refus. Sa démarche ne peut donc emporter l'adhésion.

L'opinion de Jean Dabin serait du reste aujourd'hui en porte-à-faux avec la doctrine dominante : l'atteinte à une norme de comportement déterminée est constitutive d'une faute, sauf à prouver que l'acte n'est pas imputable à son auteur. Dans ce cas, nul n'est besoin de passer par la norme générale de prudence et de diligence. C'est tellement vrai que la violation d'une telle obligation est présentée comme une catégorie de faute, à côté de l'obligation générale de prudence ¹²²⁹. Dans cette hypothèse également, la « victime » n'a d'autre charge que de prouver la contravention à la loi. Pour s'exonérer, l'auteur de l'acte n'a d'autre choix que de prouver l'existence d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère exonératoire. N'est-ce pas étrangement proche de ce que Paul Leclercq défendait alors concernant la violation des droits subjectifs ?

Si on admet ce système dans l'hypothèse de la violation de la loi, pourquoi ne pas l'admettre dans le cas de la violation des droits subjectifs d'autrui ? Jean Dabin ne répond pas à cette question.

247

La cinquième critique : la distinction entre le fait médiat et le fait immédiat. De toute la théorie de Paul Leclercq, la distinction entre le régime des faits médiats et immédiats représente sans doute le maillon le plus faible ¹²³⁰.

1227. Dans le même sens même s'il s'agit d'analyses critiques des thèses de Leclercq, voy. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *R.G.A.R.*, 1937, n° 2509, p. 6, n° 5, *in fine*.

1228. En effet, Jean Dabin semble admettre dans sa chronique de jurisprudence que le manque à la loi est constitutif d'une faute en dehors de toute considération d'imprudence (J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.) », *op. cit.*, p. 58, n° 17). C'est donc bien que, pour lui également, il y a place pour différentes catégories de fautes. Encore aurait-il fallu que l'auteur explique clairement pourquoi, d'après lui, la violation des droits subjectifs d'autrui en tant que violation du devoir de respect qui y est attaché ne pouvait se départir de la faute-imprudence.

1229. Cf. *supra*, n° 196 et s.

1230. Cf. *supra*, n°s 240.

Nombreux sont les auteurs qui ont dénoncé le caractère artificiel et illogique de la distinction¹²³¹. Celle-ci ne trouve aucune base ni dans le texte ni dans l'esprit des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ce n'est du reste qu'au prix d'une interprétation excessivement extensive de ces dispositions que l'auteur tente d'y trouver une justification¹²³². En aucun cas, il ne justifie réellement pourquoi dans un cas — le fait immédiat — l'obligation de respect s'imposerait d'elle-même alors que dans l'autre — le fait médiate — il serait nécessaire de jauger la prudence de l'auteur. Dans un cas comme dans l'autre, le contrôle du comportement de l'agent pourrait s'apprécier en fonction de l'obligation générale de prudence et de diligence.

Pourtant, à bien y réfléchir, l'auteur forçait par là la réflexion sur un élément essentiel. Si l'atteinte au droit est directement génératrice d'une faute, il ne s'agit pas d'une règle générale. L'atteinte peut impliquer directement la constatation d'une faute. Mais tel n'est pas toujours le cas. Pour fonder la distinction, Paul Leclercq se place plutôt sur le terrain de la causalité. Nous verrons, ci-après, que ce fondement est très critiquable. Il n'empêche. Le problème souligné est réel. Il conviendrait, dès lors, de le prendre en compte, afin de trouver une solution à la problématique analysée.

248

La sixième critique : une causalité purement matérielle. Jean Fonteyne est à la source d'une autre critique de la théorie de Paul Leclercq. D'après lui, la causalité s'apprécie, dans la thèse de Leclercq, sous un angle purement matériel : « Tous les éléments déterminants d'un événement considéré sont également cause de cet événement »¹²³³. Cette opinion se comprend aisément. Dans la théorie de la causalité, la faute joue un rôle essentiel, faisant du lien causal un lien juridique plutôt qu'un lien matériel. Sans la faute, le dommage ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. Si la référence à la faute est gommée, tout acte lésionnaire serait la cause du dommage.

La théorie de Paul Leclercq déboucherait donc sur une impasse : « Dans le cas de rencontre de deux véhicules, l'impossibilité d'attribuer la collision au fait du conducteur de l'un plutôt qu'à celui de l'autre, saute

1231. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », R.G.A.R., 1933, n° 1315, II, p. 7 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 159, n° 232 qui parle même d'arbitraire ; J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 194 et 195 ; R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 439.

1232. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 926, n° 935, C.

1233. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *op. cit.*, p. 20, n° 13.

aux yeux. Ajoutons que la difficulté, dans ce cas, demeurera insoluble si l'on ne fait pas intervenir, ne fût-ce qu'à titre de preuve contraire, la notion traditionnelle de la faute, c'est-à-dire celle d'un manquement non à une prétendue obligation générale de ne pas porter atteinte au bien d'autrui, mais à une obligation particulière de prudence »¹²³⁴. L'auteur prend également l'exemple de l'accident mettant en cause un véhicule et un piéton. Deux faits également déterminants interviennent : la présence de l'auto et celle du piéton sur la voie. Comment départager les deux intervenants de l'accident sans passer par l'analyse de leur faute respective ?

Cette critique est fondamentale. Elle met en exergue toute la difficulté, déjà rencontrée en matière d'opposabilité des droits, de préciser en quoi consiste l'atteinte aux droits d'autrui. Elle pose également la question de savoir comment départager l'atteinte au droit constitutive d'une faute et celle qui est plutôt liée à l'émergence du dommage ou comment faire la différence entre l'atteinte au droit envisagée comme une action et l'atteinte au droit perçue comme la conséquence de l'acte.

En cas d'accident de la circulation entre un piéton et une voiture, l'approche purement matérielle de Paul Leclercq inviterait à devoir considérer que les deux intervenants sont tous les deux susceptibles d'avoir commis une faute au sens de la violation des droits d'autrui. L'atteinte à l'intégrité physique saute aux yeux. La blessure prouverait donc l'atteinte au droit à l'intégrité physique. L'atteinte au bien — la voiture — faisant l'objet d'un droit de propriété n'en est pas moins réelle. Comment alors départager les deux responsabilités concurrentes ? Telle est la question posée par Jean Fonteyne.

Un des derniers arrêts de la Cour de cassation adoptant les thèses de Paul Leclercq¹²³⁵ a forcé la réflexion sur ce point, permettant à Jean Fonteyne d'approfondir encore sa critique¹²³⁶. Il s'agissait en l'espèce d'un accident de la circulation impliquant un véhicule et un piéton. Ce dernier marchait sur un trottoir. La voiture passa. Immédiatement, on releva le piéton mortellement blessé. Cet accident n'avait eu aucun témoin. L'examen du cadavre établit avec certitude que le piéton avait été atteint par le côté arrière droit du véhicule.

1234. *Ibid.* Dans le même sens, J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 192 et 193 ; R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 439 et 440.

1235. Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 23 et s.

1236. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *op. cit.*, spéc. n^{os} 6 et s.

L'arrêt entrepris avait refusé de condamner l'automobiliste sans retenir expressément le cas de la force majeure. Constatant l'absence de témoins, l'arrêt relevait que les explications des parties ne constituaient que de pures hypothèses et que l'accident semblait bien être dû à la propre imprudence de la victime. L'arrêt de cassation rejeta le pourvoi, confirmant cette décision : « Attendu que ces motifs impliquent la reconnaissance, par l'arrêt attaqué, qu'il n'est pas établi que la collision est imputable au fait de l'intimée et qu'ainsi se trouve justifiée la confirmation du jugement. »

Jean Fonteyne relève alors avec raison que cette décision, prise sur les conclusions conformes du procureur général Leclercq, va à l'encontre de la théorie de ce dernier : il est en effet indéniable qu'une atteinte à la personne de la victime a été causée par le fait immédiat du conducteur. Sur le terrain factuel, la mort de la victime avait incontestablement été causée par le fait du conducteur ¹²³⁷.

Pour Paul Leclercq, la partie demanderesse suppose erronément qu'il suffisait qu'une automobile, considérée en fait comme le prolongement de son conducteur, ait été, en mouvement, l'occasion de la mort d'un homme pour donner lieu à réparation ¹²³⁸. Qu'il soit dès lors permis de reprendre le raisonnement du procureur : « Il n'est pas prouvé, expose la décision attaquée, que la mort est la conséquence de l'action du défendeur sur l'automobile qu'il conduisait [...] C'est donc erronément que le pourvoi allègue que l'arrêt constate que la mort est le résultat du fait du défendeur, étant la suite de la direction qu'il a donnée à l'automobile qu'il conduisait. Tout ce qui est prouvé c'est que l'automobile a été l'occasion de la mort ; mais il est ignoré comme elle a servi d'instrument de mort. Or, comme l'arrêt le constate en fait, elle a pu de différentes façons servir d'instrument de mort. [...] il faut donc, pour qu'il y ait responsabilité, que le juge constate que la mort est le résultat de l'activité de celui qu'on veut rendre responsable ; c'est ce que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne constate pas. [...] C'est cet élément, le rapport de causalité entre un fait illicite et le dommage, que le premier moyen du pourvoi a perdu de vue. » En conclusion, Paul Leclercq résume sa pensée comme suit : « Le pourvoi, dans le premier moyen, oublie que, pour qu'il y ait responsabilité en vertu de la jurisprudence de la Cour sur les articles 1382 et 1383, il faut qu'il soit prouvé que la personne qu'on veut rendre responsable a commis un acte lésant le droit d'autrui et causant le dommage ; il ne suffit pas qu'il y

1237. *Ibid.*, p. 7, n° 8.

1238. Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *op. cit.*, p. 30.

ait un dommage dont la cause est ignorée ; s'il y a un cadavre, il faut prouver qu'il est le fait du défendeur »¹²³⁹.

Jean Fonteyne en conclut, non sans satisfaction, que Paul Leclercq abandonnerait le terrain matériel « pour entendre les notions de fait et de causalité sous une qualification juridique, inspirée de l'idée de faute »¹²⁴⁰. Le système de Paul Leclercq impliquerait donc une distinction entre les divers faits matériels qui contribuent à la production d'une lésion. Mais quel serait alors le critère de distinction ? Jean Fonteyne espérait que Paul Leclercq fournirait, par la suite, plus d'explications. Il conclut alors que : « Le seul élément que l'on puisse actuellement soupçonner, c'est que M. Paul Leclercq attache une certaine importance au caractère plus ou moins actif du rôle de chacun des agents »¹²⁴¹.

Paul Leclercq paraît *in fine* à l'aube d'un remaniement important de sa théorie, du moins en ses termes. Si les faits immédiats entraînant une lésion des droits d'autrui ne constituent pas tous une faute, alors il est nécessairement obligé de réintroduire l'élément de faute au sens classique du terme. Soit l'intention, la recherche délibérée de l'atteinte au droit constitue la faute. Soit une imprudence telle que l'atteinte au droit, conséquence nécessaire de l'acte, aurait dû apparaître au conducteur qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter la lésion. On est alors assez loin de l'exposé initial de la théorie. Il y manquait en effet l'élément essentiel : la détermination même de ce qu'il fallait entendre par « l'atteinte aux droits d'autrui » en tant qu'acte fautif¹²⁴².

249

La chute : le rejet de la thèse de Paul Leclercq. La Cour de cassation a durant presque vingt ans été séduite par la pensée de son procureur général pour finir par l'abandonner.

1239. *Ibid.*, p. 30 et 31.

1240. J. FONTEYNE, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *op. cit.*, n° 9.

1241. *Ibid.*, n° 12.

1242. Voy. sur ce point l'opinion de R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 440, n° 26 *in fine*. L'auteur approuve en effet l'idée selon laquelle la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui, mais y apporte un bémol en relevant que ce devoir comporte des exceptions dans ce qu'il nomme « les droits de nuire à autrui ». Il reconnaît explicitement que le problème est de savoir quand il y a réellement atteinte au droit d'autrui ; *adde* J. RUTSAERT, *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 195 pour qui « [...] la seule preuve d'une atteinte au droit d'autrui par suite d'une rencontre d'activités ne constitue point nécessairement les autres activités intervenantes en faute. Il importe d'établir préalablement que le dommage produit est véritablement leur « fait », et que ce fait elles eussent pu le prévoir et l'éviter ».

Dans cinq arrêts, la Cour paraît suivre la théorie de Paul Leclercq, telle qu'exposée dans ses conclusions¹²⁴³. Même si certains n'ont admis cette approbation que du bout des lèvres, il semble inutile ici d'analyser chacune de ces décisions pour démontrer qu'elles reprenaient bien, si pas la lettre, si pas la thèse de Paul Leclercq dans son intégralité, au moins ce qui en formait l'essentiel.

Tout aussi incontestable est, par la suite, le revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cette dernière semble déjà l'amorcer dans un arrêt du 18 janvier 1945 où, s'agissant d'un dommage corporel subi par le voyageur assis dans un train, la Cour énonce que « dans l'espèce, le seul fait constaté par l'arrêt, à savoir le déraillement d'un train, ne permet pas d'en discerner la cause, ni, par conséquent, de rechercher s'il est bien de nature à entraîner pour la société demanderesse, soit une responsabilité directe (art. 1383), soit une responsabilité médiate en raison du fait de ses préposés ou du vice des choses dont elle a la garde »¹²⁴⁴. Le revirement est beaucoup plus franc dans un arrêt du 16 décembre 1948 où la Cour, répondant à un moyen clairement articulé sur la thèse de Leclercq, rejette celui-ci en indiquant que : « Attendu que l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ne saurait être considérée comme illicite, lorsque, comme dans l'espèce, il est constant qu'elle est la conséquence d'une activité qui s'imposait à son auteur, et dont l'exercice ne décèle aucune faute dans le chef de celui-ci »¹²⁴⁵.

Suite à un arrêt quelque peu ambigu du 7 avril 1949¹²⁴⁶, la Cour apporte, de l'avis d'une doctrine unanime, un coup d'arrêt décisif à la

1243. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 259 et s. et conclusions du procureur général P. LECLERCQ ; Cass. (1^{re} ch.), 23 juin 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 200 et s. et note de P. LECLERCQ ; Cass. (1^{re} ch.), 27 septembre 1934, *Pas.*, 1934, I, p. 388 et s. et conclusions du procureur général P. LECLERCQ ; Cass. (1^{re} ch.), 21 janvier 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 23 et s. et conclusions du procureur général P. LECLERCQ ; Cass. (1^{re} ch.), 17 mars 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 92 et s. conclusions du procureur général P. LECLERCQ.

1244. Cass. (1^{re} ch.), 18 janvier 1945, *Pas.*, 1945, p. 88 et s. ; *R.C.J.B.*, 1947, p. 81 et s. et note de C. RENARD, où l'auteur y voit le début d'un détachement des thèses de Leclercq (spéc. p. 94 et 95).

1245. Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 727 et s. ; *J.T.*, 1949, p. 84 et note R. SAVATIER, où l'éminent juriste français, quoiqu'approuvant l'arrêt, ne fait aucune référence à la thèse de Leclercq.

1246. Cass. (1^{re} ch.), 7 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, p. 273 et s. et conclusions de l'avocat général R. JANSSENS DE BISTHOVEN concernant un cas de trouble du voisinage. Ce dernier, fort élégamment c'est-à-dire sans y faire nommément référence, prend clairement position contre les thèses de Leclercq en énonçant que : « Mais n'est-ce point là confondre la lésion du droit d'autrui et la faute ? La conception traditionnelle de la responsabilité aquilienne repousse

thèse de Leclercq dans ses arrêts du 16 octobre 1952¹²⁴⁷ et du 25 juin 1953¹²⁴⁸.

Dans le premier arrêt, il s'agissait d'un accident de navigation. Un navire avait dégradé un ouvrage d'art dans une manœuvre de remorquage. L'arrêt entrepris avait retenu la responsabilité du propriétaire du bateau remorqueur sans relever de faute à sa charge et sans rechercher si la dégradation s'expliquait par un cas de force majeure ou par la faute d'un tiers. Il s'appuyait, pour ce faire, sur un arrêté royal du 15 octobre 1935, abrogé depuis, qui énonçait que : « Néanmoins, les propriétaires ou patrons de bateaux remorquant des bateaux d'intérieur sont responsables envers l'État des avaries et dégradations faites à la voie navigable, à ses dépendances et aux ouvrages d'art par un quelconque des bateaux de la traîne. » La Cour rejeta cette argumentation en indiquant que « cette disposition réglementaire, interprétée comme le fait l'arrêt attaqué, n'est pas conforme aux règles du droit commun sur la responsabilité civile énoncées par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, règles auxquelles les dispositions en exécution desquelles l'arrêté royal a, suivant son texte, été pris, n'autorisent pas le Roi à déroger ».

Dans le second arrêt, il s'agissait d'un cas de troubles de voisinage. Un propriétaire avait entrepris des travaux de démolition et de construction de son immeuble. Le voisin avait subi divers dégâts à la suite de ces travaux. L'arrêt entrepris avait admis la responsabilité du premier propriétaire sans retenir de faute, mais en constatant que les travaux devaient nécessairement provoquer dans la maison voisine l'aggravation des dégâts qui existaient antérieurement. Le pourvoi invoquait que le seul fait de porter atteinte au droit d'autrui ne constituait pas une faute. La Cour admit ce moyen en énonçant : « Attendu que la responsabilité fondée sur

cette confusion ; suivant cette conception, on n'est pas responsable par le seul fait qu'on porte atteinte au droit d'autrui, on ne l'est que si on attende à ce droit par sa faute. Votre jurisprudence, hésitante pendant un certain temps, paraît être revenue à la théorie classique » (p. 276). Sa conclusion est cependant ambiguë en ce qu'il demande la cassation, l'arrêt ayant eu une conception trop étroite de la notion de faute. Tout aussi ambiguë est la motivation de l'arrêt qui énonce que : « Et attendu que la responsabilité de la première défenderesse, qui a exécuté les travaux litigieux, ne peut être restreinte à une faute déterminée dans la conception ou l'exécution, faute dont la demanderesse aurait à administrer la preuve ; que cette responsabilité peut aussi se trouver engagée par le fait qu'elle aurait *contribué à la lésion du droit de propriété du demandeur* » (nous soulignons).

1247. Cass. (1^{re} ch.), 16 octobre 1952, *Pas.*, 1953, p. 66 et s. ; *R.G.A.R.*, 1953, n° 5121 et note F. VAN DER MENSBRUGGHE.

1248. Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 857 et s.

l'article 1382 suppose nécessairement une faute ; Attendu qu'en accueillant l'action des défendeurs pour le seul motif que les dégâts dont réparation est demandée ont eu leur cause directe dans les travaux exécutés par le demandeur dans l'immeuble voisin dont il est propriétaire, sans constater que le demandeur a commis une faute, l'arrêt attaqué a violé les dispositions légales visées au moyen. »

Depuis, la Cour de cassation a confirmé son point de vue à diverses reprises¹²⁴⁹. Porter atteinte aux droits d'autrui n'est pas interdit, seule l'atteinte fautive à ces droits est sanctionnée. Dans cette optique, tout comportement, qu'il soit ou non pris en violation d'un droit subjectif, doit, pour être fautif, soit constituer la violation d'une règle de prudence, soit constituer la violation d'une règle de comportement déterminée. Ce faisant, la notion de faute n'est pas comprise de manière différente selon que l'acte analysé porte atteinte à un droit subjectif, à une liberté civile ou à un intérêt légitime¹²⁵⁰. Le rejet de la théorie de Paul Leclercq par la Cour de cassation et, par conséquent, de l'acceptation de l'assimilation entre la faute et l'atteinte au droit subjectif qui en découle, est quasi unanimement approuvé par la doctrine actuelle de la responsabilité civile en

1249. La Cour de cassation rappelle souvent, au point que cela devienne une figure de style, que c'est l'atteinte « fautive » ou « illégale » au droit qui conditionne la responsabilité de celui qui y porte atteinte, se fondant implicitement sur l'idée selon laquelle la constatation de l'atteinte ne suffit pas pour qu'il y ait une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Voy., à titre d'exemples : Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, p. 1222 et s. : « Attendu qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil » ; Cass. (1^{re} ch.), 20 juin 1997, *Bull.*, 1997, I, p. 713 et s. : « Attendu que l'État et toute autre personne de droit public, ainsi que les justiciables, sont soumis aux règles de droit et, notamment, aux règles relatives à la réparation du dommage résultant de la violation des droits subjectifs et des intérêts légitimes des particuliers ensuite d'une faute » ; Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, p. 316 et s. : « Attendu que l'État est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit, et notamment à celles qui régissent la réparation des dommages découlant des atteintes portées par des fautes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes des personnes » ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1299 et s. : « Attendu que la faute de la défenderesse peut consister [...] aussi dans le fait qu'elle aurait illégalement porté atteinte au droit de propriété du demandeur ».

1250. Ainsi que l'a précisé l'avocat général Spreutels dans des conclusions sous un arrêt récent de la Cour de cassation. Faisant le point sur la notion de faute, ce dernier précise que la faute naît d'un comportement s'analysant en une erreur de conduite ou une violation d'une norme de droit national. Ce faisant, il précise en note que la notion même de comportement doit se comprendre comme « toute action ou omission de nature à produire des effets directs sur les droits, libertés ou intérêts des personnes » (conclusions de l'avocat général J. SPREUTELS précédant Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 817, n° 7, note 11).

Belgique ¹²⁵¹. Nous verrons cependant que cette assimilation est à nouveau défendue par une certaine doctrine, sans pour autant se fonder sur les travaux de Paul Leclercq ¹²⁵².

250

La première leçon de la critique des thèses de Leclercq : une approche fondée uniquement sur les principes de responsabilité civile. La théorie du procureur général Leclercq — et là n'est pas son moindre mérite — a forcé la réflexion sur la place de la violation des droits subjectifs dans la théorie de la responsabilité civile.

Se plaçant sans doute trop rapidement sur le terrain des principes de la responsabilité civile, elle aura suscité des critiques trouvant essentiellement leur fondement dans les règles techniques de cette matière.

Il faut admettre que certaines de ces critiques étaient fondées. La distinction entre le fait médiat et immédiat paraît injustifiable ¹²⁵³. Elle révèle cependant à quel point l'atteinte au droit est une notion volatile qui se promène dans une nébuleuse située entre la faute et le dommage. Choissant la première option concernant le fait immédiat, Paul Leclercq semble en revenir à la seconde concernant le fait médiat. Cherchant la justification dans une lecture pour le moins personnelle des articles 1382 et 1383 du Code civil, l'auteur ne pouvait qu'échouer dans sa démonstration.

Cette critique a eu beau jeu de s'abattre alors sur une ambiguïté présente au sein de la théorie de Paul Leclercq. N'ayant pas défini ce qu'il entendait pas la notion d'atteinte au droit, on n'y a vu qu'une notion purement matérielle, le résultat de l'acte posé par l'auteur de l'atteinte. Cette appréhension purement matérielle de l'atteinte au droit est inconciliable avec le principe de causalité et amène à des impasses pratiques qui déforcent grandement le raisonnement de Leclercq.

1251. Outre les auteurs qui ont, à l'époque, critiqué la théorie de Paul Leclercq et qui ont été cités sous les paragraphes précédents, voy. par exemple : L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 156 et s., n° 84 ; J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.) », *op. cit.*, p. 55, n° 13 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 160, n° 237 et p. 163, n°s 249 et 250 ; J. LIMPENS, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 735, n° 23 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1998, p. 613, n° 33 ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Anvers-Apeldoorn, CED-Samsom, 1983, p. 30 et 31, n° 7.

1252. Cf. *infra*, n°s 253 et s.

1253. Cf. *supra*, n° 247.

251

La deuxième leçon de la critique des thèses de Leclercq : certaines critiques sont dépassées en droit positif actuel. Un autre point frappant à l'heure actuelle consiste dans le fait que les critiques principales de la thèse de Paul Leclercq ont perdu beaucoup de leur pertinence du fait de l'évolution même de la compréhension des principes de responsabilité civile.

Reprocher une confusion entre la faute et le dommage du fait de l'assimilation entre l'atteinte au droit subjectif et la faute paraît impensable aujourd'hui. Nous l'avons vu, il est maintenant admis que l'atteinte au droit ne peut se confondre avec la notion distincte de dommage. L'atteinte peut certes impliquer un dommage, mais pas nécessairement ¹²⁵⁴.

De même, on ne pourrait plus reprocher à Paul Leclercq de violer la notion de faute du seul fait qu'il écarte l'application d'une norme générale de prudence en cas de violation des droits subjectifs d'autrui. Le droit positif connaît une autre catégorie de faute dans la violation d'une norme de comportement déterminée. Si la violation libre et consciente de la loi est une faute indépendante de la violation d'une norme de prudence, pourquoi, d'emblée, serait-il condamnable de considérer qu'il en irait de même concernant la violation d'un droit subjectif ?

252

La troisième leçon de la critique des thèses de Leclercq : l'oubli de la problématique de l'opposabilité des droits subjectifs. Le fondement même de la théorie de Leclercq, l'opposabilité des droits, reprise d'une opinion déjà émise par Planiol, est pratiquement passé sous silence dans les critiques émises à son encontre. Il était cependant porteur d'une réflexion féconde, mais n'aura malheureusement pas retenu suffisamment l'attention des commentateurs.

L'opposabilité des droits, présente dans la théorie de Paul Leclercq, noyée sous un fatras d'arguments, prend sa source, nous l'avons démontré ¹²⁵⁵, en dehors des règles de la responsabilité. Elle provient d'une réflexion séculaire sur le droit subjectif lui-même. Paul Leclercq a ouvert une réflexion sur les liens qui doivent exister entre le devoir de respect des droits subjectifs, né de leur opposabilité, et la mise en œuvre des principes de responsabilité civile.

Si tout droit subjectif fait naître un devoir de respect dans le chef d'autrui, comment comprendre la violation de ce devoir au regard de la notion de faute ? Comment comprendre également, et c'est là un des acquis de la théorie de Leclercq et de ses nombreuses critiques, que certaines atteintes suffiraient à l'établissement d'une faute et d'autres pas ?

1254. Cf. *supra*, n^{os} 232 et s.

1255. Cf. *supra*, n^{os} 213 et s.

C. Le temps du renouvel de l'assimilation entre la faute et la violation du droit subjectif

253. Les exemples d'assimilation en droit positif – 254. La convergence : le fondement de l'assimilation recherché dans la qualification de droit subjectif et ses caractéristiques – 255. La voie de l'assimilation légale de la faute et de l'atteinte au droit subjectif : un exposé critique – 256. La voie de l'assimilation entre la faute, la violation d'une norme d'interdiction et la violation du droit subjectif : un exposé critique – 257. La voie de l'affranchissement du droit commun de la responsabilité civile : un exposé critique – 258. Apports et limites du renouvel de l'assimilation

253 Les exemples d'assimilation en droit positif. L'assimilation de la faute à l'atteinte aux droits de la personnalité, considérés comme des droits subjectifs, est récurrente en doctrine¹²⁵⁶ et jurisprudence belges¹²⁵⁷, tout comme en droit français¹²⁵⁸. De même, certains prônent la même appro-

1256. Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levensfeer », in *Het recht op privacy en de sluiers van het recht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, p. 20, n° 4 ; E. GULDIX, « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1164, n° 4 ; Id., « De rechtsbescherming van de persoonlijke levensfeer door perssoonlijkheden », *VL T. Gez.*, 1986-1987, p. 209, n° 19 ; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privéleven », *op. cit.*, p. 496, n° 27, *in fine* ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2000, p. 304, n° 530 ; M. ISGOUR, B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 124 et 125, n°s 171 et 172.

1257. Voy. par exemple, Gand (26^e ch.), 12 juin 2001, *A. & M.*, 2002, p. 169 et s. (droit à la vie privée et à l'honneur) où la cour parle de faute intentionnelle (« opzettelijke fout ») ; Civ. Bruxelles (33^e ch.), 19 mai 2000, *A. & M.*, 2000, p. 338 et s. (droit à l'image) ; Bruxelles (1^{re} ch.), 14 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 93, titre V « Over de onrechtmatige publicatie van foto » ; Bruxelles (9^e ch.), 12 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 361 et s. (droit à l'image) ; Bruxelles (9^e ch.), 12 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 361 et s. (droit à l'image) ; Civ. Anvers (19^e ch.), 12 mai 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 654 et s. (droit à l'image) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 décembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 260 (droit à l'image) ; Civ. Bruxelles (3^e ch.), 12 oct. 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 251 (droit à l'image) ; Civ. Anvers (7^e ch.), 24 juin 1985, *R.W.*, 1985-86, col. 2647, note G.L. BALLON (droit à l'image) ; Comm. Bruxelles, 11 septembre 1974, *J.T.*, 1975, p. 136, note M. DE SALLE (droit à l'image) ; Civ. Verviers, 16 juin 1952, *J.T.*, 1952, p. 642 et s. (droit à la vie privée).

1258. Voy. par exemple, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil-Les personnes*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 248, n° 275, qui parle de recours « formel » à l'article 1382 du Code civil ; P. FRÉMOND, *Le droit de la photographie — Le droit sur l'image*, 3^e éd., Paris, Publicness, 1985, p. 346 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, F. LAROCHE-GISSEROT, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, *Les personnes-La personnalité-Les incapacités*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, p. 403 et s., spéc. n°s 813 et 817 ; J. RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur*

che concernant l'atteinte aux droits de l'homme et autres droits fondamentaux¹²⁵⁹. Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de ce qui ne paraît bien être qu'une tendance du droit positif.

Nous retrouvons également la même tendance en ce qui concerne le droit à l'environnement. Sa qualification en droit subjectif est en effet per-

image, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 359 et s., spéc. n^{os} 339 et 340 ; J. STOUFFLET, « Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité) », *J.C.P.*, I, n^o 1374, n^o 19 ; D. TALLON, « Droits de la personnalité », in *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 1996, p. 4, n^o 15 ; F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil — Les personnes-La famille-Les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 89 et 90, n^{os} 104 et 105.

1259. Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levensfeer », *op. cit.*, p. 20, n^o 4 : « Doordat een schending van de privacy meteen ook een schending uitmaakt van een grondrecht dient het slachtoffer niet te bewijzen dat de schender « schuldig » is, eenmaal vaststaat dat er een ongeoorloofde schending plaatsgreep » ; F. JONGEN, « Droits de l'homme et médias », in *Le point sur les droits de l'homme*, Université de Liège, Éd. Formation permanente CUP, 2000, p. 129, n^o 4 : « Selon la division traditionnelle, on peut distinguer les fautes résultant d'un acte de celles résultant d'une omission ou d'une abstention. Les premières constitueront des atteintes aux droits de la personnalité, soit de nature quasi pénale (atteintes à l'honneur et à la réputation), soit par la lésion d'un droit constitutionnellement garanti (atteintes à la vie privée) ; [...] Mais l'atteinte aux droits de la personnalité peut aussi être sanctionnée de façon autonome, sans qu'une obligation professionnelle pure ait été préalablement violée » ; K. RIMANQUE, P. PEETERS, « De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen — Algemeen probleemstelling », *op. cit.*, p. 26, où les auteurs indiquent, non sans reconnaître que l'application de l'article 1382 ne va pas sans poser question en la matière : « Of de schending van een grondrecht een strafbaar feit uitmaakt of niet, zij is een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382-1383 B.W. ». Voy. aussi de manière plus nuancée : A. VAN OEVELEN, « Schade in schadeloostelling bij de schending van grondrechten door private personen », in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, *op. cit.*, p. 423, n^{os} 1 à 4, où l'auteur, tout en partant de l'affirmation que la violation d'un droit fondamental par une personne privée constitue un acte illicite, rattache cependant — non sans ambiguïté — cette violation à une règle générale de prudence contenue dans les articles 1382 et 1383 du Code civil : « De artikelen 1382 en 1383 B.W. formuleren trouwens een algemeen rechtsbeginsel dat, afgezien van bijzondere wettelijke voorschriften, iedere burger zich in de samenleving zorgvuldig behoort te gedragen. Deze maatschappelijke zorgvuldigheid houdt in dat men in zijn feitelijke gedragingen, in zijn doen en laten, de grondrechten van zijn medeburgers eerbiedigt en deze rechstgoedren niet lichtzinnig in het gedrang brengt. » Dans le même sens, B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbieding van het privé-leven », *op. cit.*, p. 496, n^o 27. Cette dernière opinion nous paraît ambiguë. Soit la violation d'un droit fondamental est soumise au test de comparaison relatif au comportement de l'homme normalement prudent et diligent et ce sont les circonstances de fait de la cause qui détermineront si, oui ou non, l'atteinte au droit est *in casu* une faute sans que l'on puisse en inférer une règle générale de comportement s'imposant quelles que soient les particularités de la cause. Soit la violation du droit fondamental est toujours une faute et la référence à ce test est purement formelle sans plus aucune vertu explicative (cf. sur la critique de cette dernière tendance en droit de la responsabilité, *supra*, n^o 201).

que comme un avantage, notamment en ce qui concerne l'assimilation possible de sa violation à la faute ¹²⁶⁰.

Encore plus fréquente est l'assimilation de l'atteinte aux droits d'auteur et voisins à la faute. La contrefaçon, c'est-à-dire l'atteinte au droit, est en effet généralement seule considérée comme fait générateur de la responsabilité civile du tiers contrefaisant ¹²⁶¹. La plupart du temps, l'exploitation d'une œuvre sans l'autorisation des ayants droit paraît bien constituer la faute ¹²⁶². Aucune trace ici de la recherche de la violation d'une règle de prudence ou de diligence. Si l'élément objectif de la faute est bien constitué de la violation du droit d'auteur, il ne semble pas qu'il requière en outre un élément subjectif particulier. Nous avons déjà relevé qu'en ce qui concerne la contrefaçon, la bonne foi du contrefaisant est sans incidence sur le résultat de la cessation demandée ¹²⁶³. Il semble que

1260. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht ? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 187, n° 4 et réf. citées.

1261. Voy. par exemple, J. CORBET, *Auteursrecht*, Antwerpen, Kluwer-Story-Scientia, 1997, p. 103, n° 262 : « Vermits het auteursrecht een absoluut recht is, bestaat de fout in iedere overtreding van dat recht, zelfs onopzettelijk, zelfs uit onwetendheid » ; L. VAN BUNNEN, « Procédure pénale et civile (L'action en contrefaçon) », in *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw — Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 422 : « En cas d'action civile, la responsabilité du contrefacteur est engagée indépendamment de toute intention frauduleuse du seul fait de la reproduction illicite de l'œuvre d'un tiers » ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, op. cit., p. 521, n° 655 : « La violation du droit d'auteur ou d'un droit voisin constitue en soi une faute. ».

Voy. aussi, en droit français, A. LUCAS, H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., op. cit., p. 609 et s., n° 802, qui, tout en relevant que la Cour de cassation française admet que seule la violation du droit d'auteur révèle l'illicéité de l'acte critiqué, en appellent à une application du droit commun de la responsabilité.

1262. Pour des exemples récents en jurisprudence, voy. par exemple, Mons (12^e ch.), 13 mai 2002, *A. & M.*, 2002, *A.M.*, 2002, p. 421 et s. et note F. BRISON, spéc. p. 424 : « Qu'il n'est pas démontré que Madacy aurait commis une faute autre que celle d'avoir violé les droits de producteur de la première fixation depuis le 1^{er} août 1994 », cette violation ayant été constatée du fait de l'absence de convention conclue avec le titulaire des droits et de l'absence de preuve d'une acquisition légitime de ces droits auprès d'un tiers ; Gand (17^e ch.), 16 avril 2002, *A. & M.*, 2002, p. 347 et s., qui fustige l'exploitation de la reproduction d'un tableau sans le consentement des ayants droit comme seul élément de la faute, excluant du reste toute incidence de la bonne foi du contrefaisant sur la demande ; Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2001, *A. & M.*, 2001, p. 375 et s. et note E. DERCLAYE et A. CRUQUENAIRE, spéc. p. 378 : « [...] il lui appartenait de demander l'autorisation de l'auteur de l'œuvre avant de la reproduire ; les droits d'auteur de l'intimée n'ayant pas été respectés par l'appelante, cette dernière est tenue de la dédommager » ; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 23 février 2001, *A. & M.*, 2002, p. 68 et s. et note, spéc. p. 69 : « Attendu que la défenderesse devait donc demander l'autorisation préalable aux demandeurs ; Attendu que non seulement, elle ne l'a pas fait mais en outre les demandeurs lui avaient refusé cette autorisation et elle avait été prévenue par la Sabam ; ».

1263. Cf. *supra*, n° 211.

le principe est généralement admis, par identité de motifs, en ce qui concerne la faute du contrefaisant ¹²⁶⁴. Du reste, l'exigence d'un élément subjectif supplémentaire n'est pas exprimée par la doctrine, si ce n'est par certains auteurs français ¹²⁶⁵.

Nous verrons également qu'une partie, certes minoritaire, de la doctrine belge prône également que le fondement de la responsabilité du tiers complice est à trouver dans l'atteinte au droit de créance ¹²⁶⁶.

1264. En doctrine, voy. par exemple, J. CORBET, *Autersrecht*, *op. cit.*, p. 103, n° 262, où, concernant la faute, l'auteur énonce : « Goede trouw speelt geen rol » ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 521, n° 655 : « La bonne foi n'est pas évasive de la faute. ».

Voy. par exemple en jurisprudence récente, Gand (17^e ch.), 16 avril 2002, A. & M., 2002, p. 348 : « Aangenomen dat geïntimeerde tot aan die ingebrekestelling te goeder trouw was — en eeste appelante was daar luidens haar brief van 24 augustus 1992 van overtuigd (Wij twijfelen geenenzins aan de goede trouw van de brouwerij Strubbe...) — dan nog neemt dat inbreuk op de A.W. niet weg, en heeft het geen enkel gevolg voor de rechtmatigheid van de aanspraken van eerste en derde appelante » ; Bruxelles, 2 février 2001, A. & M., 2002, p. 412 et s. spéc., p. 414 : « Que pour apprécier le montant de ces droits, la bonne ou la mauvaise foi du plagiaire est indifférente » mais la cour d'ajouter « qu'en toute hypothèse, l'appelante aurait dû se douter qu'elle ne pouvait copier impunément tous les dessins, même s'ils lui étaient transmis par les clubs de golf, alors que le nom Stock & Associates figurait sur certains plans » ; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 5 janvier 2001, A. & M., 2001, p. 385 et s. et note J. CORBET, spéc. p. 387 où le tribunal relève, de manière cependant quelque peu imprécise que « Zij diende echter te weten dat een loutere stopzetting van de publicatie, weze het met een welgemeende motivatie, op zich ongeoorloofd was ». Voy. aussi Civ. Bruxelles (3^e ch.), 27 septembre 1989, *Ing.-Cons.*, 1989, p. 271 et s., dont la motivation n'est pas exempte d'ambiguïté : « Qu'il n'est davantage pas contesté que la défenderesse a reproduit ladite photographie sans l'autorisation des demandeurs et qu'elle l'a, en outre attribuée à un tiers concurrent de l'auteur ; Que c'est en vain que la défenderesse se prévaut de sa bonne foi ; Que celle-ci n'est pas évasive de toute responsabilité dans son chef ; Que la défenderesse reconnaît, du reste, avoir commis l'erreur de ne pas vérifier l'identité du photographe concerné ; qu'il lui aurait pourtant été aisé de le faire, dès lors qu'il était clairement indiqué, au dos de l'original de la photographie, « Denise Moulaerts photos — Studio 232 » ; Qu'à défaut d'avoir effectué cette vérification, la défenderesse a commis une faute engageant sa responsabilité envers les demandeurs ».

1265. A. LUCAS, H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 610, n° 802, où, parlant de l'assimilation ainsi que d'arrêts de la Cour de cassation françaises paraissant retenir la responsabilité du contrefacteur de la seule contrefaçon, ils indiquent : « Elle nous semble cependant difficile à justifier. Une chose est de dire que la bonne foi du contrefacteur est indifférente en matière civile. Une autre est de retenir une responsabilité de plein droit en récusant l'idée même de faute. Il nous semble que la motivation des arrêts précités est trop lapidaire de ce point de vue, et qu'il serait plus judicieux d'en rester à l'idée que la réparation du dommage, contrairement à la cessation de l'acte, doit être subordonnée à l'existence d'une faute, celle-ci devant, conformément aux principes, s'apprécier au regard de la prévisibilité du dommage. ».

1266. Cf. *infra*, n° 429.

La convergence : le fondement de l'assimilation recherché dans la qualification de droit subjectif et ses caractéristiques. Le fondement de l'assimilation entre la violation du droit subjectif et la faute semble généralement recherché dans la qualification et les caractéristiques du droit subjectif. Trop rares sont cependant les études de fond tendant à une compréhension précise du lien entre la faute et l'atteinte au droit subjectif, seule voie possible afin d'offrir un fondement solide à l'assimilation.

La plupart du temps absente, la justification se fait parfois de manière très générale par référence à la qualification même du droit en question ou du droit subjectif en général ¹²⁶⁷. Une telle justification ne peut suffire à elle-même eu égard au rejet de principe de cette assimilation telle que relevée sous le paragraphe précédent.

Certains auteurs franchissent un pas supplémentaire en faisant appel explicitement à l'opposabilité ou à l'exclusivité des droits subjectifs ¹²⁶⁸, rejoignant ainsi, généralement sans s'en rendre compte, l'opinion déjà émise par Paul Leclercq. Peu d'entre eux, cependant, cherchent à justifier ce fondement, notamment au regard de l'évolution de la jurisprudence et de l'opinion doctrinale dominantes qui rejettent les thèses de Leclercq.

Différentes opinions sont alors défendues, pouvant être perçues comme des variations sur le même thème. Nous les classons selon la portée et l'indépendance reconnues aux caractéristiques propres au droit subjectif.

La première opinion, la plus stricte, est défendue par Ludo Cornelis. D'après cet auteur, l'atteinte au droit subjectif ne pourrait être fautive que si le droit objectif, au fondement du droit subjectif en cause, le prévoit explicitement. La seconde est principalement défendue par Hubert Bocken. Elle rejoint, en ses prémisses, notre propre opinion : l'atteinte au

1267. Voy. par exemple, W. DEBEUCKELAERE, « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levensfeer », *op. cit.*, p. 20, n° 4 ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, *op. cit.*, p. 304, n° 530 ; M. ISGOUR, B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 124 et 125, n°s 171 et 172 ; F. JONGEN, « Droits de l'homme et médias », *op. cit.*, p. 129, n° 4.

1268. Voy. par exemple, J. CORBET, *Autersrecht*, *op. cit.*, p. 103, n° 262 (référence au caractère absolu du droit d'auteur) ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, *op. cit.*, p. 521, n° 655, qui expliquent l'assimilation comme suit : « Cela résulte du caractère absolu ou *erga omnes* de ces droits monopolistiques » ; B. OVERSTEYNS, « Het recht op eerbiediging van het privé-leven », *op. cit.*, p. 496, n° 27, *in fine* : « Wij hebben reeds vermeld dat, wanneer men het recht op eerbiediging van het privé-leven niet erkent als een grondrecht met privaatrechtelijke werking, men toch niet kan ontkennen dat het een persoonlijkheidsrecht is, tegenwerpelijk aan derden. Welnu, de rechtstreekse inbreuk op een subjectief recht (*in casu* het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van het privé-leven) is op zichzelf onrechtmatig. ».

droit est comprise, en effet, comme la violation du devoir de respect du droit subjectif. La troisième reçoit une portée plus large et est défendue par Erna Guldix. Le droit subjectif permettrait la naissance d'une action en réparation distincte de l'action de droit commun.

255

La voie de l'assimilation légale de la faute et de l'atteinte au droit subjectif : un exposé critique. Cette voie revient à n'accepter l'assimilation de l'atteinte au droit à la faute que si le législateur a effectivement prévu cette assimilation. C'est la solution prônée par Ludo Cornelis¹²⁶⁹.

Cet auteur part du constat que seules quelques lois précisent explicitement que l'atteinte à un droit subjectif peut entraîner une sanction particulière de réparation. Il ne cite que l'ancien article 28, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales¹²⁷⁰ et l'ancien article 20, alinéa 1^{er}, de la loi sur le droit d'auteur de 1886¹²⁷¹. Il admet également que la théorie des troubles de voisinage flirte avec cette solution, même si elle est d'origine jurisprudentielle, ce qui lui paraît critiquable¹²⁷².

Pour le surplus, le droit commun s'appliquerait. Il faudrait donc prouver que l'atteinte est fautive au sens de la violation d'une norme générale de prudence. Pour l'auteur, la jurisprudence ne peut, pour le reste, étendre ces solutions sous peine de se retrouver en porte-à-faux avec la définition même du droit subjectif¹²⁷³.

Il rappelle en outre que l'opinion contraire serait en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine dominante, qui rejettent les thèses du procureur général Leclercq. Il approuve, comme d'autres, ce revirement et rappelle qu'il est seul en concordance avec la notion traditionnelle de faute : hormis la méconnaissance d'une loi ou d'une règle de droit qui impose le respect d'un comportement déterminé, l'appréciation de la faute suppose la recherche d'une règle de prudence dégagée de la comparaison du comportement incriminé avec celui qu'aurait

1269. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 154 à 159, n^{os} 84 et 85.

1270. Cette disposition précisait que : « Si elle [la dénomination d'une société anonyme], ou si la ressemblance peut induire en erreur, tout intéressé peut la faire modifier et réclamer des dommages et intérêts. » Elle est désormais reprise à l'article 65 du Code des sociétés.

1271. Cette disposition précisait que : « Ni l'auteur ni le propriétaire d'un portrait n'a le droit de le reproduire ou de l'exposer publiquement, sans l'assentiment de la personne représentée ou celui de ses ayants droit pendant vingt ans à partir de son décès. »

1272. L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 155, n^o 84.

1273. Aussi A. CARETTE, *Herstel van een vergoeding voor aantasting aan niet — toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen-Groningen, 1997, p. 534, n^o 879 et p. 555, n^o 905.

eu l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait.

Cette opinion ne nous convainc pas. Elle fait fi de toute l'évolution de la notion de droit subjectif et de l'affirmation doctrinale et jurisprudentielle de l'existence d'un devoir de respect et donc, selon nous, de son opposabilité. Elle ne répond pas à la seule question qui nous paraît pertinente pour refuser un lien particulier entre la notion de faute et le droit subjectif : la violation de ce devoir est-elle susceptible de constituer une faute indépendante de la violation d'une règle de prudence ?

Elle participe, de plus, à une vision trop légaliste de la notion de droit subjectif. Le fait, largement souligné dans la première partie de cette étude, que le droit subjectif présente toujours un lien nécessaire avec les règles de droit objectif, générales et abstraites, qui créent et organisent les différents droits subjectifs, n'empêche nullement de dégager une caractéristique commune essentielle à tous ces droits, leur opposabilité, même si cette dernière n'est pas toujours exprimée explicitement par le droit objectif. L'opposabilité du droit subjectif trouve du reste, nous l'avons démontré¹²⁷⁴, son fondement dans le droit objectif. Or, c'est, *in fine*, cette opposabilité qui paraît bien être déniée à titre de principe par l'auteur et empêcher tout lien avec la notion de faute, hormis les cas, rares, où la loi, affirmant implicitement cette opposabilité, admet explicitement que la violation du droit doit impliquer la réparation du dommage qui en est la conséquence.

Ce légalisme pêche également par l'assimilation totale qu'il implique entre la notion de droit subjectif et le droit objectif qui le fonde. Nous avons souligné dans la première partie de cette étude que cette assimilation était critiquable en ce qu'elle niait l'autonomie et l'indépendance que pouvait prendre, en de nombreux cas, le droit subjectif créé au départ du droit objectif. Le droit subjectif se nourrissant largement de la liberté du titulaire du droit qui lui donne corps et contenu, il est erroné de prétendre que l'intégralité de son régime et de sa portée pourrait et devrait être prévue à l'avance par le droit objectif¹²⁷⁵.

Enfin, cette vision aurait pour conséquence un double régime de responsabilité selon le type de droit subjectif violé et la plus ou moins grande précision des lois qui l'organisent. Il serait donc impossible d'appréhender de façon unitaire la responsabilité du tiers qui porte atteinte aux droits subjectifs d'autrui. De la même manière, *a contrario*, il deviendrait impossible de dégager une conception unitaire de la notion même de droit

1274. Cf. *supra*, n° 218.

1275. Cf. *supra*, n° 92.

subjectif, concept qui deviendrait volatile et changeant, en fonction de chacune des lois qui l'organise. En réalité, cette notion perdrait toute utilité à défaut de présenter des caractéristiques propres. Or, nous pensons qu'il n'en est rien.

256

La voie de l'assimilation entre la faute, la violation d'une norme d'interdiction et la violation du droit subjectif : un exposé critique. D'autres auteurs défendent une vision moins stricte de l'assimilation entre la faute et la violation du droit objectif qui fonde et organise le droit subjectif.

Certains, à la suite de Geneviève Viney¹²⁷⁶, en appellent à une assimilation de la violation d'un droit subjectif à la faute via une catégorie proche de celle relative à la violation d'une norme de comportement déterminé. Ainsi, dans ses différentes chroniques de jurisprudence, Hugho Vandenberghe indique que : « Zelfs zonder rechtstreeks een bepaald gedrag op te leggen, wordt het resultaat « bepaald gebod of verbod » ook nog zeer dicht benaderd bij een rechtstreekse inbreuk op een subjectieve recht »¹²⁷⁷. Là aussi, nous retrouvons en filigrane l'atteinte au devoir de respect de tout droit subjectif. L'atteinte à ces droits serait réalisée chaque fois qu'un tiers fait quelque chose qui ressortit au pouvoir exclusif du titulaire du droit ou qu'il gêne ce dernier dans l'exercice de son droit¹²⁷⁸.

1276. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 330, n° 449 : « Même sans imposer directement tel ou tel comportement, le législateur parvient indirectement au même résultat lorsqu'il définit certains droits subjectifs et organise leur protection : en effet, par là même, il interdit tous les actes qui réalisent une violation de ces droits. [...] Ces interventions législatives ont incontestablement contribué à consacrer et à préciser les contours de l'obligation faite à toutes les personnes non titulaires de respecter ces droits et, par là même, à faciliter la preuve des fautes par la victime de l'atteinte à un droit. » L'auteur cite comme exemple de législation, la loi française sur le droit d'auteur, le droit de réponse, l'article 9 du Code civil français consacré au respect de la vie privée, etc., en sus des droits subjectifs classiques (droits réels, droits personnels) ; voy. aussi G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 229.

1277. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *T.P.R.*, 2000, p. 1583, n° 11 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, K. GEELEN, S. DE COSTER, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », *T.P.R.*, 1987, II, p. 1280, n° 11 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *T.P.R.*, 1995, p. 1167, n° 11 ; H. VANDENBERGHE, « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, I, p. 130, n° 2.

1278. H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *op. cit.*, p. 1583, n° 11 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1167, n° 11.

Un autre auteur, Hubert Bocken¹²⁷⁹, a constamment réaffirmé la possibilité d'assimilation, dans certaines circonstances, de la notion de faute à l'atteinte aux droits subjectifs, en se basant également sur la violation des règles de droit objectif qui les fondent.

Son raisonnement, analogue en ses prémisses au nôtre, cherche son fondement dans la notion de droit subjectif. À la suite d'un rapide retour aux définitions modernes du droit subjectif, il constate que les caractéristiques essentielles de celui-ci tiennent au fait que le pouvoir contenu dans le droit subjectif, lui-même reconnu par le droit objectif, est nécessairement lié à une action permettant d'en garantir le respect vis-à-vis des tiers¹²⁸⁰. Dès lors que c'est le droit objectif qui, par la reconnaissance des pouvoirs exclusifs contenus dans les droits subjectifs, effectue un partage de compétence entre les titulaires de droit et les tiers, et qu'il en naît un devoir juridique de respect vis-à-vis des tiers, la violation de ce devoir constitue en réalité une violation de ce partage de compétence organisé par le droit objectif¹²⁸¹.

Partant, c'est bien une faute que les tiers commettent : « Hun gedraging is dan ook strijdig met een objectieve rechtsnorm met een welbepaalde inhoud en is aldus op zichzelf onrechtmatig, zonder dat een gebrek aan de voorzorg moet worden aangetoond »¹²⁸². L'atteinte au droit s'analyse donc en la violation du devoir de respect des droits d'autrui qui constitue elle-même la violation d'une norme d'interdiction (« verbods-norm »)¹²⁸³.

Et l'auteur va plus loin. Tirant l'enseignement des critiques portées à la théorie de Leclercq, il admet que toute atteinte aux droits subjectifs n'est pas nécessairement fautive¹²⁸⁴. La solution lui paraît devoir être trouvée dans la notion même d'atteinte au droit. En d'autres termes, il s'agirait de déterminer quand une telle atteinte est avérée, ouvrant ainsi la porte à l'assimilation avec la notion de faute.

Hubert Bocken recherche, dès lors, un critère permettant de distinguer les comportements qui constituent une atteinte aux droits d'autrui de ceux qui ne font que produire un dommage au bien ou à l'intérêt qui est en relation avec ces droits. Passant en revue diverses solutions, il soutient, par analogie avec les conditions de mise en œuvre des actions pos-

1279. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht ? », *op. cit.*, p. 183 à 202 ; *Id.*, « Van fout naar risico », *T.P.R.*, 1984, p. 334 et s., n° 10 ; *Id.*, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 272 à 275.

1280. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht ? », *op. cit.*, p. 190, n° 7.

1281. *Ibid.*, p. 191 à 193, n° 8.

1282. *Ibid.*, p. 193, n° 8.

1283. *Ibid.*, p. 193, n° 9.

1284. *Ibid.*, p. 197, n° 12.

cessoires, qu'il y a une atteinte à un droit lorsque le comportement en cause constitue une contradiction, une opposition, aux pouvoirs contenus dans les droits subjectifs, fût-ce même implicitement¹²⁸⁵. L'auteur s'appuie sur certains exemples. Un laveur de vitres, afin d'accéder plus facilement à la façade qu'il doit nettoyer, place son échelle contre la façade du voisin : il ne respecte pas le pouvoir exclusif de ce dernier et commet ainsi une atteinte à son droit. Ce n'est par contre pas le cas si le laveur de vitres glisse et casse la vitrine du voisin, bien que le bris ait provoqué des répercussions nuisibles sur l'utilisation du fonds par le propriétaire-voisin. Le médecin qui effectue une intervention médicale non demandée va à l'encontre du pouvoir de disposition exclusif de son patient. L'automobiliste qui s'endort au volant et provoque un dommage aux biens d'autrui ne pose pas un acte qui s'oppose aux pouvoirs des propriétaires des biens endommagés¹²⁸⁶.

L'auteur insiste sur le fait que le comportement qui provoque l'atteinte considérée ici comme fautive est indépendant de la volonté du contrevenant. Autrement dit encore, il ne serait nullement question, en règle, de vérifier si ce dernier savait ou devait savoir que son acte provoquerait l'atteinte au droit d'autrui. S'il est vrai que l'on retrouve cette exigence, par exemple en cas de tierce complicité ou d'action paulienne, ce serait uniquement parce que les droits de créance ne seraient opposables à autrui qu'à cette seule condition de connaissance préalable. Par contre, comme en cas de violation d'une norme légale, la faute requiert néanmoins que l'acte ait été posé par une volonté libre et que l'auteur ne puisse en appeler à un fait justificatif libératoire¹²⁸⁷.

Précisons que, ce faisant, l'auteur paraît bien ajouter une nouvelle catégorie de faute : le comportement contradictoire aux droits d'autrui prend place à côté des atteintes aux normes de prudence et aux normes légales sans une totale assimilation avec cette dernière catégorie¹²⁸⁸.

1285. *Ibid.*, p. 200, n° 14 : « Wij hebben het normatieve element van het begrip gevonden in de plicht tot respect van de aan de titularis van het recht toegekende bevoegdheid. De precieze inhoud van deze plicht ligt dan ook besloten in de omvang van deze bevoegdheden zelf. Er is een inbreuk wanneer de gedraging een tegenspraak van deze bevoegdheden uitmaakt, zij het impliciet. ».

1286. *Ibid.* Le dernier exemple est cependant complété par nos soins.

1287. *Ibid.*

1288. L'auteur n'est pas parfaitement clair sur ce point. Il nous semble cependant ne pas trahir sa pensée par cette division tripartite des catégories de faute (voy., p. 201, n° 15 : « De tegenspraak van andermans bevoegdheden is niet alleen relevant bij zakelijke rechten. Wij vinden ze ook terug bij inbreuken op anderen rechten die door de rechtspraak voorheen onrechtmatig werd bevonden, zonder verder bewijs van overtreding van een wettelijke bepaling of van de zorgvuldigheidsnorm »).

Ces opinions ne nous convainquent pas non plus.

Admettre comme Geneviève Viney ou Hugho Vandenberghe que l'atteinte au droit est constitutive d'une faute proche de l'atteinte à la violation de la loi ne nous paraît pas, à la suite de l'étude de la thèse de Paul Leclercq et des critiques qu'elle a suscitées, apte à décrire une réalité plus complexe. Toute atteinte au droit subjectif d'autrui n'est pas nécessairement fautive.

L'opinion de Hubert Bocken cherche à tenir compte de cette réalité complexe. Mais il n'emporte pas notre entière approbation.

Nous sommes d'accord avec lui lorsqu'il pose qu'un des éléments de la faute est la violation du devoir de respect issu du droit subjectif. Nous le rejoignons également lorsqu'il indique que cette violation du droit subjectif équivaut à une contradiction avec le droit objectif en ce qu'il effectue un départage de compétence ou de pouvoir entre individus. Nous traduisons, quant à nous, cette réalité par le prisme de l'opposabilité et la systématisation qui en a été proposée antérieurement. Mais cette contradiction ne suffit pas en elle-même. Elle ne permet pas de comprendre pourquoi certaines atteintes aux droits d'autrui ne seront pas considérées comme fautives.

C'est ici que l'opinion de Hubert Bocken reste problématique. Doit-on se lancer dans la voie de l'acceptation d'une catégorie de faute particulière ou bien l'assimilation avec celle issue de la violation de la norme déterminée est-elle possible ? La question mérite d'être posée. En effet, dans notre compréhension de cette opinion, la création d'une nouvelle catégorie de faute se justifie par la manière dont l'auteur distingue l'atteinte au droit comme faute avec l'atteinte au droit comme source de dommage éventuel. Or, cet essai de distinction ne satisfait pas. Nous ne percevons pas réellement le critère de distinction. Certes, la voie tracée emporte l'assentiment en son point de départ. La faute paraît bien naître de la violation du devoir de respect, mais la difficulté est bien de chercher à comprendre quand cette violation implique une analyse sur le terrain de la faute.

Nous ne pouvons suivre l'auteur lorsqu'il traduit l'atteinte au droit par le critère de contradiction au pouvoir du titulaire du droit ou, ce qui revient au même pour lui, à la norme de droit objectif de partage de pouvoir. Ce n'est en effet pas l'atteinte au droit qui distingue la violation du droit en tant que faute et la violation du droit en tant que dommage. Dans les deux hypothèses, le droit est atteint en ce que le titulaire ne peut plus exercer normalement ses prérogatives soit parce que l'objet même du droit est enfreint — un bien est, par exemple, utilisé par un tiers sans le

consentement du propriétaire ou est endommagé par l'acte du tiers —, soit parce qu'il ne peut plus exercer pleinement ses pouvoirs sur cet objet à la suite de l'acte du tiers.

Reprenons l'exemple mis en avant par l'auteur. Que le laveur de vitres place son échelle contre la façade de son voisin ou qu'il chute, par inadvertance, sur sa vitrine, il provoque une atteinte au droit de propriété du voisin. Dans le premier cas, il usurpe un pouvoir reconnu exclusivement au voisin, sans son consentement. Dans le second, il l'empêche tout autant d'exercer ses pouvoirs en détruisant une partie du bien qui en forme l'objet. Distinguer les deux types de liens entre l'atteinte au droit et les conditions de faute et de dommage par la notion même d'atteinte au droit mène à une impasse car elle contredit la réalité. Elle est, dès lors, impraticable en tant qu'elle ne contient aucun critère réel de distinction. Ce qu'il faut déterminer, ce n'est pas quand il y aurait atteinte au droit — il y a atteinte dès lors qu'il y a violation du devoir de respect issu de l'opposabilité de tout droit —, mais quand cette atteinte présente *ipso facto* la nature d'un comportement fautif. Dans les deux hypothèses les atteintes sont contraires aux droits en cause, mais elles ne permettent pas nécessairement d'obtenir une réparation dans les mêmes conditions.

257

La voie de l'affranchissement du droit commun de la responsabilité civile : un exposé critique. Quelques auteurs ont choisi une autre voie afin de tenter de légitimer la reconnaissance d'un droit à réparation en cas d'atteinte à certains droits subjectifs : l'affranchissement pur et simple des conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. L'analyse se fait généralement au départ du droit positif qui refléterait, dans l'opinion des auteurs, un affranchissement des conditions de droit commun de la responsabilité civile. Cette voie de l'affranchissement prend cependant un sens différent selon les auteurs. L'opposition entre les opinions d'Erna Guldix et de Xavier Dijon est particulièrement significative.

Erna Guldix et Xavier Dijon nourrissent leurs recherches respectives de l'assimilation de l'atteinte au droit à la faute. Ils tentent de démontrer, chacun en ce qui le concerne, que la jurisprudence, soutenue par une certaine doctrine, aurait permis l'émergence de droits subjectifs nouveaux, les droits de la personnalité pour la première, le droit à l'image pour le second ¹²⁸⁹. Le signe de cette création serait précisément le fait que le

1289. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Bruxelles-Namur, Larcier-Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, p. 235 et s. ; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levensfeer en het priveleven in hun onderling verband* (multig.), Thèse de doctorat, V.U.B., 1986, spéc. p. 88 et s. et p. 139 et s.

droit positif aurait reconnu, par là, une action propre à la protection des éléments en cause, action indépendante de celle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

La portée de cette indépendance est cependant très différente chez les deux auteurs. Erna Guldix conclut qu'il serait possible d'obtenir une réparation indépendamment de la responsabilité de droit commun. En clair, la théorie du droit subjectif permettrait de justifier une sanction de la réparation de l'atteinte aux droits subjectifs en marge de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, ce qui nous paraît, nous le verrons, peu justifiable¹²⁹⁰. Xavier Dijon semble, quant à lui, distinguer *in fine* l'action en cessation de l'atteinte au droit, indépendante des conditions de la responsabilité de droit commun, et l'action en réparation du préjudice subi, qui resterait régie par le droit commun¹²⁹¹. Il ne s'explique cependant pas spécifiquement sur le fondement de cette distinction.

Les recherches d'Erna Guldix et de Xavier Dijon pèchent, selon nous, par le fait qu'elles ne contiennent aucune analyse systématique de la relation entre l'atteinte au droit et la faute. Cela les amène, dès lors, à partir dans des voies de solution différentes sans que l'on puisse *a priori* les départager.

Il faut bien comprendre en quoi Erna Guldix se distingue des auteurs analysés précédemment. Il est traditionnel d'admettre que les droits subjectifs soient sanctionnés par une action propre, appelée et analysée ci-avant comme étant une action en cessation de l'atteinte au droit subjectif¹²⁹². L'avantage, nous l'avons vu, est de permettre au titulaire du droit subjectif d'obtenir, indépendamment de l'existence d'une faute ou d'un dommage, la cessation de la violation de son droit pour l'avenir. Cette vision nous est apparue comme étant fondée sur l'opposabilité des droits exclusifs¹²⁹³.

Erna Guldix franchit un pas supplémentaire, en s'appuyant sur une ambiguïté assez fréquente en matière de droits de la personnalité, à savoir

1290. E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levensfeer en het privéleven in hun onderling verband* (multig.), *op. cit.*, p. 139 et s., spéc., 153 et s.

1291. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, *op. cit.*, p. 291, n° 420 : « Si le droit subjectif se détache ainsi des normes de la responsabilité civile, malgré certaines persistances du « vocabulaire délictuel », il faudra à l'avenir bien distinguer la double voie qui s'offre au sujet qui s'estime atteint par la fixation ou la publication de ses traits : d'un côté, la reconnaissance du droit subjectif permet d'obtenir « la cessation de l'atteinte illicite » et, de l'autre, l'établissement d'une responsabilité permet de se voir accorder « la réparation du préjudice subi ». ».

1292. Cf. *supra*, n°s 226 et s.

1293. Cf. *supra*, n°s 219 et s.

que la qualification de droit subjectif de ces droits permettrait non seulement de justifier l'admissibilité d'une action en cessation de l'atteinte, mais également une réparation des conséquences dommageables de celle-ci, en marge des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Cette voie nous paraît manquer de fondement. Plusieurs motifs nous poussent à la rejeter.

Il faut d'abord noter qu'elle paraît en porte-à-faux avec les théories du droit subjectif. Ces dernières ne vont en général pas jusqu'à cette extrémité. Une chose est d'admettre l'existence d'une action spécifique de défense du droit subjectif via l'action en cessation de l'atteinte, admission constante en théorie générale, une autre de baser la responsabilité du tiers sur la notion même du droit subjectif, ce qui apparaît comme une opinion marginale.

Nous ne percevons pas, ensuite, le fondement d'un tel affranchissement. En effet, rien dans la notion de droit subjectif, ni dans le droit objectif qui les fonde ¹²⁹⁴, ne permet d'inférer de manière automatique un droit à réparation suite à son atteinte. Si, nous l'avons vu, l'action en cessation découle de l'opposabilité de tout droit subjectif, une action en réparation spécifique de l'atteinte au droit ne paraît pas trouver d'ancrage direct et systématique dans la seule notion de droit subjectif. Non pas que l'opposabilité du droit subjectif ne joue aucun rôle dans la mise en œuvre des conditions de la responsabilité, nous le verrons, mais qu'elle ne peut seule expliquer quand les conditions de cette responsabilité sont remplies.

Un autre motif est à trouver dans les leçons à tirer du rejet de la théorie de Paul Leclercq. La voie de l'affranchissement tend à nier l'ambivalence du lien existant entre l'atteinte au droit, d'une part, et les conditions de faute et de dommage, d'autre part. L'atteinte au droit subjectif n'est parfois que la conséquence d'un comportement fautif indépendant de l'atteinte elle-même et se rapproche alors plus de la notion de dommage. En ne tenant pas compte de cette réalité capitale, cette voie heurte de front tant l'interprétation des conditions de la responsabilité de droit commun que la théorie générale du droit subjectif.

La voie de l'affranchissement se met également en porte-à-faux avec le droit positif. Tant en matière de droit réel, de droit de créance que de droit intellectuel, la réparation reste soumise au droit commun, même si

1294. Voy. en ce sens, L. CORNELIS, *Principes de droit belge de la responsabilité extracontractuelle* — *L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 158 et 159, n° 85. L'auteur relève, avec raison, qu'aucune règle juridique ne rattache une action en responsabilité particulière à l'existence de droits subjectifs.

des difficultés apparaissent au niveau de l'assimilation de l'atteinte à la notion de faute. Le droit positif démontre par lui-même et pour autant que de besoin, que le droit subjectif ne fait pas naître des actions en réparation indépendantes des articles 1382 et 1383 du Code civil. Paradoxalement, en voulant qualifier les droits de la personnalité de droits subjectifs et en en tirant la conséquence critiquée, la voie de l'affranchissement fait des droits de la personnalité des droits subjectifs dotés d'un régime différent des autres droits subjectifs. En définitive, par la voie de l'affranchissement, une incohérence nouvelle et inutile naît dans une théorie en quête de systématisation et d'ordre.

Nous pensons, dès lors, que cette voie de l'affranchissement repose plus sur l'ambiguïté qui règne certainement en la matière sur les liens entre la responsabilité et l'atteinte au droit subjectif que sur une analyse cohérente. Pareille analyse est, selon nous, parfaitement réalisable. Nous nous attacherons à sa mise en œuvre dans la prochaine section.

258

Apports et limites du renouveau de l'assimilation. Le renouveau de l'assimilation entre l'atteinte au droit subjectif et la faute est trop important pour ne pas y voir le signe d'une réalité porteuse d'enseignement. Nous ne pouvons nous résoudre à y voir une simple opinion marginale doctrinale.

En réalité, elle exprime bien la cassure doctrinale et jurisprudentielle qui existe entre deux tendances : d'une part, les techniciens de la responsabilité civile et, d'autre part, des auteurs qui, visant en général un but de protection spécifique en certains domaines — droits de la personnalité, droit à l'environnement, droits d'auteur —, se fondent sur la notion de droit subjectif pour atteindre cette finalité particulière.

Ce faisant, un détachement presque total apparaît entre la notion de faute et l'atteinte au droit subjectif en ce qui concerne la première tendance, majoritaire aujourd'hui. La mise en œuvre des conditions de la responsabilité civile fait alors fi de l'opposabilité des droits subjectifs. Par contre, la seconde tendance, minoritaire et étudiée ici, tente de réconcilier les deux notions, en prenant appui sur l'élément d'opposabilité, sans parvenir à un résultat parfaitement convaincant.

Le manque de systématisation du raisonnement — l'opinion de Hubert Bocken mise à part — amène du reste à des errements théoriques très éloignés de la théorie générale telle qu'analysée dans la première partie de cette étude. Aucune des opinions rappelées ci-avant n'emporte cependant notre conviction. Il convient, dès lors, de s'en expliquer.

Il n'empêche que la voie de l'assimilation entre l'atteinte au droit subjectif et la faute en tant que violation d'une norme d'interdiction nous

paraît cohérente et fructueuse. Elle est cohérente parce qu'elle met le doigt, à la suite de Paul Leclercq, sur le terrain commun de la faute et de la violation du droit, à savoir le devoir de respect des droits issus de l'opposabilité. Elle est fructueuse en ce qu'elle force à porter l'analyse sur l'analogie existant entre une catégorie de faute existante — l'atteinte à une norme de comportement déterminé — et l'atteinte au droit subjectif.

Sous-section 3 **Le constat de l'incohérence du droit positif**

259. La violation du droit subjectif, une nébuleuse entre la faute et le dommage – **260.** L'incohérence entre l'interprétation des principes de responsabilité extracontractuelle et de la notion de droit subjectif – **261.** L'incohérence théorique : la négation de l'opposabilité du droit subjectif – **262.** Les conséquences de l'incohérence : les impasses et le nouvel absolutisme des articles 1382 et 1383 du Code civil – **263.** L'incohérence pratique : le refus de l'évolution du droit positif – **264.** Conclusion : la nécessité de la réconciliation entre la notion de droit subjectif et les principes de la responsabilité civile extracontractuelle

259

La violation du droit subjectif, une nébuleuse entre la faute et le dommage. Selon l'opinion dominante, qui se fonde sur la jurisprudence de la Cour de cassation, la violation du droit subjectif ne peut être considérée en elle-même ni comme une faute ni comme un dommage¹²⁹⁵. Violer un droit subjectif n'est donc fautif que si l'acte posé se couple de la violation d'une norme générale de prudence, voire d'une norme déterminée de comportement. La constatation de la violation d'un droit subjectif ne suffit en outre pas comme preuve du dommage, notion de fait qui doit se vérifier *in concreto*. La violation du droit subjectif se situe donc en eau trouble, flottant entre les notions de faute et de dommage.

Cette opinion est le résultat d'une lente évolution — ou plutôt d'une longue incertitude — de l'influence de la violation des droits subjectifs sur les principes de responsabilité civile. Deux conceptions se sont affrontées.

L'une appréhende la violation du droit subjectif en se focalisant sur l'acte de violation dans le chef du tiers, acte dont la licéité est contrôlée. C'est l'approche — exprimée ou non — de ceux qui défendent l'idée de l'adéquation entre la faute et la violation du droit.

1295. Cf. *supra*, n^{os} 232 et s.

L'autre appréhende la violation du droit comme une conséquence de l'acte posé. Nous retrouvons alors l'idée de l'adéquation entre la violation du droit subjectif et du dommage.

L'évolution, guidée essentiellement par la jurisprudence de la Cour de cassation, semble avoir, sur la base de considérations propres aux principes de responsabilité, renvoyé dos à dos ces deux courants.

La réponse actuelle est, majoritairement, l'absence d'influence réelle de la violation d'un droit subjectif sur l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

260

L'incohérence entre l'interprétation des principes de responsabilité extra-contractuelle et de la notion de droit subjectif. Malgré son rejet de principe, devenu traditionnel en droit belge, la tentation de l'assimilation reste vivace en certaines matières. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont complètement renoncé à rapprocher les principes de responsabilité de la notion de droit subjectif. Notre vision de l'opposabilité des droits nous inscrit dans cette tendance largement minoritaire.

Dans la vision dominante de la séparation stricte entre la violation des droits subjectifs et la notion de faute, une incohérence apparaît dans la mise en œuvre des principes de responsabilité civile eu égard non seulement au développement de la théorie générale du droit privé, mais aussi à la notion juridique et légale de droit subjectif. Cette incohérence se marque précisément par le refus de la théorie de la responsabilité de reconnaître l'émergence d'un devoir de respect des droits subjectifs, sans doute, il est vrai, grâce au flou artistique entourant la notion d'opposabilité des droits.

En outre, la justification théorique de l'opinion dominante ne nous paraît ni claire ni convaincante. À bien y réfléchir, nous y voyons une conséquence de l'idée généralement admise selon laquelle la responsabilité n'intervient que comme un régime d'exception. Le principe serait que tout individu doit, au nom de la liberté de chacun, admettre et souffrir les dommages qui lui sont causés par l'activité libre d'autrui. Une responsabilité automatique du fait de la création de dommages à autrui annihilerait, en fait, la liberté individuelle. La plupart des activités poursuivies en société sont susceptibles, à un moment ou à un autre, de causer, directement ou indirectement, préjudice à autrui.

La justification ainsi donnée est assurément correcte. Mais elle ne paraît pas en elle-même suffire à rejeter toute idée d'adéquation entre la faute et la violation des droits d'autrui. Elle oublie que le titulaire du droit subjectif n'est pas, par définition, dans une situation égale à celle des

autres. Le droit objectif lui a reconnu un pouvoir exclusif d'autrui qui limite le champ de la liberté d'autrui. Cette justification est en outre trop imprégnée de la croyance, tenace, que la violation du droit ne serait qu'à rapprocher du dommage. Retenir la violation du droit subjectif comme critère de la faute reviendrait, dans cette conception, à défendre l'idée, condamnée par le Code civil lui-même, que le simple fait de causer un dommage à autrui donne lieu à la responsabilité. Or, cet écueil peut être évité par la reconnaissance de l'opposabilité des droits subjectifs.

Au-delà de cette première critique, la séparation stricte de la notion de droit subjectif et des conditions de la responsabilité civile nous paraît incohérente pour trois raisons principales que nous énonçons avant de développer.

Cette séparation est à la fois théoriquement incorrecte en ce qu'elle se situe en porte-à-faux avec la notion de droit subjectif. Elle est en second lieu dangereuse en ce qu'elle mène nécessairement à des impasses théoriques et à une vision absolutiste de la responsabilité civile seule à même de sanctionner l'atteinte aux droits subjectifs. Elle est finalement en contradiction avec le droit positif lui-même qui, nous l'avons vu, tente de traduire l'effet spécifique de l'opposabilité tant en dehors qu'en dedans des principes de la responsabilité civile.

261

L'incohérence théorique : la négation de l'opposabilité du droit subjectif. L'incohérence théorique entre la mise en œuvre des principes de responsabilité civile et la notion de droit subjectif s'exprime par la négation de l'opposabilité des droits subjectifs.

La doctrine et la jurisprudence de la responsabilité civile en viennent purement et simplement à nier tant l'existence des droits subjectifs que leurs effets propres à l'égard des tiers. Ayant exclu toute assimilation de l'atteinte aux droits subjectifs à la notion de dommage et à celle de faute, l'opinion dominante aboutit à refuser de reconnaître toute particularité aux conflits de responsabilité qui voient s'opposer le titulaire d'un droit subjectif et un tiers qui y a porté atteinte. Comme si le conflit était ramené, en termes de responsabilité, à la violation d'un simple intérêt dans le chef du titulaire du droit. Le seul problème serait de savoir si le tiers s'est comporté comme une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de fait et s'il a, par la violation d'une règle de prudence, provoqué un dommage en relation causale avec cette faute.

Or, il nous paraît illogique, après avoir développé l'effet d'opposabilité des droits subjectifs au départ des caractéristiques qui sont les leurs et telles que mises en avant par la théorie générale, de ne pas faire le lien

entre le devoir de respect et la notion de faute. Si l'aspect objectif de la faute se comprend en droit positif par la violation d'une norme précise de comportement ou par la violation d'une règle de prudence déterminée par le juge en fonction des circonstances de fait, la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité de tout droit subjectif paraît devoir présenter un lien direct avec la notion de faute. Si l'action en cessation de l'atteinte est admise à l'heure actuelle en cas d'atteinte aux droits subjectifs — en tout cas, concernant les droits réels et les droits intellectuels —, n'est-ce pas parce que, au moins implicitement, le droit positif considère qu'il est illicite de porter atteinte aux droits d'autrui ? Tant la norme précise de comportement, la règle de prudence que le devoir de respect des droits imposent des devoirs particuliers aux individus, dont la violation est susceptible d'être comprise comme une faute. Le problème revient alors, en définitive, à déterminer comment comprendre la violation du devoir de respect des droits subjectifs d'autrui en termes de faute.

Le devoir de respect se conçoit en effet comme une règle de comportement s'imposant aux tiers. Ces derniers étant exclus du domaine d'exclusivité des pouvoirs du titulaire du droit subjectif, ils ne peuvent rien faire qui puisse y porter atteinte : ils doivent nécessairement obtenir le consentement du titulaire avant d'adopter un comportement relevant de l'exercice de ses pouvoirs. Dans le cas contraire, ils sont tenus de s'abstenir de poser des actes qui portent atteinte soit à l'objet du droit, soit aux pouvoirs qui en forment le contenu. Ce devoir ne voit pas, en règle, son contenu varier en fonction des circonstances de fait : il ne ressort donc pas d'une règle de prudence ou de diligence à déterminer en fonction du comportement du bon père de famille.

Le nier reviendrait à admettre que les tiers peuvent, selon les circonstances, porter atteinte ou non aux droits d'autrui. Or, nous l'avons vu, l'opposabilité des droits subjectifs joue, en règle, indépendamment des circonstances de fait ou de droit dans lesquelles se trouvent les tiers. La bonne foi des tiers, par exemple, mais aussi la connaissance de l'existence des droits d'autrui ne sont normalement pas des circonstances qui permettent d'éviter la sanction de l'opposabilité. Les seuls éléments qui pourraient éventuellement faire échec à l'opposabilité du droit trouvent leur source dans un pouvoir exclusif du tiers pouvant légitimer *a priori* son comportement, soit, nous le verrons, dans l'application d'un mode de résolution de conflit spécifique permettant de sanctionner un exercice du droit considéré comme abusif. Mais la justification de l'absence de responsabilité des tiers change alors radicalement : ces derniers en bénéficient soit parce qu'ils ont agi en vertu d'un droit subjectif, ce qui légitime *a priori* leur comportement, soit parce que le comportement du titulaire du

droit — en réaction à l'atteinte à son droit — est considéré comme appelant une sanction. Encore, dans ce dernier cas, nous le verrons, l'opposabilité du droit sera-t-elle généralement réduite et non annihilée, ce qui n'exonère pas nécessairement le tiers de toute responsabilité. En toute hypothèse, ce qui permet au tiers d'échapper au devoir de respect ne se fondera pas directement sur le constat qu'il a respecté une règle de prudence, mais sur le fait que son acte constitue l'exercice d'un droit ou que celui du titulaire du droit est un comportement illicite.

Attention toutefois : il n'y a incohérence que dans la position de principe qui écarte, systématiquement, tout lien entre la notion de faute et celle d'atteinte au devoir de respect issu du droit subjectif atteint. Or, nous avons vu, tant en conclusion de l'apport de la théorie de Paul Leclercq que dans l'opinion commentée de Hubert Bocken, que l'atteinte au droit ne peut pas toujours être qualifiée de faute. L'incohérence de l'opinion dominante ne peut être épinglée que dans certaines circonstances qu'il conviendra de préciser. Si l'atteinte au droit ne peut s'appréhender que du côté du dommage, l'opinion dominante est en effet correcte. La difficulté est bien de trouver un critère permettant de distinguer quand l'atteinte au droit se situe sur le terrain de la faute.

262

Les conséquences de l'incohérence : les impasses et le nouvel absolutisme des articles 1382 et 1383 du Code civil. Quoi qu'il en soit, le rejet de toute assimilation entre l'atteinte aux droits d'autrui et la notion de faute provoque nécessairement des situations d'impasses théoriques.

Plus précisément, la référence systématique à la violation d'une règle de prudence pour fonder la responsabilité du tiers portant atteinte à un droit subjectif a pour conséquence de forcer la notion traditionnelle de la faute. Certains exemples seront particulièrement étudiés dans la dernière partie de cette étude.

Nous verrons ainsi que la référence à la notion de faute comme violation d'une règle de prudence est totalement incapable de justifier pourquoi certains tiers seront tenus comme fautifs indépendamment de toute comparaison avec la conduite du bon père de famille. Tel est, par exemple, le cas du tiers complice ou de celui qui porte atteinte aux droits d'auteur d'autrui en contrefaisant une œuvre protégée. En réalité, les conditions objectives de la faute n'ont rien de commun avec la mise en œuvre de la notion de faute comme violation d'une règle de prudence. Ce qui est objectivement illicite dans le premier exemple, c'est l'atteinte au droit de créance d'autrui. Dans le second exemple, c'est la constatation de l'atteinte au droit, c'est-à-dire de la contrefaçon, qui est considérée comme objectivement illicite. Le problème n'est alors nullement de

rechercher si une règle de prudence a été violée et la jurisprudence ne s'y trompe pas. Elle adopte souvent des critères d'illicéité distincts de la comparaison du comportement du bon père de famille. Affirmer *a posteriori*, pour fonder la responsabilité, que les critères ainsi mis en avant ne font que « révéler » ou « préciser » des règles spécifiques de conduite ne peut alors avoir pour conséquence qu'une dénaturation de la faute puisque, en réalité, les critères d'illicéité sont arrêtés et s'appliquent indépendamment de toute autre circonstance de fait ou de droit.

Nous retrouverons le même problème lorsqu'il s'agira de comprendre le fondement de la théorie de l'abus de droit. Les critères de l'abus ne sont pas nés et ne peuvent se réduire à l'expression de règles de prudence. La disproportion, le choix de la voie la moins dommageable, etc., ne présentent rien de commun avec la recherche ou l'application d'une règle de prudence issue des circonstances de fait. L'appel à la notion traditionnelle de faute ne peut, dès lors, se faire sans négation de ce qui fait sa spécificité : sa méthode d'établissement de la norme de prudence violée.

Le refus de rechercher, il est vrai contre vents et marées, le lien existant entre la faute et la violation des droits subjectifs conduit en réalité à l'émergence de ce que nous appellerons un absolutisme des articles 1382 et 1383 du Code civil. Tout conflit se résout par un appel à la notion classique de faute alors même que cette dernière est non seulement incapable d'expliquer la manière dont le conflit est résolu, mais voit, en ce qui concerne la violation d'une règle de prudence, son critère d'établissement du caractère illicite du comportement purement et simplement nié.

Plus fondamentalement, c'est à terme la notion même de droit subjectif qui est potentiellement niée puisque la qualification de droit subjectif n'influe plus sur la résolution du conflit. La sanction de réparation s'explique de manière identique quel que soit le type de conflit en jeu. Le mode de résolution de conflit se ramenant toujours, théoriquement, à une recherche de la faute en tant que violation d'une norme de prudence, les qualifications de pouvoirs ou intérêts qui s'opposent perdent de leur utilité. On en vient ensuite, logiquement, à l'absorption par les principes de responsabilité civile d'autres modes de résolution de conflits, comme l'action en cessation de l'atteinte au droit dès lors qu'elle n'est pas spécialement organisée par une procédure particulière. Le cas typique est celui de la tierce complicité, qui ne se conçoit pas en droit positif en dehors d'un problème de responsabilité civile.

Dans certains cas, le droit positif accepte que la violation du droit subjectif soit considérée comme fautive en marge des critères objectifs de la faute. Ce lien est particulièrement évident en matière de droit d'auteur où la faute est censée révélée par l'acte de contrefaçon. Il est mis également en avant dans d'autres matières, comme celles des droits de la personnalité ou du droit à l'environnement. Il apparaît également, nous le verrons en détail, au niveau de la tierce complicité ¹²⁹⁶.

Certes, cette acceptation paraît ambiguë du fait du manque de systématisation et d'outil explicatif convaincant. Il n'empêche que nier cette réalité ne nous paraît pas défendable. Pas plus que la mise en avant d'explications partielles admettant, par exemple, que le critère de la faute soit différent selon le degré de précision de la réglementation de tel ou tel droit subjectif en particulier. Cette dernière approche a pour effet de détruire toute cohérence et unité de la notion de droit subjectif et de son système de protection.

264

Conclusion : la nécessité de la réconciliation entre la notion de droit subjectif et les principes de la responsabilité civile extracontractuelle. Il nous paraît nécessaire de tenter de systématiser le lien devant exister entre la notion de faute et celle d'atteinte au droit subjectif.

Nous avons vu que l'opposabilité des droits subjectifs traduisait un devoir de respect dans le chef des tiers, sanctionné par un système de protection spécifique. Cette approche systématique par le concept d'opposabilité découle elle-même des caractéristiques des droits subjectifs mises en avant dans la première partie de la présente étude. Or, l'existence d'un devoir de respect des droits subjectifs d'autrui nous paraît logiquement permettre une approche particulière du lien entre la violation de ce devoir et la notion de faute : la faute en tant que violation d'une règle de prudence déterminée par la comparaison avec le comportement de l'homme normalement prudent et diligent ne rend pas compte de ce lien.

La nécessité de comprendre le lien entre la violation du devoir de respect de tout droit et la faute ne naît pas seulement de nos premières conclusions concernant la théorie des droits subjectifs, mais est confirmée par l'évolution du droit positif et les incohérences théoriques et pratiques auxquelles mène l'opinion dominante refusant ce lien.

Ce lien paraît aussi nécessaire dans notre tentative de systématisation des modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Nous pressentons, en effet, que l'opposabilité

1296. Cf. *infra*, n^{os} 403 et s.

propre aux droits subjectifs est à la base d'une distinction capitale entre les modes de résolution envisageables. Si la violation du devoir de respect est sanctionnée de manière spécifique, alors un mode de résolution particulier émerge dès lors que l'un des éléments en conflit est un droit subjectif : devant être respecté par autrui sous peine de sanctions, le droit subjectif s'impose aux autres qualifications.

Section 2

De l'opposabilité du droit subjectif à la responsabilité du tiers

265. L'opposabilité au fondement de toute violation des droits subjectifs d'autrui – 266. La violation du devoir de respect des droits subjectifs comme élément objectif de la faute – 267. La violation du devoir de respect comme une circonstance de fait permettant d'appréhender le comportement du tiers – 268. L'ambivalence du lien entre la violation du droit subjectif et la notion de faute – 269. La voie retenue pour la recherche d'une distinction : l'élément subjectif de la faute dans la violation du droit subjectif – 270. La distinction entre l'atteinte consciente et volontaire au droit et l'atteinte au droit considérée comme une conséquence d'un comportement contraire à une règle de prudence – 271. Le premier élément subjectif de la faute : la réalité de la conscience de la violation des droits subjectifs d'autrui – 272. Le second élément subjectif de la faute : l'atteinte volontaire au droit subjectif d'autrui – 273. Les critères de l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif d'autrui – 274. La limite du critère de l'atteinte consciente et volontaire aux droits subjectifs d'autrui – 275. La distinction entre l'atteinte volontaire au droit et l'atteinte considérée comme une conséquence de l'acte : application – 276. Conclusion : les conditions de la responsabilité civile du tiers qui viole les droits subjectifs d'autrui

265

L'opposabilité au fondement de toute violation des droits subjectifs d'autrui. Quelle que soit la manière d'appréhender le lien entre la notion de faute et la violation des droits subjectifs, il nous semble que celle-ci passe toujours par le constat de la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité des droits subjectifs.

La violation du droit d'autrui provient d'un acte posé par un tiers en contradiction avec le devoir de respect qui en est issu.

Le tiers ne peut emprunter le bien d'autrui afin de l'utiliser sans le consentement du titulaire du droit sous peine de violer ce droit. La raison en est que, ce faisant, il ne respecte pas le devoir de respect qui s'impose à lui en vertu de l'opposabilité du droit subjectif. Il exerce en réalité un pouvoir reconnu au seul titulaire du droit de propriété sur ce bien et dénie par là cette reconnaissance exclusive prévue par le droit objectif. Il agit sans être couvert par un pouvoir qui lui serait reconnu par le droit objectif sur le bien. Le tiers ne peut non plus endommager le bien d'autrui. Il empêche le titulaire du droit d'exercer tout ou partie de ses pouvoirs exclusifs sur le bien. Il ne respecte pas le droit de propriété d'autrui et la règle de droit objectif en vertu duquel le titulaire du droit exerce son droit. Aurait-il endommagé le bien d'autrui par négligence ou inadvertance, sans le vouloir ou sans s'en rendre compte ? Le résultat ne serait pas différent. Par son comportement, il empêche le titulaire du droit de l'exercer comme il lui est permis. Le droit du titulaire est violé parce que le devoir de respect s'imposant à autrui n'a pas été respecté.

Le tiers ne peut exploiter une œuvre protégée sans le consentement du titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre. Ce faisant, il ne respecte pas le devoir de respect du droit d'auteur qui s'impose à lui, sauf exception légalement prévue. Il exerce ainsi un pouvoir qui n'est reconnu qu'au seul titulaire du droit d'auteur. Il exerce un pouvoir qui lui est dénié par le droit objectif. Il ne peut non plus modifier l'œuvre protégée sans le couvert d'un droit subjectif lui permettant de justifier l'atteinte ainsi portée au droit d'auteur d'autrui. Aurait-il agi de bonne foi, sans savoir qu'il était sans droit pour ce faire, que le résultat serait identique : le droit d'auteur d'autrui serait violé dès lors qu'il y a eu violation du devoir de respect du droit imposé par l'opposabilité du droit.

Le tiers ne peut contracter avec une personne qui, partant, violerait un droit de créance au respect duquel cette personne est obligée. Le tiers violerait le devoir de respect du droit de créance qui s'impose à lui. Suite à l'acte posé par le tiers, le créancier ne pourrait plus exercer ses pouvoirs à l'égard de son débiteur. Or, le tiers ne dispose d'aucun pouvoir qui lui serait reconnu par le droit objectif lui permettant de s'insérer dans la relation d'obligation exclusive liant le débiteur à son créancier. Il viole ainsi le droit de créance d'autrui. Aurait-il agi sans le savoir, de bonne foi ? Le résultat serait identique. Par son acte, il porte atteinte au droit de créance en contradiction au devoir de respect qui s'impose à lui. Aurait-il agi sans s'immiscer dans le lien d'obligation, sans obliger le débiteur à violer le droit de créance d'autrui ? Alors, il n'aurait pas porté atteinte au droit de créance d'autrui puisqu'il n'est obligé qu'au devoir de respect de ce dernier, c'est-à-dire à l'interdiction d'immixtion dans la relation entre le débiteur et son créancier.

La violation du droit d'autrui se traduit par la violation du devoir de respect qui s'impose à lui en vertu du droit objectif qui crée et organise les différents droits subjectifs qu'il reconnaît. S'il y a violation de ce devoir, il y a atteinte au droit. Si une telle violation n'est pas constatée, le droit subjectif n'est pas violé en ce sens que son opposabilité n'est pas éternuée. Le problème se situe alors à un autre niveau : le conflit change de nature puisque le titulaire du droit ne peut pas se draper d'aucune sanction propre à défendre l'opposabilité de son droit.

Cette assimilation entre l'atteinte au droit et la violation de son devoir de respect ne nous permet pas de suivre Hubert Bocken dans sa tentative de distinguer les deux facettes du lien entre l'atteinte au droit et les conditions de la responsabilité civile¹²⁹⁷. L'atteinte au droit d'autrui n'est pas le propre de l'atteinte fautive au droit d'autrui. L'atteinte au droit est une chose, la question de savoir si cette atteinte est ou non fautive est indépendante de la constatation de l'atteinte elle-même. Condition nécessaire de la faute, sans doute, mais insuffisante pour en conclure l'existence d'une faute.

Ce premier constat nous amène, dès lors, à distinguer une double facette de l'atteinte au droit subjectif dans la condition de la faute. Parfois, l'atteinte au droit s'identifie à l'élément objectif de la faute. Parfois, l'atteinte au droit ne constituera qu'une circonstance permettant de rechercher si le tiers a commis une faute au sens de la violation d'une règle de prudence.

266

La violation du devoir de respect des droits subjectifs comme élément objectif de la faute. La violation du devoir de respect peut d'abord se comprendre comme l'élément objectif d'une faute. Cet élément n'est pas neuf. Il peut, nous l'avons déjà suggéré, être assimilé à la violation d'une norme de comportement déterminé.

Il s'agit en effet d'une norme au sens d'une norme générale et abstraite : le devoir de respect n'est ni une construction doctrinale ni jurisprudentielle, mais bien une norme trouvant sa source dans le droit objectif qui crée et organise le droit subjectif lui-même — la loi la plupart du temps. Comme le souligne à juste titre Hubert Bocken, porter atteinte au droit, c'est porter atteinte au droit objectif qui détermine les conditions auxquelles est soumise la reconnaissance des droits au bénéfice de leurs seuls titulaires. Au sein de cette reconnaissance opère toujours l'exclusion d'autrui, c'est-à-dire du tiers qui agit à l'égard de l'objet d'un droit reconnu au seul titulaire. Ce faisant, le tiers viole le devoir de respect qui

1297. Cf. *supra*, n° 256.

s'impose à lui en vertu de cette reconnaissance exclusive prévue par la règle générale et abstraite.

Pour reprendre l'exemple de Hubert Bocken, le laveur de vitres qui pose son échelle sur la façade du voisin de son client viole le droit de propriété de ce dernier parce qu'il ne respecte pas le devoir de respect qui s'impose à lui.

Ce devoir s'impose aux tiers qui ne peuvent le violer. L'opposabilité du droit et ses sanctions particulières traduisent très exactement le caractère obligatoire du devoir de respect.

Cette norme impose des abstentions ou comportements précis dans le chef des tiers. Nous en avons déjà fait le constat dans notre étude du régime de l'opposabilité du droit subjectif. La détermination des pouvoirs internes, lieu de la relativité des droits subjectifs, offre une assise précise au devoir de respect. Le tiers en tire alors la portée de son devoir d'abstention ou de respect du droit d'autrui ¹²⁹⁸.

Nul besoin donc, à ce niveau, de s'écarter de la notion traditionnelle de la faute, au sens objectif du terme. L'atteinte au droit, en tant que violation du devoir de respect issu de l'opposabilité de tous les droits subjectifs, semble parfaitement s'identifier à la catégorie admise en droit positif de l'élément objectif de la faute comme violation d'une norme de comportement déterminé.

267

La violation du devoir de respect comme une circonstance de fait permettant d'appréhender le comportement du tiers. Mais l'atteinte au droit n'est pas forcément l'élément objectif de la faute. Elle peut, *a priori*, parfaitement se comprendre comme une circonstance particulière permettant de jauger le comportement du tiers. Ce dernier, par son comportement, a violé le droit d'autrui. La violation du droit est alors comprise comme un élément de fait ou de droit dans lequel s'est exprimé le comportement du tiers.

Si on reprend l'exemple du laveur de vitres, nous pouvons tout aussi bien dire à ce stade que la violation du devoir de respect du droit est un élément de fait permettant de conclure *in fine* à la violation d'un devoir de comportement que n'aurait pas eu un laveur de vitres placé dans les mêmes circonstances de fait.

L'atteinte au droit peut donc également s'insérer dans l'autre catégorie d'élément objectif de la faute conçue comme la violation d'une règle de prudence déterminée selon les circonstances de fait. La question est alors de savoir si, notamment en violant les droits subjectifs d'autrui, le

1298. Cf. *supra*, n^{os} 218 et s.

tiers s'est comporté comme un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

De ce point de vue également, la violation des droits d'autrui n'est pas étrangère à la faute du tiers. Mais elle n'en est pas un élément *a priori* déterminant ou plus déterminant que les autres, contrairement au cas précédent, où l'atteinte au droit est le seul élément objectif de la faute.

268

L'ambivalence du lien entre la violation du droit subjectif et la notion de faute. Nous avons ainsi posé, en des termes particuliers, l'ambivalence du lien que présente l'atteinte au droit subjectif par rapport à la notion de faute.

Cette ambivalence avait déjà été relevée par Paul Leclercq¹²⁹⁹, puis revisitée par Hubert Bocken¹³⁰⁰. Elle est *a priori* conforme à l'interprétation commune des principes de responsabilité, puisqu'elle ne modifie en rien la division bipartite traditionnelle de l'élément objectif de la faute.

Ce premier constat ne permet cependant pas encore de distinguer les hypothèses dans lesquelles l'atteinte au droit devra participer à la constitution de l'une ou l'autre des catégories de fautes admises par le droit positif. C'est à cette tâche qu'il convient maintenant de s'atteler.

Dès lors que, sur le plan de l'élément objectif de la faute, le lien avec l'atteinte au droit est ambivalent, il convient nécessairement de se poser la question en rapport avec l'autre condition de la responsabilité, l'élément subjectif de la faute. En effet, si l'élément objectif de la faute ne permet pas de distinguer en lui-même les hypothèses où l'atteinte au droit peut être un acte objectivement illicite, indépendamment de la violation d'une règle de prudence, l'élément subjectif de la faute nous permettra peut-être d'y voir plus clair.

269

La voie retenue pour la recherche d'une distinction : l'élément subjectif de la faute dans la violation du droit subjectif. L'atteinte objective au droit d'autrui se vérifie quelle que soit la catégorie de faute retenue. Dès lors, la seule voie possible de distinction entre la faute en tant que violation du droit et celle en tant que violation d'une règle de prudence donnant lieu à une atteinte au droit d'autrui nous paraît devoir être recherchée sur le terrain subjectif de la faute.

Nous avons vu que, en ce qui concerne la sanction de la violation de l'opposabilité des droits subjectifs, l'élément psychologique propre au

1299. Cf. *supra*, n° 240.

1300. Cf. *supra*, n° 256.

tiers qui viole le droit ne joue normalement aucun rôle. L'inopposabilité de l'acte qui, le cas échéant, amènera la cessation de l'atteinte se produit en tant qu'instrument de défense du droit subjectif, indépendamment de toute condition relative à la volonté ou à la connaissance par le tiers de l'existence du droit, sauf exception prévue par le droit objectif.

Il n'en est pas de même, selon nous, en ce qui concerne la sanction du comportement qui cause un dommage suite à la violation de l'opposabilité. Les principes de responsabilité civile impliquent l'existence d'une faute dans le chef du tiers. Si l'élément objectif peut consister en la violation du devoir de respect du droit, il faut, en outre, un élément subjectif pour que l'on puisse y voir une faute.

Si l'on repart de l'effet de l'opposabilité de tout droit, il s'agit de savoir quand on peut être tenu responsable du fait de la violation du devoir de respect du droit. Une première voie consiste à toujours admettre la responsabilité du fait même de la constatation de la violation du devoir de respect. Mais le droit positif, comme les recherches antérieures, montrent que cette violation n'est pas et ne peut être toujours fautive. Une seconde voie apparaît alors : n'admettre la responsabilité que s'il y a, outre la constatation de la violation du droit, une atteinte à une norme de prudence. Une fois rappelées les raisons qui nous poussent à rejeter chacune de celles-ci, une conciliation devient possible par la prise en compte de l'élément subjectif de la faute.

La première voie ne peut être suivie. Le seul fait de l'existence du droit et de son effet d'opposabilité ne peut suffire à fonder la faute du tiers. Ce n'est pas parce que le devoir existe, que sa violation implique *ipso facto* une faute. Il ne faut pas confondre la question du rétablissement du droit subjectif au bénéfice du titulaire, traduite par l'inopposabilité de l'acte attentatoire ou sa cessation, et celle de la responsabilité de celui qui a commis l'acte attentatoire. Le droit subjectif est rétabli car son effet d'opposabilité est imposé par le droit objectif et parce que ce dernier ne peut souffrir de voir perdurer la violation de son prescrit. S'il y a violation du droit, il y a non-respect de son opposabilité et, partant, du droit objectif qui a créé et reconnu l'existence du droit subjectif en cause. Une fois constatée, cette violation du droit doit cesser. Mais tout autre est la question de la responsabilité. Admettant qu'il y a eu violation du droit subjectif et que son effet d'opposabilité a été nié, le tiers qui a commis une telle violation est-il tenu des conséquences dommageables de son acte ?

La seconde voie, qui consiste à admettre que, dans toutes les hypothèses, il ne convient de retenir comme violation fautive du droit d'autrui que le non-respect d'une règle de prudence, ne nous convient pas non

plus¹³⁰¹. Cette approche rejette l'existence de l'effet d'opposabilité du droit subjectif. Le devoir de respect s'impose aux tiers. Ceux-ci ne peuvent le nier et ne peuvent *ipso facto* se retrancher derrière des circonstances de fait pour échapper à la sanction de réparation. Il faut être cohérent. Soit le devoir de respect est imprécis et son respect dépend des circonstances de fait qui justifient ou non la violation du droit. Mais alors, comment justifier, dans de telles circonstances, que des actions en cessation soient ouvertes et sanctionnent le tiers indépendamment de toute idée de faute ? Soit, ce que nous pensons, ce devoir implique un comportement précis interdit *a priori* par le droit objectif. La sanction de la cessation de l'atteinte est alors justifiée, mais aussi le fait qu'une telle violation ouvre normalement la voie d'une réparation. Parce qu'il paraît normal que la violation d'une norme déterminée de comportement se voie sanctionnée par la responsabilité.

Mais la norme déterminée dont on parle ici est particulière. Elle est directement liée au droit subjectif et représente le corollaire de son effet relatif. Tout comme nous ne pouvons réduire le droit subjectif à la règle de droit objectif qui le fonde, nous ne pouvons ramener l'effet d'opposabilité à la violation d'une norme déterminée de comportement qui serait inscrite dans le droit objectif. Le droit subjectif naît de la réunion de conditions légales et sa portée peut varier selon la marge de manœuvre laissée à la volonté du titulaire ou des tiers de qui celui-ci obtient le droit. Ce n'est qu'à ce moment que l'effet d'opposabilité du droit devient effectif et que le tiers peut être capable de jauger les limites qu'il impose à son propre comportement. Mais la création du droit subjectif, en tant que pouvoir en exercice, n'est pas nécessairement connue du tiers. Certes, ce dernier peut connaître la possibilité, ouverte par le droit objectif, de création de certains droits. Mais il reste parfois incapable de savoir si ces droits sont devenus effectifs dans le commerce juridique dans lequel il évolue. Partant, il reste tout aussi ignorant de l'effectivité du devoir de respect qui pèse sur lui. Comment, dès lors, admettre en toute hypothèse que le tiers qui viole ce devoir est nécessairement responsable d'une telle violation alors que notre droit de la responsabilité reste fondée sur l'idée de la responsabilité subjective de l'agent ? Comment lui reprocher l'atteinte à un devoir qu'il ne pouvait connaître et qui naît d'actes qui peuvent lui rester parfaitement étrangers ?

Notre opinion est que la faute ne peut naître alors que de l'intention du tiers et de sa conscience de la violation du devoir de respect. L'élément subjectif de la faute nous paraît seul à même d'offrir un critère de distinc-

1301. Cf. *supra*, n^{os} 260 et s.

tion entre les atteintes directement fautives aux droits subjectifs et celles qui ne le seront que si une norme de prudence est violée.

L'élément subjectif de la faute offre en effet, d'après nous, le critère de distinction recherché. Dans cette perspective, le tiers ne pourrait être fautif du fait de la violation du droit subjectif d'autrui que s'il y portait atteinte en connaissance de cause. Ce ne serait que s'il a effectivement conscience du fait que, par son acte, il va porter atteinte au droit subjectif d'autrui et qu'il commet néanmoins cette violation qu'il devrait, sur cette seule base, réparer le dommage ainsi causé. Autrement dit encore, l'atteinte au droit subjectif ne serait une faute que si la violation du devoir de respect qui découle de son opposabilité est consciente et volontaire. Si tel n'est pas le cas, il conviendrait alors de partir à la recherche d'une norme de prudence éventuellement violée. Ceci doit être précisé. Tel sera l'objet des paragraphes qui suivent.

L'atteinte consciente et, nous le verrons, volontaire est cependant à distinguer de la condition d'imputabilité de l'acte, condition commune de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil¹³⁰². Le problème n'est pas de savoir ici si le tiers avait le discernement suffisant pour percevoir le caractère illicite de son acte au moment des faits. Il s'agit d'aller plus loin dans l'analyse de sa psychologie au moment de l'atteinte en ce que nous nous dirigeons vers la recherche d'une conscience et d'une volonté effective de porter atteinte au droit d'autrui au moment de cette atteinte.

270

La distinction entre l'atteinte consciente et volontaire au droit et l'atteinte au droit considérée comme une conséquence d'un comportement contraire à une règle de prudence. En appréhendant la faute assimilée à l'atteinte au droit subjectif comme l'atteinte consciente et volontaire à ce droit s'offre un critère de distinction et une méthode de recherche du comportement fautif en relation à cette atteinte.

Cette approche nous paraît la plus à même de réconcilier la notion de faute avec celle d'atteinte au droit. Elle permet en effet de faire une distinction entre les cas de faute du fait de la violation des droits d'autrui et ceux se rattachant à la violation d'une règle de prudence quoique impliquant une violation du droit d'autrui. La faute résultant de la violation du droit suppose de percevoir l'existence du devoir de respect qui s'impose au tiers. C'est lorsque le tiers a conscience de l'existence de ce devoir et qu'il y contrevient néanmoins qu'il est susceptible, par ce fait, de commettre une faute. L'atteinte au droit subjectif est *in se* une faute lorsque le

1302. Cf. *supra*, n° 194.

tiers sait que, agissant comme il le fait, il ne peut que porter atteinte au droit d'autrui.

La première étape consiste à vérifier si, par son comportement, le tiers a violé un droit subjectif d'autrui. C'est la vérification de l'élément objectif de la faute. Si le devoir de respect qui s'impose à lui n'a pas été respecté, la seconde étape consiste à se demander si le tiers avait conscience de cette violation au moment où l'acte de violation a été posé. La troisième étape consiste à se demander si, ayant conscience de l'existence du droit d'autrui et du fait que l'acte posé allait l'être en violation de ce droit, le tiers pose néanmoins ledit acte volontairement.

Si une réponse positive est apportée lors des deux dernières étapes du raisonnement, le tiers a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Cette faute est constituée d'un élément objectif — la violation du devoir de respect issu de l'opposabilité du droit subjectif — et d'un élément subjectif spécifique — la conscience volontaire de violer ledit devoir de respect. Si les conditions de l'existence du dommage et de la relation de causalité entre cette violation et le dommage sont remplies, le tiers est responsable civilement des suites dommageables de l'atteinte au droit subjectif d'autrui. Il ne pourrait être exonéré de sa responsabilité que par la constatation de l'existence d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère.

Le tiers ne commet par contre pas une faute qui se révèle de la simple constatation de la violation du droit d'autrui si, soit il n'a pas violé consciemment le devoir de respect lié au droit subjectif, soit, pouvant avoir conscience de l'existence du droit, il n'a pas posé l'acte de violation volontairement. À défaut de l'élément subjectif imposé par cette catégorie de faute, on retombe sur la faute comme violation d'une norme de prudence : le comportement du tiers n'est répréhensible que si, en portant atteinte inconsciemment ou involontairement au droit d'autrui, il a également violé une règle de prudence et de diligence s'imposant à lui. Le tiers n'est donc fautif que s'il ne s'est pas comporté comme un bon père de famille placé dans les mêmes circonstances de fait.

271

Le premier élément subjectif de la faute : la réalité de la conscience de la violation des droits subjectifs d'autrui. La différence entre la faute comme atteinte consciente au droit subjectif d'autrui et celle issue de la violation d'une règle précise de comportement prévue par un texte légal ou réglementaire, s'il y en a un, réside sans doute dans l'intensité et la portée de cette condition. Il faut, pour que l'atteinte au droit subjectif d'autrui soit fautive, que le tiers ait conscience de l'existence du droit et, partant, du

devoir de respect qui y est attaché¹³⁰³. Il ne pourrait y avoir une faute dès lors que le tiers n'a pas pu avoir conscience, au moment de poser l'acte attentatoire, de l'existence du devoir de respect dont la violation va lui être reprochée.

La connaissance préalable de la loi — et, partant, la conscience libre de sa violation — semble souvent considérée comme allant de soi et ne paraît pas, dès lors, avoir retenu l'attention spécifique des auteurs de doctrine ni même de la jurisprudence¹³⁰⁴. Il est vrai que l'appel à l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », considéré comme un principe général de droit, paraît bien permettre d'éluder la question dans les hypothèses les plus courantes. Elle permet normalement de considérer comme illégitime la méconnaissance de la loi dont se prévautrait la personne qui y a porté atteinte. La portée de cet adage n'est cependant pas sans limites¹³⁰⁵. La Cour de cassation elle-même, dans sa jurisprudence relative à la responsabilité des administrateurs de société en cas de faillite, paraît rejeter la faute dès lors qu'il n'est pas rapporté que ceux-ci avaient connaissance de la réunion des conditions d'application des règles légales dont la violation leur est reprochée¹³⁰⁶.

Quoi qu'il en soit, la question de la conscience de l'existence du droit subjectif d'autrui — et donc du devoir de respect qui y est attaché — ne paraît pas pouvoir se résoudre aussi facilement, en l'absence de présomption générale de connaissance de ceux-ci, même si la condition d'exclusivité et certains systèmes de publicités viennent utilement au secours des tiers.

Comme déjà souligné, même si le droit subjectif trouve son fondement dans une règle de droit objectif — généralement la loi —, un hiatus existera la plupart du temps entre cette règle et le droit subjectif lui-

1303. Et nous distinguons cette conscience effective de l'hypothèse où il « aurait dû connaître » l'existence du droit. Sur ce point précis, cf. *infra*, n° 274.

1304. Voy. cependant, par exemple, Civ. Louvain (5^e ch.), 5 octobre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1061 et s. et note de T. HENS, où le tribunal rejette explicitement l'application de cet adage en lui donnant, il est vrai — comme le souligne à propos le commentateur —, une portée qu'il n'a pas.

1305. Pour des études plus complètes de la portée de cet adage en droit belge, voy. par exemple, M. COIPEL, « La signification de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » », in *Cahiers de la Faculté des sciences économiques et sociales de Namur*, n° 47, Namur, F.U.N.D.P., 1982 ; T. HENS, « Over het adagium « Nemo censetur ignorare legem » en de zorgvuldigheidsnorm », note sous, Civ. Louvain (5^e ch.), 5 octobre 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 1062 et 1063.

1306. Cf. Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, n° 46, p. 80 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1069 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 7 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 17 et s.

même¹³⁰⁷. La reconnaissance du droit subjectif par le droit objectif étant soumise généralement à des conditions, il ne suffira pas d'avoir connaissance des règles de droit objectif pour *ipso facto* avoir conscience des droits subjectifs existants en application du droit objectif. Il ne s'agit pas ici de connaître le titulaire des droits, mais bien d'avoir conscience de l'existence même de droits subjectifs imposant l'interdiction de l'acte.

Et plus le droit objectif est précis, plus la marge de manœuvre laissée à l'inconscience de l'existence des droits subjectifs d'autrui est réduite. Ainsi, la loi sur le droit d'auteur, en déterminant les conditions d'existence de la protection et la portée des pouvoirs des titulaires des droits d'auteur et voisins, liée au fait que la protection se rattache souvent à un support ou un fait directement perceptible par les tiers (un CD, une bande son, etc., mais aussi un spectacle perceptible par la vue ou l'ouïe, par exemple), ne laissera pas de grandes possibilités au tiers d'échapper à sa faute en invoquant une légitime inconscience de l'existence de droits d'auteur d'autrui.

Au niveau de la perception du droit subjectif par le tiers, trois cas de figure peuvent se présenter.

Soit le droit subjectif porte sur un bien matériel ou une chose perceptible par les sens. Sauf circonstances de fait ou de droit particulières, le tiers qui veut user du bien ou du support sait que, ce faisant, il va violer les droits subjectifs d'autrui : il sait qu'il n'a pas de droit à faire valoir sur les biens ou supports en question. C'est la conséquence directe du caractère exclusif des droits subjectifs. Étant exclu du rapport relatif du droit subjectif, le tiers sait que tout pouvoir exercé sur le bien ou sur le support qui matérialise le droit ainsi que tout comportement d'immixtion dans ce rapport lui sont interdits, sauf autorisation préalable du titulaire du droit ou exception prévue par le droit objectif. C'est le cas pour les droits de propriété et les droits réels. C'est le cas pour les droits intellectuels. La seule question qui se pose pour ces derniers est celle de savoir si les conditions de la protection sont ou non remplies.

Soit l'existence du droit subjectif fait l'objet d'une publicité organisée. Le tiers avait, dès lors, le moyen de connaître l'existence du droit, indépendamment de la perception qu'il pouvait ou non en avoir. Ainsi par exemple, lorsqu'un droit réel immobilier est créé, il doit faire l'objet d'une transcription sur le registre des hypothèques. Les tiers peuvent donc se renseigner avant de poser un acte qu'ils doivent savoir susceptible de porter atteinte à des droits subjectifs d'autrui. S'ils se renseignent et agissent malgré la

1307. Cf. *supra*, n° 92.

connaissance qu'ils ont de l'existence du droit subjectif d'autrui, ils commettent une faute. S'ils ne se renseignent pas alors qu'ils avaient le moyen de le faire, la question se pose de savoir s'ils peuvent ou non se prévaloir d'une légitime ignorance et devront ou non être considérés comme fautifs s'ils agissent ensuite en contradiction au droit en question. Ce point retiendra plus tard notre attention ¹³⁰⁸.

Soit l'existence du droit subjectif n'est pas perceptible par les sens et ne fait pas l'objet d'une publicité. Le tiers ne peut alors, selon nous, être fautif que s'il est prouvé qu'il avait *in concreto* conscience de l'existence du droit subjectif au moment où il a posé l'acte attentatoire qui lui est reproché. C'est, par exemple, le cas du tiers complice. Ce dernier ne peut voir sa responsabilité civile engagée pour violation de la créance à laquelle est obligé son cocontractant que s'il en connaissait l'existence au moment de contracter. Là aussi, se pose la question de savoir si l'ignorance dans laquelle il se trouvait au moment de poser l'acte est légitime et si, en définitive, la condition de connaissance lui imposait une attitude active confinant à l'obligation de se renseigner. Ce point sera également étudié ultérieurement ¹³⁰⁹.

Retenons pour l'instant que la conscience de l'existence du droit est une condition nécessaire pour qu'il soit considéré que l'atteinte au droit d'autrui est fautive.

272

Le second élément subjectif de la faute : l'atteinte volontaire au droit subjectif d'autrui. Si le tiers a conscience de l'existence du droit d'autrui et, dès lors, du devoir de respect qui y est nécessairement attaché par son effet d'opposabilité, et qu'il viole consciemment ce droit, l'atteinte qu'il provoque est généralement volontaire. Il viole le droit subjectif en connaissance de cause : prenant conscience de l'interdiction, il passe outre à son prescrit et pose donc volontairement l'acte attentatoire.

Les deux éléments subjectifs de la faute — conscience et volonté — sont généralement indissociables l'un de l'autre. Si une personne télécharge sans redevance des fichiers MP3 contenant des copies d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, elle porte le plus souvent consciemment et volontairement atteinte à ce droit. Elle sait n'avoir obtenu aucun droit sur l'œuvre et ne pouvoir en faire une copie sans aucun paiement des redevances dues aux ayants droit, normalement comprises dans le prix d'achat du support. Elle effectue néanmoins l'opération de téléchargement et souvent, ensuite, une reproduction sur un support audio

1308. Cf. *infra*, n° 274.

1309. Cf. *infra*, n°s 274 et 418 et s.

(CD) afin d'écouter le morceau de musique. Les deux éléments subjectifs de la faute au sens où nous l'entendons sont donc remplis. Si une personne « vole » un bien meuble qui ne lui appartient pas, elle porte atteinte au droit de propriété d'autrui. Elle sait n'avoir aucun droit sur le bien et le soustrait néanmoins au pouvoir de son propriétaire. Elle porte atteinte consciemment et volontairement au droit de propriété.

Il se peut néanmoins que les éléments de conscience et de volonté se dissocient. Parfois, l'atteinte au droit peut être consciente sans être nécessairement volontaire. D'où la nécessité de souligner l'existence de l'élément de volonté comme condition de la faute subjective nécessaire à la constatation de l'atteinte fautive au droit subjectif.

Si un automobiliste dérape sur une route verglacée, il peut certes être conscient qu'une embardée dans un mur, une automobile ou un bien placé sur sa trajectoire serait constitutive d'une violation de droits subjectifs d'autrui, même avant ou au moment de l'acte attentatoire. Mais il n'a pas eu, en réalité, la volonté de porter atteinte à ces droits en dérapant avec son véhicule. Il en est de même pour le chasseur qui, visant un animal en course, le rate et voit sa munition finir dans la vitre d'une maison voisine. De même, le laveur de vitres qui, suite à un faux mouvement, tombe sur la vitre du voisin.

L'atteinte ne devient fautive que lorsque, ayant conscience de l'existence du droit d'autrui, le tiers commet la violation en connaissance de cause, sciemment, volontairement. Il sait que, ce faisant, il va violer le droit subjectif d'autrui. Mais il commet néanmoins l'acte attentatoire. Cette atteinte est donc volontaire.

Le tiers n'est pas nécessairement habité par une intention de nuire. L'élément intentionnel dont on parle ici ne porte pas sur la volonté de créer un dommage à autrui, mais sur la volonté de porter atteinte au droit subjectif d'autrui. Le tiers, ayant conscience des limites posées *a priori* à ses actions par l'existence des droits d'autrui, les franchit sciemment. Il viole volontairement le devoir de respect qu'il sait lui être imposé. Conscience et volonté se combinent pour constituer le moteur de l'action du tiers. L'une ne peut aller sans l'autre pour que la faute soit consommée.

Nous retrouvons, *mutatis mutandis*, le concept de faute intentionnelle ou de fraude tel qu'il a été mis en avant par Jean-François Romain concernant ce que cet auteur nomme de manière générale la bonne foi subjective¹³¹⁰. Comme il le défend dans sa conception de la fraude, nous

1310. J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 750 et s.

pensons que l'élément intentionnel dont il est question ici, subtil mélange de conscience et de volonté, se situe dans une nébuleuse entre la pure intention de nuire et une conscience imprécise d'une potentielle atteinte au droit d'autrui. Pour paraphraser l'auteur, « il faut à la fois moins et plus »¹³¹¹. C'est la volonté et la conscience d'adopter un comportement d'action ou d'omission dont on sait qu'il portera atteinte aux droits subjectifs d'autrui.

Quatre différences essentielles apparaissent cependant entre les critères proposés ici pour déterminer quand l'atteinte aux droits d'autrui doit être considérée comme fautive indépendamment d'une comparaison d'avec le comportement du bon père de famille et l'analyse de Jean-François Romain¹³¹² :

- a) Cet auteur participe d'une réflexion plus large sur la portée de la bonne foi subjective au départ de l'adage *Fraus omnia corrumpit*, alors que nous avons strictement limité la nôtre au problème de l'atteinte fautive aux droits subjectifs d'autrui.
- b) L'auteur défend aussi l'idée d'une sanction de la fraude indépendante de la réparation issue de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil, alors que nous insérons la nôtre dans cette application.
- c) Il fonde toute sa théorie de la bonne foi sur une définition qui l'assimile à un devoir de respect conscient des intérêts d'autrui, ces derniers rassemblant sans distinction des droits subjectifs, libertés civiles ou intérêts légitimes, alors que nous recherchons au contraire à distinguer ces notions entre elles.
- d) Assimilant en outre, comme il est classique de le faire, l'atteinte aux intérêts d'autrui et le concept de dommage, Jean-François Romain en arrive à utiliser le critère de l'intention dommageable pour stigmatiser l'intention particulière qui habite la personne qui adopte un comportement de mauvaise foi subjective ou de fraude. Notre analyse nous amène nécessairement à nous distinguer de l'auteur sur ce point précis. Notre approche étant construite au départ de la définition retenue du droit subjectif et de son caractère d'opposabilité, c'est le devoir de respect des droits d'autrui qui guide et nourrit notre réflexion. Dès lors, notre analyse de l'intention particulière du tiers repose ici sur le critère de l'intention de violer ce devoir de respect.

1311. *Ibid.*, p. 757, n° 324.

1312. Pour un exposé de ses théories, voy. *supra*, n° 145.

Ces différences essentielles étant soulignées, force est de constater que notre opinion peut largement s'inspirer de l'analyse scrupuleuse de l'auteur concernant l'élément subjectif. Son analyse a permis de disséquer différents niveaux de conscience des actes posés par ceux dont le comportement donne lieu à la sanction faisant l'objet de la recherche.

273

Les critères de l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif d'autrui. Ce qui doit être prouvé par le titulaire du droit subjectif qui demande réparation du fait de l'atteinte fautive à son droit est ici une intention, c'est-à-dire un élément subjectif relativement précis.

L'intention de porter atteinte au droit d'autrui étant le fondement des critères de la violation consciente et volontaire du tiers, il est important de tenter de systématiser comment cette intention va s'exprimer et, partant, va pouvoir être rapportée.

Nous inspirant de la théorie de Jean-François Romain¹³¹³, nous pouvons dégager des critères de reconnaissance d'une atteinte volontaire et consciente aux droits d'autrui.

- a) L'intention de porter atteinte aux droits d'autrui peut d'abord être exprimée telle quelle. Soit parce que le tiers a fait part de son intention, soit parce que les circonstances de fait et de droit de son action traduisent cette intention. Le tiers est alors mû par la seule volonté de porter atteinte aux droits d'autrui. L'analogie est ici évidente avec ce que l'on nomme communément l'intention de nuire. Sauf que cette intention de nuisance se véhicule par le désir de porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Une personne endommage volontairement le bien d'autrui en vue de lui nuire. C'est précisément parce que ce bien fait l'objet d'un droit exclusif au bénéfice d'autrui que l'on s'y attaque, sachant que cette violation du droit va normalement s'accompagner d'un dommage dans le chef du titulaire du droit subjectif.
- b) Cette intention peut également se révéler par la recherche consciente de l'avantage, du bénéfice que procure normalement un droit subjectif que l'on sait reconnu à autrui et ne pas pouvoir bénéficier en vertu des règles de droit objectif. Ainsi, par exemple, lorsque le tiers contrefait sciemment une œuvre protégée par un droit d'auteur en sachant pertinemment qu'une autre personne doit être titulaire de celui-ci et qu'il ne peut librement jouir du bénéfice de l'utilisation et/ou de

1313. J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 759 et s., n° 324.

l'exploitation de tout ou partie de l'œuvre protégée, connaissant parfaitement l'absence de droits qu'il peut lui-même faire valoir sur l'œuvre. L'intention n'est plus ici principalement le désir de nuire, par l'atteinte au droit, mais bien celui de se procurer un avantage aux dépens du titulaire exclusif du droit auquel revient légitimement l'avantage usurpé.

- c) Enfin, l'intention de porter atteinte au droit d'autrui peut se révéler par la non-abstention coupable du tiers. Le tiers a conscience que l'acte qu'il va poser est susceptible de violer le devoir de respect lié à un droit subjectif d'autrui. Pourtant, malgré cette conscience, il ne s'abstient pas d'agir en contradiction avec le droit d'autrui. Son intention n'est pas alors nécessairement guidée par le but de porter atteinte à ces droits et il ne recherche pas un avantage personnel qui n'est reconnu qu'au titulaire du droit subjectif. L'élément intentionnel de la faute est alors déduit du fait que, sachant qu'il va commettre un acte susceptible de porter atteinte au droit, l'acte est posé en connaissance de cause.

274

La limite du critère de l'atteinte consciente et volontaire aux droits subjectifs d'autrui. La limite entre l'atteinte consciente et volontaire aux droits d'autrui et celle qui ne présente pas ces qualités effectives ne sera pas toujours facile à déterminer.

Ce n'est pas tant l'absence de volonté avérée qui pose ici problème. Outre la volonté exclusive de porter atteinte aux droits d'autrui — rare en pratique —, la volonté de passer outre au devoir de respect se déduira certainement d'éléments externes — la recherche de l'avantage lié à l'exercice du droit ou l'acte posé en connaissance de cause. En cas d'absence de volonté avérée de la sorte, il faudra abandonner la catégorie spécifique de faute issue de l'atteinte au droit subjectif.

Un problème surgit avec plus d'évidence lorsque la conscience de l'atteinte ou du risque d'une telle atteinte n'est pas rapportée. Le tiers n'a pas pris, en réalité, conscience de l'existence des droits d'autrui.

L'inconscience peut d'abord apparaître comme légitime et non répréhensible. Personne n'aurait eu conscience de cette atteinte au vu des circonstances dans lesquelles agissait le tiers. Le tiers ne connaissait pas l'existence de droits d'autrui lui imposant un devoir de respect au moment où il pose l'acte litigieux. Dans la logique de notre raisonnement, cette constatation devrait suffire à écarter la détermination d'une faute pour violation des droits subjectifs d'autrui, indépendamment de la question de savoir si, ce faisant, il n'a pas violé une règle de prudence qui, au vu des circonstances de fait, s'imposait également à lui.

La difficulté est de savoir s'il n'aurait pas dû, néanmoins, avoir conscience de l'atteinte au droit d'autrui. Soit parce que toute personne placée dans sa situation aurait nécessairement dû avoir cette conscience, soit parce que le tiers s'est abstenu de poser des actes qui auraient dû lui apporter cette conscience. D'une part, le tiers ne peut pas voir ce qui s'imposerait à tous, d'autre part, il peut avoir été négligent quant à la recherche de l'existence des droits d'autrui.

C'est toute la difficulté de savoir si l'ignorance de l'existence des droits subjectifs d'autrui au moment de poser l'acte litigieux est ou non légitime de sorte qu'elle fasse obstacle à la détermination d'une faute au sens de l'atteinte fautive aux droits, indépendante de la violation d'une règle de prudence.

Les cas de figure peuvent être très fréquents en pratique.

Nous verrons ainsi qu'en ce qui concerne la tierce complicité, on se demande souvent si le tiers « devait savoir » que son futur cocontractant allait violer le droit de créance de son créancier. Concernant, par exemple, les acheteurs professionnels de voitures d'occasion, une jurisprudence très sévère impose un devoir de se renseigner sur l'existence d'une clause de réserve de propriété reconnue au bénéfice d'un organisme de crédit¹³¹⁴. La question de déterminer si le tiers « devait savoir » se résout, nous le verrons, souvent par la recherche d'une obligation de prudence au regard des circonstances dans lesquelles le tiers intervient.

Imaginons une personne obtenant contractuellement des droits d'auteur sur une œuvre protégée. Le contrat la garantit expressément de la titularité des droits de son cocontractant. Admettons par hypothèse que cette personne est le dernier titulaire dérivé suite à une longue chaîne de contrats de transmission de droits, comme cela est fréquent en pratique. Elle est ensuite actionnée en contrefaçon par l'auteur original qui n'a aucun mal à démontrer l'atteinte à ses droits. Fort de ce premier jugement, l'auteur actionne notre personne en responsabilité civile afin d'obtenir réparation de son dommage. Cette dernière était-elle dans une ignorance légitime lui permettant d'échapper au caractère fautif de l'atteinte avérée au droit ?

Pensons également au défaut de prise de connaissance d'instruments de publicité de l'existence de droits, quand ces instruments existent. Dès lors qu'un acte déclaratif ou constitutif de droits réels est transcrit au registre des hypothèques, il est opposable aux tiers, qui ne peuvent se prévaloir de leur défaut de connaissance pour échapper à l'opposabilité du

1314. Cf. *infra*, n° 418.

droit. Mais l'opposabilité est une chose, la responsabilité en est une autre. S'il n'a pas eu une connaissance effective de l'existence du droit réel, le tiers échappe-t-il au critère spécifique de la faute étudié ici ?

Si la conscience de l'existence du droit par le tiers au moment de l'acte attentatoire n'est pas effectivement rapportée, la faute en tant qu'atteinte au droit subjectif d'autrui ne peut être retenue, à défaut de vérification d'une de ses conditions. Le débat se déplace sur le terrain des autres critères de la faute, à savoir la violation d'une règle de prudence ou d'une règle précise de comportement inscrite dans la loi. Dès lors que l'on se pose la question de savoir si le tiers devait connaître l'existence du droit et donc avoir conscience de l'existence du devoir de respect qui y est lié, se pose en réalité une question fort proche de la prévisibilité du dommage, même si elle ne se confond pas avec elle : la prévisibilité de l'atteinte au droit d'autrui. Il s'agit alors de se demander si un homme normalement prudent et diligent, confronté aux mêmes circonstances de fait, aurait dû savoir qu'en posant tel acte, il allait nécessairement porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui et devait donc s'abstenir d'y porter atteinte. Nous retrouvons donc ici une norme générale de comportement.

En réalité, l'appel au critère spécifique de la faute en tant que violation du devoir de respect qui y est lié n'est plus, dans ces cas, nécessaire afin de déterminer la responsabilité du tiers. Le tiers n'a pas eu connaissance de l'existence des droits d'autrui et, partant, n'a pas pu prendre effectivement conscience, en posant l'acte litigieux, de porter atteinte aux droits d'autrui. Mais il est établi qu'il aurait néanmoins dû avoir cette conscience parce que son ignorance est en réalité elle-même viciée : elle s'explique par une négligence ou une imprudence. Il est, dès lors, déjà en faute. Par cette faute, il a permis une atteinte effective au droit. Il est donc responsable de l'intégralité des conséquences dommageables de l'atteinte au droit d'autrui.

275

La distinction entre l'atteinte volontaire au droit et l'atteinte considérée comme une conséquence de l'acte : application. Afin de bien comprendre la portée du critère proposé et ses particularités à l'égard d'autres, mis en avant principalement par Paul Leclercq, Jean Dabin et Hubert Bocken, reprenons les deux exemples initiaux de Leclercq : le chasseur qui, en tirant une volée de plombs, brise la vitre d'une habitation et le passant tombant dans une vitrine.

Pour Paul Leclercq, « un chasseur lance avec violence à l'aide d'un fusil des plombs dans l'air ; un passant marche dans une rue ; l'un et l'autre ont l'obligation de s'abstenir de léser le droit de propriété d'autrui et de s'arranger de façon à ce que ce droit ne soit pas lésé par eux. Si le

chasseur tire de telle manière que les plombs qu'il lance dans l'espace vont briser les vitres de la villa voisine, si le passant marche de telle sorte qu'il tombe dans une vitrine et la brise »¹³¹⁵, le propriétaire a droit à réparation dès lors qu'il établit que c'est bien cette personne qui a lancé les plombs ou a brisé les vitres. La faute consiste en la violation du droit d'autrui. Selon la règle générale qu'il développe, l'auteur de l'acte ne pourrait alors s'exonérer qu'en invoquant un cas de force majeure.

L'explication ne convainc pas. Elle pêche par son souci de concision et se situe à un extrême. Dès lors que le droit d'autrui est atteint suite au fait immédiat de l'homme, il y a toujours faute. L'auteur reste cependant ambigu dès lors qu'il paraît introduire dans son explication une référence aux circonstances ayant amené l'atteinte sans s'expliquer sur ce qu'il entend par « la manière » ou « la sorte » permettant de retenir la faute de l'auteur de l'acte. Le simple fait de recourir à ces expressions montre bien qu'une donnée supplémentaire de fait devrait sans doute être prise en considération. Et, nous l'avons vu, la distinction entre le fait immédiat de l'homme et de la chose n'offre pas un critère de distinction acceptable¹³¹⁶.

Jean Dabin se situe à une autre limite du raisonnement. L'atteinte au droit n'est jamais une faute en elle-même. Pour lui, deux situations peuvent se présenter¹³¹⁷. La première situation comprend deux hypothèses dans l'exemple du chasseur. Soit le chasseur a effectivement dirigé son tir dans les fenêtres. C'est le cas, dit Dabin, de la maladresse et cela, par définition. Soit le chasseur n'a pas pris suffisamment de précautions pour éviter une lésion prévisible. C'est le cas de l'imprudence ou de la négligence. L'imprudence existe alors par définition : « Le tir, dans les conditions où il a eu lieu, devait normalement engendrer lésion : c'était à prévoir, par conséquent à éviter »¹³¹⁸. De même, selon Jean Dabin, serait en faute le passant qui tombe de lui-même dans la vitre par suite d'une défaillance de ses nerfs qu'il n'a pas suffisamment maîtrisés ou d'une distraction de son esprit, qui n'a pas pris garde à l'obstacle. Il ne peut en être différemment que si la lésion s'explique par la force majeure, élément par définition imprévisible. La lésion à la villa est survenue par l'effet d'un ricochet accidentel. Le passant est tombé suite à une apoplexie.

Mais cette opinion ne nous convainc pas plus. L'auteur veut absolument ramener l'explication à la violation d'une règle de prudence. Si le

1315. Conclusions précédant Cass. (2^e ch.), 4 juillet 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 280.

1316. Cf. *supra*, n° 247.

1317. J. DABIN, « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *op. cit.*, p. 6 et 7.

1318. *Ibid.*, p. 6.

chasseur dirige son tir vers les fenêtres d'autrui, si le passant tombe dans une vitre, il s'agirait nécessairement d'une maladresse ou d'une imprudence. Celles-ci s'imposeraient d'elles-mêmes. Mais d'où provient cette évidence ? Ces actes supposeraient un défaut d'adresse que n'aurait pas commis un chasseur ou un passant normalement adroit et diligent. Or, cette hypothèse n'est pas forcément celle retenue initialement par Jean Dabin lui-même, qui part du cas où le chasseur dirige son tir vers les fenêtres d'autrui. La maladresse n'explique pas nécessairement son geste. Au contraire, il pourrait mettre toute son adresse dans la recherche d'un résultat : l'atteinte à la propriété d'autrui. Et Jean Dabin oublie également une autre hypothèse dans l'exemple du passant : celle où il poserait volontairement un acte susceptible ou non de briser la vitre. Nous pensons notamment à l'hypothèse proposée par Hubert Bocken : le laveur de vitres qui pose son échelle sur celle du voisin afin d'atteindre plus facilement celle qu'il doit nettoyer. Même s'il ne la brise pas, son geste serait-il exempt de toute faute ? Et s'il la brise, devra-t-on nécessairement prouver qu'un laveur de vitres normalement prudent et diligent n'aurait pas trouver appui sur la vitre du voisin ?

Hubert Bocken, nous l'avons vu ¹³¹⁹, propose de distinguer selon que l'acte analysé est objectivement en contradiction avec le droit d'autrui ou non. Notre laveur qui glisse sur la vitre du voisin ne poserait pas de tels actes. Ce critère n'a pas non plus convaincu. Que le laveur de vitres brise la vitre en posant son échelle ou à la suite d'une chute accidentelle, il porte atteinte au droit d'autrui sur la vitre. Que le chasseur brise la vitre en la visant avec son fusil ou que la vitre se brise suite au ricochet des plombs sur une pierre, les vitres sont brisées et le droit violé. Les situations à distinguer sont néanmoins mieux précisées que par les opinions de Paul Leclercq et Jean Dabin. L'atteinte au droit n'est ni toujours ni jamais une faute.

Le seul critère valable est, d'après nous, l'atteinte consciente et volontaire au droit d'autrui. Si le chasseur vise la vitre d'autrui, il sait qu'il va porter atteinte au droit du propriétaire. S'il le fait néanmoins, il sera fautif. S'il ne sait pas qu'une propriété voisine borde son champ de tir, il faudra se demander si cette ignorance est ou non légitime. Un chasseur normalement prudent et diligent devait-il vérifier l'existence de propriétés voisines ? Si non, il faut s'en remettre au droit commun et vérifier s'il n'a pas commis une autre imprudence. Le chasseur a visé un animal dans sa course. Ce faisant, la course a amené l'animal dans le champ devant la maison de sorte qu'en tirant sur l'animal, des plombs se sont « perdus »

1319. Cf. *supra*, n° 256.

dans la propriété d'autrui. Le chasseur s'est-il comporté comme un homme normalement prudent et diligent ? Soit encore, un ricochet a eu lieu contre une pierre. La survenance du ricochet s'imposait-elle de sorte que le risque de voir des plombs déviés vers la maison était prévisible ? Partant, en tirant comme il l'a fait, le chasseur n'a-t-il pas été maladroit ?

Les cas des passants ou laveurs de vitres peuvent également trouver une solution par notre raisonnement. Le laveur de vitres ou le passant ont-ils consciemment et volontairement porté atteinte au droit d'autrui ? La réponse est positive si le laveur de vitres pose son échelle sur la vitre voisine : il savait que, ce faisant, il agissait sans droit et portait atteinte au droit du voisin. Ayant commis l'acte néanmoins, et donc volontairement, il est en faute. Si, ce faisant, la vitre se brise, il doit réparer le dommage ainsi causé. La réponse est négative si le laveur de vitres glisse de son échelle et brise la vitre du voisin ou si le passant glisse sur une plaque de verglas ou, par distraction, va s'emboutir dans la vitre. Dans ces hypothèses, l'atteinte n'est ni consciente ni, à tout le moins, volontaire. Il faut alors se demander si, ce faisant, ceux-ci n'ont pas commis une maladresse ou une imprudence.

276

Conclusion : les conditions de la responsabilité civile du tiers qui viole les droits subjectifs d'autrui. Les développements qui précèdent permettent maintenant d'arrêter de manière précise les conditions de la responsabilité du tiers qui porte atteinte aux droits subjectifs d'autrui.

Le *première étape* à franchir est de constater la violation du droit d'autrui. Cette étape donne lieu à une analyse objective. Le devoir de respect issu de l'opposabilité de tout droit a-t-il été ou non enfreint ? Cette étape est préalable à la question de la détermination de la faute. Elle est néanmoins nécessaire car elle conditionne le cas particulier de la faute spécifique issue de la violation des droits subjectifs d'autrui.

La *seconde étape* consiste à déterminer le type de faute commise par le tiers. Deux catégories sont susceptibles de convenir : la violation consciente et volontaire du droit ou la violation d'une règle de prudence. Quatre tests sont nécessaires pour identifier la faute.

- a) *Le test de l'imputabilité.* Le premier test est commun à toutes les hypothèses. L'acte commis en violation du droit doit être imputable, au sens du droit commun, à son auteur. Tel ne serait pas le cas si, par exemple, l'auteur était en état de démence au moment où il a posé l'acte, s'il était dénué de conscience en tant qu'*infans*, etc.
- b) *Le test de la faute spécifique.* Dans un premier temps, il faut se demander si la violation constatée du droit est le fait conscient et volontaire du

tiers. L'analyse est ici subjective. Si cette double condition est effectivement remplie, la faute du tiers doit être retenue indépendamment de la recherche de toute violation d'une règle de prudence et de diligence. Cette faute est constituée d'un élément objectif, la violation du devoir de respect du droit, et d'un élément psychologique, le fait de la violation consciente et volontaire de ce droit. Si les autres conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil sont remplies — à savoir les conditions de l'existence d'un dommage et d'un lien causal entre ce dommage et la faute —, la responsabilité du tiers doit être engagée, sauf à ce dernier de pouvoir exciper d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère libératoire. En dehors de ces derniers cas d'exonération de responsabilité, si aucune faute ne peut être retenue du fait de la constatation de l'ignorance, il convient d'appliquer un troisième test au comportement du tiers. Si le tiers est par contre exonéré en vertu du droit commun, il convient de passer directement au quatrième test.

- c) *Le test de la faute explicative de l'inconscience de l'atteinte au droit.* Dans un second temps, c'est-à-dire si les conditions de conscience et/ou de volonté ne sont pas rapportées effectivement, il convient de se demander si l'inconscience ou l'ignorance de l'existence du droit violé dont se prévaut le tiers ne s'explique pas par une faute antérieure. Cette ignorance trouve-t-elle elle-même sa source dans la violation d'une norme de prudence ou d'une norme précise de comportement d'origine légale, qui aurait nécessairement rendu effective la conscience de l'atteinte au droit subjectif d'autrui ? Si la réponse à cette question est positive, le tiers a commis une faute. Si cette dernière est en relation causale avec le dommage dont il est demandé réparation, la responsabilité du tiers est engagée, sauf à ce dernier de pouvoir exciper d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère libératoire. Si, par contre, la responsabilité du tiers n'a pu ainsi être retenue, il convient de passer au dernier test.
- d) *Le test de la faute de droit commun sans relation nécessaire avec l'atteinte au droit.* Si le droit a été violé, mais qu'aucune faute ne peut être retenue directement en relation avec cette atteinte au travers des deux tests précédents ou que, en ce qui concerne les fautes retenues, une exonération de responsabilité de droit commun a été constatée, il convient alors de soumettre le tiers à une application classique des critères de la responsabilité quasi délictuelle. L'atteinte au droit subjectif ne joue plus ici que le rôle d'une circonstance de fait ou de droit particulière parmi d'autres. Il s'agira alors de vérifier si le comportement permet d'établir une faute quelconque en relation causale avec le dommage

dont le titulaire du droit demande réparation. Si la réponse à cette question est positive, le tiers a commis une faute dont il doit réparation, sauf à ce dernier de pouvoir exciper d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère libératoire. Si la réponse est négative, le tiers n'est pas responsable, nonobstant la violation constatée du droit subjectif d'autrui.

Le résultat de notre analyse offre donc un instrument afin de répondre à la question de la responsabilité du tiers qui a porté atteinte au droit subjectif d'autrui. Chacune des étapes, chacun des tests est nécessaire si l'on veut conclure à la responsabilité civile du tiers.

Terminons par quelques remarques permettant de parfaitement comprendre la portée et l'utilité de notre méthode.

Le test de la faute spécifique qui impose de rechercher si l'acte posé l'a été consciemment et volontairement ne vaut que pour l'analyse de la responsabilité du tiers en tant que sanction particulière de l'atteinte au droit subjectif. Elle n'est pas une condition de l'opposabilité du droit d'autrui. L'opposabilité du droit est une caractéristique de tout droit subjectif. Envisagé passivement, il s'agit seulement d'admettre que le respect du droit d'autrui s'impose *a priori* à tous, quel que soit leur degré de connaissance de l'existence du droit en cause sous peine d'obtenir du juge la cessation de l'acte attentatoire, sauf exception prévue par le droit objectif.

Mais l'opposabilité active d'un droit va avoir une conséquence directe sur les conditions de la responsabilité du tiers. Envisagé activement, dès que le titulaire du droit l'oppose au tiers en ce qu'il l'informe de son existence, le refus de respecter ce droit sans justification légitime risque d'engager la responsabilité civile du tiers. Dès lors que l'opposabilité s'est traduite dans un acte positif du titulaire du droit, l'auteur de l'atteinte ne peut plus nier la conscience qu'il doit avoir de violer le droit subjectif d'autrui. Il peut certes tenter de dénier l'existence du droit, notamment en invoquant l'absence de preuve de son existence. Mais si cette preuve est rapportée, le fait de continuer à violer le droit d'autrui est nécessairement fautif en vertu de notre test de la faute spécifique, sauf, nous le verrons, à légitimer l'atteinte à l'aide d'un droit subjectif concurrent.

Remarquons enfin qu'il n'existe aucun danger de voir l'application des critères retenus ci-avant impliquer une responsabilité automatique de l'auteur de la violation du droit d'autrui. La violation doit être fautive. Elle ne l'est pas si l'auteur n'a pas agi de manière consciente et volontaire ou si une faute spécifique ou de droit commun ne peut être retenue. Elle doit

en outre avoir eu comme conséquence un préjudice réel dans le chef du titulaire du droit pour donner lieu à réparation.

Le critère spécifique de la violation des droits subjectifs d'autrui, ainsi exprimé, n'empêche nullement d'appliquer les autres critères de responsabilité traditionnellement retenus. Si le caractère conscient et volontaire de l'atteinte au droit ne peut être rapporté, la victime peut invoquer la violation d'une norme de comportement déterminée prévue par la loi ou la violation d'une règle générale de prudence. L'atteinte consciente et volontaire aux droits d'autrui n'est qu'une catégorie de faute spécifique parmi les autres.

Section 3

Les sanctions de la responsabilité du fait de l'atteinte aux droits subjectifs

277. La réparation du dommage consécutif à l'atteinte fautive au droit subjectif – 278. Les ambiguïtés de la portée de la réparation en nature – 279. La distinction entre la réparation en nature et les mesures de cessation de l'acte illicite – 280. La distinction entre la réparation du dommage et la cessation de l'atteinte aux droits subjectifs

277 **La réparation du dommage consécutif à l'atteinte fautive au droit subjectif.** La sanction de la responsabilité civile extracontractuelle du tiers qui porte atteinte au droit subjectif est la réparation du dommage consécutif à la faute du tiers.

Il s'agit d'une simple application du droit commun issu des articles 1382 et 1383 du Code civil.

L'atteinte fautive au droit subjectif se traduit souvent par l'existence d'un dommage subi par le titulaire du droit subjectif. Le dommage ne se produit certes pas automatiquement de par la violation du droit. Mais il est toujours prévisible pour celui qui porte atteinte consciemment et volontairement au droit d'autrui. L'atteinte au droit provoque, *in concreto*, une atteinte à l'intérêt protégé par le droit. Cet intérêt porte sur les avantages moraux et/ou matériels qu'il retire ou peut retirer de l'exercice ou du non-exercice du droit. L'atteinte au droit empêchant — au moins partiellement — le titulaire du droit d'exercer les pouvoirs exclusifs qui lui sont reconnus par le droit, elle provoquera souvent dans son chef un dommage : une perte, une absence d'avantage qui se découvre de par la

comparaison de sa situation *ex ante* et *ex post* atteinte à son droit par le tiers. Cette perte semble toujours prévisible en sa potentialité dès le moment de l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif.

Le lien entre la faute et le dommage provoqué par l'atteinte au droit est moins évident dès lors qu'il s'agira d'appliquer une faute en tant que violation d'une norme de prudence. En cas d'ignorance fautive comme de violation d'une règle de prudence indépendante de l'atteinte au droit, le contrôle de la prévisibilité du dommage aura lieu conformément au droit commun.

La réparation du dommage consécutif à l'atteinte au droit présentant un lien causal avec la faute pourra alors avoir lieu en application des règles de droit commun : réparation par équivalent ou en nature.

Il convient de rappeler ici que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la réparation en nature est érigée en principe par rapport à la réparation par équivalent. Les dommages et intérêts ne seront octroyés que si le juge constate l'impossibilité de la réparation en nature ou un abus de droit dans le chef de la victime qui introduit une telle demande¹³²⁰.

278

Les ambiguïtés de la portée de la réparation en nature. Comme le souligne avec force depuis quelques années Patrick Wéry, la réparation en nature a

1320. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass. (2^e ch. — 3^e espèce), 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 73 : « Attendu que la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et si elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit » ; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341 et s. et conclusions de l'avocat général VELU (spéc., dans les conclusions, p. 1343, 1344 et 1358). Voy. aussi déjà, conclusions du procureur général GANSHOFF VAN DER MEERSCH, précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 40 et 41.

Sur le principe, et son application constante, voy. par exemple, H. BOCKEN, « Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, E. Story-Sciencitia, 1986, p. 500 et 501, n° 10 ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintnissenrecht*, op. cit., p. 291 ; R.O. DALCQ, F. GLANDSDORFF, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1988, p. 486 et 487, n° 167 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 2^e éd., op. cit., p. 49, n° 58 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, op. cit., p. 89 et 90, n° 79 ; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST, J.-L. SCHUERMANS, « Overzicht van rechtspraak — Onrechtmatige daad, schade en schadeloostelling (1983-1992) », *T.P.R.*, 1994, p. 858 et 859, n° 1.2 ; D. SIMOENS, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, op. cit., p. 66, n° 34 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 729, n° 115 ; P. WÉRY, « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », in *Droit de la responsabilité*, Liège, C.U.P., vol. n° 10, 1996, p. 18 et 19, n° 5.

connu une fortune telle que le concept lui-même peut être qualifié de « fourre-tout »¹³²¹.

Le concept de « réparation en nature » est utilisé pour qualifier un très grand nombre de sanctions différentes¹³²². De la demande de démolition d'une construction qui empiète sans autorisation sur le fonds du demandeur à l'action en revendication ou possessoire en passant par la condamnation à la publicité du jugement, la sanction en nature de la lésion qualifiée, l'annulation des décisions des actionnaires majoritaires entachées d'abus, l'inopposabilité au créancier du contrat conclu par le débiteur avec un tiers complice ou encore la sanction de l'atteinte à un droit de la personnalité, etc. : c'est comme si la notion hypertrophiée de réparation en nature accueillait toute sanction autre que pécuniaire.

Patrick Wéry dénonce un risque. Sous le couvert d'une notion dont les contours apparaissent comme parfaitement flous, la jurisprudence risque de s'arroger le pouvoir de prononcer n'importe quelle sanction, portant ainsi gravement atteinte à la sécurité juridique. C'est d'autant plus vrai que, sous cette notion, sont rangées bon nombre de sanctions ne présentant pas ou peu de lien avec l'indemnisation des préjudices subis par la victime à la suite d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil¹³²³.

1321. P. WÉRY, « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », *op. cit.*, p. 15 à 22 ; ID., « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », note sous Liège (7^e ch. B), 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 430, n^{os} 2 et 3. Voy. aussi plus spécialement en matière de responsabilité contractuelle : P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires — Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 136 et s., spéc. p. 144, n^o 108.

1322. Voy. les nombreux exemples relevés par Patrick Wéry et les nombreuses références : P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires — Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, *op. cit.*, p. 143 et 144, n^o 108 ; ID., « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 430, n^o 2 ; ID., « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », *op. cit.*, p. 19 et 20, n^o 6.

1323. P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 430, n^o 3. Il convient de noter qu'en France, la distinction présente un intérêt spécifique non transposable en Belgique : alors que le juge français n'est pas obligé d'accorder la réparation en nature — le choix de cette sanction relevant de son appréciation souveraine —, il est néanmoins tenu de mettre fin à l'illicite si cette demande lui est régulièrement soumise (sur ce point, voy. par exemple, Ph. LE TOURNEAU, L. CADIEU, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, p. 340, n^o 1271 ; pour une analyse plus nuancée, voy. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 84 et s.).

La distinction entre la réparation en nature et les mesures de cessation de l'acte illicite. Certains auteurs français¹³²⁴, principalement à la suite de la thèse de Marie-Ève Roujou de Boubée¹³²⁵, ont depuis longtemps cherché à mettre un frein à la dérive en tentant de définir avec plus de précision le concept de réparation en nature. Une constante dans ces approches : l'exclusion du concept de réparation des actions tendant à faire cesser une situation illicite, dont les mesures visant le respect d'un droit subjectif violé¹³²⁶. En Belgique, si l'idée est principalement défendue par Patrick Wéry, la distinction entre réparation en nature et actions tendant à mettre fin à la situation illicite est encore assez rare¹³²⁷. Pour notre Cour de cassation, il semble que ces mesures soient, en règle, absorbées par le concept de réparation en nature¹³²⁸.

1324. Voy. par exemple, Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, op. cit., p. 339 et s., n° 1269 à 1271 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, p. 733 et s., spéc. 736, n° 583 ; G. VINEY, *Traité de droit civil — La responsabilité : effets*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 20 et 21, n° 13 (comp. avec la seconde édition de son traité où l'auteur se demande si toutes les mesures de rétablissement ressortissent bien au domaine de la responsabilité [G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., op. cit., p. 23, n° 11]).

Pour certains exemples d'auteurs qui distinguent la réparation en nature de celles visant à la cessation de l'illicite ou de l'atteinte aux droits subjectifs, avant la thèse de Marie-Ève Roujou de Boubée, voy. par exemple : J. BOULANGER, G. RIPERT, *Traité de droit civil (D'après le traité de Planiol)*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 437, n° 1137 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951, p. 169 et s., n° 594.

1325. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974.

1326. J. BOULANGER, G. RIPERT, *Traité de droit civil (D'après le traité de Planiol)*, t. II, op. cit., p. 437, n° 1137 ; Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, op. cit., p. 340, n° 1270 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2^e éd., op. cit., p. 733, n° 582 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 217 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, 2^e éd., p. 169 et s., n° 594.

1327. Voy. cependant, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, op. cit., p. 146 et s., n° 91 ; Id., « Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod », op. cit., p. 500 et s. ; F. DELPÉRE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 192, note 21 ; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Anvers, Maklu, 1994, p. 330 à 332.

1328. Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 388 ; Cass. (2^e ch. — 3^e espèce), 20 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 73 : « Attendu que la victime d'un dommage résultant d'un acte illicite a le droit d'en exiger la réparation en nature si elle est possible et si elle ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit ; que le juge a donc, en règle, le pouvoir de l'ordonner, notamment en prescrivant à l'auteur du dommage les mesures destinées à faire cesser l'état de chose qui cause le préjudice » ; Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341 et s. et conclusions de l'avocat général VELU, qui énonce déjà le principe repris dans les arrêts précités. L'avocat général est plus précis encore (p. 1358) : « Je me résume. L'autorité administrative, qui par un acte illicite porte atteinte aux droits subjectifs d'une personne, notam-

Marie-Ève Roujou de Boubée, dans une thèse de doctorat remarquée, a proposé de faire une distinction entre les mesures de réparation en nature du préjudice, d'une part, et les mesures visant soit à supprimer une situation illicite, soit à prévenir la production du dommage, d'autre part¹³²⁹. Les mesures de réparation en nature sont en effet, dans sa théorie, limitées à celles ayant pour objet de compenser un préjudice qui est, par hypothèse, réalisé ou dont la réalisation future est inévitable.

Cela n'est pas le but des mesures tendant à prévenir un dommage puisque ces mesures ont précisément pour objet d'éviter le dommage et, ainsi, de faire l'économie du problème de leur réparation *a posteriori*¹³³⁰.

Les mesures de réparation en nature n'englobent pas non plus celles ayant pour but la suppression de la situation illicite. Par situation illicite, l'auteur vise la situation illicite à la source du préjudice¹³³¹. Ces mesures

ment à ses droits civils, et lui cause de ce fait un dommage, est soumise notamment aux règles de droit commun relatives à la réparation en nature et au pouvoir des cours et tribunaux de l'ordonner. Les cours et tribunaux ne méconnaissent pas le principe de la séparation des pouvoirs lorsque, pour rétablir dans ses droits la victime de l'acte illicite de l'autorité administrative, ils condamnent cette dernière à réparer en nature le préjudice et lui prescrivent les mesures destinées à mettre fin à l'atteinte portée aux droits de la victime » (voy. aussi, p. 1343 où l'avocat général constate seulement, sans prendre position, que certains font une distinction selon qu'il s'agit d'une action en réparation du dommage ou d'une action en rétablissement du droit violé et p. 1344).

La distinction a cependant été faite, incidemment, par l'avocat général Ganshof van der Meersch dans ses célèbres conclusions relatives à l'abus de droit précédant l'arrêt du 10 septembre 1971. Celui-ci énonçait en effet, à la suite de René Savatier, précité : « De rechtsvoorganger van verweerders heeft grond van eiser ingenomen ; hij doet afbreuk aan diens eigendomsrecht ; op dit recht is het dat eiser zijn vordering steunt. Het gaat niet om de burgerrechtelijke aansprakelijkheid en om de vergoeding van het geleden nadeel, doch om het herstellen van eiser in zijn recht, en dus om het opgeven van een inneming van andermans goed. De vergoeding van de schade, geleden door de schuld van de rechtsvoorganger van verweerders, blijkt in dit geval slechts bijkomstig, merkt Savatier terecht op. Er moet in beginsel een einde gemaakt worden aan de onwettige toestand. Maar voorts moet de schade vergoed worden die door de handelingen van rechtsvoorganger van verweerders werd veroorzaakt » (conclusions du procureur général GANSHOFF VAN DER MEERSCH, précédant Cass., 1^{re} ch., 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 41 ; aussi la note de W.G. publiée sous le même arrêt dans la *Pasicrisie*, qui traduit en français l'opinion exprimée par le procureur général [*Pas.*, 1972, I, p. 37]).

1329. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 197 à 263.

1330. *Ibid.*, p. 203. Il convient de souligner que, pour l'auteur, les concepts de responsabilité et de réparation ne peuvent être confondus. Les actions en responsabilité peuvent avoir comme objet d'autres mesures que des mesures de réparation et, ainsi, parfois tendre à la prévention du préjudice. Mais alors, il ne s'agit pas d'obtenir une réparation en nature (*ibid.*, p. 205). Ce point ne présentant pas une importance particulière quant à l'objet de notre étude, nous renvoyons le lecteur à la thèse de Marie-Ève Roujou de Boubée.

1331. *Ibid.*, p. 210.

ont donc pour objet d'agir sur la cause du préjudice, d'en tarir la source. Elles imposent à l'auteur d'une situation illicite un comportement conforme au droit ¹³³². Elles se distinguent donc de la réparation en nature en ce qu'elles n'agissent pas sur la matière du préjudice. La cessation de l'acte illicite laisse intact le préjudice passé et empêche pour l'avenir son renouvellement, voire sa naissance ¹³³³.

Il faut cependant alors que la situation illicite ne soit pas irrémédiablement accomplie ¹³³⁴. Il en serait ainsi de la demande de condamnation à la démolition d'un immeuble empiétant abusivement sur le terrain d'autrui, la condamnation d'un commerçant à cesser l'utilisation d'un nom, d'une enseigne ou de signes de fabrication usurpés, la condamnation à la saisie d'une publication portant sur une correspondance inédite sans autorisation, etc. ¹³³⁵.

Les mesures de cessation de l'acte illicite englobent de manière générale les actions ou mesures tendant au rétablissement d'un droit ou d'un intérêt violé. Plus exactement, « la cessation de l'acte illicite tend à la sauvegarde pour l'avenir du droit ou de l'intérêt violé ou plutôt elle tend au respect de la norme protégeant le droit ou l'intérêt violé : c'est ce qui explique le caractère obligatoire de ces mesures [...] » ¹³³⁶. Et l'auteur de citer par exemple les actions en revendication, en contrefaçon, en pétition d'hérédité, mais aussi l'action en concurrence déloyale ¹³³⁷. Dans l'esprit de l'auteur, les mesures dont question visent donc tant la cessation de la violation d'un droit subjectif que d'un intérêt ou, implicitement, d'une liberté civile.

Cette absence de distinction quant à l'objet même de la licéité pousse logiquement l'auteur à penser que ces mesures peuvent être mises en œuvre soit par des actions spécifiques, soit par des actions en responsabilité au cas où de telles actions ne seraient pas prévues ¹³³⁸. Il faut souligner également que, dans son esprit, responsabilité et réparation ne se confondant pas, rien ne s'oppose à ce que la responsabilité puisse dans certains cas englober les mesures tendant à la suppression de l'acte illicite, même s'il ne s'agit pas alors de mesures de réparation ¹³³⁹. Ces mesu-

1332. *Ibid.*, p. 211.

1333. *Ibid.*, p. 217.

1334. *Ibid.*, p. 211.

1335. *Ibid.*, p. 211 et 212.

1336. *Ibid.*, p. 217.

1337. *Ibid.*, p. 214 à 217.

1338. *Ibid.*, p. 214.

1339. *Ibid.*, p. 217.

res peuvent donc être mises en œuvre de deux manières différentes. Soulignons qu'un des intérêts de cette distinction est cependant pour l'auteur le fait que, en dehors de l'action classique en responsabilité, les actions spécifiques dont question n'obéissent pas aux mêmes conditions de mise en œuvre : dans le cadre de ces actions, la suppression de l'illicite ne suppose pas rapportée l'existence d'un préjudice, l'intérêt à agir résultant suffisamment de l'atteinte aux droits de la victime ¹³⁴⁰. Elles peuvent en outre être dirigées vers des personnes autres que celles à la source de l'illicéité, c'est-à-dire aussi les personnes qui sont les titulaires actuels de la situation illicite ¹³⁴¹.

En toute hypothèse, la mesure de suppression de l'acte illicite est obligatoire en ce qu'elle constitue un droit propre pour la victime ¹³⁴². Et, chose particulièrement remarquable, elle trouve *in fine* l'explication du caractère obligatoire de la mesure en cessation de l'acte illicite dans l'opposabilité du droit ¹³⁴³.

280

La distinction entre la réparation du dommage et la cessation de l'atteinte aux droits subjectifs. Nos recherches confirment le bien-fondé de la distinction proposée tout en permettant un affinement de celle-ci.

Marie-Ève Roujou de Boubée et les auteurs qui se sont rangés à sa thèse ont fondé l'exclusion de la réparation en nature pour qualifier les mesures ayant pour objet le respect des droits d'autrui sur l'analyse du concept même de réparation en nature. Il est toutefois frappant de souligner que, en conclusion de son analyse, l'auteur lie explicitement la cessation de l'acte illicite à l'opposabilité aux tiers du droit violé. Notre raisonnement fut inverse : partant de l'analyse des droits subjectifs, nous avons mis en exergue l'existence de deux types de sanctions permettant de défendre le droit subjectif. La première, la cessation de l'atteinte au droit, est fondée sur l'opposabilité du droit subjectif. La seconde, qui emporte réparation du préjudice causé au titulaire du droit, est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Que l'on parte du concept de réparation ou de la notion de droit subjectif, la quasi-identité des résultats est frappante.

Les deux approches mènent toutes deux à considérer l'opposabilité du droit subjectif en tant que fondement d'une mesure de cessation ou de prévention de l'acte illicite. Dans les deux approches, l'action en cessation

1340. *Ibid.*, p. 219.

1341. *Ibid.*, p. 220.

1342. *Ibid.*, p. 219 et s.

1343. *Ibid.*, p. 256 et s.

s'affranchit des conditions de la responsabilité civile dans le cadre d'actions spécifiques. Quelle que soit l'approche, ni l'existence du dommage ni l'élément subjectif de la faute ne doivent être pris en compte en ce qui concerne l'obtention de la cessation de l'acte illicite portant atteinte au droit subjectif.

Tenant compte des spécificités de l'évolution belge de la doctrine de la responsabilité civile, nous pouvons alors tenter de dépasser certaines ambiguïtés qui persistent dans l'approche de la doctrine de la responsabilité civile.

Dans la thèse de Marie-Ève Roujou de Boubée, la distinction entre l'élément objectif et subjectif de la faute n'est pas claire. Elle se déduit plutôt qu'elle ne s'affirme dès lors que l'acte illicite est présenté comme la violation de la norme objective qui fonde le droit subjectif et que l'action en cessation de cet acte est permise à l'égard d'une personne autre que celle qui commet l'acte illicite originaire. L'attachement en droit belge à la conception subjective de la faute, la recherche d'un critère spécifique de la violation fautive des droits d'autrui, mais aussi l'étude de l'action spécifique liée à l'opposabilité des droits subjectifs, nous ont amené à mettre en avant cette différence de condition d'exercice des deux types d'action. Nous rejoignons donc ici l'analyse de Patrick Wéry faite au départ de celle de Marie-Ève Roujou de Boubée : lorsque le demandeur réclame la réparation, il doit prouver une faute — au sens plein du terme — et un dommage. Mais l'action en cessation — ou en rétablissement, selon Patrick Wéry — est affranchie de ces conditions dès lors qu'elle vise uniquement la sanction ou la consécration du droit subjectif¹³⁴⁴.

Dans la thèse de Marie-Ève Roujou de Boubée, la mesure de cessation de l'acte illicite se comprend indistinctement comme la cessation de la violation du droit subjectif, d'une part, et de l'intérêt légitime ou de la liberté civile, d'autre part. L'auteur n'a pas, en effet, — et tel n'était pas l'objet de sa thèse — distingué ces notions entre elles¹³⁴⁵. Ainsi, les actions en revendication ou en contrefaçon — actions en cessation d'atteinte à des droits subjectifs — sont présentées sous le même plan que l'action en concurrence déloyale — action en cessation de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et de concurrence ou d'intérêts commerciaux légitimes.

1344. P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 432, n° 6.

1345. L'auteur ne fait allusion au problème qu'au détour d'une note de bas de page dans laquelle elle l'évade en se bornant à contester la distinction faite explicitement par Roubier dans sa théorie du droit subjectif (M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 214, note 15).

mes. Cela la mène à admettre, mais il est vrai aussi pour d'autres motifs, que la cessation de la violation d'un droit subjectif peut également être demandée au travers de l'action en responsabilité civile. Notre souci de distinguer les concepts et la mise en avant de l'effet particulier de l'opposabilité des droits subjectifs par rapport à l'opposabilité des deux autres notions nous poussent à nous démarquer quelque peu de son analyse.

S'il peut exister également des actions en cessation aux atteintes aux libertés civiles, voire aux intérêts légitimes¹³⁴⁶, elles se distinguent cependant de celles relatives aux atteintes aux droits subjectifs par le fait qu'elles ne se conçoivent pas, selon nous, en dehors des conditions de la responsabilité, à tout le moins en ce qui concerne la condition de la faute. Se pose, dès lors, également différemment le problème du cumul des actions en cessation et en responsabilité en ce qui concerne la violation des droits subjectifs.

Nous l'avons vu, notre étude de la notion de droit subjectif nous a mené à considérer que l'action en cessation, sanction de l'opposabilité du droit subjectif, existait spécifiquement, même en l'absence de texte particulier, pour tous les droits subjectifs. Dès lors que, en règle, les actions en responsabilité sont le seul mode de sanction possible des atteintes aux libertés civiles et intérêts légitimes et que les actions en cessation des droits subjectifs n'obéissent qu'à la condition de la violation objective des droits subjectifs, il nous paraît préférable de considérer les deux actions comme distinctes. Les deux demandes peuvent certes être jointes devant le juge de la responsabilité, mais ce dernier, pour prononcer la cessation de l'atteinte au droit subjectif, ne doit pas vérifier si toutes les conditions de la responsabilité civile sont remplies. Par contre, dès lors qu'une demande visant à la réparation — en nature ou par équivalent — d'un préjudice, fût-il consécutif à l'atteinte au droit sanctionnée par la cessation, est introduite, le juge, pour y donner suite, doit vérifier si toutes les conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil sont remplies¹³⁴⁷.

Même si nous n'étions pas suivi sur ce point, il nous paraîtrait admissible de considérer que, dès lors que la responsabilité est retenue, le juge

1346. Cf. *infra*, n° 319.

1347. Comp. P. WÉRY, « Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle », *op. cit.*, p. 432, n°s 5 et 6. L'auteur distingue, dans les mesures de rétablissement, celles visant à faire respecter un droit existant de celles visant à agir sur la source préjudiciable en supprimant la source du dommage. Il ne distingue cependant pas, à tort selon nous, les conditions de mise en œuvre de ces deux catégories de mesures.

peut toujours prononcer la cessation de l'atteinte au droit. Il suffirait d'admettre que la sanction de la responsabilité n'est pas uniquement la réparation, mais également le rétablissement du droit subjectif. En cela, nous suivons très exactement le droit positif belge qui admet ce genre de mesure en l'assimilant toutefois à une réparation en nature. Mais le fondement de cette demande ne devrait pas nécessairement s'identifier avec celui de la demande en responsabilité. En cela, nous nous démarquons du droit positif qui ne paraît pas appliquer cette distinction pour certains droits subjectifs, au premier rang desquels apparaît le droit de créance¹³⁴⁸. Par contre, ce n'est pas parce que la cessation de l'atteinte au droit est obtenue par l'action en cessation spécifique au droit subjectif, que la réparation du dommage qui en est consécutif peut être automatiquement accordée. Il faudra pour cela que toutes les autres conditions de la responsabilité soient remplies.

1348. Voy. par exemple *infra*, n^{os} 403 et s., en matière de tierce complicité où l'inopposabilité du contrat conclu en violation des droits du créancier ne semble possible que si toutes les conditions de la responsabilité civile sont remplies.

Conclusion

De l'opposabilité des droits subjectifs à l'imposition comme mode de résolution de conflits

281. L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense de tous les droits subjectifs – 282. L'opposabilité, fondement des sanctions de l'atteinte au droit subjectif – 283. Les apports de la construction proposée – 284. L'imposition comme mode de résolution de conflit propre au droit subjectif – 285. La définition du droit subjectif

281

L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense de tous les droits subjectifs. Partant de la définition provisoire du droit subjectif telle qu'arrêtée dans la première partie de cette étude, nous avons systématisé ce que nous avons qualifié de « face externe » du droit subjectif, c'est-à-dire son pouvoir de rayonnement à l'égard des tiers.

Ayant constaté dans la première partie qu'une analyse théorique menée au départ de la seule notion étudiée débouchait sur certaines imprécisions quant à la portée de cet effet, il nous est apparu judicieux de partir du tiers qui violait le droit subjectif d'autrui afin de tenter de préciser l'effet juridique qui s'imposait à lui.

Pour ce faire, nous avons utilisé deux vecteurs présents dans notre droit positif : l'opposabilité et la responsabilité. Ce sont en effet les deux techniques juridiques qui permettent de véhiculer l'effet juridique dont est porteur le droit subjectif à l'égard des tiers.

Chacun des deux a débouché sur une sanction propre susceptible de frapper le tiers qui viole le droit subjectif d'autrui : l'action en cessation et l'action en responsabilité. Nous avons déterminé les conditions de mise en œuvre de chacune de ces deux sanctions. Ces conditions se sont construites autour d'un lien logique reliant la notion de droit subjectif à ces sanctions. L'existence d'un pouvoir juridique exclusif reconnu par le droit objectif au titulaire du droit subjectif, noyau de notre définition provisoire du concept, a en effet permis de définir les conditions et la portée de son opposabilité. Ces caractéristiques étant communes à tous les droits subjectifs, elles nous ont permis de dégager un effet externe unique à tout droit subjectif au travers de son opposabilité : un strict devoir de respect prenant sa source dans le droit objectif qui crée et organise chacun des droits subjectifs. Comme l'action en cessation sanctionne la violation objective de ce

devoir, l'action en responsabilité permet de déterminer les conditions du devoir de réparation auquel est soumis le tiers qui y porte atteinte.

Une construction théorique et prospective émerge donc finalement de notre recherche qui systématise les effets juridiques de la notion de droit subjectif à l'égard des tiers. La systématisation de la construction naît en effet d'une logique théorique au départ du concept de droit subjectif et des concepts d'opposabilité et de responsabilité. Le raisonnement se fonde plus dans la construction d'une logique conceptuelle que dans une analyse scrupuleuse du droit positif au travers duquel nous aurions tenté de constater l'effet ici préconisé. Nous pensons en effet que seule cette approche permettait de s'affranchir des multiples incohérences des solutions éparpillées construites au départ du concept d'opposabilité ou des conditions de la responsabilité.

282

L'opposabilité, fondement des sanctions de l'atteinte au droit subjectif. C'est sans conteste l'opposabilité du droit subjectif qui se dégage comme étant la clé de compréhension principale de l'effet juridique externe du droit subjectif à l'égard du tiers qui y porte atteinte.

Notion corrélatrice de la relativité des droits subjectifs, elle traduit très exactement l'effet juridique à l'égard des tiers qui s'induit nécessairement des caractéristiques de la face interne des droits subjectifs. C'est, nous l'avons vu, au départ de la notion de pouvoir juridique et du caractère exclusif de celui-ci que se dégage l'effet spécifique du droit subjectif : son devoir de respect à l'égard des tiers. L'ancrage des droits subjectifs dans le droit objectif a également permis de trouver un fondement au caractère obligatoire de cet effet. C'est le droit objectif qui crée le droit subjectif qui fonde son effet spécifique à l'égard du tiers. Sans cet effet particulier à l'égard des tiers, les caractéristiques internes du droit subjectif resteraient lettre morte. Il ne pourrait, en définitive, y avoir de droit subjectif, sans devoir de respect à l'égard des tiers.

Ce devoir de respect doit, pour être efficace, trouver une sanction directe en cas de violation. La cessation de toute atteinte objective au droit est la sanction principale de l'opposabilité du droit subjectif. Une autre sanction a cependant été dégagée : l'inopposabilité des effets de l'acte qui contrevient au droit. La compréhension de cette dernière sanction et de sa mise en œuvre devra encore être affinée. Nous verrons en effet que cette inopposabilité devra tenir compte des modes de résolution de conflit mis en avant après la détermination des effets externes des deux autres concepts étudiés, la liberté civile et l'intérêt légitime.

Mais l'opposabilité du droit, traduite par ce devoir de respect, joue également un rôle fondamental dans la compréhension de la mise en

œuvre des conditions de la responsabilité civile du tiers. Elle permet de mettre en avant l'émergence d'une catégorie de faute spécifique à l'atteinte au droit subjectif : l'atteinte consciente et volontaire au droit d'autrui. La violation du devoir de respect n'est en effet fautive que si le tiers pose son acte de violation de manière consciente et volontaire, en connaissance de cause. Cette faute, nous l'avons vu, n'épuise pas l'intégralité des sources de responsabilité du tiers qui porte atteinte au droit subjectif d'autrui. Elle n'exclut pas la mise en œuvre des catégories de fautes traditionnelles : la violation d'une règle de prudence ou d'une norme déterminée de comportement. C'est que la violation du droit d'autrui n'est pas nécessairement une faute et se situe parfois bien plus près de la notion de dommage. Nous avons pu, dès lors, systématiser les hypothèses de mise en cause de la responsabilité du tiers qui porte atteinte au droit subjectif d'autrui.

283

Les apports de la construction proposée. La construction théorique proposée est, selon nous, porteuse de nombreux avantages au regard des développements actuels du droit positif et des solutions apportées par celui-ci en cas d'atteinte au droit subjectif.

Le premier avantage est l'unité du régime reconnu à la qualification de droit subjectif. Si unité il y a aujourd'hui quant à la face interne du droit, des ambiguïtés étaient apparues quant à la portée de sa face externe. L'ambiguïté principale portait sur la distinction des effets externes des droits personnels, d'une part, et des droits réels et intellectuels, d'autre part. Cette ambiguïté présente au niveau purement théorique dans les théories du droit subjectif s'est retrouvée au niveau de l'étude de l'opposabilité des droits subjectifs telle que retenue en droit positif. Le dépassement de cette difficulté par sa critique au regard de la notion de droit subjectif elle-même, seule voie possible de réconciliation, nous a conduit à l'admission d'une même opposabilité pour tous les droits subjectifs et, par là même, à la mise en avant d'un régime unique des effets du droit subjectif à l'égard des tiers. Ce faisant, nous avons pu également distinguer l'effet d'opposabilité du droit subjectif de l'effet d'opposabilité des conventions qui le créent. Cette dernière est également un acquis important si l'on veut bien se rappeler que la transposition de l'opposition des conventions aux droits qui en sont issus est pour beaucoup dans la confusion antérieurement dénoncée entre l'opposabilité des droits réels et des droits de créance.

Le deuxième avantage qui apparaît dans le sillage du premier est la réconciliation dont est porteuse notre construction entre, d'une part, l'approche théorique du concept dans la théorie générale et, d'autre part,

son approche pratique au départ de la théorie de la responsabilité civile. Nous avons en effet constaté les incohérences auxquelles menait le refus actuel de la doctrine de la responsabilité d'accepter tout lien spécifique entre la notion de faute et la violation des droits d'autrui. S'inscrivant dans une tendance doctrinale constante entamée par Paul Leclercq, la construction proposée admet ce lien tout en le précisant, ce qui devrait permettre d'éviter les excès en tous genres qui ont jalonné les tentatives antérieures. Nous pensons qu'elle restaure une cohérence harmonieuse entre la définition du concept de droit subjectif, telle que retenue en théorie générale comme dans l'interprétation de l'article 144 de la Constitution, et l'utilité dont la notion est porteuse en droit positif au travers, principalement, de la mise en œuvre de la responsabilité du tiers qui y porte atteinte.

Le troisième avantage est issu des solutions pratiques qu'impose la construction proposée. Par la systématisation dont elle est issue, elle permet de dépasser bon nombre de controverses, difficultés ou ambiguïtés présentes dans le droit positif actuel, dont certaines ont déjà été soulignées à chaque étape de notre raisonnement. Nous confronterons, du reste, dans la dernière partie de cette étude, nos développements théoriques à des conflits usuels de droit positif afin de mettre en exergue, dans chacun des exemples choisis, les solutions, parfois nouvelles, mais trouvant toujours ancrage dans certaines opinions défendues à l'heure actuelle, auxquelles nous amène l'application de notre construction¹³⁴⁹.

Le quatrième avantage de notre construction est de produire un socle solide de raisonnement quant à l'objet même de la présente étude : la détermination des modes de résolution de conflit entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. La systématisation des effets externes des droits subjectifs permet d'abord d'affiner la définition provisoire qui en a été proposée dans la première partie de cette étude. Elle nous permettra, dès lors, de comparer plus finement les notions analysées entre elles. Notre construction permet aussi d'épingler un premier mode de résolution de conflits : l'imposition. Ces deux points retiendront maintenant notre attention.

L'imposition comme mode de résolution de conflit propre au droit subjectif. L'étude de l'opposabilité du droit subjectif permet de considérer que, *a priori*, les conflits entre droits subjectifs, d'une part, libertés civiles et intérêts légitimes, d'autre part, devraient se résoudre au bénéfice du titulaire du droit subjectif.

1349. Cf. *infra*, n^{os} 402 et s.

Le droit subjectif emportant, par son opposabilité, un devoir de respect vis-à-vis des tiers, ces derniers doivent s'y soumettre. Le droit subjectif s'impose donc aux tiers. D'où la qualification que nous donnons au premier mode de résolution de conflit qui s'en déduit : l'imposition.

Par son exclusivité, le droit subjectif met d'emblée hors jeu le tiers de la distribution du pouvoir dont il est porteur. Le tiers ne peut en bénéficier. Par la reconnaissance de cette exclusivité également, le droit objectif impose aux tiers, quels qu'ils soient, de respecter le pouvoir ainsi octroyé. *A priori*, l'exclusivité empêche par elle-même tout conflit avec les tiers qui ne peuvent que se résoudre à respecter les droits subjectifs d'autrui. Le droit objectif soustrait en effet de leurs propres droits, libertés civiles ou intérêts légitimes le pouvoir reconnu ainsi au seul titulaire du droit subjectif qu'il désigne.

L'expression de l'imposition comme mode de résolution de conflit propre aux droits subjectifs s'exprime au travers de la cessation de toute atteinte portée au droit subjectif et par la mise en cause possible d'une responsabilité spécifique du tiers qui y porte atteinte.

Nous verrons cependant que l'imposition du droit subjectif souffre de nécessaires exceptions, elles-mêmes nées de l'opposabilité de la qualification des pouvoirs ou intérêts dont sont porteurs les tiers qui portent atteinte au droit. C'est que la réalité juridique, complexe, guidée par un idéal de justice et d'équité, ne peut se satisfaire d'un mode de résolution de conflit unique et d'application automatique.

285

La définition du droit subjectif. La systématisation des effets externes des droits subjectifs, ainsi que la mise en évidence du mode de résolution spécifique qui lui est propre, nous permettent enfin d'affiner encore quelque peu la définition proposée du concept de droit subjectif.

Cette dernière énonçait que le droit subjectif pouvait être compris comme *le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d'imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d'une action en justice spécifique.*

Nous ne toucherons plus ici aux éléments spécifiques de la face interne du droit. Par contre, nous pouvons préciser ce que nous entendions à la fin de la définition, censée décrire l'effet externe du droit subjectif.

Fort des développements qui précèdent, nous proposons dès lors la définition suivante : *le droit subjectif est le pouvoir spécifique et exclusif distribué*

sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet en vue de la satisfaction de ses intérêts. Le droit objectif octroie dans le même temps au titulaire du droit le pouvoir d'imposer le respect de celui-ci aux tiers qui y porteraient atteinte par un mode de résolution de conflit spécifique dénommé « imposition ». Ce pouvoir est garanti par la reconnaissance d'une action en cessation de l'atteinte au droit ainsi que d'une action en responsabilité spécifique en cas d'atteinte consciente et volontaire au droit par le tiers.

L'effet sur autrui de la qualification de liberté civile

Chapitre 1

L'opposabilité des libertés civiles

286. La distinction entre la face interne et externe de la liberté civile (rappel) – 287. L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe de la liberté civile – 288. Plan du chapitre

286

La distinction entre la face interne et externe de la liberté civile (rappel). Au terme de l'analyse de la théorie générale du droit civil, nous avons admis que les libertés civiles, tout comme les droits subjectifs, présentaient une double facette¹³⁵⁰.

La *face interne* de la liberté civile vise son contenu : un pouvoir d'agir distribué *a priori* à tout sujet de droit en vue de la réalisation du but de la liberté en cause. En ce sens, droits subjectifs et libertés civiles présentent donc une base commune. Pouvoirs juridiques, les deux qualifications contiennent toutes deux la permission d'un agir légitimé par le droit objectif. En ce sens, nous avons relevé que les deux qualifications ne présentaient pas de différence au niveau du contenu du pouvoir interne, mais bien au niveau de son objet et de sa détermination. Le pouvoir interne de la liberté ne porte en effet pas sur une chose ou une prestation extérieure au titulaire, mais sur le sujet lui-même dont certaines actions ou abstentions sont légitimées par la reconnaissance de ce pouvoir. Celui-ci ne fait généralement pas l'objet d'une détermination précise *a priori* mais son étendue, à géométrie variable, se révélera principalement à l'occasion des rapports conflictuels avec autrui¹³⁵¹.

1350. Cf. *supra*, n^{os} 99 et s.

1351. Cf. particulièrement *supra*, n^{os} 96 et s.

La *face externe* de la liberté civile nous est apparue de manière moins nette ¹³⁵². Admettre que la liberté civile, en tant que pouvoir juridique, se voit reconnaître un rayonnement juridique à l'égard des tiers qui s'exprime principalement dans le conflit opposant le titulaire de la liberté au tiers qui tenterait d'y porter atteinte est une chose. Déterminer avec précision la portée de celui-ci en est une autre. Nous avons cependant pressenti que c'était sur ce terrain que devait apparaître la distinction entre les deux concepts analysés.

C'est qu'autrui intervient différemment dans le mode de reconnaissance des pouvoirs selon qu'il s'agit d'un droit subjectif ou d'une liberté civile. L'exclusivité du pouvoir du droit subjectif l'oppose en son fondement à autrui. Elle implique l'exclusion de l'autre du pouvoir liant le titulaire à la chose extérieure qui en forme l'objet ¹³⁵³. Le contenu de tout droit subjectif n'est reconnu qu'à son titulaire et les tiers se voient soustraire tout pouvoir identique sur la chose qui en forme l'objet. Nous avons du reste vu précédemment que cette exclusivité justifiait dès lors une opposabilité particulière donnant naissance à un devoir de respect dans le chef des tiers ¹³⁵⁴.

Autrui reste par contre absent de la définition de la liberté, qui ne se caractérise pas par une exclusivité ¹³⁵⁵. Distribuée de manière universelle, la liberté ne soustrait aucune chose du pouvoir d'autrui. Autrui n'apparaît ultérieurement qu'au stade de son exercice. En agissant, ou en s'abstenant de le faire, le titulaire de la liberté, parce qu'il n'est pas seul mais se meut en société, risque à tout moment d'entrer en conflit avec les droits, libertés et intérêts d'autrui. La liberté s'exerce *en concurrence* avec autrui : le choix, par le titulaire de la liberté, des modalités d'exercice de son pouvoir va très souvent impliquer une opposition aux droits, libertés et intérêts d'autrui.

Nous allons voir que cette distinction fondée sur la place d'autrui différente dans chacune des deux qualifications s'exprime juridiquement dans l'opposabilité de la liberté civile et dans la responsabilité de celui qui y porte atteinte.

287

L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe de la liberté civile. Comme pour le droit subjectif, le principe d'opposabilité, au sens défini ci-avant ¹³⁵⁶, nous paraît constituer l'instrument de

1352. Cf. *supra*, n^{os} 107 et s.

1353. Cf. *supra*, n^o 108.

1354. Cf. *supra*, n^o 219.

1355. Cf. *supra*, n^{os} 108 et 109.

1356. Cf. *supra*, n^o 182.

technique juridique susceptible de traduire de la manière la plus précise la face externe de la liberté civile dont nous recherchons ici le contenu et les limites.

La face interne de la liberté civile est donc également le lieu de sa « relativité ». Cette relativité est limitée au pouvoir juridique interne de cette liberté. Contrairement au droit subjectif, la relativité de la liberté civile se meut dans une relation bipolaire entre le titulaire de la liberté et le pouvoir qui en forme le contenu. L'objet de la liberté ne constitue pas, comme pour le droit subjectif, un troisième pôle : l'objet de la liberté porte sur le titulaire en action ou abstention.

La face externe de la liberté civile est le lieu de son « opposabilité ». Les tiers sont les destinataires de cette opposabilité. Si le droit objectif consacre et distribue le pouvoir d'agir qui constitue le contenu de la liberté, il impose dans le même temps au tiers d'en tenir compte. Le problème qui retiendra maintenant notre attention est de déterminer la portée exacte de ce devoir. L'opposabilité de la liberté civile implique donc, comme pour le droit subjectif, une relation tripolaire entre le titulaire de la liberté, le devoir de respect qui forme l'objet de la face externe et les tiers.

Ici aussi, il convient d'être attentif à ne pas confondre la relativité de la liberté civile et son opposabilité. La première ne concerne que le titulaire face au pouvoir qui lui est reconnu par le droit objectif, la seconde son rapport à autrui.

288

Plan du chapitre. Afin de préciser l'effet exact de l'opposabilité des libertés civiles nous suivrons une démarche analogue à celle retenue pour analyser l'opposabilité des droits subjectifs. Cela nous permettra de mettre en évidence les différences qui séparent les deux qualifications sous cet angle.

Dans un premier temps, en constatant le peu d'analyses doctrinales sur l'opposabilité des libertés civiles, nous tenterons de tirer les enseignements du droit positif quant à l'effet d'opposabilité reconnu aujourd'hui aux libertés civiles retenues à titre d'exemples (section 1^{re}).

Dans un second temps, nous rechercherons le fondement de l'opposabilité des libertés civiles. Nous le trouverons dans la qualification de liberté civile elle-même (section 2^e).

Section 1

État du droit positif : du flou artistique à l'évidence de l'opposabilité des libertés civiles

289. Introduction– 290. L'opposabilité des libertés civiles : une question peu discutée en droit positif

289 **Introduction.** Le but n'est pas ici d'analyser systématiquement chaque liberté civile afin de déterminer, sur une base empirique, l'effet d'opposabilité qui lui serait reconnu par le droit positif.

Notre méthodologie, nous l'avons déjà amplement souligné¹³⁵⁷, nous a conduit à partir des caractéristiques essentielles du droit subjectif pour dégager, par comparaison, celles des libertés civiles. Au travers du vecteur du rapport à autrui offert par le principe d'opposabilité, il convient de déterminer l'effet juridique spécifique des libertés civiles. Nous nous fonderons pour ce faire sur les caractéristiques préalablement relevées dans l'analyse de la théorie générale.

Cette approche théorique doit cependant pouvoir être confrontée à la réalité du droit positif. Ne fût ce que pour vérifier si l'effet théorique spécifique qui sera dégagé ne heurte pas de front le droit positif et, le cas échéant, s'en expliquer. Aussi parce que les tendances dégagées par l'étude du droit positif peuvent venir enrichir nos développements à venir.

290 **L'opposabilité des libertés civiles : une question peu discutée en droit positif.** La question de l'opposabilité des libertés civiles n'a que rarement été posée en tant que telle en doctrine. Trois courants d'opinions paraissent toutefois émerger concernant l'effet d'opposabilité des libertés civiles. Encore faut-il souligner que, la plupart du temps, cette classification repose non pas sur des réflexions spécifiques à l'opposabilité des libertés civiles émises par les auteurs analysés — question pratiquement ignorée —, mais sur les conséquences logiques, en termes d'opposabilité, de la conception défendue des libertés par ceux-ci.

La jurisprudence ne s'occupe pas directement de la question posée. Il nous apparaît cependant qu'elle traduit un effet juridique propre par l'application de modes de résolutions de conflits autres que l'imposition, mode propre aux droits subjectifs.

1357. Cf. notamment *supra*, Introduction, n° II.

Sous-section 1 L'état de la théorie générale

291. La voie d'une opposabilité des libertés civiles identique à celle des droits subjectifs – 292. La voie de l'absence d'opposabilité des libertés civiles ? – 293. La voie d'une opposabilité spécifique aux libertés civiles : l'approche de François Rigaux – 294. La voie d'une opposabilité spécifique aux libertés civiles : l'approche d'Olivier De Schutter – 295. Le flou artistique de l'opposabilité des libertés civiles dans la théorie générale

291

La voie d'une opposabilité des libertés civiles identique à celle des droits subjectifs. Pour ceux qui assimilent les libertés civiles aux droits subjectifs, au premier rang desquels nous retrouvons Jean Dabin, il découle logiquement que l'opposabilité des pouvoirs contenus dans ces qualifications est identique¹³⁵⁸. La voie de l'assimilation est intéressante en ce qu'elle permet de souligner que la protection de la liberté civile à l'égard des atteintes des tiers apparaît comme une nécessité au même titre que pour les droits subjectifs.

Ainsi, José Duclos, partant de son étude de l'opposabilité, en vient précisément, au nom de la nécessaire opposabilité des libertés civiles, à mettre en doute toute possibilité de distinction entre les deux qualifications analysées. L'opinion de José Duclos ne se comprend que par rapport à celle de Jacques Ghestin et Gilles Goubeau à laquelle il réagit.

Il n'est pas aisé de percevoir précisément la différence exacte qui distinguerait, selon Jacques Ghestin et Gilles Goubeau, le droit subjectif de la liberté civile en ce qui concerne leur opposabilité. L'analyse des caractéristiques essentielles du droit subjectif¹³⁵⁹ n'a malheureusement pas, dans la théorie des auteurs, de pendant en ce qui concerne les libertés civiles. Aussi, nous ne percevons pas clairement, dans leur théorie, les conséquences de la distribution égalitaire des libertés civiles quant à leur opposabilité.

Si nous avons admis avec eux que l'exclusivité est un élément essentiel du droit subjectif¹³⁶⁰, et que nous avons identifié par la suite dans l'exclusivité le fondement de l'effet spécifique d'opposabilité des droits subjectifs¹³⁶¹, nous nous en sommes éloigné dès lors que nous avons discerné un double fondement à cette opposabilité¹³⁶² : le pouvoir interne

1358. Cf. *supra*, n° 98.

1359. Pour un exposé complet, cf. *supra*, n°s 69 et s.

1360. Cf. *supra*, n°s 73 et 218 et s.

1361. Cf. *supra*, n°s 219 et s.

1362. Cf. *supra*, n°s 218 et 219.

du droit subjectif déclenche l'effet d'opposabilité alors que son caractère exclusif justifie le strict devoir de respect qui s'impose aux tiers.

La lecture de la théorie de ces auteurs laisse à penser que, dans leur esprit, *exclusivité* et *opposabilité* se confondent. La relation à autrui, marquée par l'exclusion d'autrui, est précisément la relation « dans laquelle le droit subjectif est opposé à des concurrents »¹³⁶³. Le droit subjectif est « un domaine réservé au titulaire ; il restreint, au profit du sujet, la liberté d'autrui »^{1364 1365}.

À y regarder de plus près, l'*exclusivité* et l'*opposabilité* semblent être, dans l'esprit de ces auteurs, les deux facettes d'une même réalité. Notion explicative, l'exclusivité permet de comprendre la réalité que recouvre la notion juridique de droit subjectif. Celui-ci traduit juridiquement une inégalité elle-même légitimée par le droit objectif au nom d'un intérêt considéré comme fondamental. La notion d'exclusivité n'est cependant pas un concept juridique et relève, en elle-même, plus de la philosophie du droit que du droit positif. C'est là qu'intervient la notion d'*opposabilité*. Pour que cette exclusivité ne reste pas lettre morte dans les relations juridiques, elle est relayée par la notion d'*opposabilité*. Cette dernière, appliquée au droit subjectif, génère un devoir juridique qui s'impose à autrui et dont la violation est susceptible de sanction.

Est-ce à dire que l'opposabilité ne peut être comprise que comme l'apanage du droit subjectif en tant que pouvoir exclusif d'autrui et, par conséquent, que toute idée d'opposabilité doit être déniée aux libertés civiles ? Le raisonnement tenu par Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux permet *a priori* une telle conclusion. Mais force est de constater qu'ils ne se sont pas exprimés sur ce point précis¹³⁶⁶.

1363. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 148, n° 197.

1364. *Ibid.*, p. 151, n° 199.

1365. Voy. également, J. GHESTIN, *Traité de droit civil — Les obligations (Les effets du contrat)*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 551 et 552, n° 564.

1366. Nous ne sommes du reste pas persuadé que Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux aient rejeté toute idée d'opposabilité des libertés. Comme Jean Dabin, ces auteurs considèrent que du point de vue du contenu, droits et libertés tendent à l'identification. Libertés et droits impliquent possibilités de choix. Dans un cas comme dans l'autre, le choix existe toujours entre l'action et l'abstention, entre l'exercice et le non-exercice (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec coll. de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 149, n° 199). À cet égard, il n'existe pas de différence entre le droit subjectif et la liberté civile. Bien plus, pour ces auteurs, le « contenu du droit est liberté ». Partant de cette adéquation entre le contenu des droits subjectifs et libertés, comment les auteurs pourraient-ils justifier que seul le titulaire du droit subjectif — et pas le titulaire d'une liberté civile — pourrait opposer à autrui cette possibilité de choix ?

José Duclos a précisément retenu le rejet de l'effet d'opposabilité aux libertés civiles comme conséquence logique de la théorie de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux. Applaudissant d'abord le fait de placer l'opposabilité au centre de la définition du droit subjectif, il en rejette cependant la valeur de critère distinctif à l'égard d'autres prérogatives, dont la liberté civile.

Selon José Duclos, on ne peut voir dans l'opposabilité un critère valable de distinction entre les droits subjectifs et les libertés civiles¹³⁶⁷. Pousant jusqu'au bout la logique de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, il constate que si l'opposabilité conduit à exclure les tiers d'une zone réservée au sujet du droit subjectif et que les libertés s'exercent en concurrence avec autrui, la notion d'opposabilité serait inapplicable aux libertés.

Il s'agirait, selon cet auteur, d'une conséquence « impossible à admettre »¹³⁶⁸. D'une part, les droits comme les libertés sont inviolables par autrui ; « sinon il n'existerait pas juridiquement de libertés »¹³⁶⁹. D'autre part, le mécanisme de l'opposabilité serait tout à fait transposable aux libertés : « Le sujet bénéficiaire d'une liberté déterminée forme avec la liberté elle-même un cercle, à la périphérie duquel l'opposabilité interdit toute immixtion des tiers »¹³⁷⁰. Cette opinion le conduit, dès lors, à considérer que la liberté, comme le droit subjectif, est exclusive d'autrui « puisque, selon la formule habituelle, « la liberté de chacun finit où commence celle d'autrui » »¹³⁷¹. José Duclos en arrive alors à mettre en doute la distinction entre les droits subjectifs et les libertés, pressentant sans doute que si le critère d'exclusivité-opposabilité tombe, toute tentative de distinction apparaît comme vaine¹³⁷².

L'opinion de José Duclos s'attaque en réalité au fondement de la théorie de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux. L'exclusivité ne serait pas le propre des droits subjectifs. Elle s'en rapproche pourtant fortement dès lors que l'opposabilité est présentée comme le pendant de cette exclusivité.

292

La voie de l'absence d'opposabilité des libertés civiles ? Nous avons vu précédemment que certains auteurs ont nié, de façon plus ou moins nette, le caractère juridique du pouvoir contenu dans la liberté civile¹³⁷³. Même si

1367. J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 164.

1368. *Ibid.*, p. 164, n° 133.

1369. *Ibid.*

1370. *Ibid.*

1371. *Ibid.*

1372. *Ibid.*, p. 165, n° 133.

1373. Cf. *supra*, n° 97.

nous avons réfuté ces opinions ¹³⁷⁴, il est néanmoins utile de les évoquer à nouveau pour mettre en évidence les conséquences qu'elles impliquent en termes d'opposabilité des libertés civiles.

Une première constatation doit être soulignée. Ce n'est pas parce que cette tendance doctrinale nie l'existence d'un pouvoir juridique propre contenu dans les libertés civiles qu'elle en infère que la liberté civile n'est pas protégée à l'égard des atteintes qui y seraient portées par les tiers. En réalité, tous considèrent que la protection de la liberté civile s'opère par la seule application des principes de responsabilité civile vu que celui qui y porte atteinte violerait soit une norme de prudence, soit une règle déterminée de comportement ayant précisément pour objet de protéger la liberté civile.

Ainsi, Erna Guldix affirme, d'une part, que les libertés sont essentiellement négatives en ce que leur protection juridique s'assimile à une abstention d'immixtion par les tiers et, d'autre part, que pour s'opposer aux tiers, le titulaire de la liberté ne peut invoquer la violation de son pouvoir de fait celle d'un devoir extérieur pouvant entraîner la responsabilité civile du tiers. Ce n'est pas la liberté qui est protégée et produit un effet juridique vis-à-vis des tiers, mais l'intérêt protégé par la liberté civile ¹³⁷⁵. Traduite en termes d'opposabilité, l'opinion de l'auteur revient à nier l'opposabilité de la liberté pour la réduire à celui de l'intérêt servi par la liberté.

Pour Ludo Cornelis, le rapport à autrui transforme, le cas échéant, la liberté civile en droit subjectif ¹³⁷⁶. Dans l'esprit de l'auteur, la liberté civile paraît trouver ainsi sa protection dans celle reconnue aux droits subjectifs. Les droits subjectifs sont, sauf exception prévue par le droit objectif, soumis aux principes généraux de la responsabilité civile. Il semble en résulter que la violation des droits subjectifs nés des libertés civiles ne serait normalement sanctionnée que par l'application des règles communes de la responsabilité civile, sauf l'existence d'un régime particulier de protection prévu par la loi.

Une seconde constatation doit alors être épinglée. Il est cohérent de soutenir, d'une part, que la liberté civile n'est porteuse d'aucun pouvoir juridique et, d'autre part, que sa protection ne peut, dès lors, être recherchée que dans des règles de droit extérieures à la liberté civile. Comme nous l'avons déjà souligné pour les droits subjectifs, l'effet d'opposabilité

1374. Cf. *supra*, n^{os} 98 et 99.

1375. Cf. *supra*, n^o 97.

1376. Cf. *supra*, n^o 97.

est toujours corrélatif à la relativité dont il est complémentaire. C'est parce qu'un pouvoir est accordé par le droit objectif qu'il s'accompagne d'un effet d'opposabilité à l'égard des tiers qui sont tenus de certains devoirs de respect à l'égard de ce qui forme l'objet de la relativité¹³⁷⁷.

Il s'ensuit logiquement, dans ces opinions, que la liberté civile n'est en soi pas opposable aux tiers dès lors que cette opposabilité n'a pas d'objet en dehors des règles de droit qui viendraient protéger le titulaire de la liberté contre les immixtions de tiers, au premier rang desquelles apparaissent les devoirs sanctionnés par la responsabilité civile. Aussi, en dehors d'un conflit opposant le titulaire de la liberté aux tiers, ces derniers ne sont tenus d'aucun devoir général vis-à-vis de la liberté civile qui se retrouve ainsi perdue dans les méandres du non-droit.

293

La voie d'une opposabilité spécifique aux libertés civiles : l'approche de François Rigaux. François Rigaux a construit la seule théorie globale de résolution des conflits de libertés civiles en consacrant deux ouvrages magistraux à la protection de la vie privée¹³⁷⁸.

Pour lui aussi, la liberté civile est éthique ou psychologique en dehors de toute relation à autrui¹³⁷⁹. Une fois la liberté psychologique entrée dans une relation à autrui, elle se mue en liberté juridique.

Mais quelle est alors la protection accordée à la liberté qualifiée de juridique par l'auteur et que nous dénommons liberté civile ? Pas un strict devoir de respect tel que dégagé ci-avant au terme de l'étude relative aux droits subjectifs. Admettant que les droits subjectifs impliquent un devoir d'abstention précis dans le chef des tiers, François Rigaux relève que l'indétermination originelle des libertés¹³⁸⁰ ne permet pas aux tiers de savoir avec précision de quoi ils doivent s'abstenir¹³⁸¹.

Traduite en termes d'opposabilité, l'opinion de l'auteur revient à admettre que droit subjectif et liberté civile n'irradient pas de la même manière vis-à-vis des tiers. Les deux qualifications ne voient pas leur effet

1377. Cf. *supra*, n° 218.

1378. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990. ; Id., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur n° 17, Bruxelles, Larcier, 1992.

1379. Cf. *supra*, n° 97.

1380. Cf. *supra*, n°s 83 et s. pour l'exposé de l'opinion de François Rigaux sur ce point.

1381. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.* p. 730 et 731, n° 656 ; *adde* p. 742, n° 668 ; Id., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, *op. cit.*, p. 160, n° 159.

interne s'opposer de la même manière, avec la même intensité. Distinguant les droits réels et les biens de la personnalité considérés comme des libertés civiles, l'auteur se met résolument sur le terrain de l'opposabilité. Il énonce ainsi, concernant les biens de la personnalité, que : « Cela ne signifie certes pas que toute protection doive leur être refusée mais que celle-ci a un caractère essentiellement relatif et circonstanciel, très éloigné de la protection rigide qui s'attache à la maîtrise des droits réels ou des droits intellectuels »¹³⁸². L'auteur utilise finalement l'opposabilité pour distinguer les deux concepts : « [...] ce droit [le droit de la personnalité] est une liberté (improprement appelée « droit de liberté »), certes opposable à tous mais qui trouve ses limites dans les libertés concurrentes de tous les autres sujets »¹³⁸³.

En l'absence de devoir strict de respect, les conflits entre titulaires de libertés civiles et les tiers qui y portent atteinte révèlent l'existence d'un conflit d'intérêts¹³⁸⁴. Ce conflit ne peut se résoudre « à la manière » de ceux dans lesquels s'oppose un droit subjectif. Dénuées d'un objet précis et du strict devoir de respect qui s'attache aux droits subjectifs, les libertés civiles s'ouvrent nécessairement à l'intérêt d'autrui. La liberté civile ne s'impose pas d'emblée. Elle se jauge à l'aune de la force des intérêts et libertés civiles qui sont opposés à son titulaire par le tiers à qui l'on reproche de l'avoir enfreinte. C'est que, remarque l'auteur, « dans l'ordre juridique civil, la liberté individuelle n'est pas exposée aux immixtions illicites de la puissance publique, mais elle entre en concurrence avec d'autres libertés, ce qui est tout différent. Cela explique le caractère conflictuel de toutes les situations dans lesquelles un bien de la personnalité est menacé par les comportements d'autres agents juridiques privés : l'auteur de l'atteinte alléguée peut toujours se prévaloir de sa propre liberté »¹³⁸⁵.

1382. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 731, n° 656 ; p. 743 et s., n°s 669 et 670.

1383. F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, op. cit., p. 134 et 135, n° 133.

1384. L'apport essentiel de la doctrine de François Rigaux se situe précisément dans la mise en exergue des conflits d'intérêts dans tout litige opposant le titulaire d'une liberté civile aux tiers. Voy. entre autres, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 768, n° 687 : « Le seul problème qui se pose dans la société civile est de concilier les conflits d'intérêts qui vont surgir au moment où l'exercice par le sujet des attributs de sa liberté institue une relation juridique, c'est-à-dire dès qu'il accomplit un acte matériel qui le met en relation avec autrui et qui menace par conséquent la liberté d'autres sujets » ; Id., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, op. cit., p. 137 : « Le prétendu « droit de la personnalité » n'est pas la maîtrise exercée par le sujet sur l'ensemble de ses attributs personnels, chacun de ceux-ci ne fait pas davantage l'objet d'un droit subjectif propre ; il y va seulement d'un intérêt trouvant sa source dans la liberté individuelle (*a liberty interest*) et qui n'est appréhendé par le droit étatique qu'au moment où cet intérêt entre en conflit avec un intérêt concurrent » (aussi, p. 223, n° 218).

1385. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 736, n° 661.

Le conflit de libertés civiles se ramène ainsi à un conflit d'intérêts dont la résolution obéit à des règles spécifiques qui ne sont pas celles mises en œuvre dans le cas de conflits où intervient un droit subjectif. Intérêt du titulaire de la liberté civile, puisé dans la liberté en cause, « à obtenir la prévention, le redressement ou la réparation du dommage qui la menace ou qui lui a déjà été infligé »¹³⁸⁶. Intérêt du tiers, le cas échéant puisé dans sa propre liberté civile, à se voir reconnaître le bénéfice de l'acte posé en vue de la recherche de sa propre satisfaction. C'est alors la *pondération d'intérêts* qui doit être mise en œuvre pour résoudre le conflit¹³⁸⁷.

Ce faisant, l'auteur paraît réduire *in fine* la liberté à un intérêt protégé par la loi¹³⁸⁸. C'est comme si la liberté, dans ses conflits avec autrui, ne trouvait sa force d'irradiation que dans l'intérêt qu'elle permet de servir.

La pondération d'intérêts prend la forme d'une pesée que le juge doit effectuer afin d'affirmer la prépondérance de l'un sur l'autre et d'admettre la prétention du titulaire de l'un au détriment de l'autre. Cette pesée se fera au regard des données factuelles du conflit. C'est l'intérêt réellement recherché par les parties qui fera l'objet de l'analyse. Mais la pondération ne se réduit pas à la mise en balance de deux intérêts individuels appréhendés dans leurs particularités factuelles : le juge va déceler l'intérêt général qui s'incorpore à l'intérêt individuel en cause et qui donnera la mesure de la protection de ce dernier¹³⁸⁹.

Il y a lieu enfin de relever que l'auteur ne vise, dans sa doctrine des libertés juridiques, que les conflits opposant deux titulaires de libertés civiles ou un titulaire d'une liberté civile qui s'oppose à un intérêt légitime d'autrui. C'est que, logiquement, « la liberté rencontre une limite précise et inconditionnelle dans les droits subjectifs d'autrui. »¹³⁹⁰. Nous revien-

1386. F. RIGAUX, *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, op. cit., p. 225, n° 220.

1387. Voy. entre autres, F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 708, n° 631, p. 731, n° 656, p. 766, n° 686 ; Id., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, op. cit., p. 137 : « Seule la méthode de pondération des intérêts (*balancing test*, *Interessenabwägung*) permet de dénouer le conflit entre deux libertés ou le conflit entre une liberté et l'intérêt général. ».

1388. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 754, n° 680 ; p. 768, n° 687 : « En droit civil, les biens de la personnalité sont des intérêts protégés par la loi », tout en qualifiant ces biens de liberté tout au long de son ouvrage.

1389. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 693, n° 618 et p. 770, n° 687. Adde, F. RIGAUX, « Introduction générale », *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 16 et 17, n° 18.

1390. *Ibid.*, p. 769, n° 687 et aussi : « Il n'y a point lieu de considérer les hypothèses dans lesquelles l'acte matériel du sujet porte atteinte à un droit subjectif. Je ne suis pas libre d'usurper la propriété d'autrui, ni de dérober un meuble corporel, ni de transgresser une obligation contractuelle : dans toutes ces hypothèses, le titulaire du droit subjectif est protégé par les actions appropriées. ».

drons largement sur ce point lorsque nous analyserons plus spécifiquement ce type de conflit ¹³⁹¹. Ce faisant, François Rigaux est parfaitement logique avec sa théorie. Il adopte aussi une position qui s'accorde tout à fait avec nos propres développements relatifs à l'opposabilité des droits subjectifs. Le titulaire de la liberté ne peut que se soumettre au devoir de respect du droit subjectif qui lui est opposé dès lors qu'il ne peut tirer de sa propre liberté un pouvoir concurrent au pouvoir exclusif contenu dans le droit subjectif sur la chose ou la prestation qui en forme l'objet. La pondération d'intérêts ne joue pas dans les conflits où un droit subjectif est opposé à la liberté civile, sauf, nous le verrons ¹³⁹², application de la théorie correctrice de l'abus de droit.

Enfin, même s'il ne consacre que très peu de développements à ce point, l'auteur paraît bien admettre, du moins en ce qui concerne la liberté de la vie privée, que la seule action ouverte au titulaire de la liberté civile victime d'une atteinte à celle-ci est une action en réparation du dommage ou en prévention de celui-ci ¹³⁹³. Du reste, François Rigaux paraît assimiler l'atteinte inacceptable aux libertés civiles à un acte illícite ¹³⁹⁴. Il ne s'explique cependant pas de manière précise sur le lien exact à faire entre l'application des conditions de la responsabilité civile et cette atteinte.

Plusieurs auteurs ont été influencés par les résultats de la théorie des libertés civiles ¹³⁹⁵ même si les conclusions des travaux de François Rigaux, à savoir l'admission de la qualification de liberté civile à ce que

1391. Cf. *infra*, par exemple, n^{os} 302 et 368.

1392. Cf. *infra*, n^o 371.

1393. Cf. F. RIGAU, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, *op. cit.*, p. 765, n^o 686.

1394. Voy. par exemple, *ibid.*, p. 769 et 770. Aussi, p. 345, n^{os} 280 et s. (droit à l'image).

1395. Voy. par exemple, S. GUTWIRTH, *Waarheids aanspraken in recht en wetenschap*, Bruxelles, Maklu-VUBpress, 1993, p. p. 637 et s. ; *Id.*, « De toepassing van het finaliteitbeginsel van de privacywet van 8 december 1992 tot de bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens », *T.P.R.*, 1993, p. 1409 et s. ; *Id.*, *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag, Ratheneau instituut, 1998, spéc. p. 51 et s. ; Th. LÉONARD, Y. POULLET, « Les libertés comme fondement de la protection des données nominatives », in F. RIGAU, *La vie privée une liberté parmi les autres ?*, *op. cit.*, p. 231 et s. ; Th. LÉONARD, Observations sous Civ. Bruxelles, prés., 22 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 849 et s., n^{os} 29 et 30, même si les résultats du présent travail nous amèneront à revoir quelque peu notre opinion ; Y. POULLET, « À propos de la « propriété » du dossier médical... Quelques considérations autour des notions de propriété, droits subjectifs et intérêts », in *Eigendom — Propriété*, Brugge, Die Keure, 1996, p. 301 et s.

l'on nomme communément le « droit au respect de la vie privée », sont controversées ¹³⁹⁶.

294

La voie d'une opposabilité spécifique aux libertés civiles : l'approche d'Olivier De Schutter. Olivier De Schutter paraît en quelque sorte prôner une variante de l'analyse de François Rigaux ¹³⁹⁷. S'inspirant des travaux de Hohfeld ¹³⁹⁸, il distingue précisément le droit subjectif de la liberté civile — dénommée alors par le terme anglais de *privilege* — par l'effet juridique que chacune de ces qualifications peut avoir vis-à-vis des tiers. Le droit subjectif — dénommé par le terme anglais *right* — permet d'imposer à autrui le respect de l'obligation qui en constitue la contrepartie (dénommée la *duty*) ¹³⁹⁹. La liberté ou *privilege* permet seulement à son titulaire de voir dénier à autrui le droit de l'empêcher d'exercer sa liberté ou de l'exercer à sa place ¹⁴⁰⁰.

La distinction est illustrée par Olivier De Schutter. De même que la liberté d'expression d'une formation politique ne lui garantit pas un droit de recours si les électeurs s'en détournent au bénéfice de formations concurrentes, la liberté de la vie privée d'un candidat à un emploi permet à ce dernier de ne pas se voir imposer un examen médical portant atteinte à sa vie privée, mais ne lui procure aucun recours contre le refus de l'embaucher que lui opposerait l'employeur suite à son absence de soumission audit examen.

L'auteur y voit le signe de ce que, dans le champ où s'affrontent des libertés, les dommages consécutifs à l'exercice de la liberté d'autrui « ne sont pas susceptibles de réparation, sauf lorsqu'il est fait de cette liberté qui cause un dommage un exercice fautif » ¹⁴⁰¹. En d'autres termes, « il s'agit de dommages que le droit tolère, et qui sont le prix de l'existence

1396. Pour des critiques, voy. par exemple, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, « De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1999, p. 1595, n^{os} 4 et s. ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit*, 3^e éd., Paris — Aix, Economica — Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 198 et s., n^{os} 95 et 96 et p. 342 et s., n^o 182-1, où l'auteur développe une opinion nuancée selon laquelle la protection de la vie privée serait le lieu d'un droit subjectif et d'une liberté civile.

1397. O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. D.H.*, 1999, p. 827 à 863.

1398. *Ibid.*, p. 840 et s., spéc. n^{os} 19 à 23 et réf. citées.

1399. Nous aurions, quant à nous, utilisé le terme de « devoir ». Le terme d'« obligation » renvoie en effet trop à la contrepartie d'un droit de créance, ce qui réintroduit la confusion entre l'opposabilité et la relativité des droits subjectifs.

1400. O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 841, n^o 18 et note n^o 42.

1401. *Ibid.*

d'une sphère d'activités envers lesquelles il demeure en principe indifférent »¹⁴⁰². Cette indifférence du droit s'explique précisément par l'absence de définition des modalités d'exercice de la liberté : « [...] la liberté de la vie privée ne peut entraîner d'autres obligations dans le chef d'autrui — autres qu'une obligation générale d'indifférence —, et cela pour les mêmes raisons qui expliquent que, tant que l'exercice de sa vie privée par le candidat au recrutement n'oblige pas l'employeur à procéder à l'embauche, le candidat peut invoquer n'importe quel motif de ne pas se soumettre à n'importe quelle épreuve de recrutement qui lui est proposée : la garantie d'une liberté dont les modalités d'exercice possible ne sont pas d'avance délimitées ne saurait en tout état de cause s'étendre à la possibilité d'imposer à autrui qu'en contrepartie, il s'acquitte de certaines obligations »¹⁴⁰³.

Pour l'auteur, l'absence de définition *a priori* de l'objet de la liberté — en l'espèce celle de la vie privée — va donc de pair avec une diminution de la protection effective de la liberté individuelle, incapable d'avoir un effet juridique à l'égard d'autrui.

Il est difficile de comprendre exactement la portée de l'analyse d'Olivier De Schutter en termes d'opposabilité. Il semble nécessairement découler de cette conception une absence d'opposabilité des libertés civiles, celles-ci ne créant, selon ses mots, aucune obligation particulière autre qu'une obligation générale d'indifférence.

Il n'est cependant pas certain que telle soit bien la conclusion de l'auteur. Il admet d'abord en ses prémisses que le tiers ne peut empêcher le titulaire de la liberté de l'exercer, ce qui est la preuve que ces libertés ne sont pas dépourvues de toute garantie juridique. L'auteur paraît en outre en porte-à-faux avec cette affirmation lorsqu'il commente en note¹⁴⁰⁴ l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁴⁰⁵ dont est inspiré l'exemple retenu à l'appui de son raisonnement : le refus d'un can-

1402. *Ibid.*, p. 843, n° 20.

1403. *Ibid.*, p. 843, n° 21.

1404. *Ibid.*, p. 842, note 43.

1405. C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Rec.*, p. I-4737 et s. et concl. av. gén. W. VAN GERVEN, *J.T.D.E.*, 1995, p. 147 et obs. M. REGOUT-MASSON. Il s'agissait en l'espèce d'une affaire opposant un agent temporaire des Communautés à la Commission. Ce dernier avait en effet refusé un test VIH prévu lors de la procédure de recrutement. D'autres tests permettant de soupçonner la maladie avaient cependant été opérés à son insu. Le Tribunal de première instance avait rejeté la demande d'annulation de la décision de la Commission de refuser l'engagement sur la base des résultats de tels tests. La Cour de justice annula cet arrêt après avoir constaté la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

didat à un emploi de se soumettre à certains tests à l'embauche impliquant une atteinte à sa vie privée. Il constate en effet que « [...] la seule « obligation » de l'institution est de ne pas prétendre faire obstacle à l'exercice par le candidat de l'usage qu'il fait de sa liberté ». Par la suite, l'auteur admet que le candidat puise dans sa liberté le pouvoir de refuser l'épreuve du recrutement¹⁴⁰⁶. Si l'atteinte à la liberté en cause fonde le refus du candidat et si, d'autre part, celui qui y porte atteinte est susceptible de voir sanctionner son comportement, force est de reconnaître que la liberté en cause s'analyse bien en une prérogative ayant pour corollaire une obligation ou un devoir dans le chef d'autrui dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné. Du reste, l'arrêt de la Cour précité a non seulement rappelé que le test VIH ne pouvait se faire sans le consentement du candidat, mais a également reproché à la Commission de n'avoir pas respecté la volonté du candidat en ayant procédé à des tests visant un résultat analogue à celui du test refusé. Le résultat fut l'annulation de la décision de refus d'embauche.

Finalement, l'effet d'opposabilité de la liberté civile se rapproche étrangement, dans cette conception, de celui des droits subjectifs dont il est censé s'écarter. Respecter le droit subjectif d'autrui a également pour conséquence d'interdire aux tiers d'empêcher le titulaire du droit de ne pas exercer son droit.

295

Le flou artistique de l'opposabilité des libertés civiles dans la théorie générale. La doctrine qui s'est penchée sur les effets externes des libertés civiles est rare et loin d'être unanime en ses conclusions.

L'affirmation unanime de la nécessaire protection des libertés civiles face aux atteintes qui y seraient portées par des tiers ne s'exprime que dans un flou artistique d'opinions contradictoires. L'opposabilité des libertés civiles n'est pas systématisée et dépend fortement de la vision des auteurs concernant la structure de leur relativité. L'effet d'opposabilité qui se perçoit dans les opinions analysées variera selon qu'un pouvoir juridique est ou non reconnu aux libertés civiles et qu'il est ou non assimilé à celui des droits subjectifs.

Ce manque de systématisation révèle néanmoins que la protection accordée à la liberté civile doit se rechercher du côté des principes de la responsabilité civile. Ces derniers paraissent du reste les seuls à même d'orchestrer la relation à autrui par l'exercice des libertés civiles. Comme

1406. O. DE SCHUTTER, « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *op. cit.*, p. 843, n° 21.

si ces dernières ne pouvaient trouver en elles-mêmes le fondement de leur protection.

Mise à part dans la théorie de François Rigaux, la doctrine ne reconnaît pas aux libertés civiles un mode de résolution de conflit spécifique. C'est comme si l'imposition, affirmée implicitement mais certainement en matière de droit subjectif, apparaissait comme le seul modèle de résolution des conflits.

Sous-section 2 L'état du droit positif

296. Les enseignements du droit positif concernant l'opposabilité – 297. Le terrain de la responsabilité comme lieu de l'opposabilité des libertés civiles choisi par le droit positif – 298. L'effet légitimateur de la liberté civile reconnu par le droit positif – 299. La pondération d'intérêts : entre fondement et mode de résolution de conflits – 300. La pondération d'intérêts perçue par la jurisprudence comme source du devoir sanctionné en cas de conflits de libertés civiles – 301. L'affirmation de l'interdiction de confiscation ou d'aliénation des libertés civiles – 302. Les droits subjectifs d'autrui perçus par le droit positif comme limites aux libertés civiles – 303. Conclusions sur l'état du droit positif relatif à l'opposabilité des libertés civiles

296

Les enseignements du droit positif concernant l'opposabilité. Vu le peu d'études spécifiques relatives à l'opposabilité de la liberté civile, il convient de s'attarder sur la manière dont le droit positif perçoit cette opposabilité. Encore faut-il souligner que ni la jurisprudence ni la doctrine qui se penchent sur certains conflits de libertés civiles n'accordent réellement d'attention à cette problématique. Mais la manière dont elles résolvent les conflits de libertés civiles permet de tirer des enseignements quant à notre but de systématisation de leur effet d'opposabilité. Il s'agit néanmoins d'une tâche interprétative.

D'emblée, il faut signaler une difficulté à laquelle nous nous heurtons dès lors que nous analysons la jurisprudence relative aux conflits dans lesquels intervient au moins une liberté civile. Vu le choix effectué de ne prendre comme exemple que des libertés dont la qualification de liberté n'est pas sérieusement contestée, les conflits entre deux libertés concurrentes ne nous offrent pas suffisamment d'exemples pour nourrir pleinement notre réflexion. Nous avons, dès lors, inclus dans notre tour d'horizon du droit positif des conflits dans lesquels une liberté entre en conflit avec un intérêt légitime.

Une première constatation tient au fait que le droit positif ne paraît pas, en règle, appréhender les conflits de libertés civiles indépendamment de tout ou partie des conditions de la responsabilité, à tout le moins de la condition de la faute. Néanmoins, notre but n'est pas d'analyser la manière dont le juge doit faire application des principes de responsabilité civile, problématique réservée au second chapitre du présent titre, mais bien de tirer de cette jurisprudence un enseignement dans notre tentative de distinction entre l'opposabilité des libertés civiles et des droits subjectifs.

Une deuxième constatation porte sur la reconnaissance d'un effet de légitimité propre à la liberté civile. Invoquer sa liberté civile à l'égard d'autrui produit un effet juridique spécifique en ce que l'acte drapé de la qualification de liberté civile spécifique est doté d'une légitimité *a priori* ou, du moins, d'une présomption de légitimité qui ne peut être renversée que par la preuve d'un acte fautif dans l'exercice de la liberté en cause.

Une troisième constatation porte sur l'invocation de plus en plus fréquente, mais non généralisée ou, du moins, conceptualisée, d'une pondération d'intérêts pour résoudre les conflits de libertés civiles.

Une quatrième constatation porte sur le lien qui est fait, certes de manière ambiguë, entre la recherche d'un équilibre des intérêts qui s'opposent et les conditions de la responsabilité civile. Le point d'équilibre à atteindre semble être à la source des devoirs dont le non-respect constitue la faute fustigée dans le chef du tiers qui porte atteinte à une autre liberté ou à un intérêt légitime.

Une cinquième constatation tient au fait que, dans des cas certes exceptionnels, le droit positif voit dans la liberté civile d'autrui certaines limites aux agissements des tiers — ou même des titulaires — s'imposant d'emblée. Nous retrouvons là l'affirmation du caractère d'ordre public des libertés civiles ainsi que l'affirmation de leur caractère indisponible et inaliénable.

Une sixième et dernière constatation paraît confirmer ce qui avait déjà été relevé par François Rigaux : la jurisprudence semble considérer que le droit subjectif l'emporte sur la liberté civile puisque les cas où l'avantage est donné au premier, sans pondération d'intérêts, sont constants.

Même si la doctrine paraît discrète dans l'affirmation générale du principe, l'analyse du droit positif pointe la responsabilité civile comme la sanction traditionnelle de l'atteinte aux libertés civiles. Autrement dit, l'atteinte aux libertés civiles d'autrui trouve sa limite dans la commission d'un acte illicite¹⁴⁰⁷, c'est-à-dire, généralement, une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Les principes de responsabilité civile s'appliquent également pour sanctionner l'exercice d'une liberté civile attentatoire à d'autres libertés civiles. Ainsi, l'article 1382 sanctionne les atteintes causées aux tiers par la liberté d'expression¹⁴⁰⁸, par la liberté de contracter¹⁴⁰⁹ comme par les libertés de commerce, d'entreprendre et de

1407. Voy. par exemple, M. FLAMÉE et P. DE VROEDE, *Précis de droit économique belge*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 29, n° 54, qui, concernant la liberté de commerce, rappelle qu'elle ne peut être limitée que par la loi ou par des « dispositions générales applicables en matière d'abus ou d'actes contraires aux pratiques honnêtes en matière commerciale » ; A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p. 57 et 58, concernant l'atteinte à la liberté de concurrence par des conventions limitant la liberté de commerce des parties.

1408. En doctrine, voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile — Les causes de responsabilité*, 2^e éd., I, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 1245 ; S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2000, p. 570 et s. ; F. JONGEN, « Droits de l'homme et médias », in *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2000, p. 129 et s. ; J. LIEVENS, « De aansprakelijkheid van de pers voor economische en commerciële informatie — De problematiek van de consumentbladen », note sous Anvers (5^e ch.), 28 mars 1977, *R.W.*, 1977-1978, col. 1451, n° 3 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louv.*, 1989, p. 36 et s. ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 95 et 108 et s. ; H. VANDENBERGHE, « Over persaansprakelijkheid », *T.P.R.*, 1993/3, p. 870, n° 14 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993) », *T.P.R.*, 1995, p. 116 et s., n° 11 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 1, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 208 et s. ; D. VOORHOOF, « De doorwerking van publiekrechtelijke beginselen in de civilrechtelijke aansprakelijkheid voor informatie via (multi-)media », in *Publiekrecht — De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys & Breesch, 1997, n°s 768 et s. ; Id., « De rechtsbescherming in geval van misbruik van persvrijheid : overzicht van rechtspraak (eerste deel) », *D.C.C.R.*, 1992-1993, p. 203 et s.

1409. La faute porte alors souvent un nom — la *culpa in contrahendo* — lorsqu'elle est comise dans la période précontractuelle, ce qui sera normalement le cas pour l'exercice de la liberté de contracter. Il n'est plus aujourd'hui discuté que la sanction de la *culpa in contrahendo* trouve sa source dans l'article 1382 du Code civil même si la faute est parfois révélée, pour certains, par une atteinte au principe de bonne foi ou par un abus de droit. Sur le principe, voy. par exemple, L. CORNELIS, « Le dol dans la formation du contrat », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1976, p. 42 et s., n°s 10 à 12 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 124 et 125, n°s 93 et 94 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1963 à 1967) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil, articles 1382 et suivants) », *R.C.J.B.*, 1968, p. 194, n° 1 ; R.O. DALCQ, « Exa-

concurrence, sauf, pour ces dernières, application de l'action en cessation des pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

La constatation va évidemment de soi lorsque le juge doit statuer sur une demande en réparation de l'atteinte à une liberté civile ou à un intérêt légitime. La situation n'appelle alors ni commentaire ni exemple à ce stade dès lors que le juge ne pourrait évidemment se placer sur un autre terrain.

Ce qu'il est ici intéressant de remarquer, c'est la constance de la liaison entre certaines conditions de la responsabilité, principalement la faute, et la sanction demandée même en dehors d'une demande en réparation au sens strict.

Ainsi en est-il principalement des demandes visant à la cessation de l'atteinte à une liberté civile ou un intérêt légitime formulées suite à une atteinte portée par un tiers au nom de sa propre liberté. Ces demandes sont alors généralement introduites devant le juge des référés, sauf recours spécifique ayant cet objet prévu par la loi devant un autre juge. Dans la majorité des cas, le juge des référés ne se contentera pas de l'évidence d'une atteinte à la liberté ou à l'intérêt légitime ou du dommage ainsi causé, mais vérifiera si, ce faisant, le tiers a, le cas échéant *prima facie*, commis une faute à la source de l'atteinte.

men de jurisprudence (1980 à 1986) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, p. 612, n° 11 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 566, n° 23 ; A. DE BERSAQUES, « La « culpa in contrahendo » », note sous Liège (ch. réun.), 3 avril 1962, *R.C.J.B.*, 1964, p. 279, n° 4 et p. 287, n° 15 ; A. DE BOECK, *Informatierechten en — plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, p. 187 et s., nos 425 et s. ; W. DE BONDT, « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, p. 99, n° 13 ; B. DE CONINCK, « Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats », *R.G.D.C.*, 1998, p. 196 ; Id., « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 27, n° 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, *op. cit.* p. 544, n° 558 et p. 545, n° 559 ; X. DIEUX, obs. sous Liège (7^e ch.), 20 octobre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 528, n° 1 ; X. DIEUX, J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 291, IV ; J.-L. FAGNART, M. DENÈVE, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1985, p. 455, n° 3 ; D. FRERIKS, « Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1992, p. 1216 et 1217, n° 28 et p. 1219, n° 31 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 431, n° 166 ; G. SCHRANS, « De progressieve totstandkoming der contracten », *T.P.R.*, 1984, p. 6 et s., nos 4 et 5 ; F. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, p. 22 et s., nos 27 à 30 ; A. VAN OEVELEN, « Juridische verhoudingen en aansprakelijkheid bij onderhandelingen over (commerciele) contracten », *D.A.O.R.*, 1990, n° 14, p. 48, n° 6 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 147, nos 59 et 60.

Nous retrouvons de très nombreux exemples de cette approche en matière de conflits entre la liberté d'expression ou de la presse et des biens de la personnalité. Il convient cependant de rappeler ici la controverse qui entoure l'admissibilité des mesures préventives en matière de liberté de la presse. Nous visons principalement les injonctions tendant à l'interdiction de la diffusion d'émissions radiophoniques ou télévisées, voire de textes, avant toute diffusion ou publication. Mais le problème existe également concernant les retraits ou suspensions de diffusion ou de publication¹⁴¹⁰. Une doctrine et une jurisprudence imposantes y voient en effet des mesures de censure qui sont soit interdites par l'article 25 de la Constitution, soit prises en contradiction avec l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous ne rentrons cependant pas dans le détail de cette importante controverse¹⁴¹¹. Nous recherchons en effet ici le principe général à la base de l'opposabilité de toutes les libertés civiles, tout en étant bien conscient que certaines règles de droit positif — dont l'article 25 de la Constitution — pourraient expressément y déroger au nom de la protection particulière d'une liberté spécifique, telle la liberté de la presse.

Le principe de l'intervention du juge des référés en la matière a été adéquatement souligné par diverses décisions affirmant que « le juge des

1410. Une décision étrange, à notre connaissance esseulée, dénie également à l'article 1382 du Code civil toute application pour limiter l'exercice de la liberté d'expression, même en tant que fondement d'une mesure *a posteriori* de réparation en dehors du cas de la violation d'une loi pénale (Civ. Furnes, 6^e ch., 18 février 2000, *A. & M.*, 2000, p. 341 et s. et note D. VOORHOOF).

1411. Sur cette controverse voy. notamment, en ce compris les nombreuses références citées, J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A. & M.*, 2002, p. 485 à 503 ; M. HANOTIAU, « La censure de la presse écrite par le juge des référés », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, *A. & M.*, 1997, p. 203 à 212 ; M. HANOTIAU, M. KADANER, « Le référé dans la presse écrite et dans l'audiovisuel », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 147 à 192 ; M.-F. RIGAUX, « La licéité des restrictions et des interventions préventives — Quelques réflexions », *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 57 à 67 ; A. SCHAUSS, « Inédits de droit de la presse : commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression », *J.L.M.B.*, 1996, p. 1152 à 1175 ; A. STROWEL, F. TULKENS, « Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 69 à 91 ; S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1757 à 1797 ; A. VERDOODT, « De audiovisuele media en de kortgedingrechter », note sous Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 83 à 86 ; D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *R. Cass.*, 2001, p. 25 à 35 ; ID., « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? », note sous Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 250 à 259.

référés, statuant au provisoire, peut, dès lors, s'il reconnaît l'urgence et les apparences de droits, ordonner une mesure destinée à prévenir ou réduire le préjudice grave, voire irréparable qu'engendrerait un exercice apparemment abusif de la liberté de presse »¹⁴¹². Encore faut-il souligner que par l'exercice abusif de la liberté de presse, il faut entendre l'exercice fautif de celle-ci. L'exigence de la faute a du reste été soulignée expressément par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 29 juin 2000, plus largement commenté ci-après.

Ainsi, lorsqu'un tiers demande la cessation de la publication d'un pamphlet électoral en prétextant une atteinte à son honneur, le conflit se résout en vérifiant si l'auteur du pamphlet a ou non enfreint un devoir de prudence¹⁴¹³. Le président du tribunal de première instance de Bruxelles, saisi d'une demande d'interdiction de diffusion d'un livre contenant des propos prétendument inexacts et offensants, rejette la demande dès lors qu'il n'apparaissait pas *in concreto* que les allégations « soient, *prima facie*, fautives et préjudiciables au point de rendre nécessaire la prise de la mesure d'interdiction de diffusion sollicitée »¹⁴¹⁴. Il relève aussi que les inexactitudes invoquées n'étaient pas prouvées et que les jugements de valeurs et opinions n'apparaissaient pas excessifs ou dénués de toute base factuelle. Le tribunal de première instance d'Anvers refuse de faire droit à une demande d'interdiction de mentionner la dénomination d'un *tour-operator* dans des articles critiques quant à l'organisation de voyages en Birmanie, pays où les droits de l'homme sont sans cesse violés, dès lors que ni la liberté de commerce, ni les intérêts commerciaux, ni l'honneur de la société en cause ne sont atteints fautivement par la critique, même si le ton est pamphlétaire et la critique ouvertement dirigée vers ladite société¹⁴¹⁵.

Une autre juridiction, saisie d'une demande d'interdiction d'une émission de télévision, insiste avec force sur la condition de la faute en énonçant que : « L'on ne pourrait pas, dès lors, dans la ligne de la jurisprudence produite par les parties, faire droit à une demande de restriction préventive, s'il n'était pas établi avec certitude que l'émission programmée portera fautivement atteinte à l'honneur et à la réputation du demandeur »¹⁴¹⁶. Un appel a été interjeté contre cette décision. La cour confirme la première décision et motive de manière particulièrement précise — après avoir visualisé l'émission litigieuse — et sous le couvert des

1412. Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, A. & M., 2000, p. 111 et s.

1413. Voy. par exemple, Anvers (réf.), 8 juin 1999, A. & M., 1999, p. 387 et s. confirmant Civ. Anvers (réf.), 1^{er} juin 1999, A. & M., 1999, p. 386 et s.

1414. Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, A. & M., 2000, p. 108 et s.

1415. Civ. Anvers (5^e ch.), 23 décembre 1999, A. & M., 2000, p. 326 et s.

1416. Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, A. & M., 2002, p. 177 et s. ; J.T., 2001, p. 780 et s.

exigences de l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, les manquements de la chaîne de télévision au regard de ses obligations d'exactitude et d'objectivité^{1417 1418}.

La cessation de l'atteinte à une liberté civile ou un intérêt légitime conditionnée par la constatation d'une faute dans l'exercice de la liberté d'expression nous semble avoir été entérinée par un arrêt récent de la Cour de cassation du 29 juin 2000¹⁴¹⁹. Il s'agissait, en l'espèce, d'un pourvoi contre un arrêt d'appel rendu en référé et ayant condamné à des injonctions de faire et de ne pas faire des éditeurs sur la base de la constatation d'apparence de faute. Le pourvoi, en la seconde branche de son troisième moyen, invoquait notamment une violation de l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1382 du Code civil en ce que cette dernière disposition, d'une part, ne permettrait que des sanctions *a posteriori* à l'exercice de la liberté d'expression et, d'autre part, ne présenterait pas le caractère d'une loi au sens de l'article 10, alinéa 2, de la convention précitée. La Cour répond que cette disposition conventionnelle n'était pas violée en l'espèce dès lors que les dispositions légales et constitutionnelles invoquées — l'article 1382 du Code civil combiné aux articles 144 de la Constitution, 584 et 1039 du Code judiciaire — telles qu'interprétées de manière constante par la Cour, autorisaient au titre de « loi » les restrictions prévues à l'article 10, alinéa 2, de la Convention.

1417. Bruxelles (9^e ch./réf.), 22 mars 2002, *A. & M.*, 2002, p. 443 et s.

1418. Voy. aussi en ce sens, Civ. Bruxelles (réf.), 7 janvier 2002, *A. & M.*, 2002, p. 455 et s., qui refuse de faire droit à une demande d'interdiction de diffusion d'un livre dès lors, notamment, que le demandeur ne prouvait pas l'inexactitude alléguée ; Civ. Bruxelles (réf.), 13 décembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 189 et s., qui refuse également de faire droit à une demande d'interdiction de diffusion d'une émission télévisée dès lors qu'aucune preuve de dénigrement n'est rapportée et condamne les demandeurs pour procédure téméraire et vexatoire ; Civ. Bruxelles (5^e ch. B), 21 décembre 2000, *A. & M.*, 2001, p. 271 et s., où le tribunal rappelle que : « *Enerzijds impliceert dit dat een publicatie verbod slechts kan worden opgelegd aan degene die op burgerlijk vlak aansprakelijk wordt gesteld voor het persmisdrijf* » ; Civ. Bruxelles (req. unil.), 4 octobre 2000, *A. & M.*, 2000, p. 470 et s., où la juridiction admet l'interdiction de diffusion d'un débat télévisé en période électorale sur la base de la constatation d'une faute dans l'organisation et la présentation du débat et une violation grave du devoir d'objectivité de la chaîne de télévision en cause ; *adde* Gand (réf.), 12 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 280 et s. ; Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 241 et s. et note D. VORHOOF ; Civ. Gand (req. unil.), 27 octobre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 100 et s. ; Comm. Anvers (réf.), 13 janvier 1997, *A. & M.*, 1997, p. 215 et s. ; Civ. Bruxelles (réf.), 18 octobre 1996, *A. & M.*, 1997, p. 83 et s. ; Civ. Charleroi (réf.), 18 mars 1996, *A. & M.*, 1996, p. 339 et s., où le président fustige l'atteinte grave à l'honneur du demandeur par les auteurs de l'article litigieux et l'imprudence de l'imprimeur de l'avoir publié ; Bruxelles (2^e ch./réf.), 20 décembre 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 686 et s. ; Bruxelles (8^e ch.), 26 octobre 1989, *Journ. proc.*, 3 novembre 1989, n° 159, p. 29 et s.

1419. Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, p. 122 et s., n° 420.

Outre son intérêt concernant l'application de cette dernière disposition, l'arrêt livre un enseignement pour notre étude. Il souligne en effet avec force l'importance de la condition de la faute dans le processus de limitation de l'exercice de la liberté d'expression et, partant, de la limitation des autres libertés et intérêts qui seraient énervés par la liberté d'expression. Après avoir souligné d'emblée que l'arrêt *a quo* relevait une faute apparente dans le chef des éditeurs, il constate également qu'il ne ressortait pas des énonciations de l'arrêt *a quo* que les mesures demandées avaient pour seul but de prévenir un dommage. Il met finalement en exergue l'importance de l'article 1382 du Code civil dans le dispositif de limitation de la liberté d'expression en indiquant qu'« en présence d'une apparence de faute, ce juge peut en vertu de l'article 1382 du Code civil enjoindre à l'auteur du dommage de faire cesser l'état de choses qui cause le préjudice ». Cette indication est essentielle dès lors que les autres dispositions interprétées par la Cour — les articles 144 de la Constitution et 584 et 1039 du Code judiciaire — ne font qu'asseoir la compétence des juges pour prononcer l'injonction sans toucher aux conditions de fond de la limitation aux libertés. En réalité, ces conditions de fond paraissent ressortir intégralement de l'article 1382 du Code civil. Plus précisément, la limitation consistant en l'admission de l'injonction de cessation de l'exercice de la liberté d'expression est conditionnée par l'existence d'une faute apparente et par celle d'un dommage avéré qui en serait la conséquence.

La Cour entérine ainsi non seulement l'imposante jurisprudence précitée, mais aussi l'opinion émise par une certaine doctrine¹⁴²⁰. Si cet arrêt a été critiqué, ce n'est pas tant pour la mise en avant du rôle de l'article 1382 du Code civil que pour le risque de censure que représente, selon certains, l'admission d'une mesure préventive en la matière¹⁴²¹. La Cour ne répond cependant que partiellement à l'opinion selon laquelle

1420. Voy. par exemple, A. STROWEL, F. TULKENS, « Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias », *op. cit.*, p. 75 et s. ; S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, *op. cit.*, spéc. p. 1771 et s., n° 22.

1421. Pour des critiques de cet arrêt, voy. J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *op. cit.* ; D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid in het verbod van censuur verder af ? », *op. cit.* Pour des auteurs qui approuvent l'arrêt, voy. F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1592 et s., où l'auteur souscrit à l'analyse de la Cour concernant la conformité de la mesure au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais exprime cependant des réserves sur le critère retenu par la Cour pour éviter l'application de l'article 25 de la Constitution ; A. STROWEL, F. TULKENS, « L'arrêt *Leempoel et Éditions Ciné Revue* : de l'art de mettre fin à une controverse », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Journ. Proc.*, 2000, n° 398, p. 28 et s.

l'article 1382 du Code civil ne pouvait servir de fondement à une mesure purement préventive dès lors que cette disposition ne pouvait s'appliquer dans des hypothèses où le dommage est futur et la faute éventuelle¹⁴²². Dans l'affaire soumise à la Cour, la publication, et donc la faute, précédait les mesures demandées.

Nous retrouvons le terrain fertile de la responsabilité civile en cas de demandes tendant à la cessation d'un refus de vente révélant des conflits entre la liberté de contracter et une autre liberté concurrente comme la liberté d'entreprendre, de commerce ou de contracter. Le juge recherche alors, dans le cadre d'une action en cessation commerciale régie par la loi sur les pratiques du commerce, si l'auteur du refus n'a pas, en exerçant sa liberté de (ne pas) contracter, commis une faute constituée généralement par un abus de droit¹⁴²³ justifiant ainsi l'injonction demandée¹⁴²⁴.

1422. Voy. en ce sens, M. HANOTIAU, « La censure ne pourra jamais être établie », note sous Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *Journ. proc.*, 9 décembre 1994, n° 272, p. 29, n° 2 ; A. SCHAUS, « Inédits de droit de la presse : commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 1158 et s. ; en jurisprudence, voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 26 mai 1995, n° 284 et note M. HANOTIAU ; Civ. Liège (réf.), 19 octobre 1994, *Journ. proc.*, 9 décembre 1994, n° 272, p. 26 : « Que l'article 1382 du Code civil ne correspond pas davantage à ces critères ; que d'ailleurs cette disposition vise à réparer mais non à empêcher. » Pour une décision récente qui, avant toute diffusion, mettant en pratique l'enseignement de la Cour de cassation, l'applique en cas de faute future et d'un risque de dommage considéré comme certain : Civ. Bruxelles (réf.), 24 octobre 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 423, p. 20 et s. et note F. TULKENS, où le tribunal énonce clairement que : « L'on ne pourrait pas, dès lors, dans la ligne de la jurisprudence produite par les parties, faire droit à une demande de restriction préventive, s'il n'était pas établi avec certitude que l'émission programmée portera fautivement atteinte à l'honneur et à la réputation du demandeur. ».

1423. Voy. par exemple, Comm. Furnes (cess.), 29 octobre 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 815 ; Comm. Hasselt (cess.), 24 septembre 1997, *D.A.-O.R.*, 1998-1999, n° 47, p. 95 et s. et note J. BILLIET ; Comm. Turnhout (cess.), 19 septembre 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 811 ; Comm. Bruxelles (cess.), 27 août 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 807 ; Comm. Anvers (cess.), 29 mai 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 793 ; Comm. Bruxelles (cess.), 15 février 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 816 et note ; Comm. Namur (cess.), 28 octobre 1992, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1992, 1993, p. 372.

La toute grande majorité des cas d'application de la théorie de l'abus de droit sont faites dans le cadre d'une action en cessation opposant deux commerçants. La liberté de ne pas contracter s'exprime alors dans le refus de vendre. Voy. par exemple, Comm. Anvers (cess.), 26 mars 1999, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1999, 2000, p. 595 et s. ; Anvers, 2 novembre 1998, *Ann. Prat. comm.* 1998, 1999, p. 515 et s. ; Comm. Louvain (cess.), 10 octobre 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 840 ; Comm. Louvain (cess.), 6 juin 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 785 ; Liège, 19 mars 1992, *R.R.D.*, 1993, p. 27 et s. ; Mons (1^{re} ch.), 7 janvier 1992, *J.T.*, 1992, p. 368 ; Comm. Bruxelles (prés.), 4 décembre 1991, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1991, 1992, p. 516.

1424. Cette approche des conflits par la responsabilité s'intègre dans une approche plus globale de tous les cas de *culpa in contrahendo*.

Rappelons également que toutes les demandes basées sur l'action en cessation commerciale — qu'elles soient constituées d'une violation des exigences prévues par la loi sur les pratiques du commerce elle-même ou sur la constatation d'un comportement contraire aux usages honnêtes — impliquent, pour que la cessation de l'atteinte à la liberté de commerce concurrente ou à l'intérêt légitime du commerçant ou du consommateur victime, la constatation d'un acte illicite. Ce dernier ressort de l'atteinte fautive à la loi ou de la pratique malhonnête ou déloyale généralement assimilées à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil¹⁴²⁵.

La question de savoir si les conditions de l'action en cessation commerciale sont identiques à celles du droit commun de la responsabilité est néanmoins posée. Tout d'abord, l'adéquation totale entre la notion d'atteinte aux usages honnêtes et la faute reste discutée¹⁴²⁶. Rappelons

1425. Voy. sur le principe, par exemple, G. BOGAERT, « Praktijken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken », in *Handelspraktijken — Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, Die Keure, 1992, p. 151, n° 275 ; A.C. DELCORDE, « Concurrence macro vs concurrence micro (ou la concurrence économique au sens de la loi du 5 août 1991 et ses rapports avec la loi du 14 juillet 1991) », in *Les pratiques du commerce. Autour et alentour*, Bruxelles, Publ. Fac. univers. St-Louis, 1997, p. 43 : « Enfin, l'article 54 ancien ou 93 actuel est conçu comme la traduction dans le domaine commercial de l'article 1382 du Code civil » ; I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 30 : « La notion d'usage honnête en matière commerciale est ainsi une application au commerce de la notion de faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil » ; A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 49 et s., spéc. n°s 25 et 26 et nombreuses références citées ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 131, n° 7, 139, n° 19, p. 174, n° 52, p. 155 et 156, n° 35 où l'auteur indique notamment : « C'est à juste titre que Swennen et Verougstraete écrivent que l'article 54 de la loi du 14 juillet 1971 est une application spécifique au commerce de l'article 1382 C. civ. : la faute est l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, le dommage est l'atteinte aux intérêts professionnels » ; I. VEROUGSTRAETE, « Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 141, n° 20 (voy. cependant, *Id.*, « La loi sur les pratiques du commerce : loi pour une société en mutation ? », in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 369, n° 6, où l'auteur dit vouloir nuancer l'affirmation de l'assimilation).

1426. Pour des auteurs qui la contestent, E. BALATE, « Loyauté et louvoyage. Les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 162 et 163 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 77 et s., n°s 45 à 48 ; J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1995, p. 11, n° 19.1.

que le président du tribunal de commerce statuant sur une demande en cessation commerciale est incompétent pour l'octroi de dommages et intérêts. Ensuite, la question de l'existence d'un dommage comme condition de l'action a été controversée, mais paraît résolue par les termes mêmes de l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce qui vise précisément le seul risque d'atteinte aux intérêts professionnels des vendeurs ¹⁴²⁷.

Si nous comparons les injonctions admises par le droit positif tendant à la cessation de l'atteinte aux libertés civiles avec celles qui se rapportent à l'opposabilité des droits subjectifs, une différence essentielle apparaît. Alors que l'action en cessation en cas d'atteinte au droit subjectif ne dépend pas de la condition de la faute, l'action en cessation de l'atteinte aux libertés civiles ou intérêts légitimes vise résolument la cessation de l'atteinte fautive. Le droit positif rejoint donc ici les conclusions que nous avons tirées de l'analyse de la théorie générale du droit civil dans ses efforts de distinction des deux concepts. Si la cessation de l'atteinte aux droits subjectifs peut s'obtenir indépendamment des conditions de la responsabilité civile, il n'en est rien en ce qui concerne la liberté civile ¹⁴²⁸ et, nous y reviendrons, l'intérêt légitime.

Il ne faudrait cependant pas conclure trop rapidement à une unanimité de la jurisprudence en la matière. Certains contentieux ont tendance à opérer une pondération d'intérêts qui s'affranchit de plus en plus des conditions de la responsabilité civile. C'est principalement lors de référés préventifs en matière de presse que cette tendance apparaît. Plus exactement, la pondération des intérêts paraît s'effectuer plus sur la base de l'analyse des risques de dommages que sur la constatation *prima facie* d'une faute dans le chef du titulaire de la liberté de presse. Ces décisions restent alors assez vagues sur les fautes reprochées et, *in fine*, la solution paraît plus guidée par la volonté d'empêcher la réalisation ou l'évolution d'un dommage que par celle de mettre fin à un exercice manifestement

1427. Un arrêt de la Cour paraît aller en ce sens : Cass., 28 novembre 1997, *Pas.*, I, 1997, p. 1302 et s. : même si la Cour ne se prononce que sur un moyen invoquant l'absence de lien causal, elle y répond non pas sur le terrain du dommage potentiel, comme l'y invitait ledit moyen, mais sur celui du risque d'atteinte à l'intérêt. Sur la distinction entre l'atteinte à un intérêt légitime et la notion de dommage, voy. *supra*, n° 189 et *infra*, n° 354 ; voy. dans le sens de l'absence de condition d'un dommage, en doctrine, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crétation*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 673 *contra* G. BOGAERT, « Praktijken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken », *op. cit.*, p. 151, n° 275.

1428. Cf. *supra*, n° 105.

fautif de la liberté d'expression ¹⁴²⁹. Parfois, la condition de faute n'est carrément plus exprimée, le juge statuant sur la base de la constatation de la violation des libertés ou intérêts d'autrui, généralement après en avoir appelé à une pondération d'intérêts ¹⁴³⁰. Ces décisions nous paraissent

1429. Voy. par exemple : Civ. Bruxelles (réf.), 6 octobre 2000, inédit, cité in J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *op. cit.*, p. 500, note 120, qui interdit à un électeur de poursuivre la distribution dans les boîtes aux lettres d'une commune d'un document photocopié dans lequel il critiquait certaines décisions publiques imputables à un échevin en considérant, même si les faits rapportés n'étaient pas manifestement erronés, que : « Dans la balance des intérêts, il y a lieu de considérer le préjudice pour l'échevin, s'il était fait droit à la demande, pourrait être important en termes de score électoral, tandis que le préjudice pour le demandeur, s'il n'était pas fait droit à sa demande, est de voir sa liberté d'expression restreinte (et non pas supprimée) pour un temps particulièrement limité (du 28 septembre au 9 octobre 2000) » (en l'espèce, le juge se prononçait sur la tierce opposition de l'électeur visant au retrait de l'ordonnance emportant l'interdiction de distribution du document) ; Civ. Bruxelles (réf.), 14 juin 1999, A. & M., 2000, p. 111 et s., qui fait droit à une mesure de suspension de la distribution d'un livre mettant en cause un haut fonctionnaire des Communautés européennes. Si la décision passe certes en revue les passages litigieux et se fait l'écho d'opinions divergentes entre parties sur la véracité des propos tenus, elle paraît se contenter *prima facie* d'une faute plus possible qu'avérée pour admettre la suspension de la distribution : « Que de tels propos, dont, *prima facie*, la rigueur semble faire défaut, sont, s'ils ne peuvent être établis, de nature à compromettre gravement l'honneur et la réputation du demandeur ; qu'il semble difficilement contestable que ce risque de préjudice grave à l'égard du demandeur doit être reconnu prioritaire par rapport à l'éventuel risque de préjudice financier (allégué, mais non démontré) qu'aurait à souffrir la partie défenderesse au cas où elle devrait suspendre la distribution de l'ouvrage et où elle se verrait ultérieurement autorisée à remettre sur le marché les exemplaires de l'ouvrage litigieux ; qu'en outre, un préjudice matériel est souvent plus facilement réparable qu'un préjudice moral » ; voy. aussi, Civ. Charleroi (réf.), 18 mars 1996, A. & M., 1996, p. 339 et s.

1430. Voy. par exemple, Anvers (1^{re} ch., req. unil.), 29 octobre 1999, A. & M., 2000, p. 87 et s. : concernant la suspension de diffusion d'un livre portant atteinte à l'honneur et à la réputation, l'arrêt se contente de relever que certains passages du livre litigieux, qu'il délimite, sont particulièrement blessants et attentatoires à l'honneur, violant également la vie privée et la personne de la victime, pour en déduire que le droit à la liberté d'expression de l'auteur devait alors s'effacer devant le droit à la protection de la vie privée de la victime, se prévalant expressément de la recherche d'équilibre entre droits et libertés antagonistes inscrites dans l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette décision réformait une ordonnance du tribunal civil d'Anvers, saisi également sur requête unilatérale, qui avait refusé de prononcer la suspension demandée en constatant la contradiction d'une telle demande avec le prescrit de l'article 25 de la Constitution. Saisie sur la base de la tierce opposition de l'auteur, la cour d'appel a largement confirmé son premier arrêt sur la base d'une motivation certes plus touffue, mais restant très lacunaire sur la faute reprochée *prima facie*, non autrement circonscrite que par la constatation d'une atteinte aux biens de la personnalité et du déséquilibre des droits en présence en ce que « *prima facie* oordelend hetgeen terzake in de gewraakte passages over partij D. wordt geschreven als zwaar beledigend, kwetsend, vernietigend en totaal denigrerend ten overstaan van de persoon van partij D. aangezien kan worden ; Dat de vraag gesteld kan worden of een auteur onder het mom

s'éloigner de l'enseignement important de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2000, commenté ci-avant, qui rappelait avec force la condition d'une apparence de faute pour admettre une mesure de suspension de diffusion d'un livre.

Les solutions apportées à certains de ces litiges ne sont certainement pas étrangères à un problème de qualification. Ainsi, si le droit à l'image ou le droit à la protection de la vie privée sont qualifiés de droits subjectifs, nous retrouvons trace ici de la tendance à régler le conflit, et par là à

van vrije meningsuiting recht heeft de persoonlijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer van een individu op dergelijke wijze onnodig publiek te krenken en door het slijk te trekken ; Dat *prima facie* te dezen de grens van het maatschappelijk toelaatbare overschreden lijkt en in een democratische samenleving niet kan worden geduld ; Overwegende dat derhalve het recht op vrije meningsuiting van de auteur in dit geval moet wijken voor de bescherming van het privé-leven van partij D. en dat derhalve de publicatie van vermelde gewraakte passages een misbruik van het recht op vrije meningsuiting zou uitmaken » ; Civ. Gand (req. unil.), 23 novembre 1998, A. & M., 1999, p. 285, où le juge constate simplement la violation du droit à l'image ; Bruxelles (réf.), 27 juin 1997, I.R.D.I., 1997, p. 270 et s., où la cour va jusqu'à énoncer qu'elle n'est pas là pour devoir vérifier si les moyens invoqués — notamment la violation de la loi sur le droit d'auteur et de l'article 1382 du Code civil — sont en soi justifiés, mais si l'ingérence invoquée obéit aux conditions du principe de proportionnalité contenu dans l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme ; Civ. Bruxelles (réf.), 14 mai 1997, in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, annexe III, p. 195 et s., où l'ordonnance n'a pas égard à la notion de faute, mais à la recherche d'une pondération entre libertés concurrentes et à la constatation, en l'espèce, de la violation de la vie privée des demandeurs afin de faire droit à la demande d'interdiction de publication ; Civ. Bruxelles (réf.), 5 février 1997, A. & M., 1997, p. 200 et s. et note M. HANOTIAU, où le juge constate la violation du droit au respect de la vie privée sur la base de la recherche d'un équilibre des intérêts sans jamais parler de faute ; Bruxelles (9^e ch./réf.), 21 décembre 1995, J.T., 1996, p. 47 et s., où le juge admet la mesure demandée sur la base de la constatation de la violation du droit à l'image en l'absence de consentement des personnes concernées et de l'absence d'impératif d'actualité justifiant l'atteinte audit droit. Cette ordonnance fut confirmée au fond (Civ. Bruxelles, 1^{re} ch., 30 juin 1997, A. & M., 1998, p. 264 et s.) ; Civ. Bruxelles (réf.), 6 avril 1995, *Journ. proc.*, 26 mai 1995, n° 284, p. 23 et s., où le juge refuse de voir dans l'article 1382 du Code civil une base légale de son intervention, mais assied sa compétence sur les dispositions constitutionnelles et conventionnelles inférant une pondération d'intérêts entre libertés concurrentes ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 juin 1993, R.W., 1993-1994, p. 619 et s., où le juge réfléchit uniquement sur la base d'une pondération d'intérêts, constatant que, *in casu*, la protection de la vie privée d'enfants l'emporte sur la liberté d'expression d'une chaîne de télévision ; Civ. Bruxelles (req. unil.), 25 octobre 1989, *Journ. proc.*, 3 novembre 1989, p. 30 et s., qui ne contient pratiquement aucune motivation autre que la constatation d'un grave préjudice que pourrait subir le demandeur du fait de la diffusion d'une émission télévisée ainsi que l'existence d'une enquête judiciaire en cours ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 1988, J.L.M.B., 1988, p. 1443 et s., où le juge se base sur la liberté d'opinion d'une personne interviewée pour admettre sa demande d'interdiction de diffusion de l'interview tel que montée par la chaîne de télévision car le montage ne respecterait pas l'opinion qu'elle voulait exprimer.

limiter la liberté d'expression, par la simple constatation de l'atteinte au droit subjectif qui s'y oppose. Il s'agirait alors d'une application de l'effet d'opposabilité des droits subjectifs, tel que dégagé ci-avant.

298

L'effet légitimateur de la liberté civile reconnu par le droit positif. La qualification de liberté civile présente clairement, en droit positif, un effet de légitimation de l'acte posé et critiqué. Les tribunaux mettent par là en exergue des actions ou abstentions qui sont permises, et doivent en conséquence être acceptées par les tiers, dès lors qu'elles entrent dans la sphère d'actions protégées par la liberté en cause¹⁴³¹. Il ne peut en être autrement que si, ce faisant, le titulaire de la liberté civile commet un acte illicite dans l'exercice de sa liberté.

Les exemples de jurisprudence allant en ce sens sont très nombreux.

La liberté d'expression, en ce qu'elle reconnaît à la presse un rôle de « chien de garde de la démocratie », permet à un journaliste de donner à ses articles un rôle polémique, critique, voire provocateur, sauf à commettre une faute au sens de l'article 1382 du Code civil¹⁴³². Il peut donc exprimer des idées qui choquent, heurtent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population¹⁴³³ et signaler les abus et les excès dans l'intérêt général, notamment à l'égard de responsables de gouvernement, du fonctionne-

1431. C'est tellement vrai que pour décrire la sphère de légitimité induite par certaines libertés, diverses décisions utilisent alors le mot « droit ». Voy. par exemple, Comm. Courtrai, 20 mai 1996, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1996, 1997, p. 867 et s., concernant la liberté de copier : « De vrijheid van nabootsing is een recht dat aan iedere concurrent behoort en dat als een der grondbeginselen moet beschouwen worden van het algemene mededingsrecht » ; Comm. Namur (cess.), 28 octobre 1992, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1992, 1993, p. 372 et s. : « Attendu que le refus de vente individuel est en principe licite ; qu'il procède de la liberté contractuelle, soit du droit pour chaque commerçant de choisir librement les personnes avec lesquelles il conclut un marché » ; J.P. Bruxelles (8^e cant.), 9 mai 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 278 et s. : « Attendu qu'en matière de relations informelles entre parties, la liberté contractuelle renforcée dans les relations commerciales par la liberté de concurrence, c'est-à-dire plus précisément la liberté de négocier concomitamment ou successivement avec plusieurs partenaires pour ne retenir en définitive que le contrat le plus avantageux, est la règle et le corollaire nécessaire de cette liberté est que la rupture des pourparlers est un droit incontesté. ».

1432. Voy. par exemple, Civ. Liège (7^e ch.), 12 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 193 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 21 mars 2000, *A. & M.*, 2000, p. 460 et s. ; Civ. Anvers (réf.), 16 mars 2000, *A. & M.*, 2000, p. 329 et s. ; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 21 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 334 et s. ; Civ. Nivelles, 6 janvier 1998, *A. & M.*, 1998, p. 154 et s. ; Liège, 13 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 806 et s. ; Civ. Bruxelles, 13 septembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 128 et s. et note D. D'HOOGUE.

1433. Bruxelles (9^e ch.), 16 février 2001, *A. & M.*, 2002, p. 282 et s. ; Bruxelles (1^{re} ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 et s.

ment de la justice ou des forces de police¹⁴³⁴. Cette liberté permet aussi à un journaliste de préciser dans un article l'identité de personnes qui fréquentent une mosquée puisqu'il s'agit d'une information qu'il est en droit de juger et de critiquer, pour autant qu'il ne discrédite pas la mosquée ni l'a.s.b.l. qui la gère ou les fidèles qui la fréquentent¹⁴³⁵. Le journaliste peut être partial et privilégier certains témoignages par rapport à d'autres sous peine de vider de tout contenu sa liberté d'expression s'il s'est fondé sur une véritable enquête et sur des sources fiables et si, par conséquent, aucune faute ne peut lui être reprochée¹⁴³⁶.

De même, la liberté de commerce interdit à un commerçant qui quitte un immeuble pour continuer ses activités commerciales trente mètres plus loin, de s'opposer à ce qu'un concurrent établisse un commerce identique dans l'immeuble qu'il a quitté¹⁴³⁷. Elle permet à quiconque de s'engager au service d'une entreprise concurrente ou de créer sa propre entreprise pour commercialiser un produit identique ou concurrent¹⁴³⁸. Liée à la liberté de concurrence, elle permet à un ancien employé de faire concurrence à son ex-employeur, sauf la violation d'une clause de non-concurrence licite. Cette concurrence ne devient alors illicite que si elle s'accompagne de manœuvres déloyales¹⁴³⁹. Au nom de ces libertés, chaque commerçant est du reste libre de prospecter la clientèle d'autrui¹⁴⁴⁰ ou de débaucher le personnel d'autrui¹⁴⁴¹. La liberté de commerce permet également à une a.s.b.l. organisant une foire annuelle de n'y admettre

1434. Voy. par exemple, Liège, 13 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 806 et s. ; Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 157 et s.

1435. Civ. Liège (7^e ch.), 12 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 193 et s.

1436. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 24 octobre 2000, *A. & M.*, 2001, p. 406 et s.

1437. Anvers, 18 septembre 2000, *Ann. prat. comm. & conc.* — 2000, 2001, p. 436 et s.

1438. Voy. par exemple, Liège, 4 décembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 117 et s.

1439. Voy. par exemple, Bruxelles (9^e ch.), 7 novembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 15 et s. ; Liège (7^e ch.), 6 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 542 et s. Aussi, P. BLONDIU, E. CARLIER, Th. CLAEYS, B. MAINGAIN, *La rupture du contrat de travail — Chronique de jurisprudence 1992-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 269 ; B. MICHAUX, « Concurrence déloyale et anciens cocontractants. Les mises au point de la dernière jurisprudence », *R.D.C.*, 1994, p. 579, n° 2 ; J.-P. TRIAILLE, « La protection des idées — Les modes non contractuels de protection des idées en droit belge », *J.T.*, 1994, p. 802, n° 4.2.1.

1440. Voy. par exemple, Gand, 5 mai 1999, *Pratiques du commerce & concurrence* — 1999, 2000, p. 528 et s. et note L. BALLON ; Bruxelles (9^e ch.), 7 novembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 15 et s. ; Comm. Hasselt (prés.), 15 octobre 1993, *Ann. Prat. Comm. et Conc.* — 1993, Diegem, Kluwer, 1994, p. 468 et note de R. DE WIT ; Comm. Bruxelles (cess.), 23 février 1990, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1990, 1991, p. 310 et s.

1441. Voy. par exemple, Comm. Bruxelles (cess.), 9 juin 1999, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1999, 2000, p. 648 et s. ; Liège, 9 mai 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 69.

que les vendeurs de son choix, sauf si ce refus devient illicite au vu des circonstances de l'espèce¹⁴⁴². Elle permet aussi de fixer le prix des services prestés, sauf réglementation particulière ou l'accomplissement d'un acte de concurrence déloyale s'il est démontré que ce prix ne pourrait d'aucune manière assurer une rentabilité normale et durable¹⁴⁴³. Les libertés de concurrence et de commerce englobent également la liberté de copier des produits concurrents, sauf s'il y a atteinte aux droits intellectuels d'autrui ou pratique déloyale comme la création d'un risque de confusion¹⁴⁴⁴. Le nombre d'exemples est ici illimité...

Ainsi également, la liberté de contracter et/ou la liberté de commerce impliquent le refus de contracter ou de vendre¹⁴⁴⁵. Rompre les négocia-

1442. Bruxelles, 16 septembre 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 425 et s.

1443. Comm. Bruxelles (cess.), 3 juin 1996, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1996, 1997, p. 283 et s. : « Attendu que le prix de vente des services n'étant pas réglementé par des dispositions légales spécifiques, c'est à juste titre que la défenderesse fait valoir que sa fixation relève de la liberté du commerce. ».

1444. Voy. par exemple Bruxelles, 3 décembre 1998, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1998, 1999, p. 520 et s. ; Liège, 17 février 1998, dont l'arrêt a été résumé par D. PUTZEYS in *R.D.C.*, 1998, p. 415 et 416 ; Comm. Namur (cess.), 22 mai 1996, *J.T.*, 1997, p. 62 et s. et note L. VAN BUNNEN ; Comm. Courtrai, 20 mai 1996, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1996, 1997, p. 867 et s. Sur le principe de la liberté de copier, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, op. cit., p. 677 et s. ; Id., « La sanction de la « piraterie de produits » par le droit de la concurrence déloyale », *J.T.*, 1993, p. 117 et s., spéc., p. 118 et s. et nombreuses références.

1445. Voy. par exemple Comm. Anvers (cess.), 26 mars 1999, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1999, 2000, p. 596 : « De vrijheid van contracteren en de vrijheid van handel hebben de principiële geoorloofdheid van de verkoopsweigering tot gevolg » ; Comm. Turnhout (cess.), 19 septembre 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 811 : « Omwille van de contractvrijheid en de vrijheid van handel is een verkoopsweigering in principe rechtmatig [...] » ; Comm. Bruxelles (cess.), 27 août 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 809 : « Attendu qu'il est de doctrine et jurisprudence constantes que la liberté de contracter et la liberté de commerce ont pour conséquence la licéité de principe du refus de vendre » ; Comm. Anvers (cess.), 29 mai 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 793 : « Overwegende dat verkoopweigering principieel geoorloofd is [...] » ; Comm. Bruxelles (cess.), 15 février 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 816 : « Overwegende dat een verkoopsweigering omwille van de contractsvrijheid en de vrijheid van de handel principieel rechtmatig is » ; Comm. Namur (cess.), 28 octobre 1992, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1992, 1993, p. 372 : « Attendu que le refus de vente individuel est en principe licite ; qu'il procède de la liberté contractuelle, soit du droit pour chaque commerçant de choisir librement les personnes avec lesquelles il conclut un marché. ».

Pour des exemples où seule la liberté de commerce est invoquée : Bruxelles, 16 septembre 1997, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1997, 1998, p. 425 : « Overwegende dat appellante, op grond van het beginsel van vrijheid van handel en nijverheid, in regel gerechtigd is te contracteren met wie zij wil [...] » ; Comm. Louvain (cess.), 10 octobre 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 840 : « Overwegende dat de verkoopsweigering het corollarium is van het principe van de vrijheid van handel en nijverheid en als dusdanig rechtmatig » ;

tions ou refuser de contracter est donc *a priori* légitime et n'est pas fautif en soi¹⁴⁴⁶. Cependant, les circonstances qui accompagnent la rupture peuvent faire apparaître une faute quasi délictuelle dans le chef du titulaire de la liberté de contracter. Ainsi en est-il, par exemple, lorsque les négociations étaient à ce point avancées qu'elles avaient fait naître une confiance légitime dans la conclusion du contrat¹⁴⁴⁷ ou lorsque la partie s'engage dans des négociations parallèles pour finalement refuser de contracter avec son premier partenaire alors qu'elle était dans une étape avancée des pourparlers avec lui et qu'elle n'a même pas signifié autrement que par téléphone qu'elle était dans l'obligation de rechercher un autre partenaire¹⁴⁴⁸. Ici aussi, une pléthore d'exemples est à trouver dans la jurisprudence des juges du fond¹⁴⁴⁹.

Comm. Louvain (cess.), 6 juin 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 785 : « Overwegende dat verweerster op grond van het beginsel van de vrijheid van handel, in regel gerechtigd is te contracteren met wie zij wil en zij dan ook kan weigeren om de publiciteit van aanlegster in haar publiciteitsblad in te lassen » ; Comm. Verviers (cess.), 1^{er} octobre 1992, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1992, 1993, p. 364 : « Attendu que, corollaire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le refus individuel de contracter est en principe licite [...] » ; Mons (1^{re} ch.), 7 janvier 1992, *J.T.*, 1992, p. 368 : « Attendu que la faculté de refuser de contracter découle de la liberté de commerce, qu'elle est donc en règle licite. ».

1446. En doctrine, voy. par exemple, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 35, n° 46 ; L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *R.G.D.C.*, 1990 p. 396, n° 6, où l'auteur, fidèle à sa conception de la liberté civile (cf. *supra*, n° 97), considère que la faculté de refuser un engagement contractuel ou de rompre les négociations trouve son fondement dans la liberté contractuelle, se transformant en droit subjectif une fois exercée dans une relation à autrui ; W. DE BONDT, « Precontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 94 et s., spéc. n° 4, 5 et 8 ; B. DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », in *Le processus de formation du contrat*, *op. cit.*, p. 21 et 22, n° 5 ; X. DIEUX, obs. sous Liège (7^e ch.), 20 octobre 1989, *op. cit.*, p. 532 et 533, n°s 4 et 5 ; M. FORGES, « Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparlers en droit belge », *Ann. dr. Louvain*, 1995, p. 440 et s., n°s 2 à 7 ; D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 66, n° 3.2.1 ; F. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », *op. cit.*, p. 15, n° 12 et p. 24, n° 28 ; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. III, *op. cit.*, p. 29, n° 21, note 1 ; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. Fac. dr. Lg.*, 1980, p. 20 et s., n° 3.

1447. Voy. par exemple, J.P. Jumet, 16 décembre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 122 et s. ; Anvers (4^e ch.), 22 mars 1994, *R.W.*, 1994-1995, p. 296 et s. ; Comm. Bruxelles (16^e ch.), 3 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 516.

1448. Liège (7^e ch.), 28 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 392.

1449. Outre les décisions citées aux notes précédentes, voy. par exemple, Gand (9^e ch.), 13 mars 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 273 ; Comm. Namur (cess.), 28 octobre 1992, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1992, 1993, p. 372 ; J.P. Asse, 10 décembre 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 169 ; Liège (7^e ch.), 20 octobre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 521 et s. et obs. X. DIEUX ; J.P. Bruxelles (8^e cant.), 9 mai 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 278 et s.

La pondération d'intérêts : entre fondement et mode de résolution de conflits. Si l'existence d'un conflit de libertés et/ou d'intérêts est constaté, la solution est le plus souvent trouvée sur le terrain de la recherche d'un équilibre. Le vocabulaire utilisé est cependant très divers : pondération des intérêts, équilibre ou proportion se côtoient ou se chevauchent, la plupart du temps indistinctement. Même lorsqu'une telle recherche n'est pas exprimée, les juges mettent souvent en exergue l'existence d'un conflit de libertés ou d'intérêts qu'ils tentent de résoudre par la découverte de devoirs de prudence traduisant clairement le souci de prise en compte des droits et libertés d'autrui ¹⁴⁵⁰.

Qu'ils se placent sur le terrain de la limitation préventive ¹⁴⁵¹ ou sur la sanction *a posteriori* en réparation, les conflits relatifs à la liberté d'expression paraissent de plus en plus pointer l'existence d'un conflit d'intérêts devant se résoudre par la recherche d'équilibre des libertés et/ou intérêts en présence. Que ce soit sous l'influence exprimée des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, par une pure application des règles de droit commun de la responsabilité ou même des règles légales applicables au contentieux au provisoire, les juges motivent de plus en plus leurs décisions, en cas de conflits entre la liberté d'expression et les biens de la personnalité, par une recherche de proportionnalité, de pondération ou d'équilibre des libertés en présence ou des intérêts qui s'opposent.

Ainsi, certaines décisions en appellent directement au principe de proportionnalité contenu à l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier la solution apportée au conflit ¹⁴⁵². Rares sont cependant celles qui appliquent alors strictement le

1450. Voy. par exemple, Civ. Bruxelles (24^e ch.), 9 novembre 2001, *A. & M.*, 2001, p. 288 et s. (liberté de presse et atteinte à l'honneur) ; Civ. Liège (7^e ch.), 12 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 193 et s. (liberté d'expression et atteinte à l'honneur ou à la réputation) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 5 décembre 2000, *A. & M.*, 2001, p. 409 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 25 avril 2000, *A. & M.*, 2000, p. 464 et s. (liberté de la presse et atteinte à l'honneur) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 9 mai 2000, *A. & M.*, 2000, p. 468 et s. (liberté de la presse et droits et intérêts d'autrui) ; Civ. Nivelles, 6 janvier 1998, *A. & M.*, 1998, p. 154 et s. (liberté de la presse et atteinte à l'honneur) ; J.P. Mol, 25 avril 1995, *T.M.R.*, 1997, p. 129 et s. (liberté d'expression et droit à la réputation).

1451. Nous ne parlons ici que de la jurisprudence des juges des référés portant sur des hypothèses de publications qui échappent à l'article 25 de la Constitution et à l'interdiction de censure que cette disposition prévoit.

1452. Voy. par exemple, Civ. Bruxelles (24^e ch.), 9 novembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 288 et s. ; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 20 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 77 et s. ; Civ. Bruxelles (25^e ch.), 30 mai 2001, *A. & M.*, 2002, p. 291 et s. ; Civ. Anvers (5^e ch. B), 25 janvier 2001, *A. & M.*, 2002, p. 286 et s. ; Civ. Bruxelles (33^e ch.), 19 mai 2000, *A. & M.*, 2000, p. 338 et s. ; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 21 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 334 et s. ; Bruxelles (1^{re} ch.), 25 septembre 1996, *A. & M.*, 1997, p. 76 et s. ; Civ. Bruxelles (29^e ch.), 14 décembre 1993, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 70 et s. ; Bruxelles (1^{re} ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 et s.

principe de proportionnalité en vérifiant scrupuleusement si toutes les conditions de l'alinéa 2 sont remplies *in concreto* (existence d'une loi, immixtion nécessaire dans une société démocratique, etc.)¹⁴⁵³. Nul doute cependant que l'appel à la pondération contenu dans cette disposition — ne fût-ce que par le rappel de solutions issues des jugements de la Cour européenne, qui, elle, a appliqué *in concreto* cette disposition — guide alors le juge dans sa recherche de solution¹⁴⁵⁴.

D'autres, tout en faisant appel ou non aux dispositions conventionnelles, en appellent à la recherche d'un équilibre ou d'une pondération entre les libertés ou intérêts légitimes qui s'opposent¹⁴⁵⁵. Plusieurs décisions indiquent ainsi que « lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la liberté de presse et le respect des droits et libertés d'autrui, il convient de pondérer les droits, libertés, ou intérêts en concurrence et de vérifier si

1453. Pour une même constatation, D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? », *op. cit.*, p. 33, n° 16.

En cas de conflits entre des libertés protégées d'une part par l'article 10 de la Convention (liberté d'expression) et d'autre part par l'article 8 (biens de la personnalité), certaines décisions, à la suite de l'opinion de François Rigaux, vont jusqu'à refuser l'application de l'alinéa 2 de l'article 10 et ses critères spécifiques de proportionnalité pour lui préférer la méthode de « pondération » ou d'« équilibre » des intérêts : par exemple, Bruxelles (réf.), 27 juin 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 270 et s.

1454. Il est remarquable que, la plupart du temps, dans les actions en dommages et intérêts, l'appel à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales paraît formel principalement en ce qu'il rappelle le conflit de droits, libertés ou intérêts inscrits dans l'alinéa 2 de l'article 10 ou dans la confrontation avec l'article 8 et/ou que cet appel est effectué pour indiquer que l'application de l'article 1382 du Code civil n'est pas restreinte par la liberté d'expression : voy. par exemple : Civ. Bruxelles (24^e ch.), 9 novembre 2001, *A. & M.*, 2001, p. 288 et s. (liberté de presse et atteinte à l'honneur) ; Civ. Liège (7^e ch.), 12 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 193 et s. (liberté d'expression et atteinte à l'honneur ou à la réputation) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 5 décembre 2000, *A. & M.*, 2001, p. 409 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 25 avril 2000, *A. & M.*, 2000, p. 464 et s. (liberté de la presse et atteinte à l'honneur) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 9 mai 2000, *A. & M.*, 2000, p. 468 et s. (liberté de la presse et droits et intérêts d'autrui) ; Civ. Anvers (5^e ch.), 23 décembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 327 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 décembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 138 et s. (liberté de la presse et atteinte à l'honneur) ; Civ. Gand (4^e ch.), 22 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 148 et s. et note D.V. ; Civ. Gand (req. unil.), 27 octobre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 100 et s. ; Civ. Bruxelles, 13 septembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 128 et s. et note D. D'HOOGUE ; Bruxelles (1^{re} ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 et s.

1455. Voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf./tierce opposition), 21 mars 2001, *A. & M.*, 2002, p. 75 et s. ; Civ. Namur (1^{re} ch.), 27 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 471 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 282 et s. ; Civ. Gand (req. unil.), 27 octobre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 100 et s. ; Bruxelles (réf.), 27 juin 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 270 et s. ; Civ. Dinant (4^e ch.), 14 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1996, p. 156 et s., réformé en appel sur la base d'un raisonnement toutefois identique de recherche d'équilibre (Liège, 11^e ch., 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 160 et s.).

l'atteinte portée à la liberté du chroniqueur n'excède pas ce que commande la sauvegarde du droit individuel »¹⁴⁵⁶. Notre Cour de cassation a du reste rappelé, concernant l'application de l'article 10 de la Convention : « Attendu que, lorsqu'il lui est demandé de prendre des sanctions contre un certain abus d'exercice de la liberté d'expression commis à l'égard des membres du pouvoir judiciaire, le juge doit tendre à un juste équilibre entre les exigences de liberté d'expression et les restrictions applicables, en vertu de l'article 10, § 2, de ladite Convention »¹⁴⁵⁷. Et le tribunal civil de Nivelles de souligner, répondant à l'argument parfois invoqué de la primauté de la liberté d'expression sur les autres libertés, que « le non-respect de l'équilibre prôné par la Cour de cassation entre la liberté d'expression et le droit individuel porterait à terme le germe de la disparition du fondement des droits et libertés considérés »¹⁴⁵⁸.

Ce qui s'affirme avec force en matière d'atteintes à la liberté d'expression se vérifie également, mais de manière moins nette, pour les autres libertés civiles retenues à titre d'exemples. Si la pondération d'intérêts est constatée au niveau théorique, les juges ne l'utilisent pas aussi explicitement dans leurs décisions qu'en ce qui concerne la liberté d'expression.

En matière de liberté de commerce et de liberté de concurrence, l'équilibre des libertés et intérêts en présence est devenu l'objet même du droit qui les régit, le droit des pratiques du commerce, qui constitue l'une des branches du droit de la concurrence¹⁴⁵⁹. Deux conceptions de l'objet même de la protection se sont succédé. Selon une première¹⁴⁶⁰, l'accent était mis uniquement sur la protection de l'entreprise. Il est particulièrement significatif à cet égard de remarquer que la protection de la concurrence se fondait alors sur la reconnaissance de droits subjectifs assimilés

1456. Voy. par exemple Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 157 et s. Aussi, dans le même sens, Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1999 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *A. & M.*, 1998, p. 377 et s. ; Liège, 13 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 806 et s. ; Liège (11^e ch.), 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 160 et s.

1457. Cass. (1^{re} ch.), 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 41 et s.

1458. Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 157 et s.

1459. Nous ne nous intéressons ici qu'aux dispositions générales qui guident la résolution des conflits. Celles par lesquelles le législateur intervient par voie d'interdiction, et donc de limitation directe des libertés civiles en cause, ne retiennent pas notre attention. Ainsi en est-il, par exemple, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique qui réglemente certains aspects de l'exercice de la liberté de concurrence (ententes, positions dominantes, etc.).

1460. Pour des études de cette conception, voy. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 662 et s. ; Id., « La sanction de la « piraterie de produits » par le droit de la concurrence déloyale », *op. cit.*, p. 117 et 118.

au droit de propriété ou à un droit intellectuel spécifique¹⁴⁶¹. Ainsi, dans son célèbre *Traité de la concurrence illicite*, Alfred Moreau donne la définition suivante à l'acte de concurrence illicite : « Le fait de celui qui, imprudemment ou de mauvaise foi, dans un intérêt de la concurrence, porte atteinte à un droit résultant d'une organisation industrielle ou commerciale »¹⁴⁶².

Cette conception est aujourd'hui abandonnée. L'objet même du droit de la concurrence, et donc de la loi du 14 juillet 1991, est maintenant assimilé à la protection du bon fonctionnement du marché, par la recherche d'un équilibre entre les libertés et intérêts des vendeurs et des consommateurs au travers de l'intérêt du marché, et donc de l'intérêt général lui-même. L'idée est clairement perceptible dans les travaux préparatoires de l'ancienne loi sur les pratiques du commerce du 14 juillet 1971¹⁴⁶³. Elle est adoptée par la doctrine dominante¹⁴⁶⁴. Ainsi de la célèbre définition du droit de la concurrence d'Aimé De Caluwé, Claude Delcorde et Xavier Leurquin : « Cette branche du droit qui vise à établir, sur le plan de la production des biens (pris dans le sens le plus large) et dans un contexte

1461. Voy. à ce propos, l'historique des critères suggérés pour apprécier la licéité de l'acte concurrentiel dans le célèbre traité d'Aimé De Caluwé, Claude Delcorde et Xavier Leurquin (*Les pratiques du commerce*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 56 et s.). Ces derniers, dans une vision assimilant le droit subjectif à la liberté, rejettent expressément le critère de la liberté sur la base de la constatation de l'importance de ses limitations et de la nécessaire coexistence des droits et de l'harmonisation qui doit prévaloir en la matière (p. 56 à 59 ; p. 62). Il est frappant, dès lors, de constater que la quasi-totalité des critères reposaient en réalité sur la reconnaissance préalable d'un ou de plusieurs droits subjectifs reconnus aux acteurs économiques bénéficiaires de la liberté de concurrence (atteinte à la liberté au sens de droit subjectif, atteinte au droit de propriété, abus de droit ou de liberté, atteinte à des droits subjectifs divers comme les droits intellectuels, de personnalité, de clientèle ou de monopole).

1462. A. MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et Cie-L.G.D.J., 1904, p. 41, n° 27.

1463. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1968-1969, n° 415 : « Le commerce doit s'exercer avec dynamisme et dans un climat de liberté. Il ne peut donc être question de créer des entraves artificielles au développement normal de la concurrence. Mais la liberté du commerce ne peut dégénérer en un régime d'anarchie. La vraie liberté doit s'exercer dans les limites, d'ailleurs fort larges, de la loyauté de la concurrence. Chaque fois que ces droits sont méconnus, le devoir des autorités est d'assurer le rétablissement de l'équilibre rompu. ».

1464. Voy. par exemple, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 662 et s. ; ID., « La sanction de la « piraterie de produits » par le droit de la concurrence déloyale », *op. cit.*, p. 117 et 118 ; A. DE CALUWÉ, C. DELCORDE, X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, t. 1, *op. cit.*, p. 90 et 91, n° 53 et p. 53 ; M. ROTONDI, « L'évolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des États-Unis (De la liberté de la concurrence à l'égalité dans la concurrence) », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, *Droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 840 et 841 ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 125, n° 1 ; I. VEROUGSTRAETE, « Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken », *op. cit.*, p. 134, n° 6.

social et politique déterminé, un équilibre harmonieux entre le jeu et les exigences de l'intérêt général, de l'intérêt professionnel (collectif), de l'intérêt privé du consommateur et de l'intérêt du producteur » ¹⁴⁶⁵.

Il n'est donc pas étonnant de voir les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 définir les pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale par référence à un conflit d'intérêts qui se résout par la constatation de l'illicéité particulière qu'est la pratique elle-même. La pondération d'intérêts est donc bien au centre de cette matière ¹⁴⁶⁶. Pourtant, cette recherche d'équilibre des intérêts et libertés par la notion d'actes contraires aux usages honnêtes est rarement utilisée et exprimée par la jurisprudence et la doctrine actuelles ¹⁴⁶⁷.

1465. A. DE CALUWÉ, C. DELCORDE, X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, t. 1, *op. cit.*, p. 90 et 91, n° 53.

1466. Comp. M. FLAMÉE et P. DE VROEDE, *Précis de droit économique belge*, *op. cit.*, 1990, p. 29, n° 54 : « La liberté de commerce et de l'industrie implique également le droit de développer un commerce, une profession ou une entreprise en concurrence avec les autres, pour autant évidemment que l'existence d'un droit identique soit reconnue aux autres. Cela débouchera donc souvent sur une évaluation des intérêts » ; aussi Cass. (1^{re} ch.), 2 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1133 et s., où la Cour indique : « Attendu que la libre concurrence ne constitue pas un droit absolu mais est limitée par l'existence de droits égaux dans le chef d'autrui, que l'exercice de ces droits par un groupement ne peut constituer une faute, dès lors qu'il est constaté en fait, comme en l'espèce, que cette entente poursuit la défense d'intérêts légitimes [...] » ; I. VEROUGSTRAETE, « La loi sur les pratiques du commerce : loi pour une société en mutation ? », *op. cit.*, p. 378 et 379, n° 17, qui approuve la pesée des intérêts comme révélateurs d'agissements parasitaires en indiquant que ce critère « est d'ailleurs suggéré par le législateur qui fait référence dans l'interdit des articles 93 et 94, aux intérêts à protéger » et qui ajoute : « Il est toutefois exact que la censure du juge ne s'exercera que dans les cas où l'agissement parasitaire ne peut en rien servir l'intérêt général ou lorsque l'intérêt à protéger dépasse nettement en valeur l'intérêt de l'auteur de la pratique incriminée » ; aussi p. 379, n° 17, où, parlant plus généralement de la pratique contraire aux usages honnêtes, l'auteur indique : « L'appréciation par le juge du caractère illicite du comportement sera influencée non seulement par les aspects subjectifs précités ou par les phénomènes objectifs, mais encore par l'intérêt de la pratique critiquée : si celle-ci n'a aucune utilité au regard de l'intérêt général à prendre en compte, la censure se manifesterait d'autant plus aisément. ».

1467. Sauf de manière implicite lorsqu'il s'agit de rappeler que l'intérêt général doit guider le juge dans son appréciation de l'usage honnête, voy. par exemple, J. DASSESSE, note sous Cass., 2 juin 1960, *Ing.-Cons.*, 1961, p. 284 et s., n°s 5 à 7 ; A.C. DELCORDE, « Concurrence macro vs concurrence micro (ou la concurrence économique au sens de la loi du 5 août 1991 et ses rapports avec la loi du 14 juillet 1991) », *op. cit.*, p. 44 ; J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 164 ; I. VEROUGSTRAETE, « La loi sur les pratiques du commerce : loi pour une société en mutation ? », *op. cit.*, p. 376, n° 15. En jurisprudence, la pondération des intérêts se retrouve lorsque le juge vérifie l'intérêt légitime poursuivi par l'auteur du refus dans le cadre de l'invocation d'un abus de droit : voy. par exemple, Bruxelles, 13 juin 1996, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1996, 1997, p. 692 et s. où la cour énonce notamment que : « Un commerçant qui est en relation d'affaires avec un four-

Nous retrouvons également la pondération d'intérêts en cas de conflits où apparaît la liberté de contracter. La *culpa in contrahendo* se justifie en effet la plupart du temps par la recherche d'un équilibre ou par le refus d'un déséquilibre entre titulaires de libertés qui s'affrontent¹⁴⁶⁸. Nous en voulons pour preuve la formidable percée du principe de bonne foi en la matière — qui n'est rien d'autre, nous l'avons vu, qu'un devoir de tenir compte les intérêts d'autrui — et de la théorie de l'abus de droit — fondée également sur la prise en compte des intérêts d'autrui.

Cet appel à la prise en considération de la liberté ou de l'intérêt légitime d'autrui est particulièrement évident en matière de refus de contracter ou de refus de vendre. Que l'on justifie la faute commise par celui qui refuse de contracter par la théorie de l'abus de droit, par le principe général de bonne foi ou par une application pure et simple des articles 1382 et 1383 du Code civil, c'est toujours un nécessaire devoir d'attention à la liberté de contracter, à la liberté de concurrence ou à l'intérêt légitime d'autrui — qu'il soit qualifié de devoir de loyauté ou de collaboration dans les négociations, de devoir de respect de la légitime confiance d'autrui etc. — qui justifiera éventuellement la limitation de la liberté de ne pas contracter ainsi imposée à celui qui exprime ce refus¹⁴⁶⁹.

nisseur sans être lié à celui-ci par une quelconque convention de distribution ou de fourniture doit, en effet, savoir que ces relations peuvent être remises en question à tout moment en fonction des intérêts respectifs légitimes des parties en présence », puis constate l'existence d'un intérêt légitime et raisonnable dans le chef du titulaire de la liberté de contracter et de commerce au refus de vendre ; Comm. Bruxelles (cess.), 12 juin 1996, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1996, 1997, p. 903 et s. ; Comm. Louvain (cess.), 10 octobre 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 840 et s. ; Comm. Louvain (cess.), 6 juin 1995, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1995, 1996, p. 785 et s.

1468. Même la plupart des vices du consentement (le dol, la violence, l'erreur et la lésion qualifiée), qui sont également des fautes commises dans l'exercice de la liberté de contracter, ne sont rien d'autre, en définitive, que des limites imposées à l'insouciance des intérêts.

1469. Voy. à ce propos les réflexions de Jean-François Romain qui, pour justifier l'application de l'abus de droit en la matière, indique que : « Le principe général de liberté individuelle ne peut être dissocié d'un principe général impliquant la prise en compte raisonnable de l'intérêt d'autrui » (J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 456 ; *R.G.D.C.*, 1995, p. 24, où, critiquant un arrêt de la Cour de cassation en la matière, il indique que : « D'abord elle passe sous silence le régime des restrictions à la liberté de contracter, dont cette étude a tenté de montrer l'importance, et qui ont pour but de maintenir l'exercice de cette liberté dans les limites de la raison, pour que l'intérêt individuel s'équilibre avec l'intérêt d'autrui et se réalise dans l'intérêt général ».). Aussi, H.R., 15 novembre 1957, *N.J.*, 1958, p. 67 (cité par G. SCHRANS, « De progressieve toestandkoming der contracten », *op. cit.*, p. 2, n° 1) : « Dat immers partijen, door in onderhandelingen te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, meebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. » (nous soulignons).

La pondération ou la recherche d'un équilibre durant la période précontractuelle prend du reste parfois un aspect plus positif. Ainsi, l'analyse des conflits en période précontractuelle — terrain de prédilection de la liberté de contracter ou de ne pas contracter — indique que jurisprudence et doctrine justifient certaines obligations, principalement des obligations d'information et de renseignement, en faisant appel à la recherche d'un équilibre à (r)établir entre parties¹⁴⁷⁰. Comme le souligne Jean-Luc Fagnart, l'obligation de renseignement peut être définie de manière générale comme « celle qui impose à une partie de fournir à une autre certaines informations présentant pour celle-ci un intérêt d'une certaine importance »¹⁴⁷¹. L'appréhension de son existence par référence à l'intérêt du bénéficiaire à obtenir l'information n'est pas neutre. Ce qui est vrai pour l'exécution du contrat l'est également pour la période précontractuelle. La liberté de contracter et donc de décider si l'on va ou non conclure un contrat, ne peut être pleinement exercée que si le titulaire de cette liberté peut asseoir sa décision sur toutes les informations nécessaires à son choix. Ici encore, l'opposition des libertés ou intérêts antagonistes se résout donc au départ d'une pondération d'intérêts : l'intérêt d'une partie à recevoir de l'information limite la liberté de l'autre à mener comme il l'entend la négociation du contrat à conclure.

300

La pondération d'intérêts perçue par la jurisprudence comme source du devoir sanctionné en cas de conflits de libertés civiles. Quel que soit le désordre apparent de l'appel à la pondération d'intérêts ou de libertés, une liaison apparaît de plus en plus avec force dans la jurisprudence analysée : le lien entre la pondération et l'émergence du devoir violé constitutif de faute.

Nous avons souligné le fait que les conflits de libertés se résolvaient en règle sur le terrain de la responsabilité et plus précisément par la constatation d'une faute ou d'un acte illicite dans le chef du titulaire de la liberté dont l'exercice est critiqué. En réalité, la pondération d'intérêts apparaît bien comme le terrain sur lequel se situe la constatation de la faute ou de l'acte illicite qui sera fustigé pour justifier la limitation de la liberté en cause.

1470. Voy. par exemple, F. DOMONT-NAERT, « Obligation de renseignement et confiance légitime », *R.D.C.*, 1986, p. 112, n° 3 ; J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 février 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 237, n° 16 ; D. FRERIKS, « Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1992, p. 1191, n° 4.

1471. J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », *op. cit.*, p. 233, n° 11.

Même s'il est certes prématuré de systématiser le lien existant entre la pondération et la notion de faute ou d'illicéité, la jurisprudence analysée permet de montrer que la pondération ou l'équilibre des libertés et intérêts sont la plupart du temps utilisés comme des raisonnements servant à fonder l'émergence de devoirs s'imposant au titulaire de la liberté dont l'exercice est critiqué.

Plus exactement, c'est au départ de la recherche d'une pondération que se fixe l'attention que doit porter le titulaire d'une liberté civile aux libertés civiles ou intérêts légitimes d'autrui.

Ainsi se construit aujourd'hui la responsabilité de la presse. L'étendue des devoirs qui s'imposent au journaliste dans l'exercice de sa liberté de presse apparaît comme directement « causée » par la prise en considération de la liberté ou de l'intérêt d'autrui mis à mal par la publication ou la diffusion litigieuses. Souvent, les juges tentent d'abord de donner corps à la liberté de la presse en décrivant la portée normale de celle-ci, et rappellent, le cas échéant, le contenu des droits et libertés ou intérêts qui lui sont opposés. De là, cherchant à exprimer le point d'équilibre, ils rappellent généralement le principe de l'interdiction de l'ingérence fautive de la liberté d'expression dans l'exercice des droits, libertés ou intérêts qui lui sont opposés. Ils déterminent ensuite les devoirs particuliers qui s'imposent au journaliste en vue de sauvegarder l'équilibre et donc de prendre en compte les libertés ou intérêts d'autrui dans l'exercice de sa liberté¹⁴⁷².

Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles, après avoir rappelé la nécessité, pour apprécier la faute du journaliste, de pondérer les intérêts en présence, met en exergue les devoirs du journaliste qui, dans l'exercice des prérogatives issues de la liberté de la presse, ne doit pas porter de manière excessive atteinte aux libertés d'autrui : « que si l'on ne peut exiger du

1472. Pour des exemples, voy. Civ. Bruxelles (20^e ch.), 20 septembre 2001, *A. & M.*, 2002, p. 77 et s. ; Bruxelles (9^e ch.), 16 février 2001, *A. & M.*, 2002, p. 282 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 décembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 138 et s. ; Civ. Gand (4^e ch.), 24 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 148 et s. et note D.V. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 28 octobre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 113 et s. ; Civ. Namur (1^{re} ch.), 27 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 471 et s. ; Civ. Bruxelles (20^e ch.), 21 septembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 334 et s. ; Civ. Bruxelles (réf.), 26 mai 1999, *A. & M.*, 2000, p. 108 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 282 et s. ; Civ. Liège, 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1999 et s. ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *A. & M.*, 1998, p. 377 et s. ; Civ. Nivelles, 11 septembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 157 et s., où le juge, après avoir rappelé la règle inscrite à l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, indique notamment « que la jurisprudence a dégagé au fil du temps les différentes restrictions qui peuvent y être apportées et qui sont rappelées ci-dessous sous le titre : « La responsabilité du journaliste » » ; Liège, 13 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 806 et s. ; Liège (11^e ch.), 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 160 et s.

journaliste une objectivité absolue compte tenu de la précarité relative de ses moyens d'investigation, il n'empêche que celui-ci a l'obligation d'agir sur des données contrôlées dans la mesure raisonnable de ses moyens ; que le journaliste ne peut notamment se faire l'écho de n'importe quelle rumeur répandue par n'importe qui ou relayer sans vérification une imputation rapportée par un autre média »¹⁴⁷³. Dans une autre décision, ce tribunal, réitérant une règle de conduite analogue à la suite de sa recherche d'équilibre, ajoute que « la règle de la présomption d'innocence doit avoir pour effet de rendre plus rigoureuses les exigences d'objectivité et d'impartialité qui s'imposent à ceux qui ont pour fonction et pour mission d'informer »¹⁴⁷⁴. À la suite d'un raisonnement semblable, la Cour d'appel de Liège énonce aussi, afin de sauvegarder le contenu de la liberté d'opinion de celui qui s'exprime « Qu'il ne saurait être question, à peine de porter atteinte à la liberté d'opinion, d'imposer aux appelants de prouver la vérité de ces assertions, cette exigence étant irréalisable ; »¹⁴⁷⁵.

La même logique se retrouve dans la philosophie de la loi sur les pratiques du commerce et du droit de la concurrence en général. Si la liberté de commerce et de la concurrence restent la règle en la matière, elles doivent être bridées afin d'éviter l'anarchie par les devoirs qu'imposent la loyauté de la concurrence¹⁴⁷⁶. La loi sur les pratiques du commerce vient dès lors préciser certains de ces devoirs par voie de dispositions interdisant certaines pratiques, limitant d'autant les libertés économiques et, souvent aussi, la liberté de contracter des commerçants. Elle interdit en outre les actes contraires aux usages honnêtes par voie d'une disposition générale qui rend illicite l'exercice des libertés de commerce et de concurrence violant le devoir de loyauté dans la concurrence. Il est frappant de constater que les articles 93 et 94 de la loi sur les pratiques du commerce expriment la règle d'interdiction par référence directe à un conflit d'intérêts¹⁴⁷⁷. Les usages honnêtes en matière commerciale expriment donc bien, dans l'esprit de cette législation, le point d'équilibre, sans cesse

1473. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *A. & M.*, 1998, p. 377 et s.

1474. Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 282 et s.

1475. Liège, 13 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1998, p. 806 et s.

1476. Cf. *supra*, n° 298.

1477. Article 93 de la loi du 14 juillet 1991 : « Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels de un ou plusieurs autres vendeurs. » ; Article 94 de la loi du 14 juillet 1991 : « Est interdit tout acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale par lequel un vendeur porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts de un ou plusieurs consommateurs. ».

mouvant, recherché en la matière entre les libertés et intérêts professionnels des commerçants, ceux des consommateurs et l'intérêt général.

Les juges ne paraissent cependant pas, en règle, s'aider de la technique de pondération d'intérêts pour mettre en avant les devoirs de loyauté s'imposant aux commerçants. Comme le souligne Éric Balate, la référence à l'intérêt reste trop peu exploitée en la matière dès lors que les classifications des actes contraires aux usages honnêtes portent sur les normes de loyauté elles-mêmes, la question des intérêts devant se contenter d'un rôle de figuration¹⁴⁷⁸.

Un constat quasi-identique peut être fait en matière d'exercice fautif de la liberté de contracter. Si la théorie de la *culpa in contrahendo* est hantée par la recherche d'un meilleur équilibre entre parties à la négociation, force est de constater qu'en dehors de la régulière application de la théorie de l'abus de droit au refus de contracter, la recherche d'équilibre est plus une théorie explicative qu'une technique exprimée afin de faire émerger les devoirs de loyauté, d'information et autres devoirs de collaboration entre parties. La pondération d'intérêts est cependant toujours implicite. L'obligation d'information ou de renseignement ne se justifie qu'en fonction des besoins d'informations et donc des intérêts particuliers du bénéficiaire. L'obligation de loyauté ou de collaboration n'est que la traduction d'un devoir d'attention aux intérêts réciproques des parties à la négociation. C'est du reste pour cette raison que le principe de bonne foi, qui, nous l'avons vu¹⁴⁷⁹, trouve sa justification, dans l'affirmation juridique de se soucier des intérêts d'autrui, est tant invoqué en la matière.

301

L'affirmation de l'interdiction de confiscation ou d'aliénation des libertés civiles. Le droit positif paraît fixer des limites à ne pas franchir en cas de conflit de libertés civiles. Quel que soit le pouvoir du tiers, il ne peut les confisquer ni les nier complètement. En outre, les libertés civiles touchent à l'ordre public et ne peuvent être aliénées par leurs titulaires au profit de tiers.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

1478. E. BALATE, « Loyauté et louvoyage. Les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 163. Voy. cependant, J. STUYCK, « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 149 : « [...] c'est le fait d'utiliser des moyens illicites ou de ne pas respecter un certain équilibre entre l'avantage qu'on peut retirer de l'acte de concurrence et le préjudice pour les concurrents (l'hypothèse de l'abus de droit) qui rend cet acte « déloyal » et interdit [...] ».

1479. Cf. *supra*, n^{os} 144 et s.

La première concerne les atteintes que l'on dénomme parfois « voies de fait ». La voie de fait, opposée à la voie de droit, est dépourvue de définition légale. Cette notion, qui provient du droit administratif, apparaît « lorsque, dans l'exécution d'un acte matériel, l'administration commet une irrégularité grave et grossière portant atteinte à une liberté ou à la propriété privée »¹⁴⁸⁰. Elle dépasse le droit administratif pour être appliquée également en droit privé où elle vise dans son acception la plus large, « l'acte matériel ou le comportement par lequel l'agent, — quel qu'il soit —, empêche la partie plaignante d'exercer un droit évident, usurpe sans titre la propriété d'autrui ou porte atteinte à la liberté individuelle, préférant la violence ou la surprise aux recours juridiques mis à sa disposition. »¹⁴⁸¹. Il s'agit d'atteintes à la liberté d'autrui effectuées sans aucun motif légitime. Les cas de jurisprudence paraissent cependant rares¹⁴⁸². La voie de fait portée à des libertés civiles vise principalement le cas d'atteintes à la liberté de travail ou d'entreprise dans des conflits collectifs de travail, quoique les atteintes aux libertés se doublent généralement d'une atteinte au droit de propriété¹⁴⁸³.

La seconde hypothèse, proche de la première, regroupe des cas où un tiers, par son comportement, empêche tout exercice de la liberté d'autrui si bien qu'en quelque sorte, il la nie. Nul ne peut supprimer la liberté d'autrui¹⁴⁸⁴. Il a été jugé à diverses reprises que les refus de transferts de

1480. J.-M. POUPART, « Les voies de fait et la juridiction des référés », *Ann. dr.*, 1974, p. 320, n° 2.

1481. *Ibid.*, p. 321 ; dans le même sens, voy. F. LAGASSE, V. VANNES, « Occupation d'entreprise, voie de fait et pouvoir judiciaire », *J.T.T.*, 1988, p. 105 ; V. VANNES, « Le juge et l'exercice anormal de la grève », *J.T.T.*, 1994, p. 42, n° 54.

1482. Voy. cependant V. VANNES, « Le juge et l'exercice anormal de la grève », *op. cit.*, p. 43, n° 58, note 36, qui cite diverses décisions inédites concernant des entraves à l'accès d'entreprises considérées comme voies de fait à l'égard de la liberté d'entreprendre, sans préciser si l'atteinte au droit de propriété était ou non également invoquée.

1483. Voy. par exemple, Civ. Liège (réf.), 31 janvier 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 221 et s. (droit de propriété et droit à la liberté du travail, d'entreprise et d'industrie) ; Civ. Liège (réf.), 22 février 1990, *Cah. dr. jud.*, n° 7, 1992, p. 14 et s. et note V. VANNES (« droit » au travail de travailleurs non grévistes et liberté de commerce et d'entreprendre de tiers) ; Civ. Liège (réf.), 14 décembre 1989, *Cah. dr. jud.*, n° 7, 1992, p. 15 et s. et note V. VANNES (droit de propriété de l'entreprise et liberté de travail des travailleurs non grévistes). Pour d'autres exemples, voy. R.-Ch. GOFFIN, F. LAGASSE, « Conflits sociaux et pouvoir judiciaire (Suite) », *Orientations*, 1996, p. 4 et s. ; F. LAGASSE, V. VANNES, « Occupation d'entreprise, voie de fait et pouvoir judiciaire », *J.T.T.*, 1988, p. 105.

1484. Le principe est bien connu en droit administratif, où il est affirmé que si les autorités de police générale peuvent réglementer une liberté publique, elles ne peuvent la supprimer (A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, *op. cit.*, p. 37).

jeunes joueurs de football ou le monnayage de tels transferts avec droit de rétention reviennent à nier la liberté individuelle de ceux-ci¹⁴⁸⁵. De même, les tribunaux ne peuvent faire droit à des demandes de condamnation visant à obliger une personne à contracter avec une autre sous peine de porter atteinte à la liberté contractuelle¹⁴⁸⁶. Et pour autant que l'occupation d'une entreprise soit admissible, elle ne peut avoir pour effet de paralyser complètement une entreprise et de la priver de tous ses moyens sous peine de constituer une atteinte illicite à la liberté d'entreprendre¹⁴⁸⁷.

La troisième hypothèse est proche de la seconde : la négation de la liberté d'autrui s'effectue alors avec le consentement du titulaire de celle-ci. Une personne n'a pas le pouvoir de réduire à néant une liberté civile d'autrui, même en obtenant le consentement de son titulaire. On peut ici penser à la nullité des clauses de non-concurrence sans limitation de durée et de territoire qui réduisent à néant la liberté d'entreprendre de leur débiteur¹⁴⁸⁸, ou aux clauses qui stipulaient que le mariage mettait fin au contrat d'emploi avant que de telles clauses ne soient interdites par la loi¹⁴⁸⁹.

1485. Voy. par exemple, J.P. Verviers (1^{er} cant.), 9 novembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 290 et s. et note F. RIGAUX : « Attendu que le respect de la liberté individuelle n'exclut pas l'aménagement de l'exercice de cette liberté ; que l'on peut parfaitement concevoir en matière de transferts des délais, afin d'assurer la permanence d'une équipe durant toute une saison ; que refuser un transfert ou monnayer celui-ci avec droit de rétention n'est pas un aménagement de l'exercice d'un droit, c'est la négation même de ce droit » (souligné par l'auteur). On remarque, une fois de plus, l'ambiguïté des qualifications données par le juge : la liberté individuelle est appréhendée tant comme une « liberté » que comme un « droit » (cf. aussi Civ. Verviers, réf., 25 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 287, qui fait une application de la règle de la proportionnalité) ; il en est de même à l'égard d'une autorité publique : voy. par exemple, Bruxelles (3^e ch.), 7 décembre 1949, *Pas.*, II, 1950, p. 20 et s. et conclusions de l'avocat général VAN DEN BRANDEN DE REETH concernant la liberté de commerce : « Attendu que si ce droit — ainsi que le prévoit l'article 7 du décret précité — est susceptible d'être soumis, dans l'intérêt général, à certaines limitations par voie réglementaire, semblable réglementation ne peut cependant en changer la nature ni avoir même l'effet d'en rendre seulement l'exercice impossible. ».

1486. Voy. par exemple, Civ. Bruges, 17 janvier 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1065 ; Comm. Bruxelles (réf.), 18 août 1994, *J.T.*, 1994, p. 678 ; Liège, 11 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 169 et note G. KEUTGEN.

1487. F. LAGASSE, V. VANNES, « Occupation d'entreprise, voie de fait et pouvoir judiciaire », *op. cit.*, p. 108.

1488. Voy. par exemple, Comm. Gand, 17 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 26.

1489. Article 36 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

Cette dernière hypothèse trouve une justification dans la doctrine qui affirme le caractère indisponible et inaliénable des libertés civiles¹⁴⁹⁰. Non qu'elles ne puissent faire l'objet de renonciations partielles et limitées par leurs titulaires — notamment par la voie de contrats¹⁴⁹¹ — mais en ce que la personne ne peut y renoncer ou les céder si c'est de manière globale et définitive¹⁴⁹². Une sanction particulière apparaît alors : la nul-

1490. Sur le caractère inaliénable et indisponible des libertés civiles, voy. par exemple, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, multig., Thèse pour le doctorat d'État, Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), 1985, p. 346 et s., spéc. p. 359, où, parlant du « pouvoir juridique nu », propre aux libertés civiles, indique que « Ce pouvoir, déjà étudié dans sa structure, est totalement indisponible. Tout acte de disposition de celui-ci serait invalidé par notre jurisprudence. Il porterait en effet directement atteinte à l'intégrité humaine » (sur les thèses d'Alain Benet, voy. *supra*, n^{os} 74 et s.) ; A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, op. cit., p. 24 : « D'autre part, elle [la liberté du commerce et de l'industrie] s'impose dans les rapports contractuels en tant que liberté qui, intéressant l'ordre public, ne peut être aliénée par ses propres titulaires, ni même abusivement restreinte dans le chef de tiers » ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bxl-Paris, 1990, p. 733, n^o 658, concernant les droits de la personnalité, qualifiés de « libertés » : « Serait seul illicite, l'acte abstrait par lequel une personne renoncerait définitivement et sans limitation à sa pudeur, à la maîtrise de son image physique ou existentielle, etc. ». *Adde* : « Pas plus qu'aucune autre liberté, celle du corps et de l'esprit, la liberté de la vie privée ne sauraient faire l'objet d'une renonciation ou d'une cession « en bloc » », mais l'auteur d'ajouter : « Les biens de la personnalité ne font pas moins que d'autres l'objet d'obligations contractuelles dont la licéité sera appréciée, le cas échéant, selon les critères usuels de l'ordre public et des bonnes mœurs » (*ibid.*, p. 761, n^o 685) ; « Les libertés, et notamment la liberté de la vie privée, sont comme telles inaliénables et la notion de non-patrimonialité n'a, à leur égard, aucun sens. [...] la liberté contractuelle ne devrait permettre que des atteintes limitées à l'exercice d'autres libertés, et notamment à la liberté d'expression, à la liberté d'association, aux libertés religieuses, à la liberté de la vie privée » (*ibid.*, p. 767, n^o 687). Les libertés civiles sont également intransmissibles à cause de mort. Sur ce point précis, voy. P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 48 et s.

1491. Ainsi, les clauses par lesquelles des personnes s'engagent à respecter la tendance idéologique, politique ou religieuse de leur employeur (sur la validité de principe, mais aussi les problèmes qu'elles suscitent, voy. par exemple F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 485 et s. ; concernant les journalistes, S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, op. cit., p. 715, n^o 1194) ; ou les clauses de non concurrence introduites dans les contrats de travail en conformité avec les conditions prévues dans la loi relative aux contrats de travail (P. BLONDIAU, E. CARLIER, TH. CLAEYS, B. MAINGAIN, *La rupture du contrat de travail — Chronique de jurisprudence 1992-1995*, op. cit., p. 263 et s.).

1492. Voy. par exemple, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, op. cit., p. 364 ; A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, op. cit., p. 50, où l'auteur indique : « Lorsque la convention porte interdiction générale de l'exercice d'une activité, elle sera jugée illicite parce qu'elle porte atteinte à la liberté individuelle d'exercer un commerce ou une industrie. En

lité du contrat ou de la clause ayant cet objet comme contraire à l'ordre public.

Il est frappant de constater que le caractère d'ordre public des libertés civiles est régulièrement affirmé par la jurisprudence et la doctrine ¹⁴⁹³.

302

Les droits subjectifs d'autrui perçus par le droit positif comme limités aux libertés civiles. En cas de conflit entre une liberté civile et un droit subjectif, la jurisprudence marque une nette tendance à donner la préférence au droit subjectif.

La méthode de résolution de conflit n'est cependant pas uniforme. Parfois le juge se justifie par une pondération d'intérêts favorable au droit subjectif en cause. Le plus souvent, il paraît s'en remettre à l'effet d'opposabilité spécifique du droit subjectif et donne raison au titulaire du droit dès lors que la violation du droit subjectif est rapportée. En règle, il semble donc que le droit subjectif l'emporte sur la liberté civile.

Les exemples procurés par la jurisprudence sont nombreux.

Ainsi en cas de conflit entre les libertés d'opinion et de rassemblement en plein air et le droit de propriété. L'exercice des premières trouve normalement sa limite dans le second en ce qu'il est normalement considéré que l'invocation de ces libertés ne permet pas de violer le droit subjectif de propriété d'autrui. Nous retrouvons les deux raisonnements décrits ci-avant.

revanche, la convention qui limite seulement les conditions d'exercice d'une activité, sera valable ou non selon les effets qu'elle produit sur le libre jeu de la concurrence » et p. 55 : « De l'ensemble de la jurisprudence, on peut dégager le principe que si la convention prive, d'une manière absolue, un citoyen du droit d'exercer son industrie en quelque lieu que ce soit et pour toujours, elle est illicite, car elle détruit un droit que la loi déclare inaliénable. Mais si l'interdiction est limitée à un certain temps ou à un certain lieu, la convention est licite car celui qui la souscrit pourra exercer son industrie dans un autre lieu ou dans un autre temps. » ; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 733, n° 658, p. 761, n° 685 et p. 767, n° 687.

1493. Concernant la liberté de contracter, voy. par exemple, Comm. Bruxelles (réf.), 18 août 1994, *J.T.*, 1994, p. 678 ; concernant la liberté de commerce, voy. par exemple, Liège, 11 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 169 et note G. KEUTGEN ; Anvers, 25 novembre 1991, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1991, 1992, p. 47 et s. et note R. STRUBBE ; Comm. Bruxelles (cess.), 23 février 1990, *Ann. prat. comm. & conc.* — 1990, 1991, p. 310 et s. Ce caractère d'ordre public de la liberté de commerce se comprend aisément si l'on se rappelle que le décret d'Allarde présente, à l'origine, la nature d'une loi fiscale ; en doctrine, voy. M. FLAMÉE et P. DE VROEDE, *Précis de droit économique belge*, op. cit., p. 28, n° 52 pour le principe relatif à la liberté de commerce et d'industrie et p. 29, n° 54 pour la liberté de concurrence ; A. MANITAKIS, *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, op. cit., p. 24 et 55 (liberté de concurrence) ; L'admissibilité du caractère d'ordre public des libertés civiles sœurs d'une liberté constitutionnelle ou d'un droit de l'homme s'impose plus simplement vu le caractère d'ordre public de ces libertés publiques.

Les conflits opposant la liberté d'expression au droit de propriété ne sont pas légion. On admet cependant sans difficulté que le droit de propriété d'autrui peut venir limiter la liberté d'expression ou d'opinion ¹⁴⁹⁴.

Les cas de jurisprudence sont généralement relatifs à des voies de fait sur la propriété d'autrui commises par des manifestants dans l'exercice de leur liberté d'opinion. Dans une décision en référé rendue par le Président du tribunal de première instance d'Anvers ¹⁴⁹⁵, une entreprise exploitant la fourrure animale s'oppose à un groupe de protection des animaux. Ce dernier avait organisé une action musclée contre ladite entreprise, notamment en bloquant l'entrée du parking et en escaladant un immeuble pour déposer sur la toiture une banderole portant un slogan. L'entreprise intenta une action en référé afin d'obtenir une injonction interdisant à l'association de réitérer de telles actions l'incommodant dans ses activités commerciales dans ses installations et ses propriétés privées. Cette action fut accueillie par la juridiction des référés. La Cour d'appel d'Anvers confirma la décision ¹⁴⁹⁶.

La motivation des juges est claire. Le premier juge, renversant quelque peu la logique de l'argumentation, avait considéré que la mesure demandée, en ce qu'elle était limitée aux bâtiments, aux aires de parking — c'est-à-dire à la propriété privée de l'entreprise — ne portait nullement atteinte à la liberté d'opinion et que les manifestants conservaient dans une très large mesure leur droit de manifester sur la voie publique ¹⁴⁹⁷.

Les juges d'appel précisent alors de manière plus tranchée que ni la liberté d'opinion, ni la liberté de réunion invoquée également par l'association, ne sont atteintes par la mesure demandée par l'entreprise ¹⁴⁹⁸. Il n'y a donc pas, d'après la Cour, de conflit à arbitrer entre d'une part le droit de propriété de l'entreprise et d'autre part la liberté d'opinion et de réunion

1494. Voy. par exemple, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 1, *op. cit.*, p. 303, n° 309.

1495. Civ. Anvers (réf.), 3 février 1998, *A. & M.*, 1998, p. 150 et s.

1496. Anvers (réf.), 30 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 240 et s., et note.

1497. « Als het gevraagd verbod om actie te voeren beperkt wordt tot de gebouwen en de aangrenzende parkeerruimten — de private eigendom van eiseressen-, dan behouden verweerders nog niet alleen hun recht op vrije meningsuiting via de verschillende kanalen, maar ook in ruime mate hun recht om te manifesteren op de openbare weg. » (Civ. Anvers (réf.), 3 février 1998, *A. & M.*, 1998, p. 152).

1498. « Overwegende dat de vordering van geïntimeerden [...] enkel strekt tot de wettelijk voorziene bescherming van hun rechten bij middel van hun rechten bij middel van een geschikte en noodzakelijke maatregel en, alhoewel uiteraard geformuleerd onder de vorm van een verbod, geenszins een aantasting van de door appellanten ingeroepen rechten beoogt noch teweegbrengt » (Anvers, réf., 30 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 241).

de l'association. Il n'est donc pas question de porter atteinte au droit de propriété sans autorisation de son titulaire¹⁴⁹⁹. De manière surabondante, la Cour indique que même s'il y avait lieu à mettre en balance les droits en conflit, l'avantage devrait être donné au droit de propriété et à la liberté de commerce de l'entreprise dès lors que la liberté d'opinion de l'association peut parfaitement s'exercer — notamment via le canal de la presse — sans qu'une atteinte ne soit portée aux droits et libertés de l'entreprise.

Ces décisions paraissent clairement considérer le droit de propriété d'autrui comme une limite quasi-absolue à la liberté d'opinion¹⁵⁰⁰. L'exercice de cette dernière ne peut justifier une atteinte au droit de propriété d'autrui.

Des solutions analogues se vérifient lorsque la liberté de faire grève, souvent qualifiée de « droit de grève »¹⁵⁰¹, est invoquée face à un droit de propriété. Doctrine et jurisprudence majoritaires considèrent l'atteinte au droit de propriété comme une voie de fait, la liberté de faire grève ne pouvant la justifier¹⁵⁰². Dans ce dernier cas, les juges se justifient tant par l'absence de droit apparent dans le chef du titulaire de la liberté que par l'obligation de respect — en nos termes, par l'opposabilité — du droit de propriété¹⁵⁰³.

1499. « Overwegende dat er bijgevolg redelijkerwijze geen conflict tussen de wederzijds ingeroepen rechten zou kunnen ontstaan, ware het niet dat appelanten ten onrechte een bijkomend recht opeisen dat in geen enkele formele wettekst voorkomt, m.n. het recht op vergadering in open lucht op privaat eigendom zonder toestemming van de eigenaar en niettegenstaande diens verzet, zelfs al wordt de eigenaar bijkomend nog gehinderd in zijn aldaar gevestigde handelszaak » (Anvers, réf., 30 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 241).

1500. Comp. avec le résultat identique du conflit entre la liberté de participer à un piquet de grève et le droit de propriété : voy. par exemple, Civ. Liège (réf.), 18 juin 1998, *J.T.*, 1998, p. 447 et s. ; Civ. Nivelles (réf.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1256 et s.

1501. En ce sens, Cass. (1^{re} ch.), 31 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 153, concernant la présence de piquets de grève « passifs » en ce sens qu'ils n'empêchaient pas par la force l'accès aux locaux, se contentant de tenter de dissuader les autres travailleurs de travailler, où la Cour affirme l'existence d'un droit de grève. Sur cet arrêt, voy. P. HUMBLET, « Naar een stakingswet ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 31 janvier 1997, *Chr. D. S.*, 1998, p. 26 et s. ; J. LAENENS, M. RIGAUX, « Het posten als onderdeel van een normale uitoefening van het recht te staken : kanttekeningen bij cass., 31 januari 1997 », *R.W.*, 1997-1998, p. 598 et s.

1502. Voy. par exemple, R.-Ch. GOFFIN, F. LAGASSE, « Conflits sociaux et pouvoir judiciaire (Suite) », *op. cit.*, p. 2 ; F. LAGASSE, V. VANNES, « Occupation d'entreprise, voie de fait et pouvoir judiciaire », *op. cit.*, p. 107 ; V. VANNES, « Le juge et l'exercice anormal de la grève », *op. cit.*, p. 43, n^{os} 57 et 59 ; Id., « Les limites portées à l'exercice de la grève par les tribunaux », *Cah. Dr. Jud.*, 1992, p. 6.

1503. Voy. par exemple, Civ. Liège (réf.), 18 juin 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 447 et s. ; Civ. Nivelles (réf.), 23 avril 1997, *J.L.M.B.*, p. 1256 et s. ; Civ. Liège (réf.), 14 décembre 1989, *Cah. dr. jud.*, n^o 7, 1992, p. 15 et s. et note V. VANNES.

Cette manière d'aborder le conflit se vérifie également lorsque les juges reconnaissent à un bien de la personnalité, la qualification de droit subjectif. Diverses décisions affirment ainsi en ce qui concerne le droit à l'image, qu'il n'est pas nécessaire, pour obtenir la cessation d'une atteinte qui y est portée, de prouver une faute : la constatation de cette atteinte suffit¹⁵⁰⁴. La solution est implicite dans d'autres jugements¹⁵⁰⁵. Néanmoins, la jurisprudence reste divisée, d'autres décisions restant fidèles à l'équilibration des intérêts en présence¹⁵⁰⁶. La doctrine qui est favorable à

1504. Voy. en ce sens, Civ. Bruxelles (14^e ch.), 16 décembre 1997, *A. & M.*, 1998, p. 260 (si le principe de la cessation sans faute est affirmé, il s'agissait en l'espèce d'une demande en réparation et le tribunal, qui paraît accepter une atteinte à l'image sans référence à la faute, recherche et évalue l'importance du préjudice) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 20 février 1996, *A. & M.*, 1998, p. 259 : « Qu'il n'est pas nécessaire, pour obtenir la cessation de l'atteinte au droit à l'image, que l'auteur de la violation ait agi dans une intention malveillante ou fautivement, ni qu'il ait porté atteinte à l'honorabilité de la personne photographiée » (mais il s'agit *in casu* d'une demande en réparation).

1505. Voy. par exemple, Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, *A. & M.*, 1999, p. 287 et s. et note de S.-P. DE COSTER (constatation de la publication de photos sans consentement et référence au risque de dommage) ; Civ. Gent (réf.), 23 novembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 285 (constatation de l'atteinte par l'absence de consentement et mise en exergue du risque de dommage) ; Civ. Bruxelles (réf.), 23 octobre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 100 (constatation de la diffusion de tracts électoraux contenant des photos sans le consentement des personnes représentées avec prise en compte du risque de dommage futur) ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710 à 716 (constatation de la violation du droit à l'image en l'absence de consentement et interdiction de diffusion préventive tout en constatant le risque d'atteinte irréparable à la vie privée) ; Civ. Malines (1^{re} ch.), 29 mars 1983, *R.W.*, 1984-85, 62 et s. (constatation de l'atteinte au droit et sanction d'interdiction en plus de la réparation pour laquelle le dommage doit être prouvé) ; Civ. Liège (réf.), 24 sept. 1982, *Jur. Liège*, 1982, p. 419 (sanction de l'atteinte au droit avec constatation d'un dommage à faire cesser).

1506. Voy. par exemple, Gand (réf., 1^{re} ch.), 13 janvier 2000, *A. & M.*, 2000, p. 326 et s. : « Belangen die zouden opwegen tegen het recht van de afgebeelde op respect voor de eigen afbeelding worden door appellant niet aangevoerd of geëxpliciteerd, laat staan aangetoond dat zij op voormeld belang zouden dienen te primeren » ; Anvers (réf.), 8 février 1999, *A. & M.*, 1999, p. 241 et s. et note D. VOORHOOF : « Overwegende evenwel dat kwestieuze rechtsregel geenszins berust op een « weerlegbaar vermoeden van toestemming » doch wel op het « recht op informatie van de bevolking » dat ontstaat wanneer de actualiteit het privé-domein overstijgt en een kwestie van algemeen belang wordt en waardoor het persoonlijkheidsrecht op afbeelding in zekere zin ophoudt nog toe te behoren aan de oorspronkelijke titularis om het voorwerp te worden van het recht op informatie van de bevolking » ; Civ. Gand (réf.), 18 décembre 1998, *A. & M.*, 1999, p. 286 : « Dat ook bij afweging van de betrokken belangen van de partijen het materiële (financiële) nadeel dat eiser ondergaat, niet opweegt tegen het moeilijk te herstellen nadeel dat verweerster door de aantasting van het imago dat zij als actrice wenst op te bouwen, zal ondergaan bij de verspreiding van een in haar ogen amateuristisch filmproduct » ; Bruxelles (réf.), 27 juin 1997, *I.R.D.I.*, 1997, p. 270 et s., qui se réfère explicitement à la méthode de pondération d'intérêts pour fonder la décision de rejet ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 12 mars 1996, *A. & M.*, 1996, p. 449 et obs. F. RINGELHEIM, où le juge fait explicitement appel à la méthode de pondération des intérêts dans une hypothèse d'atteinte fautive à l'image qualifiée d'atteinte à la mémoire des proches de la personne représentée.

la qualification du droit subjectif, elle aussi divisée, insiste la plupart du temps sur le caractère spécifique de cette action, indépendante des critères de la responsabilité civile. Il n'y a cependant pas unanimité ni sur l'existence¹⁵⁰⁷, ni sur la portée réelle de cette action indépendante de celle en responsabilité quasi-délictuelle. Certains considèrent que la cessation peut être demandée sans que la preuve d'un dommage particulier et d'une faute ne soient rapportées¹⁵⁰⁸, d'autres ne parlent que de l'absence de preuve du dommage¹⁵⁰⁹ ou d'une faute¹⁵¹⁰.

1507. Certains auteurs pensent que cette action spécifique n'existe pas : L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 158 et 159, n° 85, qui considère de manière plus générale que la sanction de la violation d'un droit subjectif par une action propre est impossible, sauf lorsque la possibilité est offerte par la règle de droit générale et abstraite qui fonde ce droit subjectif ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », op. cit., p. 46 et 47, n° 10.2.2 : « Cependant, en l'absence de toute législation précise à cet égard et d'unanimité sur le contenu et le nombre exact des droits de la personnalité, il nous est permis d'être sceptique quant à la possibilité d'intenter, devant les tribunaux belges, une action spécifique pour sanctionner une atteinte à un droit de la personnalité en dehors du cadre légal des l'article 1382. Tant qu'aucune loi n'offre à ces droits un fondement juridique autonome, ils ne peuvent que rester attachés à la seule disposition légale qui a permis leur création : l'article 1382 » ; comp. dans le même sens VELU, *Le droit au respect de la vie privée*, Bruxelles-Namur, P.U.N.-Société d'études morales, sociales et juridiques-Larcier, 1974, p. 39 et 40.

1508. Voy. par exemple, H. DE PAGE, J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge — Les personnes*, vol. I, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 21, n° 10 et note 4, p. 65, n° 50 : « Il n'est pas nécessaire, pour obtenir la cessation de l'atteinte, que l'auteur de la violation ait agi dans une intention malveillante ou fautivement, ni qu'il ait porté atteinte à l'honorabilité, ni que son acte ait causé — ou puisse causer — un dommage matériel ou moral » ; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles, S.E.M.S.J.-Larcier, 1982, p. 291, n° 420 : « Si le droit subjectif se détache ainsi des normes de la responsabilité civile, malgré certaines persistances du « vocabulaire délictuel », il faudra à l'avenir bien distinguer la double voie qui s'offre au sujet qui s'estime atteint par la fixation ou la publication de ses traits : d'un côté, la reconnaissance du droit subjectif permet d'obtenir « la cessation de l'atteinte illicite », et de l'autre, l'établissement d'une responsabilité permet de se voir accorder « la réparation du préjudice subi » » ; J. LIEVENS, « Het recht of afbeelding », *R.W.*, 1977, col. 1864, n° 15 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », op. cit., p. 45 et 46, n° 10.2.2.

1509. M. ISGOUR, B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 121, n° 67.

1510. F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 437, n° 575 : « Il n'est pas nécessaire pour obtenir la cessation de l'atteinte au droit à l'image que l'auteur de la violation ait agi dans une intention malveillante ou fautivement, ni qu'il ait porté atteinte à l'honorabilité de la personne photographiée » ; J.-P. MASSON, « Chronique de jurisprudence : Les personnes (1985 à 1990) », *J.T.*, 1991, p. 419, n° 10, où l'auteur, approuvant une décision de jurisprudence, écrit : « Le jugement énonce que la preuve d'une faute n'est pas exigée, ce qui est logique si l'on admet l'existence d'un droit à l'image, et que l'action fondée sur le droit à l'image et tendant à l'interdiction de nouvelles publications de l'image peut être cumulée avec une action en dommages-intérêts — qui, elle, requiert la preuve d'une faute. ».

D'autres exemples se présentent en cas de conflits entre la liberté de commerce et d'entreprise ou la liberté de concurrence et les droits intellectuels. Les premières trouvent dans les seconds de strictes limites, sauf les cas d'abus de droit. Ainsi, la liberté de copier s'arrête aux frontières de l'exclusivité procurée par un droit intellectuel ¹⁵¹¹. Il est du reste frappant de constater que la reconnaissance des droits intellectuels, postérieure à celle des libertés économiques précitées, a été perçue comme autant de limitations successives de ces dernières ¹⁵¹².

Les droits intellectuels, spécialement les droits d'auteurs, apparaissent également comme des limites portées à la liberté d'expression, sauf exception prévue par la loi ou application de l'abus de droit ¹⁵¹³. L'affirmation

1511. Voy. par exemple, Comm. Namur (cess.), 22 mai 1996, *J.T.*, 1997, p. 62 et s. et note L. VAN BUNNEN : « Attendu qu'il est unanimement admis en doctrine comme en jurisprudence que, sauf la protection particulière organisée pour les droits de propriété intellectuelle, la copie d'un produit, d'un service ou d'une méthode commerciale d'un concurrent est licite ; [...] Attendu que la liberté qui en résulte n'est cependant pas absolue. » Et l'annotateur d'indiquer : « On a souligné à l'envi que dans la vie commerciale, c'est la liberté de copier son concurrent qui est la règle et ce sont les droits intellectuels privatifs, découlant de lois particulières, qui sont l'exception. Suivant l'excellente formule de Frank Gotzen : « Les droits intellectuels ne sont que des îlots d'exclusivité dans l'océan de la libre concurrence » ; Aussi, M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, *op. cit.*, p. 677 et s. ; *Id.*, « La sanction de la « piraterie de produits » par le droit de la concurrence déloyale », *op. cit.*, p. 118, n° 1, qui définit d'emblée la liberté de copier hors les cas où la prestation copiée fait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle ; D. Putzeys, résumant et approuvant un arrêt de la cour d'appel de Liège du 17 février 1998, qui énonce que : « Cette décision est conforme à une jurisprudence devenue dominante. Il n'y a de protection intellectuelle et donc restriction de la liberté du commerce et monopole que lorsqu'un droit la consacre » (*R.D.C.*, 1998, p. 416).

1512. Voy. l'historique de la liberté de la concurrence retracé par A. DE CALUWÉ, C. DELCORDE, X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, t. 1, *op. cit.*, p. 42 et s.

1513. Pour l'affirmation du principe, voy. Cass. (1^{re} ch.), 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215 et s. et conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH qui, après avoir rappelé le principe selon lequel la Constitution, en consacrant la liberté de la presse n'apporte aucune restriction au principe de l'article 1382 du Code civil, énonce « Que, dès lors, ni la liberté de la presse, ni le droit de critique ne peuvent justifier la reproduction de l'œuvre artistique d'autrui, lorsque cette reproduction porte atteinte au droit intellectuel de son auteur tel qu'il est reconnu et organisé par la loi du 22 mars 1886 » (il s'agissait en l'espèce d'une reproduction d'un tableau accompagnant un article critique relatif à une exposition, pour lequel, selon la Cour, l'ancienne loi n'accordait pas, contrairement à la loi actuelle, d'exception au droit de reproduction). Voy. également, S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, *op. cit.*, p. 164 : « Par contre, dès qu'il y aura emprunt de ce qui dépasse l'« information brute », il y aura lieu d'appliquer les règles du droit d'auteur qui protègent toute prestation originale de sélection, d'agencement et de critique de l'information. En pratique, dès qu'il y aura reprise de l'agencement, de la structure, de l'ordre de présentation des données, etc., le journaliste devra nécessairement obtenir l'autorisation préalable de l'auteur originaire » (aussi, p. 181 et s.).

paraît logique : le droit d'auteur ne protège que la forme d'une œuvre alors que l'information ou les idées qu'elle contient reste soumise au régime de la liberté. Ainsi, la presse ne peut porter atteinte aux droits d'auteur d'autrui, sauf à rester dans le cadre des exceptions prévues par la loi elle-même ¹⁵¹⁴. La limitation de la liberté d'expression et d'information par le droit d'auteur est cependant remise en cause dans l'ère numérique. Une certaine doctrine fait en effet remarquer que les équilibres antérieurs sont remis en question par les évolutions attendues du droit d'auteur dans l'environnement numérique et en appelle à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme afin de garantir de nouveaux équilibres ¹⁵¹⁵.

303

Conclusions sur l'état du droit positif relatif à l'opposabilité des libertés civiles. Des constatations effectuées ci-dessus, nous pouvons tirer certaines conclusions relatives à l'état du droit positif concernant l'opposabilité des libertés civiles.

1° Le droit positif traduit l'existence d'un effet d'opposabilité certain des libertés civiles.

La première manifestation perceptible de l'opposabilité des libertés civiles est la reconnaissance d'une légitimité des actes posés sous leur couverture. L'appel à la qualification de liberté civile n'est pas neutre, d'un point de vue juridique. La liberté civile permet, dans les relations avec les tiers, de tracer des zones de légitimité d'action qui ne peuvent être remises en cause qu'au regard des circonstances particulières dans lesquelles ces actes sont posés.

Le seconde manifestation perceptible est la protection juridique accordée aux libertés civiles par le biais de l'acte illicite et, généralement, des principes de droit commun de la responsabilité civile.

1514. Le fait même de l'existence d'exceptions aux droits patrimoniaux d'auteur ayant cet objet, prévues par la loi sur le droit d'auteur, confirme le principe du respect des droits d'auteur par le titulaire de la liberté d'expression. Ainsi, les exceptions de courtes citations dans des buts de critique et de polémique (art. 21, al. 1 et 2, de la loi du 30 juin 1994), l'exception de courts fragments ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité (art. 22, § 1^{er}, 1°, de la même loi) et l'exception relative à la reproduction et la communication de l'œuvre exposée au public (art. 22, § 1^{er}, 2°) peuvent notamment venir au secours de l'obligation de respect des droits d'auteur qui s'impose au titulaire de la liberté d'expression. On peut également penser à l'exception relative à la parodie, à la caricature et aux pastiches (art. 22, § 1^{er}, 6°, de la loi) et à celle relative aux discours prononcés dans les assemblées délibérantes, dans les audiences publiques des juridictions ou dans les réunions politiques (art. 8, § 1^{er}, de la loi).

1515. Voy. sur ce point, V. CASTILLE, « La relation entre la liberté d'expression & d'information et le droit d'auteur — La liberté d'expression et d'information comme « toile de fond » de la régulation du droit d'auteur dans l'ère numérique », *I.R. D.I.*, 2000, p. 155 à 172.

L'acte illicite ouvre la protection accordée par le droit objectif aux libertés civiles : l'acte posé sous le couvert d'une liberté civile conserve sa légitimité si ce faisant, le titulaire ne commet pas d'acte illicite ; l'atteinte à une liberté civile n'est pas admise si elle révèle un acte illicite.

Autrement dit, la liberté civile dessine des zones de pouvoirs dont les limites sont certes difficiles à cerner mais permettent de donner corps à des contenus dont la reconnaissance est garantie par le droit objectif sauf dépassement d'une limite exprimée par l'acte illicite ou la faute.

- 2° Si le droit positif sanctionne les tiers portant atteinte aux libertés civiles d'autrui, ces dernières ne sont pas reléguées dans des zones de non droit.

Si le tiers risque d'être sanctionné dans l'exercice de ses propres libertés en cas d'atteinte fautive aux libertés d'autrui, il doit nécessairement tenter de prévoir les effets de ses propres actes sur les libertés d'autrui pour éviter une telle sanction. Reléguer les libertés dans des zones de non droit ¹⁵¹⁶ avant que des atteintes y soient portées est donc contraire à la réalité. Afin d'éviter les atteintes illicites aux libertés d'autrui, le tiers doit tenir compte dans ses propres actes de l'existence des libertés d'autrui. C'est donc bien que ces dernières, dans le droit objectif, préexistent à l'établissement d'une véritable relation à autrui. Il ne faut pas attendre qu'une atteinte soit portée à la liberté civile pour qu'elle produise des effets juridiques.

Ainsi, par exemple, si le journaliste écrit un article, il ne noue pas nécessairement une relation juridique avec les personnes mises en cause dans son article. Il doit cependant, dès ce moment, tenir compte des libertés et intérêts légitimes de ces personnes pour éviter d'être sanctionné une fois l'atteinte commise par la publication de l'article.

- 3° La protection des libertés civiles, par la limite de l'acte illicite ou de la faute, traduit la reconnaissance de zones de libertés essentiellement relatives.

Les circonstances de fait qui peuvent seules expliquer l'émergence des devoirs dont la violation sera considérée comme illicite ou fautive, portent en elles-mêmes les causes de la relativité des limites des libertés civiles. La faute ou l'acte illicite commis dépendront, par définition, des circonstances particulières dans lesquelles naîtra le

1516. Cf. *supra*, n^{os} 292 et 293.

conflit. Ces circonstances étant spécifiques à chaque opposition, la limite des libertés civiles en cause fluctuera tout comme les devoirs mis à charge des tiers.

Cette fluctuation des limites des libertés civiles s'oppose aux arêtes bien définies des droits subjectifs dont l'opposabilité implique un strict devoir de respect. Il s'ensuit que les analyses selon lesquelles la protection des libertés civiles naît d'une relation à autrui transformant la liberté en droit subjectif¹⁵¹⁷ sont contraires au droit positif et à la sanction propre qu'il applique à la violation des libertés civiles.

- 4° La pondération d'intérêts comme mode de résolution de conflit n'est pas généralisée en droit positif. Si elle hante tous les conflits de libertés civiles, elle n'est pas nécessairement utilisée pour guider le raisonnement du juge à la recherche d'une faute ou d'un acte illicite.

Une tension existe donc, en droit positif, entre la détermination de la faute selon les critères traditionnels et une mise en œuvre réelle d'une technique de pondération d'intérêts. La place de la pondération des intérêts par rapport à la recherche de la faute n'est pas bien définie. Si l'analyse des conflits relatifs à la liberté d'expression montre que la pondération des intérêts sous-tend la détermination des devoirs dont la violation sera considérée comme fautive, elle montre également une prise d'indépendance de la pondération des intérêts par rapport à la recherche de la faute. Parfois également, c'est la pondération des intérêts qui s'efface devant la recherche de la faute ou de l'acte illicite.

- 5° La pondération des intérêts n'est ni systématisée ni unifiée par le droit positif. Elle prend diverses formes : l'équilibre des droits et libertés, en passant ou non par les principes de proportionnalité issus de la Convention européenne des droits de l'homme et l'application de la théorie de l'abus de droit.

Le droit positif ne fait pas de réelles différences entre une recherche de proportion ou d'équilibre entre les intérêts qui s'opposent.

- 6° Nous en concluons que le droit positif n'a pas encore systématisé le mode de résolution des conflits dans lesquels apparaissent des libertés civiles. Si le lien entre la pondération des intérêts et la recherche de la faute est perceptible, il laisse plus de questions que de réponses. C'est précisément ce problème qui retiendra notre attention dans nos recherches ultérieures.

1517. Cf. *supra*, n° 292.

Section 2

Le fondement de l'effet de l'opposabilité des libertés civiles : de leur qualification à leur opposabilité

304. De l'évidence de l'opposabilité des libertés civiles à la systématisation de cette opposabilité– 305. La portée de la relativité de la liberté civile – 306. L'exclusivité, absente du pouvoir interne des libertés civiles – 307. L'immixtion permanente des libertés entre elles comme conséquence de l'absence d'exclusivité du pouvoir contenu dans chaque liberté civile– 308. Le pouvoir interne de la liberté civile comme objet de son opposabilité– 309. L'attribution égalitaire des libertés civiles comme fondement de son opposabilité – 310. L'effet général d'opposabilité des libertés civiles compris comme le respect de l'attribution égalitaire des libertés civiles– 311. L'effet spécifique d'opposabilité des libertés civiles compris comme le devoir de prise en compte des libertés civiles – 312. L'affirmation de l'indétermination du contenu des libertés civiles comme conséquence de l'effet spécifique d'opposabilité des libertés civiles. – 313. L'effectivité relative de l'opposabilité spécifique des libertés civiles

304

De l'évidence de l'opposabilité des libertés civiles à la systématisation de cette opposabilité. Après avoir étudié la manière dont le droit positif appréhendait les conflits dans lesquels l'exercice d'une liberté civile est mis en cause, nous avons conclu à la reconnaissance d'un effet d'opposabilité aux libertés civiles. Ce dernier peut être décrit au minimum comme un devoir de prise en compte dans la conduite d'autrui pouvant aller, dans certains cas, jusqu'au respect strict de l'existence de la liberté civile. Nous ne trouvons cependant ni en doctrine, ni en jurisprudence, une explication globale et cohérente du fondement, de l'effet et du régime de l'opposabilité des libertés civiles.

Cet effet d'opposabilité demande ainsi à être systématisé afin de comprendre *in fine* sa portée exacte et ce en quoi il se distingue de l'effet d'opposabilité des droits subjectifs.

Pour ce faire, nous serons fidèle à la méthode utilisée en ce qui concerne l'opposabilité des droits subjectifs. L'opposabilité des libertés civiles, comme principe corrélatif de leur relativité, doit trouver son fondement dans une compréhension précise de ce que recouvre, en ce qui concerne la liberté civile, son effet interne pour son titulaire.

De là, nous pourrions alors saisir l'objet réel de l'opposabilité des libertés civiles pour appréhender la description de ses effets à l'égard des tiers.

305

La portée de la relativité de la liberté civile. L'étude des tentatives de distinction des concepts de droits subjectifs et libertés civiles en théorie générale nous a amené à affirmer l'existence d'un pouvoir juridique contenu dans la liberté civile ¹⁵¹⁸. Consacrée et distribuée par le droit objectif, elle comprend, en sa face interne, un pouvoir juridique de faire et de ne pas faire quelque chose. Nous avons mis également en exergue le fait que ce pouvoir servait un but particulier à savoir la satisfaction de l'intérêt spécifique protégé par chaque liberté civile ¹⁵¹⁹.

L'existence de ce pouvoir est confirmée par notre analyse du droit positif. Même si la résolution des conflits passe par une pondération d'intérêts et l'application de l'article 1382 du Code civil, la jurisprudence met en exergue un contenu propre à chaque liberté civile. La liberté d'expression permet à son titulaire d'exprimer des idées et opinions qui choquent, la liberté de contracter permet de rompre des négociations etc. Ce pouvoir est certes peu déterminé et peut varier sensiblement en fonction du type de conflit et des circonstances de fait dans lesquelles il apparaît. Il n'est pas déterminé *a priori* de manière précise par le droit objectif. Une détermination ne s'opère que dans chaque conflit particulier. Il n'en reste pas moins que dans la réalité juridique, à chaque liberté civile correspond un pouvoir déterminable qui est le lieu d'une permission d'agir ou non au profit de son titulaire.

Le droit positif et la définition retenue ci-avant de la liberté civile permettent dès lors de préciser ce pouvoir. En consacrant chacune des libertés civiles, le droit objectif légitime non seulement l'intérêt protégé qui en est le but mais aussi les actes posés en vue de la satisfaction de cet intérêt par son titulaire.

S'exprimer — ou se taire — représente un intérêt pour chacun. S'exprimer est un intérêt légitimé par la reconnaissance d'une liberté civile dont le but est de permettre la réalisation de cet intérêt. Mais l'effet relatif de la liberté civile ne s'arrête pas là. Il offre au titulaire une légitimité de principe des actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt servi par la liberté en cause. Chacun peut se taire et refuser de s'exprimer. Chacun peut exprimer des idées qui choquent et qui heurtent. Chacun peut prendre sa plume, écrire son opinion et choisir le moyen de diffusion qui

1518. Cf. *supra*, n^{os} 96 et s.

1519. Cf. *supra*, n^o 100.

lui paraît approprié. Il en va ainsi parce que ces actes sont reconnus, *a priori*, comme rentrant dans la permission d'agir ou de s'abstenir protégée sous la bannière de la liberté d'expression.

Contracter est un intérêt pour chacun dans le commerce juridique. Contracter est un intérêt légitimé par la reconnaissance d'une liberté civile dont le but est de permettre la réalisation de cet intérêt. Ici aussi, l'effet relatif de la liberté civile ne s'arrête pas là. Il offre au titulaire une légitimité de principe des actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt servi par la liberté en cause. Chacun peut refuser de contracter ou choisir de se lancer dans une négociation ou émettre une offre de service. Chacun peut choisir la manière et les moyens qu'il mettra en œuvre pour négocier. Parce que ces actes sont reconnus, *a priori*, comme rentrant dans la permission d'agir ou de s'abstenir protégée sous la bannière de la liberté de contracter.

Bref chacun agit *a priori* comme il l'entend afin de satisfaire l'intérêt protégé par la liberté civile. Cette reconnaissance *a priori* de légitimité des actes posés en vue de la satisfaction d'un intérêt constitue l'objet même du pouvoir contenu dans la liberté civile.

306

L'exclusivité, absente du pouvoir interne des libertés civiles. À ce stade, le pouvoir d'agir ou de s'abstenir contenu dans la liberté civile est, contrairement aux droits subjectifs, indépendant d'autrui. Nous avons déjà dit qu'il n'était pas exclusif d'autrui.

La liberté civile, distribuée universellement, ne donne à personne une exclusivité sur le pouvoir qui lui est reconnu. La liberté civile n'est pas le lieu d'un pouvoir réservé au titulaire dont autrui est exclu en ce sens qu'elle ne reconnaît pas à son titulaire un pouvoir que les autres n'ont pas. Les libertés civiles sont également distribuées à chacun.

Cette constatation est essentielle pour notre analyse. Le droit subjectif, par son exclusivité, a comme effet de limiter d'autant les libertés et intérêts d'autrui. Il constitue une limite à ceux-ci puisque, par définition, le pouvoir qu'il contient n'est reconnu qu'à son titulaire au détriment de tout autre. Autrement dit encore, l'exclusivité du droit subjectif enlève *a priori* toute légitimité aux actes de tiers qui auraient pour objet ou conséquence d'usurper ou d'enfreindre ce pouvoir ou de porter atteinte à la chose qui en forme l'objet. La liberté civile n'a pas, en règle, cet effet. Le pouvoir qu'elle contient ne limite pas *a priori* celui des autres : il n'a pas pour effet de rendre illégitimes les actes posés par autrui au nom de leurs propres libertés, ni de permettre à son titulaire de ne pas se soucier des intérêts d'autrui que le droit objectif reconnaît comme légitimes.

La raison se comprend aisément. En distribuant à tous la même liberté ainsi qu'un grand nombre de libertés spécifiques, le droit objectif place leurs bénéficiaires sur pied d'égalité, sur un même plan où aucun d'eux ne pourra se prévaloir d'un surplus de pouvoir à l'égard d'autrui. Le titulaire de la liberté d'expression n'a en théorie aucun surplus de pouvoir par rapport aux autres titulaires de cette même liberté d'expression. À l'égard d'autres libertés, cette reconnaissance est du reste neutre : la reconnaissance de la liberté d'expression n'enlève *a priori* aucun pouvoir au titulaire de la liberté de commerce ou d'entreprendre. C'est pourquoi, en cas de conflits de libertés, chacun se prévaut de la légitimité *a priori* de ses actes.

Cette absence d'exclusivité va avoir un effet indirect très important sur l'effet d'opposabilité reconnu à la liberté civile. En effet, les types de conflits que les libertés civiles suscitent sont assez différents de ceux des droits subjectifs.

307

L'immixtion permanente des libertés entre elles comme conséquence de l'absence d'exclusivité du pouvoir contenu dans chaque liberté civile. L'absence d'exclusivité du pouvoir interne des libertés implique dès lors une absence de limite aux pouvoirs de chacune des libertés. L'exercice de chaque liberté ne rencontre *a priori* pas de frontière autre que celles éventuellement prédéfinies par le droit objectif. Chaque titulaire, fort de son pouvoir, va librement poser des actes en vue de la réalisation de l'intérêt dont la satisfaction forme le but de la liberté. Il ne rencontrera pas *a priori* dans la liberté d'autrui, une limite analogue à celle qu'il trouve dans le droit subjectif d'autrui.

Mais l'exercice par chacun de ses libertés civiles va faire naître des conflits incessants. Si chacun exerce en propre ses libertés, la vie en société a nécessairement comme effet de créer des situations de conflits entre titulaires de mêmes libertés, de libertés différentes ou entre titulaires de libertés et les porteurs d'intérêts reconnus comme dignes de protection par le droit objectif. La poursuite de ses intérêts propres, sur un champ de légitimité d'actes indéfinis en nombre, va provoquer des immixtions incessantes sur le champ des actes d'autrui, légitimés par leur propre liberté. Elle va atteindre des intérêts d'autrui pourtant légitimés et reconnus dignes de protection par le droit objectif. En exerçant sa liberté d'expression, le journaliste pose des actes qui viennent énerver la réputation d'autrui ou certains biens de sa personnalité. En exerçant sa liberté de contracter, le commerçant porte atteinte à des intérêts commerciaux ou à la liberté de concurrence d'autres commerçants. En exerçant sa liberté de commerce, le commerçant va par sa recherche légitime de

profits empêcher que d'autres arrivent à un même niveau de jouissance de leurs intérêts.

Le problème de l'opposabilité des libertés civiles se pose dès lors dans un contexte différent de celui des droits subjectifs. Alors que, *a priori*, le problème d'autrui est résolu dans la reconnaissance de chaque droit subjectif, il reste pratiquement entier dans la reconnaissance des libertés civiles. Alors que le droit subjectif voit d'emblée son surplus de pouvoir s'imposer aux tiers, la liberté civile va, la plupart du temps, se voir opposer un pouvoir légitime d'égale valeur ou un intérêt qu'elle ne peut évacuer ou nier *a priori*.

Il s'ensuit une autre conséquence théorique importante. L'atteinte aux libertés civiles n'a pas la même portée que celle infligée aux droits subjectifs. L'atteinte aux droits subjectifs, perçue comme la violation du devoir de respect du droit, permet de constater *de facto* qu'une limite a été franchie et, sur ce seul constat, de faire jouer les sanctions qui défendent le titulaire du droit à l'égard de l'atteinte portée par autrui. L'atteinte à la liberté civile ne permet pas d'en inférer automatiquement que la limite de ce qui était permis dans le chef de celui qui pose l'atteinte a été franchie. En réalité, l'atteinte aux libertés concurrentes est inhérente à l'exercice d'une liberté civile. La limite ne se détermine pas par l'effet de l'opposabilité de la liberté civile en lui-même.

Comment dès lors comprendre le jeu d'opposabilité de la liberté civile ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord préciser quel est l'objet de cette opposabilité.

308

Le pouvoir interne de la liberté civile comme objet de son opposabilité. L'objet de l'opposabilité des libertés civiles est le pouvoir interne qu'elle contient et sa force de légitimité des actes posés sous son couvert que le titulaire cherche à faire respecter par autrui. Chaque titulaire d'une liberté civile se présente à autrui en lui « opposant » la légitimité de principe des actes posés.

Le journaliste se défend en se couvrant de l'effet de légitimation de sa liberté de la presse. Il justifie son écrit, son film en faisant appel à la permission de principe qui lui est reconnue par la liberté de presse. Oui, il a porté atteinte aux intérêts de la personne visée par son article. Mais cette dernière est un homme politique et il est de ce fait soumis à une possibilité de critique très étendue. En le critiquant, le journaliste joue son rôle de « chien de garde » de la démocratie qui lui est reconnu par sa liberté civile. Le gouvernant soumis à critique lui répond alors en lui opposant sa propre liberté ou un intérêt légitime protégé ou non par la loi. Oui, il est un homme politique mais il lui est reconnu par le droit objectif, comme à

chacun, une liberté de rester seul et de vivre à l'abri des médias, de vivre sa sexualité librement, de ne pas faire l'objet de calomnies ou diffamation, de ne pas se voir imputer des actes qu'il n'a pas commis etc. D'où l'émergence d'un conflit entre deux libertés civiles ou entre une liberté civile et un intérêt légitime.

Le commerçant qui a refusé de contracter invoque pour se défendre l'effet de légitimation de sa liberté de contracter. Cette dernière implique, comme corollaire, la liberté de ne pas contracter. L'acte du commerçant est *a priori* légitime car il relève d'une liberté civile qui lui est reconnue par le droit objectif. L'autre invoque alors, par exemple, sa liberté de concurrence réduite à néant du fait du monopole de fait dont jouit le premier. Ou simplement son intérêt commercial énorme à la conclusion du contrat. D'où l'émergence ici encore d'un conflit entre deux libertés civiles ou entre une liberté civile et un intérêt légitime.

Ces conflits ne trouveraient aucune solution si le droit objectif n'avait pas reconnu à chacune des libertés civiles — et nous le verrons, à chacun des intérêts qu'il reconnaît comme légitime — un effet juridique particulier qui servira de fondement et de justification à la solution du conflit finalement imposée par un juge. Il fallait, nécessairement, que la reconnaissance de la légitimité de principe des actes posés s'accompagne de l'affirmation d'un devoir à l'égard d'autrui qui lui permette de déterminer la limite de son propre pouvoir. Ce devoir qu'il convient maintenant de décrire détermine la portée sans cesse mouvante de l'opposabilité de la liberté civile.

309 **L'attribution égalitaire des libertés civiles comme fondement de son opposabilité.** Si le pouvoir inclus dans la liberté civile n'est pas exclusif, il est attribué de manière égalitaire à tous. Une liberté n'apparaît jamais seule parce que le pouvoir qu'elle contient, consacré par le droit objectif, est nécessairement reconnu à autrui. Une liberté ne s'exerce donc jamais seule non plus dès lors que cet exercice est susceptible soit de rendre moins satisfaisant l'exercice d'autres libertés, soit d'empêcher autrui de poser des actes qui sont légitimés par sa propre liberté. Il serait donc incohérent d'aborder le problème de l'opposabilité d'une liberté civile sans tenir compte de sa nécessaire coexistence avec les autres libertés civiles.

Comme l'exclusivité est la clé de compréhension de l'opposabilité des droits subjectifs, l'attribution égalitaire des libertés civiles nous offre celle permettant de mettre en exergue l'opposabilité propre aux libertés civiles.

Elle comporte selon nous un double enseignement en terme d'opposabilité.

Si le droit objectif attribue également les libertés civiles, il en résulte, logiquement, qu'aucun individu ne trouvera dans sa propre liberté la capacité juridique de réduire à néant celle des autres. La reconnaissance d'une liberté à tous suppose, sous peine d'incohérence, que tous puissent, en principe l'exercer. Vis-à-vis des tiers, cela suppose que ces derniers ne puissent pas usurper ou confisquer la liberté d'autrui ou se la faire céder. Pour le titulaire de la liberté, cela implique qu'elle soit incessible et indisponible. C'est l'effet général d'opposabilité des libertés civiles.

Si le droit objectif attribue également les libertés civiles, il en résulte que chacun doit tenir compte de la liberté des autres dans l'exercice de sa propre liberté et dans la recherche de la satisfaction de ses intérêts. Sans cela, aucune coexistence des libertés civiles n'est possible. C'est l'effet spécifique de l'opposabilité des libertés civiles.

310

L'effet général d'opposabilité des libertés civiles compris comme le respect de l'attribution égalitaire des libertés civiles. L'effet général d'opposabilité des libertés civiles n'est rien d'autre que la traduction dans notre prisme particulier d'analyse de l'affirmation du caractère d'ordre public des libertés en général, et des libertés civiles en particulier ¹⁵²⁰.

Cette affirmation, si l'on veut bien en rechercher le sens, ne peut pas impliquer que porter atteinte à une liberté civile est *ipse facto* contraire à une règle d'ordre public. Admettre le contraire reviendrait à récupérer un devoir strict de respect s'imposant aux tiers et priverait ces derniers de tout ou partie de leurs propres droits subjectifs et libertés civiles. À la place d'un sain ordonnancement juridique apparaîtrait en maître l'insécurité juridique et, en réalité, l'anarchie.

Sa véritable portée est autre. Toutes les libertés civiles touchent à des valeurs considérées comme essentielles dans nos sociétés démocratiques. Si le droit objectif ne peut assurer à leurs titulaires qu'ils parviendront, dans la réalité, à une jouissance égale de leurs libertés civiles, il est interdit cependant que l'attribution égalitaire de celles-ci soit niée par les tiers ou refusée par leurs bénéficiaires.

Autrement dit encore, un tiers ne peut jamais confisquer ou usurper la liberté civile d'autrui. Il ne trouvera pas de base légitime à de tels actes dans ses propres pouvoirs. La prédominance d'une liberté sur l'autre, la limite imposée à une liberté civile par un intérêt légitime, est nécessairement ponctuelle et justifiée par les circonstances dans lesquelles naît —

1520. Cf. *supra*, n° 301.

et persiste — un conflit particulier. Et l'exercice d'une liberté invoquée par l'un ne peut avoir pour effet de rendre impossible tout exercice par l'autre d'une de ces libertés sous peine de porter atteinte à l'attribution égalitaire de chacune des libertés. La liberté de l'un peut être limitée au nom de la liberté de l'autre, pas être réduite à néant.

De même le titulaire ne peut juridiquement refuser les libertés spécifiques qui lui sont reconnues et les aliéner ou y renoncer globalement. Il ne peut se dépouiller volontairement de ses libertés civiles en se mettant dans une situation où il ne pourra plus l'exercer, indépendamment des circonstances de fait toujours changeantes dans lesquelles se dessineront les conflits entre la liberté civile en cause et les libertés civiles et intérêts du bénéficiaire de l'acte d'aliénation volontaire.

L'effet général d'opposabilité des libertés civiles intervient dès lors tant comme le garant d'une remise en cause continue des limites des libertés civiles qu'une limite à ne pas franchir dans la recherche de solutions aux conflits. Les libertés ne se nient pas, elles composent entre elles ou avec les intérêts qui lui sont opposés en fonction des circonstances.

311

L'effet spécifique d'opposabilité des libertés civiles compris comme le devoir de prise en compte des libertés civiles. Dès lors que le droit objectif attribue à chacun des libertés civiles dont l'exercice peut s'avérer conflictuel, il faut rechercher un effet juridique spécifique plus précis que celui induit de leur attribution égalitaire.

L'effet d'opposabilité de la liberté civile est, dans cette hypothèse, un devoir général de tenir compte de l'effet de légitimation *a priori*, reconnu par le droit objectif, des actes posés par son titulaire. C'est ce que traduit, fort maladroitement il est vrai, la maxime « la liberté des uns s'arrête où commence celle des autres ».

Dans l'exercice de sa liberté, dans la poursuite de son intérêt légitime, chacun doit tenir compte des libertés civiles d'autrui ¹⁵²¹. Chacun doit limiter sa propre liberté à l'aune de celle d'autrui. Personne ne peut exercer sa liberté ou chercher à satisfaire son intérêt sans prendre en compte les effets

1521. Comp. J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *op. cit.*, p. 456, qui confond cependant droit subjectif et liberté civile et qui va rechercher la source du principe général de prise en compte des intérêts d'autrui dans un principe externe à la liberté civile, à savoir le principe général de bonne foi : « Sur un plan plus fondamental encore, ni la liberté ni le droit ne peuvent être analysés sans la prise en compte d'un équilibre le plus juste possible, à rechercher *a priori* et dans l'exercice de cette liberté ou de ce droit, entre l'intérêt personnel et l'intérêt d'autrui. Le principe général de liberté individuelle ne peut être dissocié d'un principe général impliquant la prise en compte raisonnable de l'intérêt d'autrui. Ce type de préoccupation est inhérent à la définition de tous les droits et libertés. ».

que cet exercice va nécessairement provoquer dans la sphère de liberté d'autrui. Une fois l'acte posé, autrui ne pourra peut-être plus poser lui-même certains actes au nom de sa liberté alors même que cette possibilité lui était *a priori* reconnue par cette liberté : l'exercice du droit à l'image empêchera le journaliste d'exercer sa liberté de presse comme il l'entend ; le refus de contracter empêchera un autre commerçant d'exercer une libre concurrence ; une manifestation à l'entrée d'une entreprise empêchera celle-ci d'exercer sa liberté de commerce ou d'entreprendre etc.

Ce devoir général de prise en compte est, selon nous, l'effet spécifique d'opposabilité résultant de l'attribution égalitaire et universelle des libertés civiles. Le droit objectif en reconnaissant des pouvoirs dont l'exercice est nécessairement conflictuel ne peut éviter l'anarchie que dans l'affirmation corrélatrice d'un tel devoir. Si le tiers ne devait pas tenir compte d'un pouvoir reconnu dans l'ordre juridique à une autre personne, en raison du propre pouvoir qui lui a été reconnu simultanément, aucun des deux n'aurait plus en réalité de pouvoir juridique. La légitimité *a priori* des actes posés par un individu sous le couvert de sa liberté perdrait toute efficacité si les tiers ne devaient pas tenir compte de cette légitimité dans leurs propres agissements. De la même manière, si le titulaire d'une liberté civile pouvait se prévaloir d'un devoir strict de respect, il annihilerait d'emblée la légitimité *a priori* des actes posés par autrui au nom de sa propre liberté ou réduirait à néant les intérêts légitimes d'autrui.

Tout comme pour les droits subjectifs, tout comme l'effet général de l'opposabilité des libertés civiles, l'opposabilité spécifique de la liberté civile trouve donc sa source dans la qualification même de liberté civile et plus exactement dans la portée de sa relativité. La liberté civile est un pouvoir attribué de manière égalitaire et universelle. L'absence d'exclusivité — propre au droit subjectif — et l'attribution égalitaire et universelle sont les justifications de l'effet juridique restreint de la liberté civile à l'égard des titulaires de pouvoirs identiques ou concurrents. Il faut donner un effet utile au devoir de respect qui découle de sa qualification de pouvoir juridique dès lors qu'il n'emporte pas, par sa reconnaissance même, une limite à la liberté d'autrui.

Nous pouvons alors préciser l'effet spécifique de l'opposabilité des libertés civiles vis-à-vis de tiers porteurs d'autres libertés. Opposer sa liberté, dans cette hypothèse, c'est invoquer l'intérêt légitimé par la qualification de « liberté civile » et sa nécessaire irradiation sur l'acte posé en son nom. C'est forcer autrui « à prendre en compte » sa propre liberté dans l'exercice de la sienne. La liberté civile est opposable en tant qu'elle impose une légitimité *a priori* de l'acte posé au service de l'intérêt protégé par la liberté. Cet effet de légitimation impose à autrui une nécessaire prise en compte qui s'exprimera par le biais d'une pesée d'intérêts.

L'affirmation de l'indétermination du contenu des libertés civiles comme conséquence de l'effet spécifique d'opposabilité des libertés civiles. Les efforts de distinction entre libertés civiles et droits subjectifs ont débouché sur la mise en avant d'un critère basée sur le caractère indéterminé du contenu et de l'objet de la liberté civile ¹⁵²².

Nous avons mis en doute le caractère déterminant de ce critère ¹⁵²³. L'analyse qui précède nous conforte dans notre première intuition. L'indétermination du contenu des libertés civiles est la conséquence de l'effet spécifique de son opposabilité. Bien plus que l'absence d'objet déterminé en dehors du titulaire de la liberté, bien plus que l'indétermination du pouvoir qui lui est reconnu par le droit objectif, la liberté civile voit son contenu relativisé par le devoir de prise en compte des libertés civiles et intérêts d'autrui dans l'environnement conflictuel où son exercice l'entraîne inmanquablement.

Nous nous écartons dès lors ici de la pensée de François Rigaux même si, nous le verrons, nous la rejoignons quant aux effets de cette indétermination, principalement au niveau de la méthode de résolution de conflits qu'elle infère.

La liberté ouvre un champ d'action *a priori* illimité à son titulaire. Le champ d'application des libertés ne peut être comparé, contrairement aux droits subjectifs, à un vaste territoire composé de parcelles bien circonscrites, chacune attribuée à un titulaire qui peut opposer un strict devoir de respect aux tiers. Au contraire, chaque liberté a, *a priori*, vocation à s'exercer sur l'intégralité de ce territoire sans être circonscrite à l'une ou l'autre parcelle. La limite est donnée par l'opposabilité générale de chaque liberté civile : à chacun doit être reconnu une parcelle sur laquelle un exercice de sa liberté reste possible, à chacun doit être reconnu la possibilité d'investir une part du territoire. Mais les véritables limites que l'on va reconnaître à chaque parcelle n'apparaissent qu'au niveau de l'exercice de la liberté civile. C'est à ce moment que des bornes précises mais circonstanciées surgissent à l'aune du devoir de prise en compte réciproque qui pèse sur chaque titulaire des libertés qui s'opposent. Ces parcelles n'ont cependant pas vocation à perdurer ou à se fondre dans un moule admis une fois pour toute. Chaque conflit redessine, en fonction des circonstances propres, les parcelles qui représentent alors la limite précise de cha-

1522. Cf. *supra*, n^{os} 82 à 89.

1523. Cf. sur ce point, *supra*, n^{os} 89 et s. Du reste, nous l'avons vu, certaines libertés présentent un contenu parfaitement déterminé, la liberté de mariage pour ne citer qu'elle.

cune des libertés¹⁵²⁴. La liberté civile est donc inviolable, au sens de son effet d'opposabilité général mais cette inviolabilité stricte n'apparaît qu'à la marge. Contrairement au droit subjectif, elle présente d'emblée à autrui un espace d'immixtion possible en fonction des pouvoirs dont le tiers est porteur.

Exprimer de manière stricte le caractère d'invocabilité de la liberté rassurerait sans doute le lecteur. C'est d'autant plus compréhensible que toute liberté civile est porteuse d'un intérêt général ou fondamental considéré comme essentiel dans la vie en société. Qualifier la liberté civile d'invocabable revient cependant à nier l'importance de l'existence des conflits qui opposent le titulaire d'une liberté aux autres intérêts protégés par le droit dans la compréhension du concept même de liberté civile. Le type de conflit en cause commande une approche différenciée quant à l'existence d'une atteinte ou non à la liberté, atteinte pouvant elle-même être acceptée ou refusée en fonction des circonstances propres. Sauf l'interdiction de la négation des libertés d'autrui, l'invocabilité des libertés civiles est impropre à la création d'un devoir juridique d'abstention ou de respect des libertés d'autrui sans prise en compte des intérêts qui s'opposent.

Partant, il faut, avant tout conflit, se contenter du devoir général de prise en compte pour décrire l'effet spécifique d'opposabilité des libertés civiles entre elles. Les libertés civiles s'entrechoquent continuellement. Admettre l'invocabilité stricte de l'une reviendrait, à un moment ou à un autre, à violer l'autre.

313

L'effectivité relative de l'opposabilité spécifique des libertés civiles. L'effet de l'opposabilité des libertés civiles pourrait donc paraître décevant et peu à même de protéger utilement le pouvoir contenu dans chacune d'elles. Il n'en est rien.

Le couple relativité/opposabilité de la liberté civile va permettre en réalité une protection efficace de celle-ci au gré des conflits qui naissent de son exercice. Il offre les bases nécessaires à l'émergence d'un mode de résolution de conflits particulièrement adapté à la nature particulière des libertés civiles : l'équilibre.

La détermination finale du contenu de la liberté comme de l'effet précis de son opposabilité n'est possible qu'au travers de l'analyse du conflit

1524. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit., p. 760, n° 684 : « La manière dont le sujet a usé de sa liberté détermine les limites dans lesquelles ceux qui ont pu l'observer sans commettre d'acte illicite exercent leur propre liberté, notamment celle de relater, de contredire ou de compléter les faits privés dont ils ont été informés. ».

dans lequel elle est impliquée. Dès lors qu'*a priori*, aucune liberté ne l'emporte sur une autre, se pose nécessairement la question de savoir où placer les limites de l'exercice de l'une par rapport à l'autre. Cette recherche de la limite est le propre de la méthode de l'équilibre. Et celle-ci, nous allons le voir, ne peut être objectivement définie que par le passage de l'affirmation d'un devoir général de prise en compte de la liberté civile d'autrui à la détermination, dans chaque conflit particulier, de devoirs strictement circonscrits dont la violation sera considérée comme illicite ou fautive.

Chapitre 2

La responsabilité civile du tiers qui porte atteinte aux libertés civiles

314. Les devoirs issus des libertés civiles comme règles indéterminées de comportements – 315. L'équilibre des libertés à la source de l'émergence d'un devoir déterminé de prise en compte de la liberté civile d'autrui – 316. Le droit commun de la responsabilité comme sanction de l'opposabilité des libertés civiles – 317. L'atteinte à la liberté civile d'autrui : ni faute, ni dommage – 318. La réparation comme sanction de droit commun de l'opposabilité des libertés civiles – 319. Le droit commun comme fondement des actions en cessation de la violation de l'opposabilité des libertés civiles – 320. Conclusions relatives à l'opposabilité des libertés civiles

314

Les devoirs issus des libertés civiles comme règles indéterminées de comportements. Le devoir général de prise en compte des libertés d'autrui, lieu de son opposabilité spécifique, s'analyse comme une règle de comportement indéterminée qui ne prendra un contenu précis qu'en fonction des circonstances objectives dans lesquelles cette liberté entre en conflit avec d'autres pouvoirs ou intérêts légitimes.

Elle s'assimile à une règle générale de prudence qui n'est pas issue de l'article 1382 du Code civil mais des règles du droit objectif qui reconnaissent l'existence d'une liberté civile. Dans la vie en société, chacun est tenu de se comporter en tenant compte de la liberté d'autrui, c'est-à-dire, des zones d'actions et d'abstention reconnues à autrui par leurs libertés civiles. Il doit trouver la limite de ses propres zones d'actions et d'abstentions dans le respect de ce devoir de prise en compte.

Ce devoir général lui impose dès lors, lorsqu'il s'apprête à agir, de contrôler la légitimité de ses propres actions par l'effet qu'elles auront ou pourront avoir sur les libertés civiles d'autrui. S'apprête-t-il à mettre en œuvre un droit subjectif ? L'exercice de ce droit s'impose en principe comme limite aux libertés des tiers. Il peut normalement agir sauf le respect de la règle correctrice issue de la théorie de l'abus de droit. S'apprête-t-il à mettre en œuvre une de ses propres libertés civiles ? Il doit se poser la question de savoir si en exerçant sa propre liberté, il va énerver l'une ou l'autre des libertés civiles d'autrui et s'il peut légitimement les restreindre.

S'il constate que l'exercice projeté de sa propre liberté risque de restreindre la liberté d'autrui, il doit tirer les conséquences des effets juridiques contradictoires qui préexistent à son action. L'effet légitimateur que lui reconnaît sa propre liberté ne l'emporte pas *a priori* sur celui qui est reconnu au titulaire de la liberté atteinte. Au contraire, il doit tenir compte de la liberté civile d'autrui. L'effet d'opposabilité spécifique des libertés civiles — le devoir général de prise en compte — est ici incapable de fournir en lui-même une solution au conflit. À ce stade, ce devoir est encore indéterminé. Il convient de lui trouver une portée plus précise.

Le devoir de respect de l'attribution égalitaire des libertés civiles, issu de son opposabilité générale, n'est pas non plus une règle déterminée de comportement. Certes, il impose une limite à ne pas franchir. Mais, cette limite n'est pas nécessairement décelable *a priori*. La négation de la liberté d'autrui suppose, la plupart du temps, pour qu'elle soit constatée, une analyse des circonstances du conflit dans lesquelles elle apparaît. Ainsi, par exemple, la validité d'une clause de concurrence supposera une analyse précise du contenu de la clause et de ses effets sur la liberté de concurrence ou la liberté de travail de son débiteur. La non-validité de la clause suppose, dès lors, la constatation de l'absence d'équilibre possible entre les libertés qui s'opposent. Il s'agit de constater que, en fait, l'acte — matériel ou juridique — dont se prévaut le tiers ou le créancier va empêcher tout exercice minimal de la liberté qu'il vient limiter. Sauf cas extrême, par exemple l'acte de violence matérielle ou morale exercé sur le titulaire d'une liberté afin de le priver de son exercice, il faudra, préalablement à la constatation d'une violation de la règle générale d'interdiction, préciser la limite ainsi posée abstraitement dans les circonstances particulières du conflit.

315

L'équilibre des libertés à la source de l'émergence d'un devoir déterminé de prise en compte de la liberté civile d'autrui. Confronté au devoir général de prise en compte de la liberté civile d'autrui, le tiers doit déterminer quand il franchira la frontière de la légitimité qui est reconnue à ses actes par sa liberté pour se trouver dans une situation de non respect du devoir général de prise en compte de la liberté d'autrui et, partant, dans une situation où le droit objectif risque de sanctionner son acte.

Le point de départ est une situation d'équilibre *a priori* née de l'attribution égalitaire des libertés civiles. Chacun peut légitimer sa prétention par appel à sa propre liberté. Aucune ne l'emporte sur l'autre. Chacun des titulaires est soumis à un devoir général de prise en compte de la liberté civile d'autrui. Mais comment préciser ce devoir ?

Les seuls outils qui se présentent, hors législation particulière réglant l'exercice de certaines libertés civiles, se trouvent dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est la disposition générale de droit positif permettant de sanctionner le non-respect d'un devoir juridique. En cas d'atteinte fautive à la liberté civile d'autrui, le tiers devra réparer le dommage qui en résulterait pour son titulaire. Fort de la légitimité de principe dont bénéficie *a priori* les actes posés sous le couvert de sa liberté civile, quand commettra-t-on une faute en portant atteinte à la liberté civile d'autrui ? Posée en terme d'opposabilité, la question revient à se demander quand la violation du devoir de prise en compte des libertés d'autrui est fautive. La réponse provient alors de la théorie de la responsabilité civile : lorsque le titulaire de la liberté civile ne se sera pas comporté comme un homme normalement soucieux des libertés d'autrui placé dans les mêmes circonstances de fait.

Et comment le titulaire de la liberté civile va-t-il jauger de l'étendue des devoirs précis de comportement qui s'imposent à lui dans l'exercice de sa liberté eu égard à l'existence de la liberté d'autrui ? En se fondant sur toutes les circonstances de fait de la cause. Il peut alors prendre en considération le poids accordé dans la société dans laquelle il vit à l'intérêt servi par chacune des libertés présentes dans le conflit. Il va jauger les intérêts abstraits et valeurs servis par chacune des deux libertés en conflit. Mais le conflit doit aussi tenir compte des intérêts réellement poursuivis par les deux protagonistes du conflit. Il s'agit alors de pondérer les intérêts concrètement en jeu dans le conflit qui se dessine. Ce faisant il va, par ce raisonnement, déterminer un point d'équilibre concret qui se traduira par l'émergence d'un devoir précis de comportement qui s'impose à tout homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait. De l'équilibration abstraite issue de l'attribution égalitaire des libertés civiles, nous passons à la recherche d'un équilibre concret, dans les circonstances de fait et de droit spécifiques au conflit.

Nous reviendrons plus longuement sur la manière dont s'articule la recherche d'équilibre et l'émergence du devoir de prise en compte spécifique dans la dernière de cette étude¹⁵²⁵. Retenons à ce stade que c'est à l'aide d'une pondération d'intérêts prenant la forme de la recherche d'un point d'équilibre entre libertés d'égales valeurs que l'on pourra déterminer le devoir dont la violation sera considérée comme fautive.

316

Le droit commun de la responsabilité comme sanction de l'opposabilité des libertés civiles. La sanction de l'opposabilité des libertés civiles repose sur le droit commun de la responsabilité civile.

1525. Cf. *infra*, n^{os} 383 et s.

L'opposabilité des libertés civiles, contrairement à celle des droits subjectifs, ne comprend pas en elle-même, la résolution directe du conflit ainsi que sa sanction. La légitimité de principe qui couvre les actes de chacun à poursuivre l'intérêt protégé par chaque liberté civile empêche de tracer une limite simple et directe aux agissements des titulaires de libertés civiles entre eux. Cette frontière ne peut naître que de l'émergence de l'illicéité de l'acte posé en vertu de sa liberté particulière par application d'autres règles de droit positif.

Parfois, la loi protège elle-même une liberté spécifique en traçant une limite claire à celle d'autrui. Ainsi, la presse écrite ne peut connaître de censure en vertu de l'article 25 de la Constitution. Ainsi, la liberté de contracter et la liberté de commerce se voient limitées par la liste des clauses abusives à l'égard de leurs clients consommateurs. La liberté de concurrence est limitée par des règles spécifiques interdisant l'abus de position dominante etc.

Mais la plupart du temps, ce sont bien les devoirs spécifiques qui émergent de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil qui pourront seuls tracer les limites des libertés en conflit au travers d'une recherche d'équilibre imposée par les devoirs généraux mutuels de prise en compte des libertés d'autrui dans son propre comportement.

Notre analyse rejoint donc très exactement la tendance quasi-majoritaire des résolutions de conflits entre libertés civiles en droit positif. Le terrain de la responsabilité civile est, nous l'avons vu ¹⁵²⁶, celui sur lequel se résolvent, en droit positif, les conflits où interviennent une liberté civile.

Il s'ensuit également que l'on ne retrouve pas en cette matière les sanctions propres à l'opposabilité des droits subjectifs, indépendantes de la constatation d'un acte illicite. Si certaines lois allègent ou modalisent quelque peu les conditions strictes du droit commun de la responsabilité civile, l'atteinte aux libertés civiles d'autrui ne peut en réalité être sanctionnée que si elle révèle un caractère illicite ou fautif. Rien d'étonnant si nous en revenons aux caractéristiques et à la relativité de la qualification de liberté civile. L'acte posé en vertu d'une liberté civile étant légitimé *a priori* par la liberté consacrée par le droit objectif, il ne peut être remis en cause par le simple fait qu'il énerve la poursuite d'autres intérêts protégés par d'autres libertés civiles ou non. Ces atteintes sont inhérentes à la notion même de liberté civile. Elles sont inévitables. Mais il faut que ce faisant, le titulaire d'une liberté se comporte comme un titulaire normalement prudent et diligent, soucieux des libertés d'autrui.

1526. Cf. *supra*, n° 297.

317

L'atteinte à la liberté civile d'autrui : ni faute, ni dommage. Si l'atteinte fautive aux libertés d'autrui est le critère de partage des zones de légitimation reconnues par chaque liberté civile, il convient de remarquer que l'atteinte à une liberté civile n'est en elle-même ni constitutive d'une faute, ni révélatrice d'un dommage au sens des principes de la responsabilité civile.

La faute suppose que ses éléments constitutifs, déterminés par le droit commun ou par des législations spécifiques, soient constatés. L'atteinte aux libertés civiles d'autrui ne suffira pas dès lors qu'elle peut se justifier par l'exercice d'une autre liberté civile. Il faut que les circonstances de fait dans lesquelles elle prend place révèlent une conduite qui n'est pas celle de l'homme normalement prudent et diligent soucieux de maintenir un équilibre entre sa liberté et celle d'autrui. Il faut que cet acte soit imputable à son auteur.

Le dommage est également distinct de l'atteinte à la liberté civile d'autrui. Et cela pour les mêmes raisons qui nous avaient poussé à admettre que l'atteinte au droit subjectif d'autrui n'impliquait pas nécessairement un dommage¹⁵²⁷. Le dommage est une notion de fait qui peut trouver sa source dans l'atteinte à la liberté civile d'autrui. L'atteinte à l'intérêt protégé par la liberté civile peut provoquer un dommage matériel ou moral. Mais la constatation de l'existence d'un dommage obéit à ses conditions propres.

L'atteinte à la liberté civile est donc, comme l'atteinte au droit subjectif, un fait qui se situe entre la faute et le dommage.

Peut-on en règle considérer que l'atteinte consciente et volontaire à une liberté civile soit, comme c'est le cas pour les droits subjectifs, une faute spécifique¹⁵²⁸ ? La réponse doit être négative. La faute ne naît pas de la volonté consciente et volontaire de porter atteinte à la liberté d'autrui dès lors que celle-ci peut être légitimée par la liberté civile qui est exercée. Le commerçant qui refuse de contracter sait qu'il va porter atteinte à la liberté de contracter et à la liberté de concurrence du commerçant qui essuie ce refus. L'acte n'est cependant pas fautif car il est légitimé par sa liberté¹⁵²⁹.

Il est vrai cependant que si le tiers ne peut invoquer une liberté civile ou un intérêt légitime pour justifier l'atteinte qu'il porte aux libertés civiles

1527. Cf. *supra*, n^{os} 232 et s.

1528. Cf. *supra*, n^{os} 269 et s.

1529. Par contre, conformément au droit commun, si l'exercice d'une liberté civile ne vise exclusivement qu'à créer un dommage chez autrui, il y a dol et donc faute.

d'autrui, en posant une voie de fait par exemple, il commettra une faute, ou du moins un acte illicite. Mais ce n'est pas alors, dans notre logique, parce qu'il aura violé un devoir de respect qui s'imposait à lui *a priori*, mais parce qu'il ne peut justifier *a priori* l'atteinte ainsi posée et que l'équilibre ne peut se trouver que dans la prépondérance de la liberté civile, rien ne venant contrebalancer son effet spécifique. Là aussi, en réalité, le tiers n'a pas tenu compte de la liberté civile d'autrui et ne s'est pas comporté comme un homme prudent et diligent au vu des circonstances propres au conflit.

318

La réparation comme sanction de droit commun de l'opposabilité des libertés civiles. Si le droit commun de la responsabilité civile constitue la sanction de l'opposabilité des libertés civiles, alors la réparation est la sanction normale de l'atteinte illicite aux libertés civiles d'autrui.

Il faudra cependant pour l'obtenir que toutes les conditions de la responsabilité civile soient remplies : existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal. La réparation en nature peut alors être obtenue et, à tout le moins, l'allocation de dommages et intérêts.

Le problème qui subsiste est de savoir si le titulaire de la liberté civile peut demander au juge de condamner le tiers à la cessation de l'atteinte fautive à sa liberté. Le droit positif le permet assurément dans le cadre de l'action en responsabilité assimilant — à tort selon nous ¹⁵³⁰ — la cessation de l'atteinte illicite à une réparation en nature. Mais il faut alors également que toutes les conditions de la responsabilité soient remplies pour obtenir une telle sanction.

Dès lors que la liberté civile est comprise, nous l'avons vu, dans la notion de droit civil de l'article 144 de la Constitution du fait de son assimilation à un droit subjectif ¹⁵³¹, pourquoi ne pas admettre l'émergence d'une action spécifique permettant au titulaire de la liberté civile de demander la cessation de l'atteinte fautive à sa liberté civile ?

L'action en cessation naît, nous l'avons vu, de l'opposabilité spécifique du droit subjectif ¹⁵³². Elle garantit l'efficacité de cette opposabilité. Nous ne pouvons cependant transposer le raisonnement pour la liberté civile. Cette dernière n'est pas pourvue de cette opposabilité particulière. Au contraire, son opposabilité propre est dépendante des conditions de la responsabilité pour permettre la résolution du conflit. L'action qui la sanctionne ne peut donc être trouvée que dans l'action en responsabilité.

1530. Cf. *supra*, n^{os} 277 et s.

1531. Cf. *supra*, n^o 136.

1532. Cf. *supra*, n^o 228.

À défaut d'une opposabilité analogue au droit subjectif, la liberté civile ne se verra pas accorder une action spécifique en cessation indépendante de la constatation d'un acte illicite à la base de la violation de la liberté. Même si certaines actions en cessation sont organisées par la loi afin de mieux protéger telle ou telle liberté, leur mise en œuvre reste conditionnée par la constatation préalable d'un acte illicite, assimilable ou non à la faute des articles 1382 ou 1383 du Code civil. Ainsi en est-il, par exemple, de l'action en cessation organisée par la loi sur les pratiques du commerce qui vient sanctionner les atteintes illicites entre vendeurs dans l'exercice de leurs libertés de commerce, d'entreprendre ou de concurrence. Cela étant dit, le titulaire d'une liberté civile dont la violation ne se voit pas défendue par une action spécifique peut toujours avoir recours aux mesures provisoires afin de demander la cessation de l'atteinte illicite à sa liberté.

319

Le droit commun comme fondement des actions en cessation de la violation de l'opposabilité des libertés civiles. Dès lors que la liberté civile est gravement atteinte ou menacée par les agissements illicites certains — actuels ou futurs — d'un tiers, le titulaire de la liberté civile devra trouver dans le droit commun une défense de sa liberté.

Le titulaire de la liberté civile trouvera ainsi dans les actions en référé, ouvertes par le Code judiciaire, un premier moyen de défense à sa liberté civile.

Nonobstant le fait que la décision en référé est provisoire et qu'elle peut être utilisée pour prévenir l'atteinte illicite, les conditions de fond de l'action intentée par le titulaire de la liberté civile ne se départissent cependant pas nettement de toutes les conditions de la responsabilité civile.

Le demandeur ne pourrait se contenter de faire constater l'atteinte à sa liberté civile pour obtenir l'injonction de cessation. Il faut en effet, en outre, que l'atteinte à sa liberté apparaisse comme manifestement fautive au juge amené à statuer provisoirement. Cette condition, qui rejoint précisément les constatations faites dans l'étude du droit positif¹⁵³³, s'explique ici encore par la qualification de la liberté civile et son opposabilité particulière.

Le juge des référés ne peut donc pas, comme cela est révélé par une certaine jurisprudence relative aux demandes de mesures préventives en matière de presse¹⁵³⁴, se contenter d'une recherche d'équilibre des inté-

1533. Cf. *supra*, n° 297.

1534. Cf. *supra*, n° 297.

rêts en présence. Il doit, sous peine de dénaturer la liberté civile en cause, mettre en exergue la faute du tiers qui marque la rupture d'équilibre entre les libertés en conflit.

Cette mise en exergue d'une faute manifeste est donc une condition de fond des actions tendant à obtenir une injonction tendant à la cessation de l'atteinte à une liberté civile. L'avantage formel ainsi obtenu en terme de sécurité juridique et de diminution du risque de décisions arbitraires est important.

Une des objections émises dans le cadre de l'admissibilité des actions préventives en matière de presse était précisément le risque d'arbitraire qui, à raison, plane sur les décisions de justice dès lors que l'on accepterait de s'en remettre à la seule exigence de l'équilibre des intérêts pour la solution des conflits mettant en cause l'exercice de la liberté de la presse¹⁵³⁵. La marge de manœuvre laissée au juge peut en effet apparaître comme excessive si la recherche d'équilibre est la seule exigence de motivation qui s'impose à lui. Cette technique ne permet pas, par son manque de contenu *a priori* et par l'analyse en fait qui la gouverne, un contrôle serré de l'appréciation du juge. La notion de faute, par contre, est une notion juridique soumise au contrôle de la Cour de cassation, et entraîne par l'objet même de la motivation qui doit l'accompagner, une garantie d'objectivité bien plus grande.

L'existence d'un dommage certain, si pas actuel, est également une condition essentielle de l'action en référé. Elle ne provient du reste pas de

1535. Pour une telle critique, voy. J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *op. cit.*, p. 496 et 497, notamment : « Toutefois, dès que l'on tente de cerner de près les paramètres de cette mise en balance, la plus grande confusion s'installe rapidement. Quels intérêts « concrets » faut-il prendre en considération ? Ceux des parties à la cause exclusivement ou les intérêts collectifs concernés par la décision, les valeurs qui sous-tendent ces intérêts ou encore les exigences de l'intérêt général ? Et quel étalon adopter pour mesurer ou classer des intérêts aussi disparates lorsque les valeurs protégées sont davantage « morales » ou « sociales » que patrimoniales ? Comment réussir à placer sur les plateaux d'une même balance, par exemple, l'intérêt du public à prendre connaissance d'une information et l'intérêt de sauvegarder l'autorité du pouvoir judiciaire ou encore l'intérêt d'une personne à la protection de sa vie privée ou au respect de la présomption d'innocence ? Et quand bien même on aurait réussi ce tour de force, quel résultat donner à une telle pesée ? Faut-il, comme certains l'affirment, donner la préférence à l'intérêt « le plus lourd », ou bien, comme le pratiquent d'autres, privilégier l'aménagement d'une situation d'équilibre entre les intérêts bien compris ? Bref, une fois dissipées les dangereuses illusions de l'utopie positiviste, rien ne permet plus de distinguer la mise en balance ponctuelle des intérêts d'un pur et simple jugement de valeur, par lequel le magistrat exprime assurément ses préférences personnelles, idéologiques ou ses préjugés, mais qui ne peut prétendre à aucune validité scientifique, ni juridique. ».

la demande spécifique qui nous occupe mais se situe au cœur tant de la condition d'urgence que des conditions de fond communes à toute procédure en référé. Le juge des référés doit en effet, pour justifier sa saisine tout autant que la mesure ordonnée, motiver son office par le souci que la mesure demandée évite au demandeur d'avoir à subir un préjudice grave, voire irréparable. La doctrine a bien souligné que la pondération des intérêts en cause, en l'occurrence le dommage que risque de subir la victime en cas de non-intervention du juge opposé au dommage que la mesure risque de causer au défendeur lui-même si elle est prononcée, était un des critères essentiels de la décision à prendre au provisoire ¹⁵³⁶.

En outre, le titulaire de la liberté civile pourra également recourir à l'article 18 alinéa 2 du Code judiciaire afin de demander une mesure conservatoire par jugement déclaratif. La condition de l'action est ici la prévention de la violation d'un droit gravement menacé. La qualification utilisée qui vise seulement le droit subjectif ne nous paraît pas être un obstacle à une mesure de prévention à l'atteinte d'une liberté civile dès lors que, nous l'avons vu, le terme de droit subjectif en droit judiciaire reçoit une acception qui englobe celle de liberté civile ¹⁵³⁷.

320

Conclusions relatives à l'opposabilité des libertés civiles. Partant, comme pour les droits subjectifs, de la définition de l'opposabilité telle qu'avancée par José Duclos ¹⁵³⁸, il apparaît que les libertés civiles sont opposables à autrui en ce qu'elles sont douées d'un effet juridique propre à l'égard d'autrui.

L'effet direct de la liberté civile — ou sa relativité — existe à l'égard de son seul titulaire : la liberté lui procure une prérogative juridique constituée par la légitimation *a priori* d'actes posés ou non en vue de la réalisation de l'intérêt protégé par la liberté. En ce sens, le titulaire est seul « obligé » par les actes posés sous le couvert de sa liberté ¹⁵³⁹. Les tiers,

1536. Voy. par exemple, G. CLOSSET-MARCHAL, J. VAN COMPERNOLLE, « Examen de jurisprudence (1985 à 1998) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 152, n° 354 et p. 158 et s., nos 360 et s. ; P. MARCHAL, *Les référés*, in *Répertoire notarial*, t. XIII, livre VII, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 45 et s., n° 14.

1537. Cf. *supra*, n° 136.

1538. Pour rappel, l'effet de l'opposabilité est défini par José Duclos comme étant « le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte » (*L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, op. cit., p. 23, n° 2-2.).

1539. « [...] la relativité garantit aux personnes une liberté minimale, dans la mesure où en principe seule leur propre action peut les obliger directement, tandis que l'opposabilité consacre en droit l'interdépendance des individus inhérente à la vie en société. » (*ibid.*, p. 26, n° 4).

par contre, ne subissent que l'effet indirect de la liberté civile. Étrangers à la relation entre le titulaire de la liberté civile et son objet, ils ne sont tenus qu'au devoir de tenir compte de la liberté d'autrui dans l'exercice de leurs propres libertés.

La distinction entre l'effet relatif de la liberté civile et son opposabilité est sans doute éminemment particulière. C'est en effet le seul pouvoir juridique dont les limites internes ne peuvent se déduire avec précision que de son opposition à d'autres éléments de l'univers juridique. Si la liberté ne se procure réellement un contenu qu'au gré de son exercice et de sa perpétuelle opposition à d'autres libertés, il n'empêche que la prérogative qui en découle est propre à son titulaire qui jouit de son exercice. Opposer cette jouissance à autrui ne revient cependant pas à l'imposer *a priori*. Ce dernier voit certes là une limite à l'exercice de sa propre liberté, mais, précisément, c'est en terme de limite à ses propres prérogatives qu'est compris l'exercice par autrui d'une liberté qui s'y oppose. Chacun a le devoir de prendre en compte les libertés d'autrui, aucun n'a la prérogative d'imposer *a priori* et sans justification le respect de l'exercice propre de sa liberté.

L'opposabilité des libertés civiles n'est donc pas identique à celle des droits subjectifs. Cette constatation faite au départ des définitions usuelles des concepts nous conforte dès lors dans l'idée que la distinction entre ces deux concepts est justifiée. Ils ne peuvent se confondre dès lors que leurs effets à l'égard des tiers sont différents.

Ces effets sont du reste à la base d'un changement de mode de résolution des conflits dans lesquels interviennent les droits subjectifs et les libertés civiles. À l'imposition des droits subjectifs, répond l'équilibre des libertés civiles.

Conclusion

De l'opposabilité des libertés civiles à l'équilibre comme mode de résolution de conflits

321. L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense des libertés civiles – 322. L'opposabilité, fondement des sanctions de l'atteinte illicite aux libertés civiles – 323. Les apports de la construction proposée – 324. L'équilibre des libertés comme mode de résolution de conflits propres aux libertés civiles – 325. Les limites de l'équilibre comme mode de résolution des conflits de libertés civiles – 326. La définition de la liberté civile

321

L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense des libertés civiles. Au départ de la définition et des caractéristiques des libertés civiles, telles qu'arrêtées provisoirement dans la première partie de cette étude, nous avons systématisé la « face externe » des libertés civiles pour tenter de comprendre quelle force de rayonnement juridique cette qualification impliquait à l'égard des tiers.

Appliquant les vecteurs juridiques de la relation à autrui déjà utilisés pour les droits subjectifs — opposabilité et responsabilité — la face externe de la liberté civile apparaît plus complexe et relative que celle reconnue précédemment aux droits subjectifs.

Partant de la description du lieu de la relativité de la liberté civile, nous avons circonscrit le pouvoir interne des libertés civiles. La liberté civile légitime des actes ou abstentions propres à servir un intérêt dont la satisfaction est le but même de la reconnaissance de la liberté civile. Cette force de légitimation est inhérente à la reconnaissance de toute liberté civile par le droit objectif. La face interne de la liberté civile présente cependant des caractéristiques distinctes de celles des droits subjectifs.

La liberté civile apparaît comme une notion ouverte à la réception de l'opposabilité des autres qualifications juridiques étudiées. Contrairement aux droits subjectifs, la reconnaissance du pouvoir juridique qui en forme le contenu n'est pas fondée sur l'exclusion d'autrui. Attribuée à tous, elle n'implique pas de diminution corrélative de pouvoir dans le chef d'autrui. Elle n'influe pas *a priori* sur la légitimité des actes d'autrui qui lui serait reconnue par le droit objectif : la reconnaissance d'une liberté civile n'empêche nullement la poursuite par autrui de ses propres intérêts, que ceux-ci soient protégés ou non par une liberté civile.

Exercées par tous en vue de la satisfaction d'intérêts propres, les libertés civiles impliquent dans leur mise en œuvre par leurs titulaires des immixtions incessantes dans le champ d'action d'autrui, légitimées par leurs propres libertés civiles. Ces immixtions sont légitimes *a priori* mais créent des conflits entre les titulaires des différentes libertés civiles qui désireront souvent obtenir un maximum de satisfaction dans la poursuite de leurs intérêts. Ces conflits, rendus possibles par la reconnaissance même des libertés civiles, doivent recevoir une solution sous peine de voir la vie en société impossible. L'effet d'opposabilité des libertés civiles est le moteur de la réalisation de leur nécessaire coexistence.

La liberté civile comprend néanmoins un pouvoir juridique reconnu à son titulaire. L'attribution égalitaire des libertés ne peut être niée par les tiers qui ne trouveront pas dans leur propre pouvoir une justification nécessaire pour fonder la confiscation à leur profit de la liberté civile d'autrui. La prédominance d'une liberté civile sur une autre n'est possible que dans le cadre limité d'un conflit circonstancié dont la solution n'exprimera que la résultante logique du jeu d'opposabilité des pouvoirs en conflit. Elle ne peut pas plus être refusée et aliénée volontairement par son titulaire en dehors d'une limitation d'exercice dont l'admissibilité doit être vérifiée à l'aune du caractère d'ordre public de son attribution et de la force de la légitimité des pouvoirs de celui qui bénéficiera de la limitation de la liberté en cause. Nous y avons vu l'effet général d'opposabilité des libertés civiles.

L'opposabilité spécifique qui, selon nous, doit être reconnue aux libertés civiles devait tenir compte de ces constatations premières. Porteuse d'un devoir de prise en compte à l'égard d'autrui, la liberté civile produit des effets permettant tant l'émergence des conflits inhérents à l'ouverture sur autrui qui lui est propre que la recherche d'une solution à ces conflits sur une base cohérente et logique. Le devoir de prise en compte des libertés civiles d'autrui implique une recherche d'équilibre entre la satisfaction des intérêts contradictoires des titulaires de libertés civiles en exercice. L'équilibre des libertés civiles est le mode de résolution de conflits induit des devoirs de prise en compte qui s'entrechoquent. La recherche d'un équilibre concret des pouvoirs reconnus par le droit objectif passe par la détermination de comportements particuliers qui s'imposent, au vu des circonstances propres à chaque conflit, comme garants de l'attribution égalitaire — et abstraite — de chaque liberté civile. C'est alors la violation de ce devoir qui marque la rupture d'équilibre. Un équilibre sans cesse changeant et mouvant en fonction des circonstances de fait et de droit propres à chaque conflit.

Limité par le respect d'un comportement déterminé induit de la nécessaire prise en compte des libertés civiles d'autrui, l'agissement du tiers qui

rompt l'équilibre des libertés civiles trouve sa sanction naturelle dans la constatation de l'illicéité de son comportement et de l'application des principes de responsabilité civile, sauf dérogation particulière par la loi.

La cessation de l'atteinte aux libertés civiles est dès lors conditionnée par la constatation de l'illicéité de l'acte attentatoire du tiers. Elle peut être demandée tant dans le cadre d'une action au fond en responsabilité que dans une action en référé de droit commun ayant spécifiquement cet objet.

La responsabilité de l'atteinte illicite à la liberté civile d'autrui est quant à elle entièrement comprise dans le devoir de réparation qui en découle, pour autant que toutes les conditions de la responsabilité civile soient remplies.

Émerge ainsi, un modèle théorique cohérent et logique de défense de toute liberté civile. Il est cohérent et logique car il est respectueux des caractéristiques particulières de l'effet interne des libertés civiles et de leur mode spécifique d'attribution. Il permet, dans ce cadre, au titulaire de chaque liberté civile de voir le pouvoir issu de sa liberté protégé à l'égard des agissements des tiers dans le nécessaire respect des pouvoirs dont ces derniers bénéficient également en vertu du droit objectif.

322

L'opposabilité, fondement des sanctions de l'atteinte illicite aux libertés civiles. Tout comme dans la recherche des effets externes des droits subjectifs, l'opposabilité apparaît comme étant la clé de compréhension de l'effet juridique des libertés civiles à l'égard des tiers.

La corrélation entre l'opposabilité et la relativité de la liberté civile apparaît avec autant de force que dans l'analyse du droit subjectif. Une continuité et une cohérence logique naissent du rapprochement de ces deux éléments : la portée de l'opposabilité de la liberté civile se détermine au départ de l'analyse de son effet interne. La non-exclusivité du pouvoir interne — et son corollaire, l'attribution égalitaire des libertés civiles — constituent les éléments pivots permettant d'expliquer et de justifier l'effet d'opposabilité distinct entre les droits subjectifs et libertés civiles.

C'est de l'attribution égalitaire des libertés civiles que se nourrit leur lien avec l'ordre public et les limites générales relatives à la disponibilité des libertés civiles et la relativité incessante des limites des libertés civiles. C'est en raison de l'objet propre des droits subjectifs, une chose ou une prestation extérieure au sujet — qu'une distribution inégalitaire des droits subjectifs s'impose et qu'apparaît leur caractère exclusif et le surplus de pouvoir dont bénéficient leurs titulaires à l'égard des tiers tenus de les respecter.

C'est en raison de l'absence d'exclusivité qu'un devoir de prise en compte des libertés civiles se substitue au devoir strict de respect des droits subjectifs. Par là également se justifie les différences de protection observées par l'étude du droit positif. Alors que l'on reconnaît traditionnellement au droit subjectif une action en cessation propre sanctionnant son atteinte indépendamment de toute faute dans le chef du tiers, toute sanction de l'atteinte à la liberté civile est dépendante d'un comportement fautif ou illicite dûment constaté dans le chef du tiers. Alors que les conditions de la responsabilité sont au cœur de l'opposabilité des libertés civiles, permettant seules de tenir compte de la coexistence de différents pouvoirs légitimés par le droit objectif, l'opposabilité des droits subjectifs présente une indépendance à l'égard des règles de responsabilité civile. Alors que le jeu de l'opposition des libertés civiles se fait, sauf dérogation expresse prévue par la loi, en application des conditions de la responsabilité civile, l'opposabilité spécifique des droits subjectifs crée une catégorie particulière de faute.

L'opposabilité apparaît donc comme le critère de distinction des deux qualifications dans leurs effets juridiques à l'égard des tiers.

323 Les apports de la construction proposée. Les apports de la construction proposée apparaissent alors.

Comme nous le pressentions à la fin de la première partie de cette étude, l'analyse de la relation à autrui permet de distinguer les deux qualifications étudiées et d'avaliser des régimes de protection distincts en fonction de chacune des qualifications. Il ne s'agit certes pas d'une révolution. La distinction des régimes de protection entre les deux qualifications apparaît déjà dans l'analyse du droit positif. Mais en l'absence de tentative de justification, ces régimes évoluent à l'heure actuelle de manière incohérente, incertaine et hésitante de sorte qu'ils sont souvent assimilés et confondus.

L'analyse de l'effet externe des droits subjectifs permet également, *a posteriori*, de renforcer les distinctions mises en avant par la théorie générale du droit et de préciser les définitions des concepts retenus. Nous verrons qu'en réalité c'est tout le processus de qualification des pouvoirs en cause qui sera facilité par la construction qui se met en place. L'effet externe du pouvoir, dont la qualification serait mise en doute, apparaît en effet comme un critère, parmi d'autres, de la qualification.

L'appréhension des qualifications par leur effet externe permet également d'asseoir les régimes de protection sur un fondement spécifique et d'établir des règles propres permettant d'en comprendre la portée prati-

que. Le débat n'est pas seulement théorique. La qualification implique des effets juridiques propres.

L'effet d'ordonnancement induit de notre analyse permet également d'appréhender de manière systématique les conflits entre les qualifications analysées. Le conflit ne se traduit pas seulement par la qualification particulière reconnue aux pouvoirs qui s'opposent mais également au travers des modes de résolution qui leur sont propres. Ainsi, en cas de conflits entre un droit subjectif et une liberté civile apparaît une opposition entre deux modes de résolution de conflits : l'imposition et l'équilibre. Cette nouvelle approche des conflits nous permettra dès lors, dans une ultime étape, de déterminer, pour chaque conflit, une solution adaptée et justifiée dans une cohérence globale.

324

L'équilibre des libertés comme mode de résolution de conflits propres aux libertés civiles. L'équilibre des libertés civiles s'impose comme un mode de résolution de conflit particulièrement adapté aux libertés civiles.

La recherche d'un équilibre entre les libertés qui s'opposent permet de traduire leur caractère relatif et l'absence de toute prépondérance *a priori* d'une liberté civile sur une autre. La recherche d'équilibre suppose l'admission *a priori* de la légitimité des actes pris sous le couvert de chacune des libertés civiles. Elle suppose, pour départager leur titulaire, l'analyse des intérêts qui s'opposent dans le cadre d'un conflit spécifique strictement délimité par les circonstances de fait dans lequel il intervient. Le juge devra dès lors jauger abstraitement des intérêts et valeurs protégées par chacune des libertés en déterminant des sphères d'actions *a priori* légitimes pour chacun des protagonistes. Il devra ensuite vérifier tant la concordance des intérêts particuliers poursuivis dans le contexte spécifique du conflit à l'égard de ces sphères d'action posées que jauger l'importance qu'il convient d'accorder à chacun de ces intérêts. Il pourra ensuite déterminer sur cette base la conduite normalement attendue de l'homme prudent et diligent confronté au conflit en cause et vérifier si l'un des deux protagonistes s'en est départi.

Nous sommes dès lors très loin de la logique de l'imposition des droits subjectifs. Cette dernière est plus simple à mettre en œuvre. Nul besoin d'une pondération des intérêts qui s'opposent. La qualification elle-même la résout par l'exclusion des libertés civiles et intérêts d'autrui. Si la question de la faute du tiers se pose néanmoins, c'est alors au départ de la vérification de critères spécifiques arrêtés au préalable — l'atteinte consciente et volontaire — ou au travers des seuls critères traditionnels de la faute. Nous verrons cependant que *in fine*, un dernier contrôle

s'imposera néanmoins, en guise de correcteur de l'automatisme que peut présenter la solution aux conflits de droits subjectifs.

325 Les limites de l'équilibre comme mode de résolution des conflits de libertés civiles. L'équilibre des libertés civiles pose néanmoins encore question à ce stade du développement de notre construction.

Si l'équilibre apparaît comme justifié en cas de conflits de libertés civiles, il ne répond pas, en lui-même, à la question de savoir comment résoudre le conflit où interviennent des qualifications différentes. Le conflit entre droit subjectif et libertés civiles s'éclaire certes de manière logique. Le droit subjectif l'emporte normalement sauf correctif. Mais celui pouvant exister entre une liberté civile et un intérêt légitime apparaît moins clairement. C'est que, pour le résoudre, il nous faudra encore appliquer à l'intérêt légitime, le même prisme d'analyse que celui utilisé pour les deux autres qualifications.

Il sera également nécessaire d'approfondir la manière dont l'équilibre doit être établi par celui qui est confronté au conflit. C'est que les modes de résolution de conflit que nous cherchons à mettre en avant sont, dans leur mise en œuvre, largement dépendants des qualifications en cause dans chaque conflit. Il faut donc se garder, à ce stade, de conclusions hâtives au regard de l'analyse d'une seule qualification.

326 La définition de la liberté civile. L'analyse de l'opposabilité des libertés civiles nous permet d'affiner quelque peu la définition provisoire de la liberté civile telle que retenue à la fin de la première partie de cette étude.

Cette dernière énonçait que *la liberté civile est le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel, il reçoit du droit objectif, les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers.*

Fort des développements qui précèdent, il nous paraît utile d'insérer dans cette définition le principe d'attribution égalitaire qui, nous l'avons vu, est à la base de l'opposabilité des libertés civiles. En outre, il est nécessaire d'y introduire le rapport entretenu par la liberté civile à la faute.

Nous proposons dès lors la définition suivante : *la liberté civile est le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué également par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but. Le droit objectif accorde dans le même temps à son titulaire le pouvoir de s'opposer aux atteintes illicites des tiers au moyen de l'action en responsabilité civile ou d'une action spécialement réglementée.*

L'effet sur autrui de la qualification d'intérêt légitime

Chapitre 1

L'opposabilité des intérêts légitimes

327. L'intérêt légitime au centre des relations à autrui (rappel) – 328. L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe de l'intérêt légitime ? – 329. Plan du titre

327

L'intérêt légitime au centre des relations à autrui (rappel). L'étude des effets juridiques de l'intérêt légitime à l'égard d'autrui est largement facilitée par les constatations déjà effectuées au fur et à mesure de l'avancement de notre raisonnement.

Nous avons déjà mis en évidence, dans la première partie de cette étude, la remarquable prise d'indépendance de l'intérêt à l'égard du droit subjectif. Il nous était apparu, au regard des évolutions du droit positif, que l'intérêt légitime était devenu le vecteur du rapport à autrui¹⁵⁴⁰. Pas de théorie en droit positif réglementant les relations à autrui sans apparition de l'intérêt légitime et de sa nécessaire prise en compte. Les théories de la responsabilité civile, les principes de bonne foi, d'interdiction de l'abus de droit, etc., dévoilent tous un devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui et cela, quel que soit *a priori* le pouvoir reconnu par le droit objectif à la personne qui s'y oppose¹⁵⁴¹.

Le lien entre la violation de l'intérêt légitime et l'illicéité du comportement ayant causé l'atteinte nous est également apparu¹⁵⁴². L'intérêt légitime pourra souvent être bafoué par autrui. Pourtant une limite appa-

1540. Cf. *supra*, n^{os} 129 et 177.

1541. Cf. *supra*, n^{os} 138 et s.

1542. Cf. *supra*, n^{os} 138 et s.

raît, quelle que soit la situation de la personne qui y porte atteinte : elle ne peut, ce faisant, commettre un acte illicite constitutif d'une faute au sens des principes de responsabilité civile, d'un comportement contraire à la bonne foi, d'un abus de droit, etc. Plus qu'en toute autre matière, l'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui paraît liée aux principes de la responsabilité civile. Celle-ci ne constitue-t-elle pas la définition abstraite généralement acceptée du dommage ¹⁵⁴³ ? Dans le même temps, la notion d'intérêt légitime, par le biais des théories de droit positif qui imposent sa prise en compte, paraît se rapprocher de la notion de faute. Étrange concept qui semble, plus que tout autre, échapper aux essais de classification.

C'est pourtant à cette tâche que nous nous attelons maintenant. Si l'intérêt légitime paraît impliquer un devoir de prise en compte à l'égard d'autrui, comment en comprendre la portée ? Comment justifier ce devoir au regard de l'effet d'opposabilité des autres qualifications étudiées, à savoir le droit subjectif et la liberté civile ? Comment, surtout, comprendre que, dans certaines circonstances, son atteinte doit être considérée comme légitime et dans d'autres pas ? Comment justifier, enfin, que nonobstant la géométrie variable qui paraît reconnue à ce devoir, nous retrouvions toujours les principes de la responsabilité civile ?

328

L'opposabilité, instrument de technique juridique traduisant le pouvoir externe de l'intérêt légitime ? Une autre constatation importante que nous avons faite précédemment était relative à l'absence de pouvoir reconnu *a priori* par le droit objectif au porteur de l'intérêt légitime ¹⁵⁴⁴.

Au contraire des droits subjectifs et des libertés civiles, le porteur de l'intérêt légitime ne voit pas *a priori* ses actes ou la défense de son intérêt couverts par une légitimité de principe accordée par le droit objectif. Mais pour déterminer le plus exactement possible la face externe de l'intérêt légitime, il convient de partir à la recherche de sa face interne.

Si l'intérêt légitime se trouve au centre de toute relation à autrui, il convient de déterminer quel est le moteur de son opposabilité. Nous avons vu, en effet, que l'opposabilité est une notion corrélatrice à la relativité des qualifications étudiées ¹⁵⁴⁵. Nous avons du reste trouvé dans la face interne des droits subjectifs et libertés civiles, les principes explicatifs de leur opposabilité.

Le problème à résoudre à l'égard de l'intérêt légitime se pose, dès lors, différemment. Si nous comprenons bien que, *a priori*, l'étude du droit

1543. Cf. *supra*, n° 189.

1544. Cf. *supra*, n° 176.

1545. Cf. *supra*, nos 185 et 186.

positif paraît révéler un devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui dans le chef des tiers, ce dernier ne peut trouver son origine dans un élément de pouvoir identifiable. L'intérêt légitime n'apparaît face à autrui que lors d'un conflit où, précisément, le porteur de l'intérêt légitime demande que son intérêt soit pris en compte, voire soit respecté par autrui. Il conviendra de comprendre où se situe le déclencheur de son opposabilité et comment, dès lors, doit se comprendre sa face interne.

329

Plan du titre. Contrairement aux deux titres précédents, nous ne commencerons pas notre analyse par un état du droit positif. L'étude préalable effectuée lors de la première partie de cette étude offre en effet suffisamment d'éléments pour tenter de comprendre comment l'intérêt légitime interagit avec autrui ¹⁵⁴⁶.

Le premier chapitre est consacré à la recherche de l'effet d'opposabilité de l'intérêt légitime. Nous rechercherons directement dans une première section le fondement et la justification de l'effet d'opposabilité de l'intérêt légitime, déjà constaté précédemment. Dans une seconde, nous nous demanderons quels sont le régime et la portée de cette opposabilité.

Le second chapitre analyse la responsabilité civile du tiers qui porte atteinte à un intérêt légitime.

Section 1

Le fondement de l'opposabilité des intérêts légitimes

330. La recherche de la face interne de l'intérêt légitime – 331. L'opposabilité de l'intérêt légitime comme possibilité de sa prise en compte dans les relations à autrui – 332. Le devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui par application de règles extérieures à l'intérêt légitime – 333. La relativité des devoirs de prise en compte des intérêts d'autrui – 334. La pondération des intérêts comme mode de résolution des conflits propre aux intérêts légitimes – 335. Conclusion quant au fondement de l'opposabilité des intérêts légitimes

330

La recherche de la face interne de l'intérêt légitime. L'intérêt légitime comporte une double composante : l'intérêt et son caractère de légitimité.

L'intérêt nu dont la prise en compte n'est pas imposée par la loi au sens large ou qui n'est pas protégé par la qualification de droit subjectif ou

1546. Cf. *supra*, n^{os} 130 à 149.

de liberté civile, paraît bien relever du non-droit. Son porteur recherche, consciemment ou non, des avantages et tente d'éviter des désavantages au gré de sa conduite. Mais, *a priori*, ces recherches paraissent non juridiques dans le sens où le droit objectif ne s'en occupe pas.

C'est le caractère de légitimité de l'intérêt, reconnu par une instance de contrôle, essentiellement juridictionnelle, qui lui permet d'entrer dans la juridicité¹⁵⁴⁷. Le porteur de l'intérêt ne peut plus en obtenir la satisfaction qu'il en attend, à tort ou à raison. Il cherche alors à forcer sa prise en compte par le tiers qui ne s'en soucie guère. Il doit nécessairement obtenir la confirmation de sa légitimité, du moins implicitement, lorsque cette légitimité n'est ni contestée par l'autre partie au conflit ni soulevée d'office par le juge dans les cas où l'illégitimité relèverait de l'ordre public.

C'est donc, selon nous, dans la légitimité que doit être recherché le premier moteur de l'opposabilité de l'intérêt. Par sa légitimité, l'intérêt entre dans l'arène juridique et produit par ce fait un certain effet juridique qu'il convient de préciser.

L'intérêt nu est non juridique. À l'absence de toute reconnaissance *a priori* par le droit objectif répond une absence d'effet juridique à l'égard des tiers. L'intérêt ne prend un contenu juridique que par l'existence d'un conflit et la reconnaissance de son caractère légitime. Par la suite, la satisfaction ou l'absence de satisfaction de l'intérêt peut produire un effet corrélatif à l'égard des tiers.

L'intérêt légitime n'est cependant pas définissable en termes de pouvoir juridique. À l'intérêt légitime ne correspond pas directement de devoir dans le chef des tiers eu égard à la reconnaissance *a priori* d'un pouvoir qui en formerait le contenu. L'intérêt n'est en soi qu'un élément de fait dont la légitimité donne accès à la juridicité.

331

L'opposabilité de l'intérêt légitime comme possibilité de sa prise en compte dans les relations à autrui. La reconnaissance de la légitimité d'un intérêt n'emporte pas en soi, en cas de conflit, celle de sa prépondérance sur les intérêts légitimes, libertés civiles ou droits subjectifs auxquels il est opposé.

L'intérêt légitime ne voit pas nécessairement sa satisfaction imposée par le droit. La légitimité de l'intérêt lui permet, tout au plus, de se voir reconnaître une protection. L'exemple du conflit entre droit subjectif et intérêt légitime est éclairant. L'exercice d'un droit implique nécessairement le sacrifice de certains intérêts légitimes d'autrui. Ce sacrifice est

1547. Cf. *supra*, n^{os} 169 à 175.

une conséquence nécessaire de la reconnaissance du droit subjectif par le droit objectif. Le titulaire du droit peut nuire à autrui en raison du pouvoir contenu dans son droit et de son opposabilité particulière à l'égard du tiers. De même, la reconnaissance d'un intérêt légitime quant à l'intentement d'une action n'entraîne aucun préjugement sur le fond du litige : on peut avoir intérêt à introduire une action sans obtenir le bénéfice recherché au travers celle-ci.

L'effet juridique premier de l'intérêt légitime n'est donc pas de créer un devoir particulier à l'égard des tiers. Il ne trouve pas en sa face interne un élément permettant de fonder et justifier un tel devoir.

S'il ne crée pas de devoir, l'intérêt légitime doit se voir reconnaître, de par son existence même, un effet juridique particulier. Par le fait de sa légitimité, il existe juridiquement parlant. Cette existence est un fait qui ne peut être nié par autrui. À partir de ce moment, l'intérêt légitime est un fait dont on peut tenir compte dans la relation à autrui. Pas au sens d'un devoir de prise en compte comme dégagé ci-avant dans les conflits de libertés civiles. L'intérêt légitime n'impose pas en lui-même aux titulaires de droits subjectifs ou de libertés civiles de modifier *a priori* leurs comportements pour permettre tout ou partie de la satisfaction de l'intérêt légitime d'autrui. Ce dernier ne permet pas de limiter les droits subjectifs et libertés civiles d'autrui. Mais l'absence de satisfaction de l'intérêt légitime par son porteur, du fait de l'acte accompli sous le couvert du droit subjectif ou de la liberté civile, est un fait auquel le droit objectif peut accorder des effets particuliers.

Nous pouvons, dès lors, percevoir une distinction nette entre l'opposabilité de l'intérêt légitime, d'une part, et l'opposabilité des droits subjectifs et libertés civiles, d'autre part. Par le lien que ceux-ci entretiennent avec le droit objectif qui les consacre, ils rayonnent par le biais de devoirs s'imposant *a priori* aux tiers. Un lien identique ne se retrouvant pas entre l'intérêt légitime et le droit objectif, aucun fondement ne peut être trouvé dans l'intérêt légitime pour créer des devoirs corrélatifs à son existence à l'égard des tiers. Le droit objectif ne lui accorde qu'un rayonnement juridique limité : celui d'exister et de constituer une notion juridique. Cette dernière peut alors, le cas échéant, faire l'objet de l'application d'autres règles lui reconnaissant des effets juridiques spécifiques.

Le devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui par application de règles extérieures à l'intérêt légitime. L'intérêt ne pouvant s'imposer à autrui par le seul fait de la constatation de sa légitimité, il ne peut être porteur de certains devoirs que par l'application d'autres règles juridiques s'imposant aux conflits où il apparaît.

Ces règles sont en réalité multiples et peu homogènes. Nous les avons déjà abordées dans la première partie de cette étude ¹⁵⁴⁸.

Au premier rang de celles-ci apparaissent les principes de la responsabilité civile. La violation de l'intérêt légitime d'autrui est majoritairement perçue comme définissant le dommage dont on peut demander réparation ¹⁵⁴⁹. À ce stade, la prise en compte de l'intérêt d'autrui s'effectue seulement au niveau de la conséquence d'un acte éventuellement fautif. Mais la faute ne peut naître de la constatation de l'existence du dommage et donc de la contrariété de l'acte à l'intérêt d'autrui. C'est alors l'existence ou non d'une faute qui détermine, par voie de conséquence mais en toute indépendance, s'il y a prise en compte de l'intérêt d'autrui. Le dommage constaté suite à la violation de l'intérêt d'autrui ne donne lieu à réparation que par la constatation préalable d'une faute. En ce sens, c'est la faute qui détermine si et dans quelle mesure l'intérêt légitime doit être pris en considération dans le rapport à autrui.

La prise en compte des intérêts d'autrui dans l'application des principes de responsabilité civile s'impose aussi pour une autre raison. Certains admettent de voir émerger des devoirs spécifiques dont la violation sera considérée comme fautive, devoirs ayant comme objet l'absence d'égard aux intérêts d'autrui ¹⁵⁵⁰. C'est notamment le cas lorsque l'on considère la théorie de la bonne foi comme comprise dans la théorie de la responsabilité civile ou lorsque l'idée d'un principe général de droit du respect dû aux attentes légitimes d'autrui est défendue. La perspective de l'intérêt légitime se déplace ici de la notion de dommage vers la notion de faute. Le comportement de l'homme normalement prudent et diligent impliquerait, en lui-même, la prise en considération de l'intérêt d'autrui à l'aune des circonstances de fait du litige en cause.

La même perspective se dégage des théories de la bonne foi et de l'abus de droit. La prise en compte de l'intérêt d'autrui serait au cœur de ces théories en tant que fondement de celles-ci ¹⁵⁵¹.

En ce qui concerne la théorie de la bonne foi, l'idée est aujourd'hui clairement exprimée dans la thèse de Jean-François Romain ¹⁵⁵², mais se décelait déjà avant lui dans d'autres études relatives à ce sujet ¹⁵⁵³. La

1548. Cf. *supra*, n^{os} 130 à 149.

1549. Cf. *supra*, n^{os} 138 et 189.

1550. Cf. *supra*, n^{os} 130 et s.

1551. Cf. *supra*, n^{os} 141 et s.

1552. Cf. *supra*, n^o 145.

1553. Cf. *supra*, n^o 144.

nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui exprimerait le principe fondateur de la théorie de bonne foi.

En ce qui concerne la théorie de l'abus de droit, la responsabilité du titulaire du droit subjectif se fonde également sur une absence de prise en compte excessive de l'intérêt d'autrui¹⁵⁵⁴. Celle-ci s'exprime avec une force particulière dans le critère de proportionnalité permettant, à l'aune des intérêts concrets poursuivis par chaque partie, de s'opposer à un acte infligeant au porteur d'un intérêt légitime un dommage sans rapport de proportion avec l'avantage que l'acte litigieux procure au titulaire du droit subjectif¹⁵⁵⁵.

Nous ne prétendons du reste pas avoir fait le tour des règles de droit objectif permettant la prise en compte des intérêts d'autrui dans le comportement des individus. Le fait est que de telles règles existent. Et elles agissent en s'appliquant aux acteurs de la vie juridique sans s'appuyer *a priori* sur un devoir né de la qualification même d'intérêt légitime.

333

La relativité des devoirs de prise en compte des intérêts d'autrui. Dans la foulée, il convient de remarquer que la portée des devoirs de prise en compte des intérêts légitimes d'autrui est indéterminée.

Il ne s'agit pas d'affirmer un devoir strict de respect comme celui naissant de l'opposabilité des droits subjectifs. Il ne s'agit même pas d'un devoir de prise en compte comparable à celui naissant de la liberté civile. La prise en compte n'est pas l'objet d'un devoir qui s'impose *a priori* aux tiers au départ de la qualification d'intérêt légitime. Il s'agit de règles ouvertes imposant la recherche, au cas par cas, de l'existence de devoirs spécifiques imposés aux uns en vue de la protection des intérêts des autres, apparaissant ou non, au vu des circonstances de fait propres à chaque litige. Impossible donc d'affirmer d'entrée de jeu que les titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles doivent, *in abstracto*, respecter les intérêts légitimes d'autrui. L'affirmation n'a pas de sens puisque chacun des deux concepts va inférer nécessairement une contradiction légitime aux intérêts d'autrui.

En réalité, lorsque le droit objectif n'impose pas, par une protection particulière, le respect d'un intérêt légitime, il opère — comme l'a souligné François Ost¹⁵⁵⁶ — par le biais de normes ouvertes, de standards de comportement, qui permettent la prise en compte de l'intérêt légitime

1554. Cf. *supra*, n° 141.

1555. Cf. *supra*, n° 142. Sur la portée du critère de proportionnalité, cf. *infra*, n°s 338 et s. et n°s 372 et s.

1556. Cf. *supra*, n° 127.

d'autrui sans nécessairement l'imposer. L'existence de ces normes est confirmée par l'étude du droit positif : les manifestations les plus marquantes de la prise d'indépendance de l'intérêt légitime s'effectuent par l'application de telles règles : le standard du bon père de famille, du *bonus vir*, de la pratique honnête en matière commerciale, etc.

Le devoir de prise en compte d'autrui est relatif. Il varie nécessairement en fonction des circonstances propres à chaque conflit dans lequel apparaît un intérêt légitime. Il n'est donc pas interdit de porter atteinte aux intérêts légitimes d'autrui. On ne peut cependant y porter atteinte de manière illicite, c'est-à-dire en contradiction avec l'application des règles de droit pouvant imposer, au cas par cas, la prise en compte de ces intérêts légitimes. Cette relativité va, dès lors, se marquer par un mode de résolution de conflit particulier : la pondération des intérêts.

334

La pondération des intérêts comme mode de résolution des conflits propres aux intérêts légitimes. La théorie générale affirme que le mode de régulation des intérêts passe nécessairement par une méthode de balance ou de pondération des intérêts¹⁵⁵⁷.

Notre analyse par le prisme de l'opposabilité de l'intérêt le confirme. Si l'intérêt ne peut s'imposer de lui-même, s'il ne doit être pris en compte que par l'application de règles de droit extérieures prenant la forme ouverte de standards de comportement dont la détermination ne s'effectue qu'au gré des circonstances de fait, le conflit ne peut se résoudre sans une pondération des intérêts et pouvoirs qui s'opposent. C'est en effet de cette pondération que naîtront les devoirs éventuels de prise en compte des intérêts d'autrui.

Au sens de pondération, nous entendons ici une pesée des intérêts qui s'opposent en vue de constater leur poids et valeur respectifs dans le conflit en cause. Il ne s'agit donc que de caractériser quantitativement et qualitativement chaque intérêt en conflit. La conclusion de la pondération peut être la prédominance de l'un sur l'autre. Elle peut également ne pas déboucher sur un tel constat et admettre la non-prédominance de l'un sur l'autre.

La pondération des intérêts est moins précise que les autres modes de résolution de conflit déjà rencontrés. L'imposition porte en elle-même la résolution du conflit en donnant l'avantage au droit subjectif sur les intérêts légitimes opposés. L'équilibre impose une recherche de solution permettant aux deux libertés civiles qui s'opposent de s'exprimer tout en

1557. Cf. *supra*, n° 123 et s.

fixant une limite à ne pas franchir. La pondération au sens où nous l'entendons est plus ouverte quant au résultat à atteindre. Elle n'impose en réalité pas de résultat en dehors de celui qui surgira de l'appréciation en fait et en droit des intérêts qui s'opposent. Nous verrons du reste que chaque raisonnement induit de la reconnaissance de l'application de l'un de ces modes de résolutions de conflit est distinct ¹⁵⁵⁸.

335

Conclusion quant au fondement de l'opposabilité des intérêts légitimes. L'opposabilité des intérêts légitimes est réduite. Elle n'exprime qu'une possibilité de prise en compte de ceux-ci par autrui. Il ne naît pas de la relativité de l'intérêt légitime un devoir de respect ou de prise en compte corrélatif.

La possibilité de prise en compte des intérêts d'autrui ne naît que par application d'autres règles de droit, agissant sous la forme de standards de comportement, au gré de chaque conflit et à la lumière des circonstances de fait et de droit propres à chacun.

Afin de déterminer si un devoir de prise en compte existe et a été violé par un tiers, une pondération des intérêts en présence est nécessaire. C'est cette pondération qui va donner assise au comportement déterminé exprimant, le cas échéant, la portée d'un devoir de prise en compte et d'égard aux intérêts légitimes d'autrui.

Il convient cependant de nous attarder sur la manière dont cette pondération va se mettre en œuvre face à l'effet d'opposabilité propre aux deux autres qualifications étudiées. Nous arriverons alors à cerner le régime de l'opposabilité de l'intérêt légitime.

Section 2

Le régime de l'opposabilité de l'intérêt légitime

336. Un régime d'opposabilité de l'intérêt légitime totalement dépendant de l'opposabilité des éléments qui lui sont opposés

336

Un régime d'opposabilité de l'intérêt légitime totalement dépendant de l'opposabilité des éléments qui lui sont opposés. Le devoir de prise en compte des intérêts d'autrui est, nous l'avons vu, relatif ¹⁵⁵⁹.

À cette relativité correspond un régime dépendant de la force d'opposabilité de l'élément qui est opposé à l'intérêt légitime. La pondération va

1558. Cf. *infra*, n^{os} 365 à 395.

1559. Cf. *supra*, n^o 333.

en effet nécessairement être guidée par l'effet d'opposabilité des pouvoirs ou intérêts qui énervent l'intérêt en cause.

Le droit subjectif entre dans le conflit chargé d'un effet particulièrement puissant : l'imposition. *A priori*, l'intérêt légitime d'autrui doit s'effacer devant lui. Pourtant, toute prise en compte de l'intérêt légitime d'autrui n'est pas exclue. Il est en effet communément admis que le titulaire d'un droit subjectif peut parfaitement être soumis aux exigences de l'article 1382 du Code civil ou à celles du principe de bonne foi. Nous retrouvons ici la théorie de l'abus de droit.

La liberté civile entre, elle aussi, en conflit avec l'intérêt légitime chargée d'un effet d'opposabilité particulier : le porteur de l'intérêt légitime doit tenir compte de la légitimité de principe des actes posés au nom de cette liberté.

Se pose, enfin, l'hypothétique conflit entre deux intérêts légitimes. Puisqu'il est théoriquement envisageable, il convient de rechercher comment le résoudre.

Sous-section 1 **Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux droits subjectifs**

337. Exposé du problème – 338. La proportionnalité comme mode de résolution des conflits où s'oppose un droit subjectif à l'intérêt légitime d'autrui – 339. L'objet de la proportionnalité – 340. L'« équilibre » des intérêts en présence ou la « proportionnalité » des intérêts opposés ? – 341. La disproportion : un contrôle de l'exception à la règle – 342. L'opposabilité du droit subjectif et la faute comme « référent » de la disproportion

337 Exposé du problème. L'imposition permet au titulaire du droit subjectif de ne pas se soucier *a priori* des intérêts légitimes d'autrui. Son droit est opposable à autrui et donc au porteur de l'intérêt légitime. Cette opposabilité, conséquence de l'exclusivité du droit subjectif, comporte en elle-même une mise en balance des intérêts en présence résolue au bénéfice du titulaire du droit par le droit objectif qui crée et consacre son droit subjectif.

Le porteur de l'intérêt légitime ne trouve, dans son opposabilité, aucune justification au non-respect éventuel de la prédominance du droit subjectif. Le seul effet de cette opposabilité est de lui permettre d'exister juridiquement parlant¹⁵⁶⁰. C'est donc dans d'autres règles juridiques qu'il

1560. Cf. *supra*, n° 331.

faut trouver un fondement permettant de remettre en cause, le cas échéant, cette imposition du droit subjectif sur l'intérêt légitime d'autrui.

La reconnaissance d'un droit subjectif ne met pas son titulaire à l'abri de l'application des principes de la responsabilité civile extracontractuelle. L'admission de la théorie de l'abus de droit, en droit positif belge, est fondée sur une application des articles 1382 et 1383 du Code civil au titulaire du droit subjectif. Même si, nous le verrons, ce lien ne se fait pas sans ambiguïté, le principe de rattachement de cette théorie à ces dispositions est certain ¹⁵⁶¹.

Il n'est pas dans notre intention d'analyser ici l'état du droit positif concernant la théorie de l'abus de droit. Un chapitre entier y sera consacré au terme de cette étude ¹⁵⁶². Ce que nous tentons de faire à ce stade est de résoudre le conflit au moyen des seuls outils théoriques que nous avons construits jusqu'à présent. Nous ne pouvons cependant ignorer que le droit positif alimente notre analyse. C'est pourquoi nous prenons d'ores et déjà certains de ses acquis pour mettre en avant la solution adoptée.

338

La proportionnalité comme mode de résolution des conflits où s'oppose un droit subjectif à l'intérêt légitime d'autrui. La détermination de la faute du titulaire du droit subjectif doit s'effectuer au départ d'une pesée des intérêts en présence et de l'admissibilité de la prédominance de l'un sur l'autre.

Le contrôle de l'exercice du droit subjectif prend en effet ici une nature particulière. Dans le cadre de l'imposition du droit subjectif, la prédominance de ce dernier sur tout autre intérêt est décidée *a priori* par le droit objectif qui le crée et lui reconnaît une protection spécifique via son opposabilité. C'est comme si le droit objectif effectuait une pondération abstraite d'intérêts en accordant *a priori* une valeur prépondérante à l'intérêt abstrait protégé par le droit subjectif. Il permet au droit de l'emporter sur les autres intérêts légitimes nécessairement énervés par son exercice. Mais d'autres règles, dont les principes de responsabilité civile, sont susceptibles de remettre en cause cette prépondérance. Il s'agit alors d'éviter une imposition du droit aveugle et dommageable pour l'ordonnement juridique global au nom, principalement, d'impératifs d'équité et de justice.

La marge de manœuvre de ces dernières règles reste cependant nécessairement limitée. Elles ne peuvent s'appliquer en contradiction des règles de droit qui créent et organisent les droits subjectifs. Elles ne pour-

¹⁵⁶¹. Cf. *infra*, n° 432, n°s 444 et s. et n°s 463 et s.

¹⁵⁶². Cf. *infra*, n°s 432 et s.

raient, par exemple, vider de tout contenu le pouvoir légitime du titulaire du droit subjectif. C'est pourquoi le tempérament au droit subjectif va, sauf modification du droit objectif, s'effectuer au niveau de son exercice, et donc des conflits qui naissent de cet exercice. Ce faisant, on ne remet pas en cause l'intérêt abstrait protégé par le droit subjectif, mais on contrôle l'intérêt subjectif et concret poursuivi par son titulaire. C'est le seul moyen d'éviter la contradiction avec les normes de droit objectif qui reconnaissent le droit subjectif.

Le principe de responsabilité civile est une des règles susceptibles de créer, dans le chef du titulaire du droit subjectif, des devoirs spécifiques de prise en compte de l'intérêt d'autrui. Là encore, les principes de responsabilité civile ne peuvent d'eux-mêmes accorder *a priori* la prédominance d'un intérêt légitime abstrait sur le droit subjectif en cause. La recherche de la faute, ou du dommage, impose dès lors une prise en compte de l'intérêt légitime concret éterné par l'exercice du droit subjectif.

Sur cette base, il doit s'opérer une pesée d'intérêts concrets et la détermination d'un critère de prédominance de l'un sur l'autre qui soient cependant respectueuses de la qualification de droit subjectif accordée par le droit objectif.

Le poids de l'intérêt protégé par un droit subjectif est prépondérant. Cette prépondérance doit être le principe de base de la recherche de solution. Sa remise en cause ne peut recevoir qu'un caractère d'exception. Cette remise en cause fait, en droit positif, l'objet de la théorie de l'abus de droit. Ce que l'on rejette alors, c'est l'égoïsme excessif du titulaire dans l'exercice de son droit. Il ne peut abuser de son droit et révéler ainsi un mépris total des intérêts d'autrui. Autrement dit encore, ce qui est illicite n'est pas le fait de porter atteinte dans l'exercice de son droit aux intérêts légitimes d'autrui, mais bien de dépasser une limite dans son insouciance légitime, limite à fixer au cas par cas en fonction des circonstances propres à la cause.

En termes de pondération d'intérêts apparaît, dès lors, un mode de résolution de conflit particulier permettant une mesure objective de l'excès. Ce mode de résolution particulier porte un nom — la proportionnalité — et est reçu par le droit positif comme le critère principal de l'abus de droit¹⁵⁶³. La proportionnalité est en effet la seule technique de pondération d'intérêts qui permette, d'elle-même, l'admission de principe de la prépondérance d'un intérêt — en l'espèce, celui protégé par le droit subjectif — sur l'autre en ne sanctionnant qu'une atteinte excessive, à la marge, c'est-à-dire disproportionnée.

1563. Cf. *infra*, n° 455.

Peu nous importe de constater que, en droit positif actuel, la proportionnalité n'est pas l'unique critère admis concernant l'abus de droit¹⁵⁶⁴. Le critère de proportionnalité ou de disproportion exprime de lui-même la pondération d'intérêts particulière exigée par la qualification de droit subjectif. C'est à ce titre qu'il nous intéresse.

339

L'objet de la proportionnalité. Il convient de bien comprendre l'objet de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit spécifique entre le droit subjectif et l'intérêt légitime.

Le vocabulaire utilisé est ici très varié et révèle un certain flottement terminologique.

La doctrine de l'abus de droit parle souvent d'une comparaison des *intérêts en présence* : celui du titulaire du droit à exercer son droit et celui, lésé, de la victime¹⁵⁶⁵. Il faut cependant noter dès à présent que, ce fai-

1564. Cf. *infra*, n^{os} 433 et s.

1565. Voy. ainsi, par exemple : A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 283, n^o 19 : « De la mise en balance des intérêts rivaux, de la comparaison de leur importance respective », p. 284, n^o 20 : « La comparaison des intérêts en conflit pour faire respecter le plus respectable d'entre eux » ; *Id.*, « 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^o 12 : « Mettre en balance les intérêts rivaux » ; E.M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsontduiking », *Ann. dr. sc. pol.*, 1936, p. 717 : « Een te groot onevenredigheid bestaat tussen het persoonlijke belang, dat men dient, en ander-mans belang, dat men ernstig schaadt » ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Publ. Fac. univ. St-Louis, 1990, p. 148 : « De toute évidence le contrôle juridictionnel suppose ici la réalisation d'une pesée, d'une balance des intérêts en présence. » ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 707, n^o 45 : « La disproportion entre l'intérêt servi et l'intérêt lésé » ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », in *Eigendom-Propriété*, Bruges, La Charte, 1996, p. 104, n^o 10 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 188, C : « Men voert aan dat het eigenbelang van de rechtstularis en de belangen van derden tegen elkaar moeten worden afgewogen » ; l'auteur nomme du reste le critère, de « critère de la balance d'intérêts » (« het criterium van de belangenafweging ») (p. 190) ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *T.P.R.*, 1967, p. 348, n^o 17 : « Bij het oefenen van een recht treedt een onevenredigheid aan de dag tussen het gediende en het geschade belang » ; P. VAN OMMESLAGHE, « 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. 334, n^o 15 et 336, n^o 16, où l'auteur parle d'« appréciation des intérêts en présence » ; N. VERHEYDEN-JEANMART, PH. COP-PENS, C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998). Les biens », *R.C.J.B.*, 2000, p. 298, n^o 101 : « [...] il convient, me semble-t-il, de toujours mettre les intérêts rivaux en balance. [...] L'abus de droit résulte donc toujours de l'erreur manifeste du titulaire d'un droit dans l'appréciation de la balance entre ses propres intérêts incarnés dans un droit subjectif et les intérêts d'autrui. ».

sant, certains auteurs font référence à une valeur abstraite des intérêts en cause¹⁵⁶⁶ alors que les autres visent plutôt l'intérêt concret des parties¹⁵⁶⁷.

La plupart, souvent dans le même temps, précisent qu'il est question du rapport entre l'avantage ou l'utilité retiré par le titulaire du droit et les charges corrélatives, ou le dommage, de l'autre partie¹⁵⁶⁸.

1566. C'est particulièrement vrai pour les auteurs qui prônent un équilibre des intérêts plutôt qu'une proportionnalité au sens strict. Voy. par exemple, Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 142 et 143, qui indique de manière générale concernant la proportionnalité, mais en ce compris le cas de l'abus de droit : « L'essentiel est la hiérarchie des valeurs en cause, en fonction de laquelle est à jauger le juste poids des données quantitatives relatives à chacun des intérêts concernés et des probabilités plus ou moins grandes favorables ou défavorables à chacun d'eux » ; dans le même sens, J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 28 à 35 ; comp. avec l'application du critère de proportionnalité en matière d'état de nécessité (Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 137 et 138.).

Dès lors que le juge contrôlant l'exercice d'un droit se référerait à la faute issue de la violation de la norme abstraite du bon père de famille, certains défendent aussi l'idée que le juge tienne compte, entre autres, de la « valeur sociale » du droit subjectif en cause (par exemple, 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. 43 et 44, n^{os} 3.5.4 et s. ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 109, n^o 14). L'idée est alors fort proche de la mise en balance de la « valeur » des intérêts en cause, si ce n'est que cette prise en compte ne s'impose que dans le cadre d'une prise en considération plus large des circonstances externes du comportement en cause, comme il est de règle dans l'application de la comparaison à la conduite de l'homme normalement prudent et diligent. Cette approche est du reste présentée comme pacificatrice dans le cadre de la controverse plus large relative au contrôle marginal de l'exercice des droits subjectifs (sur ce point, voy. *infra*, n^{os} 445 et 460).

1567. Sur ce point, voy. *infra*, n^o 377.

1568. Voy. ainsi, A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 285, n^o 21 : « Entre le préjudice qu'inflige à autrui une certaine manière d'exercer son droit et le profit que ce mode d'exercice procure au titulaire de ce droit » (aussi, p. 283, n^o 18, *in fine* ; p. 287, n^o 23) ; Id., « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *op. cit.*, p. 222, n^o 12 : « Le profit qu'il en retire est hors de toute proportion avec le préjudice qu'il inflige ainsi à autrui » ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 536, n^o 894 : « Cette démolition causerait à l'auteur de la construction un préjudice considérable sans proportion [...] avec le peu d'utilité que la démolition présenterait pour son voisin » ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, Antwerpen-Amsterdam, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, p. 414, n^o 234 : « Tussen het geringe nut van de handling voor de ene en de zware schade voor de andere » ; A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *R.C.J.B.*, 1994, p. 218, n^o 21 : « pesée d'avantages et d'inconvénients » ; Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 127 : « bien que le profit ainsi retiré soit sans proportion avec le dommage qui en résulte » ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 148 : « entre le profit qu'il retire de son acte et le dommage causé à autrui » ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n^o 45 : « le choix, entre différentes façons d'exercer son droit, même

Une jurisprudence abondante compare les *dommages en présence* : celui du titulaire à qui on interdirait d'exercer son droit et celui de la victime, causé par cet exercice ¹⁵⁶⁹. Il s'agit, la plupart du temps, d'une appli-

avec une utilité différente, de celle qui procure un avantage disproportionné aux charges corrélatives de l'autre partie » ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 188, C : « Is de schade, berokkend aan derden, of aan het algemeen belang, buiten verhouding tot het geringe voordeel dat de rechtstitularis haalt uit [...] » ; *Id.*, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 308 : « lorsque l'avantage plus grand qu'il retire de la première est disproportionné par rapport au préjudice considérablement plus grand qu'il inflige ainsi au droit ou à l'intérêt légitime d'autrui » ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *op. cit.*, p. 345, n° 13 : « schade toe te brengen die buiten alle verhouding staat tot het geringe voordeel dat men eruit haalt » ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 332, n° 13 : « l'avantage que le titulaire du droit peut retirer de l'exercice de ce droit et, d'autre part, le préjudice qui peut en résulter pour autrui » ; J. VAN RYN, X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 290 : « l'avantage obtenu ou recherché par celui qui exerce son droit soit hors de toute proportion avec le préjudice qui en résulte pour autrui » ; E. VIEUJEAN, « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 833 et s., n° 12 : « retirer un profit minime au regard du dommage qu'il cause de la sorte à autrui » (aussi « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 419).

1569. Voy. par exemple, Comm. Malines, 25 juin 1999, *R.G.D.C.*, 1999, p. 589 et s., où le tribunal refuse de faire application d'une clause pénale dès lors que le créancier n'a pas subi le dommage censé réparé par la clause litigieuse ; J.P. Waremmé, 12 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 650 et s. : le juge constate que le bailleur commercial se prévaut de la nullité de la demande de renouvellement sans avoir été préjudicié par l'erreur formelle du preneur afin d'obtenir un moyen de pression lors de négociations concernant la conclusion d'un nouveau bail alors que ce refus entraîne un préjudice catastrophique pour son cocontractant ; Liège (3^e ch.), 9 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 552 et s. : le juge constate que l'assureur qui exerce son action récursoire à l'égard de son assuré n'a pas subi de dommage à la suite de la faute contractuelle avérée de l'assuré ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690, où le juge indique qu'il y aurait abus de droit à demander l'arrachage d'arbres plantés illégalement dès lors que le préjudice subi par le titulaire du droit de propriété n'est pas suffisant ; Civ. Charleroi (3^e ch.), 17 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 668 et s. et note V. Moors : l'avantage du titulaire du droit est révélé par la réalité du dommage subi par des plantations illégales (dans le même sens : J.P. St Kwintens-Lennik, 1^{er} décembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 275 et s.) ; Civ. Namur, 19 décembre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 175 et s. : le faible désavantage subi suite à l'existence d'une passerelle érigée sur un fonds illégalement est comparée aux désagréments importants consécutifs à la suppression de la passerelle ; Liège (7^e ch.), 17 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 715 : application d'une clause de suspension de garantie d'assurance (absence de dommage dans le chef de l'assureur du fait de décaissements dus découlant de la prise en charge normale du risque) ; Bruxelles (8^e ch.), 23 février 1994, *D.A.-O.R.*, 1994, n° 31, p. 103 et s., où la cour adopte comme critère l'absence de proportionnalité entre le dommage causé au débiteur par l'exercice du droit de rétention et celui du créancier suite au non-respect du contrat par le débiteur ; J.P. Louveigné, 12 janvier 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 185 et s. : prise en considération du dommage du titulaire du droit de propriété suite à la hauteur litigieuse d'une haie ; Civ. Charleroi (3^e ch.), 22 mars 1988 (extrait), *R.G.D.C.*, 1989, p. 397 et s. : le maintien des arbres litigieux ne cause au titulaire du droit de propriété que des inconvénients mineurs et négligeables.

cation du principe de proportionnalité à des hypothèses de fait qui pouvaient faire l'objet du critère d'absence d'intérêt ou d'absence d'intérêt suffisant, voire où il y a absence de légitimité de l'intérêt poursuivi. Dans ces cas, c'est l'absence de dommage résultant du non-exercice du droit qui est visée en pratique pour prouver l'absence ou l'insuffisance d'intérêt à exercer le droit en cause.

Ces différences de langage couvrent-elles des réalités différentes ? Dès lors que l'on parle d'intérêt lésé ou de charges corrélatives dans le chef de la victime, il ne fait pas de doute que l'on vise bien, en réalité, le dommage subi par l'exercice du droit d'autrui ¹⁵⁷⁰. Cette assimilation entre l'atteinte à un intérêt et dommage se comprend aisément si on se souvient qu'il est admis communément que le dommage se définit précisément comme l'atteinte à un intérêt légitime ¹⁵⁷¹. L'avantage retiré par le titulaire du droit fait clairement référence à l'intérêt qu'il poursuit dans l'exercice de son droit ¹⁵⁷². De même lorsque le dommage du titulaire du droit en cas de non-exercice est comparé à celui de la victime. On se souviendra, du reste, que la Cour de cassation utilise souvent le critère de proportionnalité comme l'hypothèse par excellence d'absence d'intérêt suffisant et raisonnable dans le chef du titulaire du droit subjectif ¹⁵⁷³. Dans le même ordre d'idées, nous verrons que le critère d'absence d'intérêt légitime se trouve largement absorbé par le critère de proportionnalité ¹⁵⁷⁴.

Dans ces hypothèses, la réalité visée est bien la même. 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 l'autre partie qui

1570. Voy. très clairement : P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 216, n° 19 ; E.M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsonduiking », *op. cit.*, p. 717 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 188, C et p. 191 D.

1571. Cf. *supra*, n°s 138, 189 et 234 et nos propres réflexions plus nuancées sur la distinction entre le dommage — notion de pur fait — et l'atteinte à l'intérêt — notion juridique abstraite.

1572. A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *op. cit.*, p. 222, n° 12, qui compare soit le profit par rapport au dommage, soit l'intérêt retiré et le dommage ; A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 216, n° 19 (« l'intérêt retiré de l'usage du droit avec l'inconvénient qui en résulte pour autrui ») et p. 218, n° 21 (« pesée d'avantages et d'inconvénients ») ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 188, C et p. 191 D ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 332, n° 14 et p. 334, n° 15.

1573. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 2002, C.01.0101.F/1, dont le texte intégral est disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 15 mars 2002, C.01.0225.F/1, dont le texte intégral est disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 472 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s.

1574. Cf. *infra*, n°s 454 et 455.

subit cet exercice. C'est du reste très exactement la manière dont les juges du fond mettent en œuvre en pratique le critère de proportionnalité¹⁵⁷⁵.

Dans la foulée, nous pouvons également remarquer que la qualification de droit subjectif n'a *a priori* que très peu d'influence sur l'objet du critère de proportionnalité¹⁵⁷⁶. En effet, ce qui est pris en compte dans le chef du titulaire du droit subjectif, c'est non pas l'intérêt abstrait qui a justifié *a priori* la reconnaissance du droit subjectif, mais l'intérêt concret du titulaire dans l'exercice *in concreto* de son droit subjectif. Ce n'est pas le droit en lui-même qui est mis en balance, mais l'utilité qu'en retire son titulaire. Ou encore, comme le soulignait fort à propos Koen Raes : « Niet « rechten », maar « wat mensen met hun recht doen » vormt het object van analyse »¹⁵⁷⁷.

340

L'« équilibre » des intérêts en présence ou la « proportionnalité » des intérêts opposés ? Si l'objet même du critère de proportionnalité est une comparaison des intérêts en présence, exprimée par le rapport avantage/inconvé-

1575. Voy. par exemple dans l'abondante jurisprudence : comparaison entre les effets de constructions illicites et de la demande de démolition ou d'arrachage (par exemple, J.P. St Kwintens-Lennik, 1^{er} décembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 275 et s. ; Civ. Bruxelles, 16^e ch., 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 ; J.P. Bruxelles, 8^e cant., 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1380 et s. ; J.P. Louveigné, 12 janvier 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 185 et s. ; J.P. Anderlecht, 2^e cant., 20 janvier 1983, *J.J.P.*, 1983, p. 109 et s.) ; comparaison entre l'avantage issu de l'exercice du droit d'option entre la résolution du contrat ou l'exécution forcée et les désavantages pour le débiteur issus du choix du créancier (par exemple, Bruxelles, 2^e ch., 21 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 180 ; J.P. Hal, 28 juillet 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 1360 et s.).

Aussi, dans des circonstances diverses, par exemple : utilité d'une servitude de passage conventionnelle (accès à des entrepôts et valorisation de parcelles non encore bâties v. charge limitée de la suppression d'obstacles entravant le passage) (Civ. Nivelles, 29 septembre 1995, *Amén.*, 1996, p. 37) ; affectation d'un immeuble loué à des fins professionnelles (avantage fiscal chiffré de l'affectation pour le locataire v. désavantage chiffré de l'affectation pour le bailleur) (Civ. Liège, 4^e ch., 7 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 895 et s.) ; exercice du droit de rétention par le garagiste (montant de la créance v. désavantages de la rétention) (Bruxelles, 5^e ch., 19 septembre 1997, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 443) ; constitution d'une hypothèque (montant pour lequel l'hypothèque est constituée comparé au montant de la dette chiffrée v. désavantages de l'hypothèque) (Anvers, 6^e ch. bis, 30 juin 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 81 et s.) ; exercice du droit de clore sa propriété (intérêt d'éviter des indiscrétions ou des invectives potentielles v. perte d'ensoleillement) (J.P. Liège, 3^e cant., 11 juin 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 445 et s.) ; exercice du droit de saisie (biens saisis non valorisables v. préjudice pour le débiteur qui y trouve une source importante de revenus) (Civ. Liège, sais., 20 novembre 1995, *Act. dr.*, 1996, p. 231 et s. ; dans le même sens, Civ. Namur, sais., 25 mars 1983, *R.R.D.*, 1983, p. 329 et s.).

1576. Sauf peut-être en ce qui concerne les droits fonctions pour lesquels le principe de proportionnalité serait appliqué, en sus du critère de finalité. Sur ce critère, cf. *infra*, n^{os} 434 et 466.

1577. K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginnselen », in *Liber Amicorum Paul de Vroede*, t. II, Diegem, Kluwer, 1994, p. 1160.

nient, il est nécessaire de préciser en quoi consiste cette comparaison et, surtout, en quoi elle est particulière. Un nouvel effort de distinction doit être ici effectué.

Notons à ce niveau un certain flottement dans le vocabulaire employé par la doctrine ou la jurisprudence. Les termes de « balance » ou « pesée » des intérêts, d'« équilibre » ou de « déséquilibre », de « pondération » et de recherche de « proportion » paraissent *a priori* indifféremment utilisés pour décrire l'opération de comparaison des intérêts en présence ou des avantages/inconvénients en cause.

L'assimilation des termes « pesée », d'une part, et « proportion », d'autre part, ne nous paraît pas exacte. Ces termes ne portent pas sur les mêmes étapes du raisonnement. Le premier mot renvoie plutôt à une analyse qualitative et/ou quantitative initiale des intérêts, celui de proportion ou de disproportion à la constatation d'un résultat atteint, une fois l'analyse de pesée effectuée.

Nous sommes encore plus circonspect quant à l'équivalence entre l'« équilibre », la « balance » et « la pondération », d'une part, et la « proportion », d'autre part, ou, ce qui revient au même, entre le « déséquilibre » et la « disproportion ». En effet, tant la pondération que la balance renvoient à l'idée d'équilibre.

Certains auteurs ne voient pas de différence significative entre ces termes¹⁵⁷⁸. D'autres, cependant, semblent participer à une approche différente en ne liant pas — consciemment ou inconsciemment — les termes « équilibre » et « proportion »¹⁵⁷⁹.

1578. Voy. par exemple, F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, spéc. p. 146 : « À vrai dire, on ne voit guère de différence significative entre « rupture d'équilibre » et « disproportion » ; l'important n'est-il pas de s'affranchir de l'absolutisme du droit subjectif et d'en soumettre l'usage à une pesée qui aboutira à une sanction dans les cas où un « déséquilibre » ou une « disproportion » se révèle à l'égard des autres intérêts ? » ; voy. aussi la théorie de Campion qui voit dans le déséquilibre des intérêts sociaux en présence, le critère de l'abus de droit (*infra*, n° 455). Voy. aussi A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 283, n° 19 qui parle concernant la proportionnalité de « facteur objectif de déséquilibre des intérêts opposés ».

1579. Voy. par exemple : S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 104, n° 10 : les auteurs, sous l'expression « disproportion entre l'intérêt servi et l'intérêt lésé » visent une opération de « pesée » des intérêts (« belangenafweging »). La pesée n'implique nullement qu'un même poids ou qu'une égale valeur soit reconnu aux intérêts qui s'affrontent. Que du contraire, la pesée doit révéler le poids *a priori* distinct des intérêts en cause ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 188 et s. ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *op. cit.*, p. 348 et s., n°s 17 à 22 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 332 et s. n°s 14 à 16.

Le terme « disproportion » dame cependant le pion aux autres expressions dans la doctrine actuelle de l'abus de droit dès lors qu'il s'agit de préciser la portée réelle et concrète du critère. Ce qui est contrôlé, c'est l'existence ou non d'une disproportion entre les avantages et inconvénients en cause. La jurisprudence est particulièrement claire à cet égard. Les mots « équilibre » ou « pondération » n'y apparaissent que rarement, sauf pour expliquer ou justifier l'opération de contrôle qui s'effectue alors en utilisant le terme de « disproportion » ¹⁵⁸⁰.

La disproportion relevée par les juges — surtout lorsqu'elle est « mathématique » — renvoie à un rapport avantages/coûts. Ce qui est banni, c'est l'absence de rapport acceptable entre l'étendue des désavantages provoqués chez autrui et l'étroitesse de l'avantage recherché et/ou obtenu par le titulaire du droit dans le cadre du mode d'exercice choisi. Cette analyse en termes de rapport nous paraît pouvoir trouver sa seule expression dans le terme « disproportion ».

Les dictionnaires juridiques paraissent de peu d'utilité pour tenter de comprendre la distinction. La plupart du temps, l'un et/ou l'autre des termes en cause n'est pas analysé. Le Cornu définit néanmoins la proportionnalité, mais sans référence à la notion d'équilibre ou de déséquilibre. Le premier sens renverrait à un rapport mathématique constant — par exemple, la proportionnalité de l'impôt —, alors que le second viserait, par extension, une juste mesure, un principe d'adéquation, de modération — par exemple, la proportionnalité des délits et des peines ¹⁵⁸¹.

Si l'on s'en réfère au sens usuel des termes ¹⁵⁸², on remarque que la distinction est *a priori* assez claire, même si l'usage actuel du mot « équilibre » tend à devenir parfois synonyme, dans un sens second, de celui de « proportionnalité ».

Étymologiquement, la *proportionnalité* vise une relation, une caractéristique que présentent deux séries de quantités, de grandeurs qui sont en proportion ¹⁵⁸³. La proportion, quant à elle, vise un rapport de grandeur ou de convenance entre des parties d'une chose ou entre une partie et le tout ou encore entre des choses entre elles ¹⁵⁸⁴. Nous comprenons,

1580. Voy. cependant, J.P. Louveigné, 12 janvier 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 185 et s., où le juge relève la disproportion et justifie sa sanction par la recherche d'un équilibre à trouver entre l'exercice du droit et les conséquences dommageables qui en résultent.

1581. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. CORNU, Paris, P.U.F., 1987, p. 624.

1582. Que nous opposons ici au sens juridique, objet de la présente recherche.

1583. *Larousse trois volumes en couleurs*, t. III, Paris, Larousse, 1966, p. 335 ; *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1975, p. 863 (souligné par l'auteur).

1584. *Ibid.*

dès lors, que le rapport admis comme proportionnel se fera souvent en fonction d'un référent exprimé ou non : la convenance, l'esthétique, la justice, la grandeur, etc.¹⁵⁸⁵ En effet, pour distinguer la proportion de la disproportion, il faut nécessairement se guider par quelque chose, une règle qui permette à un moment ou à un autre de glisser de la proportion à son contraire. Ce référent apparaît cependant *a priori* comme très flou et nébuleux, ne permettant pas de tracer une frontière claire entre la proportion et la disproportion, sauf dans les sciences exactes.

L'équilibre provient du mot latin *aequilibrium*, lui-même composé du mot *aequus* — égal — et *libra* — balance¹⁵⁸⁶. Dans son sens premier, l'équilibre vise l'état d'une chose soumise à des forces d'égales intensités qui s'annulent ou se détruisent ainsi que l'état de stabilité d'un corps soumis à différentes forces¹⁵⁸⁷. C'est en ce sens que nous avons parlé d'attribution égalitaire des libertés civiles : *a priori*, aucune d'elles ne l'emporte sur l'autre car elles reçoivent une légitimité égale du droit objectif. Elles sont *a priori* en « équilibre » les unes à l'égard des autres. C'est cet équilibre qu'il convient de (re)trouver en cas de conflits entre elles. Au cœur du premier sens du mot équilibre apparaît l'idée d'égalité.

Toutefois, l'équilibre lui-même est aussi défini, dans un autre sens, par rapport à la proportion¹⁵⁸⁸. C'est alors l'harmonie résultant de l'opposition qui est mise en avant, sans que soit encore nécessairement retenue l'idée d'égalité *a priori*. L'équilibre devient ici synonyme de pondération. L'égalité des objets mesurés disparaît au profit de l'idée d'harmonie. C'est ce glissement de définition dans le langage usuel qui nous paraît s'exprimer également dans le langage juridique lorsque l'on admet l'adéquation entre l'équilibre et la proportion des intérêts en matière d'abus de droit. On ne part pas de l'idée que les intérêts qui s'opposent sont égaux, mais seulement qu'un certain rapport existe entre des intérêts quantitativement et qualitativement différents.

1585. *Le grand Robert de la langue française*, t. 5, Paris, Dictionnaire Robert-Vuef, 2001, p. 1294 et 1295.

1586. *Larousse trois volumes en couleurs*, t. II, Paris, Larousse, 1966, p. 40.

1587. Voy. par exemple, *Le grand Robert de la langue française*, *op. cit.*, p. 132 ; R. BAILLY, *Dictionnaire des synonymes de la langue française*, Paris, Larousse, 1946, p. 243, où la « proportion » n'est pas retenue comme synonyme d'« équilibre », mais de « dimension » ; *Larousse trois volumes en couleurs*, t. II, Paris, Larousse, 1966, p. 40 ; *Petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 1975, p. 388 ; *Micro Robert — Dictionnaire du français primordial*, Paris, Le Robert-S.N.L., 1971, p. 385.

1588. Voy. notamment *Le grand Robert*, t. 3, *op. cit.*, p. 133, qui définit aussi l'équilibre, en troisième sens, comme : « Rapport considéré comme bon, proportion considérée comme exacte entre des choses opposées ; état de stabilité ou d'harmonie qui en résulte ».

En ce qui nous concerne, dans l'utilisation juridique de ces termes, nous défendons l'idée d'une distinction nette en nous fondant sur une comparaison qui se nourrit du sens premier de l'équilibre.

L'équilibre, en tant que mode de résolution de conflit, s'applique dans notre construction lorsque deux effets d'opposabilité identiques se rencontrent. Deux droits subjectifs ou deux libertés civiles s'affrontent. Nous l'avons déjà appliqué aux conflits de libertés civiles : le point de départ est la constatation d'un équilibre fondamental entre elles en ce sens qu'aucune ne peut *a priori* s'imposer aux autres.

La proportionnalité, par contre, ne joue qu'en cas de déséquilibre *a priori*. L'effet d'opposabilité du droit subjectif traduit, nous l'avons vu, une inégalité de base voulue par le droit objectif dans la reconnaissance du pouvoir exclusif qui en forme le contenu. La relation à autrui est donc à la base déséquilibrée. La proportionnalité entérine ce déséquilibre : son but n'est pas de rétablir, au gré des conflits, un équilibre entre les éléments qui s'opposent, mais de maintenir une proportion entre l'effet des éléments en conflit. Le but de la théorie de l'abus de droit n'est du reste pas de résoudre le conflit par le retour à une situation d'égalité préexistante, mais seulement de réduire l'exercice du droit en gommant ce qu'il a d'excessif. Le droit s'impose, mais ne peut néanmoins entraîner, dans son exercice, une atteinte à l'intérêt légitime d'autrui hors de proportion avec l'avantage servi par le droit subjectif. Le seul problème est alors de trouver le référent permettant de cerner où le rapport de proportion se stabilise.

La notion d'équilibre est ambiguë en matière d'abus de droit car elle est intrinsèquement incapable de rendre compte de la légitimité *a priori* de l'exercice du droit et, par là même, de la supériorité reconnue au droit subjectif en exercice sur les intérêts auxquels il s'oppose. C'est que la légitimité *a priori* de l'exercice du droit subjectif et du dommage qui peut en résulter sur autrui, est très largement acceptée en doctrine¹⁵⁸⁹. Cette opinion dominante s'explique très exactement, selon nous, par l'admission du déséquilibre initial entre le droit subjectif et les intérêts auxquels il s'oppose.

La notion de proportionnalité, prise au sens premier, permet, par contre, de rendre adéquatement compte de la mise en œuvre du critère analysé. Elle n'induit aucune idée d'égalité ou d'équilibre *a priori* des intérêts qui s'opposent. Elle implique clairement l'analyse d'un rapport entre intérêts pouvant diverger en qualité comme en quantité. Elle renvoie à une norme de référence, il est vrai à déterminer, le soin de préciser le point de

1589. Cf. *infra*, n° 440.

rupture entre la proportion et la disproportion, c'est-à-dire l'étendue du rapport admissible entre l'avantage retiré de l'exercice du droit et l'inconvénient qui en résulte pour autrui.

341

La disproportion : un contrôle de l'exception à la règle. Ce qui frappe à l'analyse des multiples cas d'application du critère de proportionnalité en matière d'abus de droit, c'est le caractère d'exception de la constatation de la disproportion. Comme l'indique, fort à propos, Yvon Hannequart, au terme d'une étude sur l'application du principe de proportionnalité en droit privé : « Le principe de proportionnalité se révèle comme un droit d'exception à la règle, le droit à une exception que le juge ne doit admettre que si le devoir de déroger à la règle est certain »¹⁵⁹⁰.

Le critère de proportionnalité ne sanctionne pas l'existence d'un dommage créé par l'exercice du droit dans le chef de la personne qui se prétend victime de l'abus. Il fustige une démesure, un excès, l'absence de rapport entre le dommage créé, par définition très important, et l'avantage retiré par l'exercice du droit, par définition moins important.

Autrement dit encore, si l'existence du dommage créé chez autrui par l'exercice du droit est la règle, sa sanction par le critère de disproportion est l'exception.

Ce caractère exceptionnel se marque à de multiples niveaux de la théorie de l'abus de droit.

1° Tant la doctrine¹⁵⁹¹ que la jurisprudence¹⁵⁹² soulignent que l'abus de droit — spécialement en cas d'application du critère de disproportion

1590. Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 145, n° 6.4.

1591. Cf. *infra*, n° 440.

1592. La Cour de cassation l'a du reste rappelé elle-même. Ainsi, dans son arrêt du 19 septembre 1983, la Cour énonce que « Il s'ensuit que l'arrêt n'a pu légalement déduire un manquement à l'obligation de la demanderesse d'exécuter de bonne foi le contrat d'emploi litigieux du seul fait qu'elle aurait usé dans son seul intérêt personnel des prérogatives que le contrat lui réservait, sans constater que les inconvénients qui en résultaient pour le défendeur sont sans commune mesure avec les avantages que la demanderesse retirait de l'exercice du droit que lui conférait la convention » (Cass., 3^e ch., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s.). La Cour demande en outre que les critères de l'abus soient clairement vérifiés par les juges du fond, sous peine de se trouver devant un refus d'exercice du droit injustifiable. Ainsi, dans le même sens, la Cour rejette-t-elle un pourvoi invoquant l'abus en indiquant que : « L'abus de droit ne peut se déduire de la seule circonstance que la défenderesse réclame l'indemnité à laquelle elle a droit et rejette la proposition de réintégration, faisant ainsi usage de son droit » (Cass., 3^e ch., 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 806 et s.) ; voy. aussi, Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 et s.

— ne peut s'identifier par le fait que le droit a été exercé dans le seul intérêt du titulaire du droit ou que son exercice a créé un dommage chez autrui.

- 2° En sus de la disproportion ou du déséquilibre, doctrine¹⁵⁹³ et jurisprudence¹⁵⁹⁴ ajoutent certains qualificatifs ou expressions pour mettre en avant l'évidence des démesures constatées *a posteriori* par le

Pōūr dès exemples dans la jurisprudence des juges du fond, voy. Mōns (7^e ch.), 27 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1643 et s. ; Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et s. ; Liège, 26 mars 1997, *Bull. contr.*, 1998, p. 2596 et s. ; Anvers (5^e ch.), 28 octobre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 531 et s. ; Civ. Bruxelles (5^e ch.), 25 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 886 et s. ; Bruxelles (8^e ch.), 23 février 1994, *D.A.-O.R.*, 1994, n° 31, p. 103 et s. ; Bruxelles (16^e ch.), 20 janvier 1994, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12382 ; Civ. Liège (5^e ch.), 17 septembre 1993, *R.G.A.R.*, 1995, n°s 12550 et s. ; Liège (7^e ch. B), 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 428 et s. et note P. WÉRY ; Civ. Bruxelles (sais.), 10 octobre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 58 et s. ; Civ. Turnhout, 25 mars 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 963 et s. ; Liège (7^e ch.), 27 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 687 et s. ; Mons, 20 novembre 1990, *Iuv.*, janvier 1994, p. 193 et s. ; Bruxelles (8^e ch.), 25 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 536 et s. ; J.P. Ath, 5 décembre 1988, *J.J.P.*, 1989, p. 153 et s. ; Civ. Anvers (3^e ch.), 4 mars 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 1086 et s. et note J. VANDE LANOTTE ; Liège, 14 février 1964, *R.G.A.R.*, 1964, n° 7290 et note R.O. DALCQ.

1593. Voy. par exemple, et principalement les auteurs qui ont contribué à la mise en avant du critère : A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 272 et s., qui parle de « disproportion flagrante entre le léger avantage [...] et le préjudice fort lourd » (p. 280, n° 14 ; aussi p. 285, n° 21) et de « préjudice hors de toute proportion » (p. 281, n° 16 ; p. 283, n° 19 ; p. 287, n° 23) ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 169 : « Indien de uitoefening van een recht een klein voordeel voor hem zou opleveren, zich toch zal weerhouden van die wijze van uitoefening, indien daaraan een enorm nadeel verbonden is voor derde » ; R. DERINE, « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *T.P.R.*, 1983, p. 288, n° 44 : « Een te grote onevenwichtigheid tussen het geringe nut van de handeling voor de ene persoon en de zware schade voor de andere » ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 419, n° 237 : « Een recht zo uitoefenen dat de enorme schade die eruit voortspuit niet in verhouding staat tot het gering voordeel dat men eruit haalt » ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *op. cit.*, p. 300, n° 18 : « Imposer des sacrifices sans aucune mesure par rapport à l'intérêt recherché » ; E.M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsontduiking », *op. cit.*, p. 717 qui utilise l'expression « een te groot onevenredigheid » ; Mercuriale du procureur général POTVIN, « Coups d'œil sur l'évolution du droit et de la vie judiciaire depuis 1920 », *J.T.*, 1964, p. 554 : « disproportion flagrante » ; C. RENART, « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 207, n° 17 : « disproportion manifeste entre l'avantage [...] et les inconvénients multiples » ; W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 308 qui parle de préjudice « considérablement plus grand » de la victime de l'abus par rapport à l'avantage retiré par le titulaire du droit ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 332, n° 14, qui identifie le critère au fait « de causer un préjudice important alors que l'on ne recherche qu'un avantage minime » et p. 336, n° 16 : qui parle de préjudice « hors de toute proportion » ; J. VAN RYN, X. DIEUX, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 290 : « hors de toute proportion ».

juge au moyen du critère de proportionnalité. La Cour de cassation elle-même use parfois du terme « manifestes » pour qualifier les fautes déduites de la disproportion des intérêts en présence donnant lieu à la constatation d'un abus de droit ¹⁵⁹⁵.

En outre, les juridictions de fond insistent souvent lourdement sur la différence entre un avantage minime et l'existence d'un dommage souvent très important pour admettre l'abus de droit par application du principe de proportionnalité ¹⁵⁹⁶.

1594. Voy. ainsi par exemple, Trib. trav. Liège (7^e ch.), 28 avril 1998, *Chr. D. S.*, 1999, p. 447 et s. : « hors de toute proportion » ; Comm. Anvers, 14 novembre 1997 (extrait), *R.D.C.*, 1998, p. 198 et s. : « déséquilibre complet » ; J.P. Wavre, 7 septembre 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 345 et s. : « totalement disproportionné » ; J.P. Hal, 28 juillet 1995, *R.W.*, 1998-1999, p. 1360 : « totaal onevenredig is » ; Liège (7^e ch.), 24 février 1995, *Pas.*, 1994, II, p. 50 et s. : « sans aucune mesure » ; Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41 et s. : « montant manifestement hors de proportion » ; Civ. Namur, 19 décembre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 175 et s. : « manifestement hors de proportion » ; J.P. Fexhe-Slins, 22 avril 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 142 et s. : « déséquilibre grave » ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 février 1991, *J.T.*, 1991, p. 567 et s. : « hors de toute proportion » ; J.P. St-Josse-ten-Noode, 18 février 1986, *J.J.P.*, 1987, p. 274 et s. : « dans des circonstances où la disproportion entre cet usage et l'intérêt à défendre est évident » ; Civ. Verviers, 16 janvier 1985, *R.R.D.*, 1985, p. 51 et s. : « nettement disproportionné » et « hors de toute proportion » ; Civ. Mons (sais.), 12 avril 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 197 et s. : « disproportion évidente » ; Civ. Charleroi (12^e ch.), 7 février 1956, *Pas.*, 1957, III, p. 103 et s. : « disproportion flagrante ».

1595. Voy. *infra*, n^{os} 433 et 459.

1596. Voy. par exemple, J.P. Wareme, 12 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 650 et s. : « un avantage hors de proportion avec les conséquences financières désastreuses » ; Trib. trav. Liège (7^e ch.), 28 avril 1998, *Chr. D. S.*, 1999, p. 447 et s. : « qui occasionne au travailleur un préjudice considérable, hors de toute proportion avec l'avantage recherché par l'employeur » ; Civ. Namur, 19 décembre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 175 et s. : « L'enlèvement de la passerelle litigieuse, outre le fait qu'il entraînerait des frais importants, priverait les conjoints Jeulin-Misson de toute voie d'accès à leur maison par la porte d'entrée existante » comparé « avec le préjudice tout à fait minime dont se prévaut l'intimée » ; J.P. Fexhe-Slins, 22 avril 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 142 et s. : « Que nous sommes loin ici des catastrophes économiques et sociales que la jurisprudence veut éviter par le recours à l'abus de droit en matière d'empiètement » ; Mons, 30 octobre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 134 et s. : « Le coût de la remise en état dépasse manifestement l'intérêt que cette chose représente pour son propriétaire » ; Civ. Charleroi (3^e ch.), 22 mars 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 397 et s. : « avantages quasi inexistants » comparés à la disparition « en grande partie d(l)es avantages de l'environnement appréciable que l'appelante de son jardin d'agrément » ; Civ. Mons (1^{re} ch.), 4 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 479 et s. : causer « sans utilité un grave désavantage au locataire » ; J.P. Bouillon, 17 décembre 1985, *Jur. Liège*, 1986, p. 98 et s. : « [...] une aussi grave mesure pour une aussi petite dette, d'ailleurs contestable [...] » ; Civ. Mons (sais.), 12 avril 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 197 et s. : « entre l'intérêt nul ou minime de la créancière hypothécaire de voir poursuivre la vente et le préjudice énorme que celle-ci pourrait entraîner » ; Liège, 13 février 1980, *Jur. Liège*, 1981, p. 109 et s. et note P. HENRY : « l'avantage [...] nettement inférieur au dommage ».

- 3° Ce caractère d'exception à la règle se marque du reste dans une des sanctions reconnues à l'abus de droit : la réduction du droit à son usage normal que l'on peut, en principe, opposer à la disparition du droit ou sa complète neutralisation ¹⁵⁹⁷. Si la sanction est la réduction du droit à son usage normal, c'est que l'on veut lui laisser, en principe, sortir ses effets. Or, son effet principal est, nous l'avons vu, de s'imposer aux tiers.
- 4° La doctrine a imaginé des théories permettant d'admettre un contrôle limité du juge sur la manière dont est exercé le droit. C'est, bien sûr, la théorie du contrôle marginal ¹⁵⁹⁸. Mais nous retrouvons le même souci chez la plupart des commentateurs de la théorie, qu'ils soient ou non des défenseurs de la méthode du contrôle marginal proprement dite ¹⁵⁹⁹. La jurisprudence également, qu'elle se réfère ou non à cette théorie, met régulièrement l'accent sur le contrôle exceptionnel et limité du juge ¹⁶⁰⁰.

342

L'opposabilité du droit subjectif et la faute comme « référent » de la disproportion. Où situer la proportion acceptée entre le bénéfice de l'exercice du droit et le dommage imposé en son nom à autrui ? À partir de quel moment va apparaître la disproportion susceptible de sanction ? C'est la question du « référent » nécessaire à la notion de proportionnalité qui est posée.

Le point de passage entre la proportion acceptée et la disproportion bannie n'est pas systématisable en lui-même. Aucune formule juridico-mathématique ne pourra donner de réponse à cette question. Tout est affaire d'espèce et de circonstances de fait et de droit.

1597. Cf. *infra*, n° 437.

1598. Sur cette théorie, cf. *infra*, n° 460.

1599. Cf. *infra*, nos 440 et 445.

1600. Voy. par exemple, Comm. Anvers (réf.), 31 mars 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 403 et s. ; Mons (2^e ch.), 19 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1387 et s. ; J.P. Bruxelles (4^e cant.), 13 mai 1997, *J.J.P.*, 1997, p. 57 et s. ; Civ. Liège (1^{re} ch.), 14 décembre 1995, *Bull. Ass.*, 1997, p. 295 et note J.-Chr. ANDRÉ-DUMON ; J.P. Westerlo, 14 juillet 1995, *A.J.T.*, 1995, p. 400 et s. et note P. DE SMEDT ; J.P. Wolvertem, 30 mars 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 472 et s. et note R. VAN RANSBEECK ; J.P. Anvers (5^e cant.), 8 novembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 512 ; Mons, 7 mars 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 180 ; Civ. Bruxelles, 3 septembre 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 1126 et s. et obs. ; Comm. Gand (réf.), 31 janvier 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 984 et s. (la référence expresse au contrôle marginal est cependant ambiguë car on ne sait si ce contrôle est fait par référence aux exigences de la procédure en référé ou à celles du contrôle de l'exercice du droit subjectif en cause) ; Bruxelles, (8^e ch.), 25 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 536 et s. (la cour en appelle ici à un l'exercice d'un droit « qui dépasse de façon caractérisée » les limites normales de l'exercice du droit) ; Comm. Bruxelles (réf.), 26 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 448 et s. ; Liège, (2^e ch.), 22 septembre 1983, *Entr. et dr.*, 1987, p. 32 et 33.

Nous tenterons, en conclusion de cette partie, de préciser le raisonnement qui doit, d'après nous, sous-tendre la mise en place de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit¹⁶⁰¹. Mais, de manière générale, le référent de la proportion ou de la disproportion est à trouver dans l'application cumulative de deux règles de droit — l'effet d'opposabilité du droit et la nécessité de caractériser la faute du titulaire du droit subjectif — liée à la constatation objective d'une disproportion entre l'avantage tiré de l'exercice du droit et le désavantage qu'il provoque. C'est de cette manière que le juge pourra justifier d'une solution qui, en réalité, est guidée par un légitime motif d'équité et de justice.

La constatation d'une disproportion d'avantages ne suffit pas. La proportionnalité n'est pas une règle juridique porteuse en elle-même d'un devoir spécifique à l'égard du titulaire du droit. Elle ne constitue qu'un outil technique permettant de résoudre un conflit¹⁶⁰². D'autre part, la seule possibilité de faire échec à l'exercice du droit et donc à sa légitimité est de constater une faute dans le chef de son titulaire. Le référent de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit est donc à trouver dans la recherche du comportement du titulaire du droit subjectif normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait. Comment alors déterminer la place de la constatation de la disproportion au regard de la faute et du dommage ? C'est ce que nous rechercherons dans la second chapitre de ce titre¹⁶⁰³.

Sous-section 2 Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux libertés civiles

343. Exposé du problème – **344.** La pondération d'intérêts comme mode de résolution des conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime – **345.** L'application de la proportionnalité dans les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes d'autrui : état d'une controverse du droit positif – **346.** L'absence de justification de l'application de la proportionnalité dans les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes

343

Exposé du problème. Le problème du conflit entre la liberté civile et l'intérêt légitime se pose de manière particulière si on l'éclaire par le prisme de l'opposabilité.

1601. Cf. *infra*, n^{os} 372 et s.

1602. Sur le statut des modes de résolution de conflit dans l'ordonnement juridique global, cf. *infra*, n^o 399.

1603. Cf. *infra*, n^o 359. Aussi, n^o 463.

L'opposabilité de la liberté civile, nous l'avons vu, n'impose *a priori* qu'un devoir de tenir compte de la légitimité de principe des actes posés en son nom ¹⁶⁰⁴. Le conflit entre deux libertés civiles se résout par l'équilibre ¹⁶⁰⁵. Les deux libertés civiles étant porteuses de pouvoirs dont la légitimité est identique et, partant, étant dotées d'une même opposabilité, l'une ne peut *a priori* l'emporter sur l'autre.

Face à l'intérêt légitime, le titulaire de la liberté civile oppose également la légitimité de son acte. Ce dernier est permis par le droit objectif. Cette permission doit être respectée par le porteur d'un intérêt légitime. Ce dernier ne trouvera pas dans l'intérêt pris en lui-même de limite au pouvoir légitime du titulaire de la liberté civile. Nous l'avons vu, l'effet d'opposabilité de l'intérêt légitime n'est pas l'émergence d'un devoir de respect s'imposant à autrui ni même d'un devoir de prise en compte ¹⁶⁰⁶.

Partant, nous nous retrouvons devant une situation où le porteur de l'intérêt légitime ne peut que s'effacer devant l'acte posé par le titulaire de la liberté civile. La situation de celui-ci est donc analogue à celle du titulaire d'un droit subjectif. Elle présente néanmoins une différence fondamentale : le titulaire de la liberté civile ne l'emporte qu'au nom d'un défaut de pouvoir du porteur de l'intérêt légitime et de son impossibilité *a priori* de remettre en cause la légitimité des actes posés sous le couvert de la liberté civile. Il ne l'emporte pas au nom d'un nécessaire devoir de respect fondé sur un pouvoir exclusif.

Or, le titulaire de l'intérêt légitime pourra trouver dans des règles externes, au premier rang desquelles apparaissent les principes de responsabilité civile, une nécessaire limitation aux actes du titulaire de la liberté civile. Nous avons vu, en effet, que l'acte fautif ou illicite permettait de révéler la limite du pouvoir d'une liberté civile ¹⁶⁰⁷. Le titulaire de l'intérêt légitime pourra, dès lors, invoquer un défaut illicite de prise en compte de son intérêt lorsque l'acte attentatoire contrevient à un devoir particulier naissant des circonstances de fait dans lesquelles l'acte a été posé.

344

La pondération d'intérêts comme mode de résolution des conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime. Le conflit opposant une liberté civile à un intérêt légitime va également se résoudre au départ d'une pesée des intérêts en présence et de l'admission de la prédominance de l'un sur l'autre.

¹⁶⁰⁴. Cf. *supra*, n° 311.

¹⁶⁰⁵. Cf. *supra*, n°s 321 et s.

¹⁶⁰⁶. Cf. *supra*, n°s 331 et 332.

¹⁶⁰⁷. Cf. *supra*, n°s 314 et s.

Comme pour le droit subjectif, cette pesée est nécessitée par la nature du conflit. Si le droit objectif légitime les actes posés au nom de la liberté civile en cause, la règle à laquelle fait appel le porteur de l'intérêt, sous peine d'être contradictoire avec les règles de droit objectif qui consacrent la liberté civile en cause, ne peut *a priori* rendre illégitime les actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt servi par la liberté civile. C'est ici aussi au niveau de l'exercice seul de la liberté civile qu'interviennent les règles qui, comme la responsabilité civile, sont porteuses d'une limitation de la liberté civile au nom de devoirs spécifiques de prise en compte de l'intérêt légitime d'autrui ¹⁶⁰⁸.

Comme pour le droit subjectif, la pesée s'effectue au niveau de l'intérêt concret retiré par le titulaire de la liberté civile dans son exercice, même si, nous le verrons, la valeur de l'intérêt abstrait servi par la liberté va jouer un rôle dans la recherche de solution. Comme dans la théorie de l'abus de droit, c'est la comparaison entre l'avantage retiré par le titulaire de la liberté civile et le désavantage qu'il provoque par cet exercice dans le chef du porteur de l'intérêt qui fera l'objet de la pesée.

Contrairement à ce qui se passe dans la théorie de l'abus de droit, cette pesée ne débouche cependant pas sur la mise en œuvre de la proportionnalité, mais sur une pondération d'intérêts. La pondération dont nous parlons ici est l'harmonie recherchée dans l'opposition d'intérêts légitimes contradictoires. Si deux intérêts sont légitimes, la satisfaction de l'un ne peut *a priori* être interdite au nom de la satisfaction de l'autre. Il convient alors de donner à chacun un poids quantitatif et qualitatif. Au regard de ces poids respectifs, il faut déterminer si, en portant atteinte à l'intérêt du tiers, le titulaire de la liberté civile a commis une faute dans l'exercice de sa liberté au regard des devoirs de prise en compte de l'intérêt d'autrui qui s'imposent au titulaire d'une liberté placé dans les mêmes circonstances de fait.

La pondération des intérêts est à mi-chemin entre la proportionnalité et l'équilibre.

Contrairement à l'équilibre, les éléments opposés ne sont pas légitimés également. Nous avons vu, par exemple, que l'équilibre des libertés civiles était fondé sur l'idée que chaque liberté civile était légitimée de la même manière par le droit objectif de sorte que, *a priori*, nous ne pouvions donner la suprématie à l'une sur l'autre ¹⁶⁰⁹. En cas de conflit entre une liberté civile et un intérêt légitime, l'opposabilité de la liberté civile

1608. Pour le développement d'un exemple, voy. *infra*, n^{os} 395 et s.

1609. Cf. *supra*, n^{os} 309 et s.

est plus forte que celle de l'intérêt nu qu'elle vient enfreindre. Il n'y a pas ici d'attribution égalitaire d'un pouvoir identique. La liberté civile est porteuse d'un pouvoir qui permet de légitimer les actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt servi par la liberté civile. Le porteur de l'intérêt légitime ne peut *a priori* remettre en cause la légitimité de ce pouvoir et devra lui-même obtenir la reconnaissance de la légitimité de son intérêt avant de l'opposer au titulaire de la liberté civile.

Contrairement à la proportionnalité, on ne peut partir du principe que le pouvoir contenu dans la liberté civile doit par principe l'emporter sur tout autre intérêt. Le titulaire de la liberté civile est soumis à une application pleine et entière des règles imposant un éventuel devoir de prise en compte des intérêts légitimes d'autrui. Il ne peut porter atteinte à l'intérêt d'autrui si, ce faisant, il commet une faute.

345

L'application de la proportionnalité dans les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes d'autrui : état d'une controverse du droit positif. La question de l'application du principe de proportionnalité au titulaire d'une liberté civile se pose en droit positif.

Ainsi, l'application de la théorie de l'abus de droit est largement prônée et appliquée en jurisprudence, en ce qui concerne le refus de contracter et le refus de vente¹⁶¹⁰. On applique alors le critère de proportionnalité dans le chef du titulaire de la liberté de contracter ou de commerce dont on reconnaît, dans le même temps, le pouvoir de ne pas contracter et de rompre des négociations en cours. Mais l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles n'est pas généralisée en droit positif. Ainsi, par exemple, on ne trouve nulle trace d'une telle application en matière de liberté d'expression.

Depuis longtemps, une doctrine imposante a pris position sur la question de l'application de l'abus de droit aux libertés civiles. Une controverse oppose, dès lors, les auteurs qui l'admettent à ceux qui la refusent.

Ces derniers se fondent généralement sur l'affirmation de l'existence d'une distinction entre droits subjectifs et libertés civiles : la théorie de l'abus de droit supposant l'existence d'un droit subjectif, elle ne s'applique pas aux libertés civiles¹⁶¹¹. C'est alors le critère d'indétermination des

1610. Cf. *supra*, n° 297.

1611. Voy. en ce sens, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 67, n° 37 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *Rev. crit.*, 1928, p. 373 et 374 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 85, n° 50 et p. 92, n° 53 : nous admettons ne pas comprendre comment l'auteur peut, d'une part, affirmer l'in-

prérogatives issues des libertés civiles qui est généralement mis en avant pour justifier la distinction. Cet argument est également lié à la constatation de la légitimité *a priori* des atteintes aux intérêts d'autrui dans le chef du titulaire du droit subjectif, légitimité absente des actes posés par le titulaire d'une liberté civile¹⁶¹².

Nous croyons pouvoir résumer ce courant d'opinion de la manière suivante. Les libertés civiles, se caractérisant par l'indétermination des prérogatives qu'elles contiennent, ne procureraient pas un point d'ancrage suffisant à la théorie de l'abus de droit. Cette dernière suppose que l'on soit capable de fixer des limites précises au pouvoir susceptible d'être sanctionné de sorte qu'il soit possible d'opposer les limites internes du droit à ses limites externes. Seul le dépassement des limites internes du droit donnerait lieu à la théorie de l'abus de droit. C'est l'hypothèse où le titulaire du droit est sanctionné alors qu'il a agi dans les limites du pouvoir fixé par le droit objectif qui crée ou régit le droit subjectif en cause, ce qui confère une légitimité *a priori* à son acte. L'indétermination originelle du pouvoir issu des libertés civiles empêche une semblable distinction. Comment leur appliquer la théorie de l'abus de droit alors qu'il est *a priori* impossible de fixer précisément les limites des prérogatives qui en sont issues ?

Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux ont apporté des précisions particulièrement intéressantes à l'argumentation rejetant l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles.

Le pouvoir d'agir large et vague des libertés n'établit qu'une très faible présupposition de licéité de l'acte accompli dans le cadre de cette

application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles alors que, d'autre part, nous l'avons vu, il lui paraît que la liberté se transforme en droit subjectif dans la relation à autrui ; K. DE VAN, « Le droit de nuire », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 535 et note 6 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 754 et 755, n^{os} 769 et 770 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1934, p. 521 et 522, n^o 549.1. ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 4, n^o 6 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 327 et 328 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations — 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 367, n^o 962 ; 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. 40, n^o 3.2.4.

1612. En ce sens précis, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *op. cit.*, p. 4, n^o 6 : « Personne n'est autorisé à nuire à autrui dans l'exercice de sa libre activité, tandis qu'un dommage causé dans l'application d'un droit défini peut être couvert par les éléments mêmes de ce droit. » Aussi, dans le même sens, K. DE VAN, « Le droit de nuire », *op. cit.*, p. 534 et 535 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 754, n^o 769.

liberté. Les droits d'autrui et des devoirs eux-mêmes très généraux en canalisent l'usage, mais il n'y a pas véritablement de conflits entre les libertés et ces devoirs, les libertés n'étant accordées que sous réserve de respecter ces derniers. Les auteurs en concluent qu'« il est pratiquement sans intérêt de relever un abus de liberté dans un acte engageant la responsabilité de son auteur »¹⁶¹³.

Au contraire, en ce qui concerne les droits subjectifs, des prérogatives nettement déterminées sont accordées à une personne et il en résulte un préjugé de licéité de leur exercice. Le problème de licéité se pose, dès lors, en des termes différents de ceux du respect de devoirs généraux « car il ne s'agit plus d'un vaste domaine où les initiatives possibles sont trop multiples pour pouvoir toutes être envisagées »¹⁶¹⁴. Les auteurs énoncent dès lors que : « La précision du droit ne laisse place, pour son exercice, qu'à un nombre d'actes relativement restreints ; le législateur a pu les prendre en considération et s'il a accordé le droit, c'est qu'il les a jugé licites. Il en résulte que la présupposition de rectitude des actes accomplis dans les limites « externes » d'un droit précis est d'une intensité toute spéciale. La question du contrôle de l'usage abusif de ces prérogatives déterminées revêt alors des traits spécifiques. Il s'agit, en effet, en dépit de la garantie de conformité à la loi que confère aux particuliers la définition nette de leurs droits, de vérifier la manière dont ils usent de leurs pouvoirs et de détruire en certains cas le préjugé de licéité très fort dont ils bénéficient »¹⁶¹⁵. Dès lors, « sans englober toute la responsabilité civile dans laquelle elle se diluerait, la théorie de l'abus de droit trouve un domaine assez vaste dans toutes les prérogatives aux contours extérieurs suffisamment déterminés pour que leur mise en œuvre paraisse *a priori* licite »¹⁶¹⁶.

Dans le prolongement de cette idée, une certaine doctrine relève en outre que l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles aurait pour conséquence une absorption de la théorie de la responsabilité civile par celle de l'abus de droit dès lors que chaque faute de comportement dans l'exercice d'une liberté civile constituerait un abus de liberté

1613. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 754, n° 769 ; dans le même sens, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 252, n° 561.

1614. *Ibid.*

1615. *Ibid.*

1616. *Ibid.*

civile. L'abus de droit perdrait ainsi sa relation particulière avec la notion de faute ¹⁶¹⁷.

Ceux qui admettent l'application de l'abus de droit aux libertés civiles, quand ils la justifient, se fondent généralement sur une assimilation du concept de liberté civile à celui de droit subjectif ¹⁶¹⁸. Rejetant parfois explicitement les critères de distinction avancés en théorie générale du droit, ils en concluent que rien ne s'oppose *a priori* à l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles ¹⁶¹⁹.

346

L'absence de justification de l'application de la proportionnalité dans les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes. Nous approuvons sans hésitation la doctrine qui rejette l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles.

Notre raisonnement rejoint celui de Jacques Ghestin et Gilles Goubaux, mais s'en distingue par notre approche spécifique au départ de l'opposabilité.

La mise en œuvre du mode de résolution de conflit qu'est la proportionnalité est en effet conditionnée par la reconnaissance préalable d'une

1617. En ce sens, voy. par exemple, R. KRUTHOF, « Recension W. De Bondt : De leer der gekwalificeerde benadeling », *T.P.R.*, 1987, p. 944 ; 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. 40, n° 3.2.4. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginnelen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 180, n° 68.

1618. Voy. par exemple, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, *op. cit.*, p. 398 à 418, où l'auteur admet l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles tout en distinguant les deux concepts ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 276 et s. ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 174 et s. ; B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *R.G.D.C.*, 1987, p. 124, n° 16 ; L. JOSSELAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939, p. 323 à 326 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 375, n° 9, *in fine* ; J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 453 à 458 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 324 et 325 (comp. Id., « Rapport général », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 55, n° 32, où l'auteur paraît considérer que l'abus de droit ne peut être invoqué en matière de *culpa in contrahendo* à défaut d'existence d'un droit subjectif). Adde, W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1980, col. 2488 et 2489.

1619. Voy. par exemple, A. BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles*, *op. cit.*, p. 416 et 417 ; J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *op. cit.*, p. 458 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 324 et 325.

prédominance de principe d'un intérêt sur l'autre. Or, cette suprématie n'est pas justifiée en ce qui concerne les libertés civiles. Celles-ci trouvent une de leurs limites dans les intérêts légitimes servis par un droit subjectif. Elles ne peuvent s'imposer *a priori* aux autres intérêts légitimes servis par une liberté civile. Pour quelle raison pourraient-elles supplanter, par principe, les intérêts légitimes d'autrui alors qu'elles ne sont attribuées qu'au regard du bénéfice de leurs titulaires sans diminution de pouvoir dans le chef des tiers ? La liberté civile, nous l'avons vu, ne contient pas en elle-même une diminution de champ d'action des tiers ¹⁶²⁰.

La liberté civile pourrait-elle l'emporter sur les intérêts légitimes d'autrui par le simple fait que les porteurs de ceux-ci ne disposent d'aucun pouvoir particulier et qu'ils ne peuvent opposer *a priori* qu'un effet juridique très réduit ? La réponse doit, selon nous, être nuancée. La liberté civile l'emporte tant que le tiers ne peut prouver que, dans l'exercice de sa liberté, son titulaire a commis un acte illicite ou fautif. Mais la faute ne trouve pas ses limites dans un excès de pouvoir reconnu au titulaire de la liberté civile. Ce dernier n'a pas reçu, contrairement au titulaire du droit subjectif, ce que d'aucuns ont appelé un droit de nuire à autrui afin de traduire explicitement l'effet d'opposabilité particulier du droit subjectif. Autrement dit encore, le titulaire de la liberté civile s'est certes vu reconnaître un pouvoir lui permettant de satisfaire un intérêt qui lui est propre, mais pas, *a priori*, au détriment des intérêts d'autrui. C'est la différence essentielle, déjà soulignée, entre le droit subjectif et la liberté civile ¹⁶²¹.

La proportionnalité ne trouve, dès lors, aucune assise théorique dans la liberté civile. On ne peut partir du principe que l'intérêt servi par la liberté civile doit l'emporter sur tout autre qui lui serait opposé. La liberté de contracter emporte celle de ne pas contracter. La légitimité *a priori* du refus doit être acceptée par le cocontractant. Mais on ne peut imposer ce pouvoir sans avoir égard aux intérêts du cocontractant potentiel, qui pourra se fonder sur toutes les circonstances de fait pour démontrer que, en l'espèce, ce refus viole fautivement son intérêt à contracter. Par contre, le titulaire d'un droit d'auteur peut *a priori* exercer comme il l'entend son droit d'exploitation de l'œuvre qui en fait l'objet, quels que soient les intérêts des tiers énervés par l'existence du monopole d'exploitation qui lui a été ainsi reconnu par le droit objectif. En réalité, les intérêts d'autrui à ne pas le voir exercer son monopole ou à exercer un monopole identique sur l'œuvre qui en fait l'objet, sont sacrifiés au nom du pouvoir reconnu au

1620. Cf. *supra*, n^{os} 307 et s.

1621. Cf. *supra*, n^{os} 307 et s.

titulaire du droit. Ce n'est alors que si des circonstances de fait particulières se présentent, révélées d'abord et nécessairement par la disproportion entre l'avantage retiré par le titulaire du droit et le dommage provoqué au détriment du porteur de l'intérêt, que l'exercice du droit pourra être remis en cause au nom des intérêts d'autrui.

Pour les droits subjectifs, comme pour les libertés civiles, c'est la faute dans l'exercice du pouvoir conféré par le droit objectif qui permettra à l'intérêt légitime d'autrui d'être pris en compte. Mais la faute ne se détermine pas sur la même base. Nul besoin ici d'une disproportion entre les intérêts qui s'opposent. Une atteinte même légère à l'intérêt d'autrui suffirait dans le chef du titulaire de la liberté civile pourvu qu'il soit en faute. Ce n'est pas le cas pour le titulaire du droit subjectif, sa faute ne pouvant naître qu'au départ de la constatation de la disproportion¹⁶²².

Sous-section 3 **Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux autres intérêts légitimes**

347. Exposé du problème – **348.** La pondération des intérêts comme mode de résolution du conflit entre intérêts légitimes

347 **Exposé du problème.** D'un point de vue théorique, nous ne pouvons exclure l'existence de conflits entre porteurs d'intérêts légitimes sans que l'un et l'autre bénéficient d'un intérêt protégé par un droit subjectif ou une liberté civile.

Il est vrai que, dans cette hypothèse, les porteurs de ces intérêts légitimes ne jouissent pas d'un effet d'opposabilité très efficace. Chacun ne peut en appeler qu'à une reconnaissance potentielle dans l'ordonnement juridique. Aucun ne peut *in se* se fonder sur un devoir de respect ou de prise en compte s'imposant *a priori* à l'autre. Il s'en déduit une première conséquence importante. L'intérêt légitime n'est pas porteur d'une force positive permettant à celui qui porte atteinte à l'intérêt légitime d'autrui de la justifier.

L'intérêt légitime n'est pris en compte que d'une manière défensive. Le porteur de l'intérêt atteint par l'acte posé par un autre porteur dans la recherche de satisfaction de son propre intérêt devra en appeler à l'application de règles de droit objectif permettant l'émergence de devoirs de prise en compte de son intérêt. Nous retrouvons là, principalement, les

1622. Cf. *infra*, n° 359.

principes de responsabilité civile. L'intérêt légitime ne sera protégé que si son porteur prouve l'acte illicite ou la faute du tiers qui y a porté atteinte. Généralement, donc, d'autres conditions seront nécessaires pour obtenir la sanction : par exemple, l'existence d'un dommage et d'un lien causal entre la faute et le dommage pour obtenir la réparation.

348

La pondération des intérêts comme mode de résolution du conflit entre intérêts légitimes. Afin de se guider dans la détermination de la faute ou de l'acte illicite, il conviendra de passer par le mode de résolution de conflit constitué par la pondération des intérêts en cause.

L'imposition, l'équilibre ou la proportionnalité sont ici exclus. L'intérêt légitime ne s'imposant pas à autrui par la force de son opposabilité, son porteur ne peut en appeler à l'effet d'opposabilité propre aux droits subjectifs. L'intérêt légitime ne s'est pas vu reconnaître un pouvoir permettant la légitimation *a priori* des actes posés en vue de sa satisfaction. Sa satisfaction ne s'est pas vue non plus reconnaître également à tous. Il n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance *a priori* avant son contrôle de légitimité intervenant au moment où les parties en appellent à une autorité judiciaire pour vider le litige qui les oppose. Les porteurs d'intérêts se présentent face à face sans défense *a priori* issue d'un effet d'opposabilité particulier. Or, c'est l'existence de tels effets qui a justifié l'utilisation de ces trois modes de résolutions de conflits.

La pondération des intérêts peut donc être seule utilisée par le juge dans sa recherche de l'existence d'un devoir de prise en compte permettant de vider le litige en cause. Il va, dès lors, jauger les intérêts en présence afin de leur donner un poids respectif. Tenant compte de ce poids respectif, il trouvera dans les circonstances de fait propres au conflit d'autres éléments lui permettant de vérifier si le tiers a commis, ou non, un acte illicite ou une faute justifiant la sanction demandée par le porteur de l'intérêt légitime atteint.

Section 3

Conclusion sur l'opposabilité des intérêts légitimes

349. L'opposabilité réduite de l'intérêt légitime et sa nécessaire protection par des règles extérieures à lui-même –
350. La protection de l'intérêt légitime dépendante de la qualification des pouvoirs des tiers qui y portent atteinte –
351. L'existence de différentes règles externes de protection – 352. L'émergence de deux nouveaux modes de résolution de conflit : la pondération et la proportionnalité

349 **L'opposabilité réduite de l'intérêt légitime et sa nécessaire protection par des règles extérieures à lui-même.** Ne se voyant pas reconnaître un pouvoir juridique, le porteur de l'intérêt légitime ne bénéficie que d'un effet d'opposabilité très réduit. La reconnaissance de sa légitimité lui permet seulement d'exister dans l'arène juridique.

Il ne peut, pour sa défense, compter que sur les effets de l'application de règles juridiques extérieures à lui qui permettent l'émergence de devoirs de prise en compte de son existence par les tiers. Sa protection est donc entièrement dépendante de l'effet propre à chacune de ces règles et des sanctions frappant la violation des devoirs qu'elles consacrent.

L'opposabilité des intérêts légitimes est donc très différente de celle des droits subjectifs et libertés civiles qui trouvent en eux-mêmes le fondement de devoirs de respect spécifiques s'imposant aux tiers et, le cas échéant, de sanctions particulières à leur non-respect. Le porteur de l'intérêt légitime jouit d'une protection peu élaborée n'entraînant, à son bénéfice, qu'une faible sécurité juridique.

Ce n'est qu'au gré de chaque conflit que le porteur de l'intérêt légitime découvrira ou non une possibilité de protection de ses intérêts par le biais d'applications de règles spécifiques. Le devoir de prise en compte des tiers ne naît que par application de ces règles. Il ne pourra, dès lors, que bénéficier des sanctions éventuelles qui y sont attachées. Ainsi, par exemple, il pourra obtenir réparation du dommage subi si toutes les conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil sont remplies.

350 **La protection de l'intérêt légitime dépendante de la qualification des pouvoirs des tiers qui y portent atteinte.** L'intérêt légitime ne jouit que d'une protection à géométrie variable dépendante de la qualification des pouvoirs qui lui sont opposés. C'est que le porteur d'un intérêt légitime n'est pas mis sur un pied d'égalité avec les titulaires de droits subjectifs et de libertés civiles.

L'intérêt légitime s'efface, en règle, devant le droit subjectif d'autrui. Il subit l'effet d'imposition du droit subjectif. Il ne pourra combattre cet effet que grâce à la mise en œuvre exceptionnelle de la théorie de l'abus de droit, expression de la proportionnalité comme mode de résolution du conflit. La proportionnalité tient en effet compte de la prépondérance de principe du droit subjectif sur l'intérêt légitime au nom de son opposabilité spécifique. Elle n'opère une correction de cet effet que de manière exceptionnelle. Il faut nécessairement, pour ce faire, qu'une disproportion apparaisse entre l'avantage retiré par le titulaire de l'exercice du droit et le dommage subi par le porteur de l'intérêt légitime.

L'intérêt légitime s'efface aussi *a priori* devant la liberté civile. Son titulaire subit alors le devoir de prise en compte de la légitimité de principe des actes posés sous le couvert de la liberté civile. Il peut combattre cet effet plus facilement que celui de l'imposition : en rapportant la preuve qu'au regard du poids à reconnaître à son intérêt légitime, le titulaire de la liberté civile viole un devoir de prise en compte de cet intérêt et, par là, commet une faute ou un acte illicite. Il se fondera alors sur une pondération des intérêts en présence et sur toutes les circonstances de fait permettant de découvrir ce devoir de prise en compte.

L'intérêt légitime, énervé par le porteur d'un autre intérêt légitime qui en recherche satisfaction, ne trouve pas non plus une défense en lui-même permettant de sanctionner cette atteinte. Il ne pourra obtenir une défense que par application d'une règle extérieure à lui (articles 1382 et 1383 du Code civil, principe de bonne foi, article 93 et 94 de la loi sur les pratiques du commerce, etc.). Pour mettre en avant une faute ou un acte illicite, il devra pondérer les intérêts en présence et rechercher dans les circonstances de fait si le tiers porteur d'un intérêt légitime s'est conduit en respectant les comportements imposés par ces règles.

351

L'existence de différentes règles externes de protection. Les règles externes de protection de l'intérêt légitime peuvent être très diverses. Nous retrouvons ici les caractères d'omniprésence et de subversivité de l'intérêt légitime, déjà perçus en théorie générale¹⁶²³. Sa protection et la détermination de ses effets dans les conflits qui nous occupent peuvent s'effectuer sur la base d'une grande diversité de règles qui ne se limitent pas aux principes de responsabilité civile, prisme particulier de la relation à autrui choisi dans la présente étude.

Les principales autres règles de protection des intérêts légitimes sont, dans la résolution des conflits qui nous intéressent ici, le principe général

1623. Cf. *supra*, n° 161.

de bonne foi et l'interdiction des pratiques contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

Sans entrer dans les controverses relatives à la réception en droit belge d'un principe général de bonne foi, et à l'indépendance d'un tel principe avec la responsabilité civile, il convient de rappeler ici que la théorie de la bonne foi se fonde tout entière sur l'idée de l'existence de devoirs de prise en compte des intérêts d'autrui dans le chef du *bonus vir*¹⁶²⁴. Le porteur de l'intérêt légitime peut donc y trouver une règle externe lui octroyant une protection.

L'interdiction des comportements contraires aux usages honnêtes en matière commerciale a déjà retenu notre attention lors de l'étude des conflits de libertés civiles¹⁶²⁵. Les comportements qu'elle implique entre commerçants sont autant de devoirs qui permettent la défense d'un intérêt légitime d'un commerçant ou d'un consommateur à l'égard de tiers qui, exerçant leurs propres libertés ou poursuivant la satisfaction de leurs propres intérêts, y auraient porté atteinte.

352

L'émergence de deux nouveaux modes de résolution de conflit. Outre l'imposition et l'équilibre que nous avons déjà découverts dans nos analyses des droits subjectifs et libertés civiles, apparaissent deux nouveaux modes de résolution de conflit : la pondération des intérêts et la proportionnalité.

Si chaque mode de résolution de conflit a déjà été sommairement étudié, des interrogations subsistent auxquelles il conviendra de répondre.

Nous réservons le premier titre de la prochaine partie à la question de leur champ d'application ainsi qu'à la systématisation du raisonnement qui soutient leur mise en œuvre¹⁶²⁶.

Mais l'analyse des liens entre les principes de responsabilité civile et l'intérêt légitime va nous permettre de tenter de comprendre comment la mise en œuvre des modes résolution de conflit particuliers à l'intérêt légitime coexiste avec l'application des conditions de la responsabilité civile.

1624. Cf. *supra*, n^{os} 144 et s.

1625. Cf. *supra*, n^{os} 297 et s.

1626. Cf. *infra*, n^{os} 365 et s.

Chapitre 2

La responsabilité des tiers portant atteinte aux intérêts légitimes d'autrui

353. Le lien entre la responsabilité civile et l'intérêt légitime – 354. L'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui ne peut être confondue avec le dommage – 355. L'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui ne peut être confondue avec la notion de faute – 356. L'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui à la source de la faute et du dommage – 357. Le lien entre les modes de résolution de conflit propres aux conflits d'intérêts légitimes et les conditions de la responsabilité civile – 358. La relation particulière de la proportionnalité avec les conditions de la responsabilité civile – 359. La relation particulière de la pondération d'intérêts avec les conditions de la responsabilité civile

353 **Le lien entre la responsabilité civile et l'intérêt légitime.** Le droit positif affirme d'emblée le lien existant entre la responsabilité civile et l'intérêt légitime.

Il le fait cependant d'une manière particulière en ce qu'il lie intrinsèquement l'intérêt légitime à la notion de dommage. Ce dernier concept est en effet, nous l'avons vu, défini abstraitement par la violation d'un intérêt légitime¹⁶²⁷. La notion d'intérêt paraît *a priori* indépendante de la notion de faute, autre condition de la responsabilité civile retenant ici notre attention. En effet, il est admis dans le même temps que les conditions de faute et de dommage ne peuvent se confondre. Faire subir à autrui un dommage n'est pas constitutif d'une faute. Porter atteinte aux intérêts d'autrui ne peut donc être, en soi, constitutif d'une faute.

Cette présentation des choses doit être affinée. Les liens entre le dommage et la faute, d'une part, et la violation des intérêts d'autrui, d'autre part, doivent être précisés.

354 **L'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui ne peut être confondue avec le dommage.** Le dommage, nous l'avons vu, est une notion de fait qualifiée juridiquement. Il suppose, pour sa constatation, une comparaison de la situation de la victime après le fait fautif et celle, hypothétique, qui serait la sienne si ce fait n'avait pas été commis¹⁶²⁸. Les dommages patrimoniaux et

1627. Cf. *supra*, n^{os} 189.

1628. Cf. *supra*, n^o 188.

moraux apparaissent alors comme des situations de fait révélant des pertes, des diminutions de valeurs, des souffrances, etc., que l'on tente de réparer adéquatement en nature ou par l'allocation d'une somme d'argent.

Nous avons vu aussi que le droit positif s'était départi de l'idée, qui a eu cours longtemps, de l'assimilation du dommage avec l'atteinte au droit subjectif¹⁶²⁹. Nous avons fait une constatation identique concernant l'atteinte à la liberté civile¹⁶³⁰.

Il est donc assez logique qu'une certaine doctrine, prenant appui sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, ait fait également la distinction entre la notion de dommage et l'atteinte aux intérêts légitimes¹⁶³¹. Comme le relevait fort à propos le procureur général de Wilde, le passage par l'atteinte à l'intérêt pour définir le dommage n'est qu'une ellipse¹⁶³². Le dommage naît d'une situation de fait qui est la conséquence d'une atteinte fautive à l'intérêt légitime — et nous ajoutons aux droits subjectifs et libertés civiles — sans se confondre avec ces atteintes. Le dommage trouve normalement sa source dans un fait provoquant une immixtion dans un pouvoir ou empêchant la satisfaction d'un intérêt de la victime.

Cette manière d'appréhender le problème est conforme à notre approche par le biais de l'opposabilité et des modes de résolution de conflit mis en avant précédemment. Qu'il s'agisse d'atteintes aux droits subjectifs, libertés civiles ou intérêts légitimes, la victime qui veut obtenir réparation d'un dommage oppose d'abord ses pouvoirs et intérêts légitimes, et en appelle aux conditions de la responsabilité civile afin de mettre en avant des devoirs de respect ou de prise en compte dont la violation a provoqué le dommage dont elle se prévaut. Il se peut que ces atteintes ne fassent naître aucun dommage.

355

L'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui ne peut être confondue avec la notion de faute. Mais l'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui n'est pas plus une faute en elle-même qu'un dommage. L'atteinte aux intérêts d'autrui peut être légitime en vertu des pouvoirs conférés par le droit objectif aux titulaires de droits subjectifs et libertés civiles. Ces atteintes sont légitimées par la reconnaissance des pouvoirs contenus dans ces qualifications.

Les atteintes aux intérêts légitimes ne peuvent être sanctionnées que si l'on renverse la légitimité des actes posés en vue de leur satisfaction

1629. Cf. *supra*, n° 232 et s.

1630. Cf. *supra*, n° 317.

1631. Cf. *supra*, n° 189.

1632. *Ibid.*

lorsque ces intérêts sont protégés par les qualifications de droit subjectif ou liberté civile. Ce renversement ne peut avoir lieu que si l'on passe de la licéité de principe de l'atteinte à la constatation de l'illicéité de ces actes. Ce passage ne peut avoir lieu que par l'application d'une règle sanctionnant une illicéité ou, comme les principes de la responsabilité civile, par la constatation d'une faute du tiers qui a porté ou va porter atteinte aux intérêts légitimes d'autrui.

Il n'en va pas autrement pour l'atteinte aux intérêts légitimes non justifiée par l'exercice d'un droit subjectif ou d'une liberté civile. L'explication provient alors de l'effet d'opposabilité minimum de l'intérêt légitime. Celui-ci ne peut trouver en lui-même la justification d'une prédominance par rapport à d'autres intérêts reconnus comme légitimes. L'application d'une règle extérieure ayant précisément comme objet de sanctionner la commission d'actes illicites s'avère alors nécessaire à sa protection.

Non doté d'un devoir de respect *a priori*, l'intérêt légitime voit ses atteintes sanctionnées ou non en fonction des circonstances entourant chaque conflit d'intérêts. Partir du principe, comme certains l'ont fait, notamment concernant la théorie de la bonne foi, d'une nécessaire protection des intérêts légitimes d'autrui fait fi de l'inévitable contradiction des intérêts qui accompagne toutes les relations à autrui. L'atteinte aux intérêts réciproques est inévitable en société car la recherche de la satisfaction des uns s'accompagnera presque toujours d'une atteinte aux intérêts des autres. Cette contradiction est parfois admise, parfois interdite selon les circonstances. Mais l'interdiction ne peut révéler un principe de comportement sous peine de vider de tous contenu et signification la reconnaissance de pouvoirs et d'intérêts légitimes dont la satisfaction doit être possible dans le chef d'autrui.

C'est pourquoi la protection d'intérêts légitimes doit s'accompagner, nécessairement, de la constatation d'une illicéité dans le chef des tiers qui y portent atteinte. Les conflits d'intérêts au sens large ne peuvent être dissociés d'une telle recherche. Mais cette dernière est distincte de la simple constatation de l'atteinte aux intérêts légitimes. Elle obéit nécessairement à des conditions particulières d'application de la règle extérieure applicable. La faute, l'acte contraire au principe de bonne foi, l'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, etc., supposent, pour donner lieu à sanction, que des conditions particulières soient remplies en sus de la constatation de l'atteinte à l'intérêt légitime.

Cette constatation peut surprendre. Ne sommes-nous pas en train de confondre les notions de faute et de dommage ? La réponse est négative.

L'intérêt légitime se situe à la source du dommage en ce que sa violation peut provoquer, mais pas nécessairement, l'émergence d'un dommage en fait. Cette conséquence suit la logique même de l'intérêt. La recherche de sa satisfaction vise généralement l'obtention d'un avantage matériel ou moral dans le chef de son porteur. L'atteinte à l'intérêt légitime, en ce qu'elle prive le porteur de cet avantage, va normalement faire apparaître un dommage.

Mais la violation de l'intérêt légitime d'autrui est également liée à la faute en ce que les normes de comportement de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait vont très souvent traduire des devoirs d'attention et de diligence à l'égard des intérêts légitimes d'autrui. Non pas que l'attention à l'intérêt légitime soit le seul critère de l'élaboration des normes de comportement. L'intérêt général ou l'éthique peuvent, par exemple, influencer fortement l'élaboration de tels devoirs. Mais comment ne pas comprendre que la protection des intérêts d'autrui n'est pas au fondement de nombreux comportements qui s'imposent au regard du standard du bon père de famille ?

Ainsi, par exemple, les devoirs d'information des prestataires de services informatiques traduisent des devoirs d'attention à l'intérêt légitime qu'a leur cocontractant de choisir son fournisseur en connaissance de tous les éléments de fait pouvant influencer sa décision et d'éviter la prestation de services inutile ou peu adaptée à sa situation ou à l'usage du produit informatique ou du service presté. Les devoirs d'exactitude de l'information des journalistes révèlent souvent des devoirs de diligence à l'égard des intérêts légitimes des personnes concernées par la publication des informations de ne pas voir leur honneur ou leur réputation mis à mal gratuitement et sans fondement. Les devoirs spécifiques qui pèsent sur le commerçant qui ne veut plus vendre un produit à un client traduisent souvent des devoirs d'attention à l'égard du client qui doit pouvoir « se retourner » en vue de faire face à la rupture de relations contractuelles qui, le cas échéant, représentent une source de revenus particulièrement importante. Des exemples pourraient être donnés à l'infini.

L'intérêt légitime est donc, tout comme le droit subjectif et la liberté civile, une notion qui éclaire la mise en œuvre des conditions d'application de la responsabilité civile sans toutefois se confondre totalement avec elles.

l'avons vu, la résultante logique des effets d'opposabilité des pouvoirs et intérêts légitimes en cause. La pondération d'intérêts et la proportionnalité se révèlent comme des techniques juridiques permettant une résolution tenant compte de l'effet juridique particulier de chaque élément mis en opposition. Elles traduisent les distinctions subtiles qui différencient les qualifications juridiques utilisées.

Mais pas plus que les éléments qu'elles jaugent et ordonnent, elles ne se substituent aux conditions d'application de la responsabilité civile.

La détermination de la faute s'affine par la mise en œuvre de la proportionnalité ou de la pondération des intérêts. La recherche du comportement de l'homme normalement prudent et diligent va être balisée car elle sera guidée par un raisonnement porteur de solutions de conflits respectueuses de la protection voulue et accordée *a priori* par le droit objectif aux différents pouvoirs et intérêts qui s'opposent. Les modes de résolution de conflit mis en avant apparaissent en outre comme des garde-fous supplémentaires contre le risque de subjectivité du juge. Ils permettent, dans le même temps, une meilleure prévisibilité de la résolution du conflit pour les parties. Enfin, et surtout, ils permettent de récupérer une cohérence et une logique dans la résolution des conflits de ce type qui, en leur absence, se dilue dans un exercice purement casuistique justement critiqué pour son manque de rigueur et de prévisibilité.

Cependant, les modes de résolution de conflits issus de l'opposabilité des intérêts légitimes et des pouvoirs qui s'y opposent ne peuvent être dissociés de la détermination de l'illicéité des comportements à la base des conflits qui surgissent dans les relations sociales et juridiques. La raison tient à la manière même dont ils apparaissent. Les effets d'opposabilité qui sont à la source de la détermination des modes de résolution de conflits déterminent des zones de légitimité d'actes ou d'intérêts dont la satisfaction est recherchée. Cette légitimité *a priori* est voulue par le droit objectif qui prévoit les outils permettant d'assurer leur efficacité en droit positif. La seule manière de contrer cette légitimité est la constatation de comportements illicites ou, si l'on a égard particulièrement aux règles de la responsabilité civile, de comportements fautifs permettant la mise en œuvre de sanctions particulières, dont la réparation. Ce passage à l'illicéité est absolument essentiel si l'on veut éviter toute contradiction interne dans l'ordonnancement juridique.

Autrement dit, les modes de résolution de conflit propres à l'intérêt légitime ne peuvent jamais opérer à eux seuls le passage du légitime ou du licite vers l'illicéité. Ils ne contiennent pas en eux-mêmes de justification et de constatation de ce qui est ou non illicite ou fautif. Cette justifi-

cation ne peut provenir que de la règle externe appliquée, en l'espèce les articles 1382 et 1383 du Code civil. Ni l'existence d'une disproportion des intérêts en présence ni celle d'une pondération *a priori* en faveur d'un porteur d'intérêt à l'égard d'un autre ne permettent déjà d'affirmer l'illicéité de l'acte. Il faut, en outre, que le juge constate qu'en se comportant comme ils l'ont fait, ceux qui posent l'acte litigieux ne se sont pas conduits en hommes normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances de fait. Faute et modes de résolution de conflit ne sont pas assimilables.

Les modes de résolution de conflit susceptibles de protéger l'intérêt légitime ne se substituent pas plus au concept de dommage. Bien au contraire, ils servent de révélateurs de l'existence du dommage tout en restant distincts de celui-ci.

La proportionnalité ou la pondération des intérêts permettent en effet de mettre en avant l'étendue du dommage subi par le porteur de l'intérêt légitime. Ils n'ont cependant pas pour objet de déterminer l'étendue du dommage réparable. Ces modes de résolution de conflit, chacun selon ses caractéristiques propres, ne permettent que de déterminer l'intégralité des inconvénients provoqués par le tiers au porteur de l'intérêt légitime. La proportionnalité va mettre en avant l'étendue du désavantage subi par le porteur de l'intérêt du fait de l'exercice du droit dans les circonstances propres au conflit. La pondération d'intérêts opère par contre de manière inverse en révélant le poids et la valeur de l'intérêt à l'aune de la satisfaction qu'en attend son porteur. Ni l'un ni l'autre de ces modes de résolution de conflit ne permet *de facto* la détermination exacte du dommage réparable.

358

La relation particulière de la proportionnalité avec les conditions de la responsabilité civile. En application des lignes directrices du lien entre la faute et les modes de résolution de conflit permettant la protection d'un intérêt légitime, nous ne pouvons donc admettre que le critère de proportionnalité, utilisé par le droit positif pour mettre en avant un cas d'abus de droit, suffise à la constatation du comportement fautif du titulaire du droit subjectif.

La proportionnalité est un mode de résolution de conflit qui révèle, de manière objective, l'ampleur et l'étendue d'un dommage provoqué par le titulaire du droit au détriment du porteur de l'intérêt légitime enfreint par l'exercice du droit. Reste à déterminer, et cet élément est essentiel, si un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait a pu provoquer l'atteinte à l'intérêt d'autrui telle que mise en avant par la disproportion. Il faudra, pour y arriver, avoir égard

tant à la nature du droit subjectif en cause qu'à toutes les circonstances de fait du conflit permettant de déterminer si, ce faisant, le titulaire a commis une faute pouvant donner lieu à réparation ou, nous le verrons, à la réduction du droit à son usage normal.

Nous voyons donc que la constatation de la faute ne perd nullement ses particularités du fait de l'application de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit. La disproportion apparaît comme une condition préalable à la détermination de la faute. Sans disproportion, la faute ne peut trouver de fondement. Il n'y a pas de faute à exercer son droit conformément aux règles de droit objectif qui créent et organisent le droit subjectif. Il n'y a pas plus de faute à léser les intérêts d'autrui dans l'exercice de son droit subjectif : cette lésion est prévue et légitimé *a priori* par la reconnaissance même du droit subjectif en cause.

L'abus de droit n'apparaît que comme une théorie correctrice de l'effet d'imposition du droit subjectif. Cette correction ne se justifie que si l'atteinte qui est portée à l'intérêt légitime révèle une situation de fait considérée par le droit comme contraire à l'équité et à la justice. La détermination de cette situation contraire à l'équité ne peut s'effectuer qu'en ayant égard à la comparaison des intérêts respectifs en cause et en tenant compte de la prédominance *a priori* du droit subjectif sur l'intérêt légitime d'autrui. C'est donc la disproportion des intérêts, comprise comme la constatation d'un dommage dans le chef du porteur de l'intérêt légitime sans proportion avec le faible avantage qui est retiré de l'exercice du droit par son titulaire, qui va permettre de révéler une situation propre à énerver les impératifs d'équité et de justice dans lesquels cette théorie trouve son fondement.

Néanmoins, ni la justice ni l'équité n'ont valeur de règles de droit objectif permettant au juge de fonder une solution au litige qui lui est soumis. Cette situation inique doit, pour être censurée par le juge, se traduire dans l'application des règles de responsabilité civile. C'est donc nécessairement à l'aune de la disproportion des intérêts en présence que le juge recherchera s'il y a eu ou non violation par le titulaire du droit subjectif d'un devoir déterminé de comportement imposé par l'ensemble des circonstances propres au conflit en cause. Il faut stigmatiser dans les faits de la cause le comportement qu'aurait dû avoir le titulaire du droit normalement prudent à l'égard des intérêts légitimes d'autrui.

Une fois le comportement fautif établi, il faudra encore déterminer la proportion du dommage réparable. Toutes les conséquences dommageables de l'exercice du droit, pris en compte au travers du mode de résolution de conflit qu'est la proportionnalité, ne pourront généralement pas

donner lieu à réparation. Le droit subjectif porte en effet une légitimation de principe de l'atteinte aux intérêts légitimes d'autrui. Ce n'est, en d'autres termes, que le dommage disproportionné qui peut donner lieu à réparation, étant entendu que le porteur de l'intérêt légitime devra subir les inconvénients normaux de l'exercice du droit.

Nous verrons du reste qu'il est admis que le droit subjectif ne peut être nié par la sanction de l'abus. La sanction en nature qui est mise en avant à côté de la réparation, constituée de la réduction du droit à son usage normal, en est le révélateur le plus évident. La réduction n'équivaut pas à rendre impossible tout exercice du droit. Et cet exercice peut provoquer un inconvénient que le porteur de l'intérêt légitime devra supporter.

359

La relation particulière de la pondération d'intérêts avec les conditions de la responsabilité civile. Nous pouvons, de la même manière que pour la proportionnalité, déterminer les liens spécifiques que présente la pondération des intérêts avec les notions de faute et de dommage.

Effectuer une pondération d'intérêts ne révèle ni une faute spécifique ni un dommage déterminé.

La pondération permet de comparer deux intérêts et de constater lequel des deux doit *a priori* l'emporter dans un conflit particulier. Elle s'aidera notamment de l'effet d'opposabilité induit de la qualification des pouvoirs et intérêts qui s'opposent ainsi que de l'ensemble des éléments de faits du conflit en cause. Ainsi, si la liberté de ne pas contracter s'oppose à l'intérêt de voir subsister un lien contractuel considéré comme nécessaire et utile pour son porteur, le juge devra prendre en considération tous les éléments lui permettant de jauger les intérêts en présence. D'une part, il constatera la qualification de liberté civile du pouvoir de ne pas contracter et le devoir de prise en compte de la légitimité *a priori* de l'acte posé sous le couvert de cette liberté, ainsi que la valeur fondamentale du principe de la liberté de ne pas contracter en droit des contrats.

Concernant l'intérêt légitime qui lui est opposé, il devra le déterminer en fonction des circonstances de fait. Par exemple, cet intérêt légitime aura un poids particulier pouvant se révéler de la position dominante sur le marché en cause du titulaire de la liberté de contracter et des possibilités dont bénéficie le porteur de l'intérêt légitime de trouver un autre fournisseur, de l'existence d'une relation contractuelle continue antérieure au refus, du délai laissé au porteur de l'intérêt avant la prise d'effet du refus, du fait que le titulaire de la liberté est pratiquement le seul client du porteur de l'intérêt, etc. Il pourra alors comparer l'importance et le poids respectifs des intérêts qui s'opposent afin de résoudre le conflit au vu de l'ensemble des éléments de la cause.

Ici encore, comme pour la proportionnalité, la décision de protéger ou non l'intérêt légitime sera guidée certes par l'élément objectif constitué des effets d'opposabilité des pouvoirs et intérêts en cause, mais également — ne le nions pas — par la portée des exigences d'équité et de justice perçue par le juge. Mais la résolution du conflit ne peut, sous peine de prendre des risques évidents de subjectivité excessive, trouver sa solution dans la seule pondération des intérêts ainsi opérée. Ce sont les règles externes à l'intérêt légitime, en l'espèce les conditions d'application de la responsabilité civile, qui vont apporter la solution ultime au conflit.

Faute, dommage et pondération des intérêts sont donc des concepts distincts tout en présentant des connexions entre eux.

La pondération des intérêts nous apparaît comme une étape nécessaire à la détermination de la faute. Elle sert en quelque sorte à défricher le terrain afin de permettre au juge de déterminer une faute éventuelle sur la base d'un fondement solide respectueux des règles de droit objectif ayant consacré ou admis la légitimité *a priori* des actes posés sous le couvert d'une liberté. Nous retrouvons donc l'effet de sécurité juridique, d'impartialité et de cohérence de la méthode de résolution de conflit utilisée. Elle va servir de guide au juge en posant des balises à la détermination de la faute éventuelle.

La violation éventuelle d'un devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui dans le chef du titulaire de la liberté civile ou du porteur de l'intérêt légitime en cause doit être recherchée en application du droit commun de la responsabilité civile. Prenant assise sur la pondération d'intérêts effectuée préalablement, le juge doit rechercher si, en fonction des circonstances propres à la cause, un devoir précis a été enfreint. Il s'agit donc de savoir si, eu égard à la pondération effectuée et des autres circonstances, le titulaire de la liberté civile ou le porteur de l'intérêt légitime se sont comportés comme des hommes normalement prudents et attentifs à l'intérêt légitime d'autrui.

À la différence de la proportionnalité, une fois la faute et les autres conditions de la responsabilité civile constatées, il conviendra de réparer l'intégralité du dommage subi par le porteur de l'intérêt légitime. Si les conditions de la responsabilité civile ne sont, par contre, pas remplies, le porteur de l'intérêt légitime devra subir l'intégralité du dommage éventuel qui est la conséquence de l'acte posé par autrui.

Conclusion

De l'opposabilité des intérêts légitimes à la proportionnalité et à la pondération des intérêts comme modes de résolution

360. L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense des intérêts légitimes – 361. L'opposabilité, fondement de la distinction entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes et de la systématisation des résolutions de conflits – 362. La définition de l'intérêt légitime

360 L'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense des intérêts légitimes. De l'étude qui précède, nous pouvons conclure à l'émergence d'un modèle théorique cohérent de défense des intérêts légitimes au départ de l'analyse de leur opposabilité et des liens qu'ils doivent avoir avec l'application des règles de la responsabilité civile.

Ce régime s'est construit sur la base d'un raisonnement identique à celui appliqué aux droits subjectifs et libertés civiles. C'est au départ d'une distinction entre la face interne — la relativité — et la face externe — l'opposabilité — de l'intérêt légitime qu'il a pu se révéler à nous dans l'analyse contenue dans le présent chapitre.

La relativité de l'intérêt légitime diffère de celle des droits subjectifs et libertés civiles par l'absence de tout pouvoir juridique attribué à son porteur par le droit objectif afin d'en permettre la satisfaction. Le lien entre le porteur de l'intérêt et sa satisfaction révèle, en ce qui concerne l'intérêt nu, non protégé *a priori* par une qualification ou une règle spécifique issue du droit objectif, une zone de non-droit. Elle n'entre dans la juridicité que par l'intermédiaire du test de légitimité révélant l'effet d'opposabilité très relatif de l'intérêt : sa possible prise en compte dans l'ordonnancement juridique.

Cette opposabilité relative ne permet pas, en elle-même, d'expliquer de quelle manière l'intérêt légitime peut l'emporter dans un conflit opposant son porteur à autrui. Elle permet par contre de comprendre que le porteur d'un intérêt légitime doit subir *a priori* les effets pleins et entiers de l'opposabilité des droits subjectifs et libertés civiles. Il est soumis au devoir de respect des droits subjectifs et au devoir de prise en compte de la légitimité des actes posés en vertu d'une liberté civile.

La protection de l'intérêt légitime n'apparaît en réalité qu'au travers de règles correctrices extérieures à lui-même. La première de ces règles est

celle issue de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette application s'effectue au bénéfice de toutes les parties au conflit. Elle permet de sanctionner l'atteinte aux droits subjectifs et libertés civiles par le porteur de l'intérêt légitime. Mais elle permet également une protection du porteur de l'intérêt légitime en ce qu'elle révèle l'émergence de devoirs spécifiques de prise en compte de l'intérêt légitime par les tiers qui y porteraient atteinte.

La détermination de ces devoirs se fonde sur la mise en œuvre de deux modes de résolution de conflit spécifiques aux conflits où apparaît l'intérêt légitime : la proportionnalité et la pondération d'intérêts. La première s'applique en cas de conflit entre un intérêt légitime et un droit subjectif. La seconde trouve son champ d'application dans les conflits opposant un intérêt légitime à une liberté civile ou à un autre intérêt légitime.

Ces modes de résolution de conflit ne se substituent pas aux conditions d'application des règles externes protectrices de l'intérêt légitime. Ainsi, en particulier, ces modes de résolution de conflit prennent place en amont de la détermination de la faute et de l'existence d'un dommage réparable. C'est, en effet, au départ de la constatation d'une disproportion entre les intérêts qui s'opposent au travers du conflit entre un droit subjectif et un intérêt légitime que le juge pourra déterminer si le titulaire du droit s'est comporté comme un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait. C'est également au départ de la pondération d'intérêts que le juge pourra déterminer si le titulaire d'une liberté civile ou le porteur d'un intérêt légitime a commis ou non une faute au regard de toutes les circonstances de fait et de droit propres au conflit.

361

L'opposabilité, fondement de la distinction entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes et de la systématisation des résolutions de conflits. Arrivé sur ce point au stade final de notre réflexion, il nous apparaît que l'opposabilité est au fondement des spécificités de chaque qualification analysée. L'opposabilité permet en effet de comprendre en quoi chacune des qualifications induit des effets spécifiques dans la relation à autrui.

Se déclinant par un devoir de respect du droit subjectif, un devoir de prise en compte de la légitimité d'actes posés sous le couvert de la liberté civile ou par l'acceptation d'une éventuelle prise en compte des intérêts légitimes, l'opposabilité distincte de chacune des qualifications permet d'apercevoir l'utilité de la distinction entre celles-ci.

Les développements de la théorie générale en vue de distinguer ces qualifications nous paraissent ainsi renforcés par la mise en exergue de

l'utilité que peuvent prendre ces qualifications en droit positif. L'analyse de l'opposabilité des qualifications permet de discerner des conséquences juridiques spécifiques pouvant se traduire dans le droit positif. Elle permet de préciser et de donner une cohérence globale à l'utilisation de ces qualifications par et dans le droit positif. Elle apparaît, en définitive, comme le trait d'union entre la théorie générale et le droit positif qui connaît et met en application les qualifications de droits subjectifs, de libertés civiles et d'intérêts légitimes.

La systématisation de l'effet d'opposabilité des qualifications étudiées apparaît ainsi comme l'élément fondamental de compréhension desdites qualifications. Elle fonde tant la construction d'une protection spécifique à chaque qualification que celle d'un système global et cohérent de résolution des conflits entre elles.

En effet, les distinctions entre concepts apparaissent maintenant avec plus de clarté. L'opposabilité spécifique à chacun d'eux nous permet d'affiner les définitions traditionnelles retenues dans la première partie de cette étude. Enfin, l'effet d'opposabilité de chacune des qualifications nous permet de présenter, sous le titre suivant, une méthode globale de résolution des conflits entre titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes.

362

La définition de l'intérêt légitime. À la fin de l'étude de l'intérêt légitime au travers de la théorie générale de droit civil, nous avons admis pouvoir définir l'intérêt légitime comme *tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que celui-ci n'est pas considéré a priori par le droit objectif comme interdit car poursuivi en violation d'une règle du droit objectif*.

Fort des développements qui précèdent, il nous paraît utile de compléter et de préciser quelque peu cette définition. En vue principalement de mieux mettre en exergue l'élément de légitimité rendu compréhensible au travers de l'opposabilité de l'intérêt. Il nous paraît en outre utile, dans notre comparaison avec les deux autres qualifications, d'ajouter les caractéristiques de la défense qui lui est accordée par le droit objectif.

Nous proposons dès lors la nouvelle définition suivante. *L'intérêt légitime est tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que le droit objectif le considère comme légitime en ce que sa satisfaction ou son avantage ne sont pas poursuivis en contradiction avec une règle du droit objectif et qu'il est, par conséquent, apte à bénéficier de l'application éventuelle d'une règle de droit permettant d'en sanctionner la violation illicite.*

UN MODÈLE THÉORIQUE DE RÉOLUTION DES CONFLITS

363. La systématisation des acquis de l'effet des qualifications sur autrui – 364. Le plan de la présente partie

363

La systématisation des acquis de l'effet des qualifications sur autrui. L'étude des effets des qualifications sur autrui par le double prisme de l'opposabilité et de la responsabilité civile est arrivée à son terme.

Celle-ci nous a fourni de nombreux résultats qu'il convient maintenant de systématiser. Nous avons vu que chacune des qualifications génère, au départ de son opposabilité, des modes différents de résolution de conflits. Quatre modes distincts sont apparus : l'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts. Chacun d'eux présente avec la mise en application des conditions de la responsabilité civile des liens particuliers.

Grâce à ces acquis, il est possible de mettre en avant un véritable système de résolution des conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Celui-ci s'appliquera à tous les conflits possibles entre les qualifications étudiées. Nous le ferons au départ d'un tableau général des modes de résolution des conflits.

Cela permettra de préciser les hypothèses d'application de chacun de ceux-ci ainsi que les raisonnements dont il est porteur dans le chef de celui — juge ou partie — qui veut résoudre chacun des conflits.

Ensuite, le statut précis des modes de résolution de conflits dans l'ordonnancement juridique global sera déterminé ainsi que le rapport qu'ils entretiennent avec la mise en œuvre des principes de la responsabilité civile extracontractuelle.

Finalement, on tirera des conclusions sur l'apport de ce système eu égard aux qualifications elles-mêmes. Ces modes de résolution offrent en

effet une justification théorique de la nécessité de distinguer les qualifications entre elles. Elles offrent également un critère supplémentaire de distinction entre celles-ci.

364

Le plan de la présente partie. Dans un premier titre, nous présenterons le modèle théorique général de la résolution des conflits entre droits subjectifs, libertés civiles. Au départ d'un tableau, nous systématiserons l'application de chacun des modes de résolution de conflit ainsi que son régime et ses sanctions.

Dans un second titre, nous confronterons notre modèle théorique à deux théories particulièrement significatives et usuelles présentes en droit positif : la théorie de l'abus de droit et celle de la tierce complicité.

L'émergence d'un modèle théorique général de résolution des conflits

365. Le tableau général des résolutions de conflits –
366. Explication du tableau : clés de lecture

365 Le tableau général des résolutions de conflits.

Défendeur  Demandeur	1. Droit subjectif	2. Liberté civile	3. Intérêt légitime
1. Droit subjectif	1.1 Équilibre Cessation et/ou référé R.C. de droit commun	1.2. Imposition Cessation et/ou référé R.C. Spécifique ou de droit commun	1.3. Imposition Cessation et/ou référé R.C. Spécifique ou de droit commun
2. Liberté civile	2.1. Proportionalité Référé (cessation si prévue) Abus de droit	2.2. Équilibre Référé (cessation si prévue) R.C. de droit commun	2.3. Pondération d'intérêts Référé (cessation si prévue) R.C. de droit commun
3. Intérêt légitime	3.1. Proportionalité Référé (cessation si prévue) Abus de droit	3.2. Pondération d'intérêts Référé (cessation si prévue) R.C. de droit commun	3.3. Pondération d'intérêts Référé (cessation si prévue) R.C. de droit commun

366 **Explication du tableau : clés de lecture.** Le tableau confronte chacune des qualifications entre elles. Nous avons indiqué sur la ligne supérieure les trois qualifications, chacune correspondant à une colonne spécifique du tableau et numéroté de 1 à 3. Nous avons également indiqué ces trois qualifications sur la première colonne de gauche, chacune correspondant à une ligne spécifique du tableau et numérotée de 1 à 3.

L'intersection entre chacune de ces lignes et colonnes correspond à un type de conflit particulier remplissant une case du tableau. Tous les

types de conflits imaginables entre les trois qualifications apparaissent donc.

Le tableau doit toujours se lire au départ de la première colonne. En effet, nous avons considéré que chacun des conflits, apparaissant dans chacune des cases, naissait au départ d'une action intentée par le titulaire du droit subjectif, de la liberté civile ou du porteur de l'intérêt légitime indiqué sur la première colonne du tableau en réaction à une atteinte perpétrée ou une limitation opposée par un tiers à son droit, sa liberté ou son intérêt. Dès lors, le titulaire du droit subjectif, de la liberté civile et le porteur de l'intérêt légitime apparaissant sur la ligne supérieure du tableau sont considérés comme les tiers ayant commis ou voulant obtenir le respect d'un acte ou d'une abstention qui énerve les droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes inscrits dans la première colonne. C'est ce qu'indique le contenu de la case supérieure gauche du tableau. Chaque case révélant un conflit particulier est identifiée dans son coin supérieur gauche par un double chiffre séparé d'un point : le premier indique le type de qualification à la base de l'action introduite par la victime, le second chiffre indique le type de qualification dont se prévaut celui qui a commis l'atteinte.

Nous considérons que l'action ou l'abstention posées le sont dans le cadre du pouvoir ou en vue de la satisfaction de l'intérêt légitime en cause. Il n'est pas question ici des problèmes spécifiques pouvant découler de l'agissement des titulaires des droits subjectifs ou libertés civiles en dehors du champ du pouvoir qui leur est reconnu *a priori* par le droit objectif.

Chaque case représentant un conflit particulier se subdivise en deux par une diagonale descendant du coin supérieur droit au coin inférieur gauche de la case.

La partie supérieure à la diagonale indique le mode de résolution de conflit spécifique à mettre en œuvre. Ainsi, par exemple, en cas de conflit entre le titulaire d'un droit subjectif et un autre droit subjectif, la partie de la case correspondante (1.1) indique l'équilibre comme mode de résolution de conflit.

La partie inférieure à la diagonale est encore subdivisée en deux selon le type de sanction attendue et le mode d'action possible pour l'obtenir. La partie inférieure gauche est réservée à l'action en responsabilité et indique s'il s'agit d'une application générale du droit commun de la responsabilité et/ou d'une responsabilité spécifique impliquant un critère particulier de la faute. La partie inférieure droite est réservée aux actions en cessation de l'atteinte et indique le type d'actions de ce type (action

spécifique si elle est prévue par une loi particulière et/ou une action en référé de droit commun). L'indication « cessation » implique qu'une action en cessation spécifique est reconnue de droit sans nécessité d'une procédure particulière organisée par le droit objectif et cela, indépendamment de l'existence d'une action en responsabilité civile. Le référé est soit mis en œuvre dans le cadre de l'action en cessation, soit dans le cadre de l'action en responsabilité civile. L'indication « cessation si prévue » indique qu'une action en cessation en marge d'une action en référé, affranchie le cas échéant de certaines conditions de la responsabilité civile, peut exister si elle est organisée par le droit objectif.

Ainsi, par exemple, en cas d'atteinte à un droit subjectif par une liberté civile (case 1.2), la partie supérieure de la diagonale indique que l'imposition est le mode de résolution de conflit à appliquer ; la partie inférieure gauche à la diagonale indique qu'elle donne lieu à une application du droit commun de la responsabilité et/ou à l'application d'un critère de faute spécifique ; la partie inférieure droite à la diagonale indique que le titulaire du droit subjectif atteint bénéficie soit d'une action en cessation indépendante, soit d'une action en référé.

Chapitre 1

L'imposition

367. L'imposition comme mode de résolution des conflits (rappel) – 368. Les hypothèses d'application de l'imposition – 369. Les sanctions liées à l'imposition – 370. Le lien entre l'imposition et les principes de responsabilité civile – 371. La systématisation de la mise en œuvre de l'imposition

367 L'imposition comme mode de résolution des conflits (rappel). L'imposition naît de l'effet spécifique d'opposabilité du droit subjectif. Cette opposabilité s'exprime dans un strict devoir de respect qui s'impose aux tiers qui ne peuvent porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui. Ce strict devoir de respect est rendu possible par l'exclusivité qui caractérise le pouvoir interne de tous les droits subjectifs¹⁶³³.

L'imposition comme mode de résolution de conflit permet donc d'imposer un pouvoir à autrui grâce au jeu de l'application du droit objectif qui a créé ce pouvoir. L'imposition ne naît pas d'une pondération ou de la recherche d'un équilibre entre pouvoirs et intérêts que l'on oppose. Elle n'exprime pas ici le résultat d'une mise en balance, mais l'effet *a priori* reconnu à un pouvoir qui doit être respecté par tous.

L'imposition est le mode de résolution de conflit spécifique à la protection du droit subjectif. Ni la liberté civile ni l'intérêt légitime n'en bénéficient. Ces qualifications ne trouvent pas en elles-mêmes la justification d'un tel effet à leur opposabilité.

368 Les hypothèses d'application de l'imposition. Le tableau dressé ci-dessus indique deux seuls cas où l'imposition s'applique : il s'agit de conflits opposants des droits subjectifs, d'une part, à des libertés civiles et intérêts légitimes, d'autre part (cases 1.2 et 1.3).

Le titulaire du droit subjectif atteint par un tiers qui lui oppose sa liberté civile ou son intérêt légitime va normalement l'emporter, sauf à ce dernier d'invoquer la proportionnalité. Il impose son pouvoir à ces tiers, fort du devoir strict de respect qui découle de son opposabilité. Ces derniers doivent s'y soumettre. Ils ne trouvent ni dans leur liberté civile ni dans leur intérêt légitime un effet juridique d'opposabilité suffisant pour le remettre en cause. Leur seule porte de sortie sera d'invoquer l'abus de droit.

1633. Cf. *supra*, n° 284.

Le titulaire de la liberté civile voit certes ses actes posés en vue de la satisfaction de l'intérêt qui en forme le but légitimés *a priori* par le droit objectif. Mais le droit subjectif apparaît comme une limite posée par le droit objectif à l'étendue de sa liberté. Le pouvoir légitimé par la liberté civile, dénué de toute exclusivité, ne permet pas à son titulaire de ne pas respecter l'effet d'opposabilité des droits subjectifs d'autrui. Le pouvoir exclusif inhérent au droit subjectif permet par contre au titulaire du droit d'imposer son droit aux tiers, fussent-ils titulaires d'une liberté civile. La reconnaissance d'une liberté civile n'entraîne pas une permission de ne pas respecter les droits subjectifs d'autrui. La reconnaissance d'un droit subjectif limite par contre la portée de l'étendue du pouvoir contenu dans chaque liberté civile.

Quant au porteur d'un intérêt légitime, la reconnaissance de sa possible prise en compte dans l'ordonnement juridique global n'implique pas en elle-même qu'il apparaisse comme une limite au droit subjectif d'autrui. Au contraire : exclusif des intérêts d'autrui, le droit subjectif a vu sa prédominance sur les intérêts d'autrui reconnue *a priori* par le droit objectif. L'exercice d'un droit subjectif entraîne légitimement des atteintes aux intérêts d'autrui.

Nous avons déjà relevé certains exemples en droit positif.

Ainsi, le titulaire d'un droit d'auteur violé par un tiers peut lui imposer le respect de son droit. Ce dernier ne trouvera ni dans sa liberté de commerce, d'entreprendre ou de concurrence ni dans ses intérêts légitimes, une légitimation suffisante *a priori* pour neutraliser le droit d'auteur du titulaire. Ces libertés ou intérêts légitimes trouvent dans le monopole d'exploitation de l'auteur ou de ses ayants droit une limite. Les titulaires de ces libertés ou les porteurs de ces intérêts peuvent exercer une activité concurrente ou non à celle du titulaire de droit d'auteur. Ils peuvent le concurrencer sur son propre marché. Mais ils ne peuvent, ce faisant, porter atteinte à son droit d'auteur. Le pouvoir issu de la liberté est du reste indemne si l'on veut bien admettre qu'il ne permet pas de violer des devoirs précis issus du droit objectif s'imposant à tous. Il n'en serait autrement que si ces tiers pouvaient se prévaloir d'une exception aux droits d'auteur prévue par la loi. Et ce n'est pas simplement en prouvant qu'un de ses intérêts couverts ou non par sa liberté est atteint par l'exercice du droit que le tiers pourrait remettre en cause la force d'imposition du droit d'auteur. Le tiers peut certes, par exemple, avoir un intérêt commercial à ne pas voir le titulaire du droit d'auteur provoquer dans son chef une diminution des ventes et des parts de marché du fait de l'exploitation judiciaire de ses œuvres. Cette atteinte est cependant légitimée *a priori* par la reconnaissance du droit d'auteur.

Ainsi encore — on reviendra longuement sur cette hypothèse dans le chapitre suivant — le titulaire d'un droit de créance violé par un tiers peut imposer son respect dès lors que ce tiers ne peut lui opposer qu'une liberté civile ou un intérêt légitime. Tel est, par exemple, le cas des conflits donnant lieu à l'application de la théorie de la tierce complicité. Le tiers qui veut contracter avec le débiteur du créancier, en violation de l'obligation qui pèse sur ce dernier, est tenu de respecter l'effet d'opposabilité du droit de créance. Il ne trouvera pas dans sa liberté le pouvoir de passer outre au devoir de respect qui s'impose à lui. Encore faut-il bien comprendre que le tiers n'est pas tenu au respect de l'obligation qui forme l'objet du droit de créance.

De même, le droit de propriété sur un meuble ou immeuble représente une limite stricte à la liberté de commerce et d'entreprendre ou à la liberté d'expression d'autrui. Les titulaires de ces libertés ne trouveront ni dans leur pouvoir ni dans leur opposabilité la légitimation d'un acte portant atteinte au droit de propriété d'autrui. L'effet d'imposition du droit subjectif joue alors. Il en est de même de tout intérêt légitime que des tiers pourraient opposer à l'exercice du droit de propriété. Comme pour les autres droits subjectifs, le droit objectif a opéré *a priori* une pondération d'intérêts permettant au titulaire du droit de jouir de celui-ci au détriment des intérêts légitimes d'autrui, sauf, bien entendu, cas d'application de l'abus de droit et de la mise en œuvre de la proportionnalité.

369 **Les sanctions liées à l'imposition.** Les sanctions liées à l'imposition ont déjà été précisées ci-avant ¹⁶³⁴.

À tout droit subjectif est liée une action en cessation à son atteinte, indépendante des conditions de la responsabilité civile. Cette action permet au titulaire de se défendre adéquatement contre toute atteinte portée à son droit par un tiers ayant posé l'acte litigieux au nom de sa liberté civile ou de la poursuite d'un intérêt légitime. Sauf invocation de la théorie de l'abus de droit, le juge devra seulement constater l'existence du droit et la titularité du demandeur à l'action ¹⁶³⁵. Si, en outre, il constate la violation objective du droit subjectif par le tiers défendeur à l'action, il devra prononcer une injonction de cessation de l'atteinte.

Si l'action en cessation n'est pas satisfaisante ou s'il veut obtenir la réparation du dommage subi du fait de l'atteinte à son droit subjectif, le

1634. Cf. *supra*, n^{os} 226 et s.

1635. Nous avons vu que, dans certains cas, des lois particulières étendaient la possibilité d'introduire l'action à d'autres personnes que le titulaire du droit subjectif (cf. par exemple *supra*, n^o 211).

titulaire du droit subjectif peut également introduire une action en responsabilité civile. Le juge doit alors, pour octroyer une éventuelle réparation, vérifier si les conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil sont remplies en l'espèce. Nous avons déjà systématisé le raisonnement du juge à cette étape en montrant que l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif constituait une catégorie de faute spécifique¹⁶³⁶.

Cette double ligne de défense est propre aux droits subjectifs. L'action en cessation présente une indépendance complète à l'égard des règles de la responsabilité civile. Par contre, la mise en œuvre de ces dernières est directement influencée par l'opposabilité des droits subjectifs qui est au fondement de la mise en œuvre du mode de résolution de conflit qu'est l'imposition.

Ces sanctions peuvent être demandées toutes deux au juge du fond. La cessation de l'atteinte peut y être demandée à titre de mesure provisoire au sens de l'article 18, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. En cas d'urgence, la cessation peut être octroyée dans le cadre d'une procédure en référé. Le droit positif facilite cependant certaines actions en cessation en permettant à un juge statuant dans les formes du référé de la prononcer au fond (procédure comme en référé organisée, par exemple, en matière de contrefaçon civile de droits d'auteur et droits voisins).

370

Le lien entre l'imposition et les principes de responsabilité civile. Les liens entre l'imposition et l'application des règles de la responsabilité civile doivent être rappelés ici afin de mieux distinguer les relations particulières que présente chaque mode de résolution de conflit avec la mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle.

Comme on l'a déjà expliqué, le lien entre l'imposition et l'application de la condition de la faute est spécifique.

À côté des critères classiques de faute que sont les violations des devoirs de prudence et des normes de comportement déterminées, l'atteinte consciente et volontaire aux droits subjectifs représente un critère particulier¹⁶³⁷. Nous l'avons mis en avant au départ de l'opposabilité des droits subjectifs en tranchant la controverse actuelle relative à la question de l'adéquation de l'atteinte au droit subjectif et de la faute¹⁶³⁸.

1636. Cf. *supra*, n° 276.

1637. Cf. *supra*, nos 270 à 273.

1638. Cf. *supra*, nos 265 et s.

La réflexion menée sur ce point a permis de fixer le raisonnement du juge à qui est soumise la demande en réparation du fait de l'atteinte au droit d'autrui. Il convient de l'insérer dans une systématisation globale de la mise en œuvre de l'imposition comme mode de résolution des conflits identifiés dans notre tableau.

371

La systématisation de la mise en œuvre de l'imposition. Le juge appelé à mettre en œuvre l'imposition pourra s'appuyer sur le raisonnement suivant.

Afin d'éclairer quelque peu le raisonnement théorique qui suit, nous l'appliquerons à un exemple simple de conflit : l'atteinte à un droit d'auteur par le titulaire d'une liberté civile ou d'un intérêt légitime. Partons de l'hypothèse de fait suivante : une entreprise lance une campagne de promotion particulière permettant à ses clients de recevoir un sac en tissu si ces derniers répondent à certaines questions qui leur sont posées. Un tiers se dit titulaire d'un droit d'auteur sur le sac en question qui, selon lui, constitue une contrefaçon grossière des sacs de luxe qu'il commercialise. Il met en demeure l'entreprise de cesser la campagne et de l'indemniser de son préjudice. Cette dernière refuse : elle ne connaissait pas l'existence du droit d'auteur sur le sac et a investi beaucoup dans cette campagne. L'affaire est portée en justice.

La *première étape* consistera à *qualifier* les pouvoirs et intérêts légitimes qui s'opposent. Le juge le fera grâce aux définitions des qualifications telles que retenues en conclusion de cette partie ¹⁶³⁹. Cette étape est évidemment essentielle. Elle dirige tout le reste du processus de résolution du conflit.

Il s'agit, dans notre exemple, d'un conflit entre la liberté d'entreprendre et d'un droit d'auteur, le droit de reproduction.

La *seconde étape* consistera à vérifier si les actes posés l'ont bien été sous le couvert des droits subjectifs et libertés civiles invoqués.

Dans notre exemple, il s'agira de vérifier si le tiers est bien titulaire d'un droit d'auteur sur les sacs de luxe. Le tiers devra faire la preuve de sa titularité et invoquer un pouvoir qui lui est reconnu par la loi sur le droit d'auteur. L'entreprise commerciale invoquera bien entendu sa liberté d'entreprendre lui permettant d'organiser son activité en vue de la captation durable d'une clientèle.

Cette étape est également importante. En effet, si le juge constate que l'acte posé est, en toute hypothèse, exclu du pouvoir dont se prévalent les parties, la nature du conflit risque bien de changer ainsi que les modes de

1639. Cf. *infra*, n^{os} 397 et 398.

résolution à mettre en œuvre. Soit une entreprise A qui octroie une concession de vente exclusive sur un territoire déterminé à une société B. Soit une société C qui se fournissant, par définition, licitement auprès d'une quatrième société, revend à prix moindre sa marchandise sur le territoire en cause. Ni la société A ni la société B, au nom de leurs droits de créance respectifs, ne pourraient interdire à la société C d'écouler ses produits de cette manière. L'interdiction dont ils se prévalent n'est pas issue de l'opposabilité de leurs droits de créance. Ces droits doivent être respectés par les tiers qui ne peuvent s'immiscer dans leur exercice en empêchant une partie de remplir ses obligations ou en se rendant tiers complice d'une telle violation. Mais, en l'espèce, l'agissement de C n'a pas cet effet. Il laisse sauf l'exercice des droits en cause. Ce qui est vrai, par contre, c'est qu'il porte sans doute atteinte aux intérêts des commerçants ayant mis en œuvre ce réseau d'importation et de vente exclusive. Mais alors le conflit change de nature. Il s'agit d'un conflit entre les intérêts légitimes de ces derniers, et la liberté de contracter de l'entreprise C. Ce n'est plus alors l'imposition qui doit être mise en œuvre au titre de modèle de résolution de conflit, mais la pondération d'intérêts (case du tableau 3.2 ¹⁶⁴⁰).

Si le conflit oppose un droit subjectif à un intérêt, le contrôle de la légitimité de celui-ci devra ou pourra être opéré selon qu'une violation existe ou non à l'égard d'une règle d'ordre public. En cas d'illégitimité, le droit subjectif l'emportera nécessairement. Ainsi, dans notre premier exemple, l'entreprise ne pourrait tenter de se justifier en expliquant qu'elle avait en vue de faire sciemment des bénéfices sur la contrefaçon. La poursuite de cet intérêt est directement contraire à la loi sur le droit d'auteur. Elle pourrait par contre soutenir que, ne sachant pas que le sac était protégé, et vu les investissements consentis, elle a un intérêt légitime patrimonial à la poursuite de la campagne.

La troisième étape consiste à circonscrire l'atteinte au droit subjectif en question dans le conflit qui est soumis au juge. Cette étape est nécessaire et va se résoudre par une analyse du conflit en fait. En agissant comme il l'a fait, le tiers viole-t-il le droit subjectif en cause ? Y a-t-il, dans notre exemple, contrefaçon du droit de reproduction par l'entreprise qui offre un sac en cadeau à sa clientèle ?

Il s'agit ici d'une constatation objective. L'intention du tiers n'est pas relevante. Le raisonnement ne porte pas sur la subjectivité du tiers, mais sur l'acte qu'il a objectivement posé et qui lui est reproché.

1640. Cf. *infra*, n^{os} 390 et s.

La *quatrième étape* est celle de l'application éventuelle de la sanction à l'atteinte au droit subjectif, à savoir la cessation de l'acte attentatoire. Dans notre exemple, le titulaire du droit d'auteur peut demander la cessation de l'action promotionnelle et de la distribution des sacs contrefaits.

Si le tiers, titulaire de la liberté civile ou porteur de l'intérêt légitime, invoque un dommage disproportionné consécutif à l'exercice du droit du titulaire, il y aura lieu de mettre en œuvre l'autre mode de résolution qu'est la proportionnalité. Dans notre exemple, il faudrait prouver que le dommage créé par l'arrêt de la distribution des sacs est sans proportion avec l'avantage qu'en retire le titulaire du droit d'auteur. Nous renvoyons alors à la systématisation du raisonnement à suivre qui sera développée sous le chapitre suivant ¹⁶⁴¹.

La *cinquième étape* consiste à apprécier, si le juge en est saisi, la question de la responsabilité du tiers qui a porté atteinte au droit subjectif.

Comme nous l'avions déjà indiqué, le raisonnement se subdivise alors en quatre tests successifs permettant de savoir quel critère de faute il convient d'appliquer ¹⁶⁴².

Le premier test, commun à tous les types de faute, est celui de l'imputabilité de l'acte pris en violation du droit subjectif au tiers-auteur de la violation.

Le second test est celui de la faute spécifique. Il s'agit de vérifier si la violation constatée du droit est le fait conscient et volontaire du tiers. L'entreprise a-t-elle violé consciemment et volontairement les droits d'auteur existant sur les sacs litigieux ? Cela pourrait ne pas être le cas, si, par exemple, elle était passée par une société tierce qui aurait organisé pour elle la campagne de promotion en lui garantissant être titulaire des droits lui permettant de distribuer les sacs en cause.

Si la faute spécifique ne peut être retenue, alors, le troisième test de la faute explicative de l'inconscience de l'atteinte au droit doit être appliqué. Il s'agit de vérifier si l'inconscience et l'absence de volonté qui ont fait obstacle à l'application de la faute spécifique sont dues ou non à une faute du tiers justifiant la situation d'inconscience ou d'ignorance de l'atteinte au droit subjectif violé. Ainsi, pour revenir à notre exemple, le juge devrait se demander si l'ignorance de l'entreprise de la violation des droits d'auteur sur le sac était légitime. Il faudrait prendre alors l'ensemble des circonstances externes — dont l'existence ou non d'une clause de

1641. Cf. *infra*, n° 382.

1642. Pour une explication plus complète, cf. *supra*, n° 276.

garantie contractuelle relative à la transmission des droits *ad hoc*, la qualité de professionnelle de la société de services de promotions, etc. — pour vérifier si cette ignorance n'était pas due à une faute de l'entreprise.

Si aucune faute ne peut encore être retenue à ce stade, seule une application du test de la faute de droit commun pourrait encore la révéler dans le chef du tiers, titulaire d'une liberté civile ou porteur d'un intérêt légitime.

Dans toutes ces hypothèses, le titulaire de la liberté civile ou le porteur de l'intérêt légitime pourra trouver dans les principes du droit commun de la responsabilité civile une cause d'exonération de responsabilité, tels un fait justificatif ou une cause étrangère libératoire. Ainsi, dans notre exemple, si la société de service a commis elle-même la contrefaçon en livrant les sacs à distribuer, l'entreprise pourra, le cas échéant, invoquer l'atteinte fautive au droit d'auteur de ce fournisseur comme seule cause du dommage subi par le titulaire du droit d'auteur, au titre de cause étrangère libératoire.

Au stade de la responsabilité, le tiers peut également invoquer la théorie de l'abus de droit s'il pense que la demande implique une disproportion entre les avantages que le titulaire du droit entend retirer de l'exercice de son droit et le dommage ainsi créé au tiers. Mais le mode de résolution à mettre en œuvre change : il s'agit de la proportionnalité.

Chapitre 2

La proportionnalité

372. La proportionnalité comme mode de résolution des conflits (rappel) – 373. La proportionnalité comme correctrice et garante de l'imposition du droit subjectif – 374. Les hypothèses d'application de la proportionnalité – 375. L'objet de la proportionnalité : intérêt du titulaire du droit subjectif à l'exercer et intérêt légitime de la victime du dommage ainsi provoqué – 376. La place de l'intérêt général dans l'objet de la proportionnalité – 377. Une appréciation « *in concreto* » ou « *in abstracto* » des intérêts en présence ? — État de la question – 378. L'appréciation « *in concreto* » des intérêts : justification – 379. Le caractère accessoire de la prise en compte de la valeur « abstraite » des intérêts en jeu – 380. Le lien entre la proportionnalité et les principes de responsabilité civile – 381. Les sanctions de la disproportion fautive – 382. La systématisation de la mise en œuvre de la proportionnalité

372 **La proportionnalité comme mode de résolution des conflits (rappel).** La proportionnalité s'est révélée à nous comme mode spécifique de résolution des conflits lorsque nous avons cherché à comprendre comment un intérêt légitime pouvait s'opposer positivement à un droit subjectif¹⁶⁴³.

Partant de l'analyse de l'opposabilité du droit subjectif et de l'intérêt légitime, la proportionnalité est apparue comme la seule technique de comparaison des intérêts en présence permettant de respecter *a priori* l'effet juridique reconnu par le droit objectif à chacun des éléments en conflit. Le droit subjectif s'impose *a priori* à l'intérêt légitime d'autrui. Mais l'intérêt légitime, par le biais notamment des articles 1382 et 1383 du Code civil, peut être pris en compte par des devoirs naissant des circonstances de fait et de droit propres à chaque conflit.

La proportionnalité, par son objet même, permet seule de résoudre un conflit où un des éléments s'impose *a priori* à l'autre. L'exercice du droit subjectif provoque presque nécessairement une atteinte aux intérêts légitimes de ceux qui vont subir la contrepartie de l'avantage réservé au seul titulaire du droit. Cette atteinte à l'intérêt légitime d'autrui est non seulement légitime, mais licite car permise et acceptée *a priori* par le droit objectif qui crée et régit le droit subjectif. En reconnaissant un pou-

1643. Cf. *supra*, n^{os} 337 et s.

voir exclusif sur une chose au titulaire du droit, il accepte, *de facto*, l'atteinte qui se répercute dans le chef des tiers qui, quoique n'ayant pas de droit subjectif à faire valoir, sont porteurs d'intérêts légitimes à la conservation d'une situation de fait ou de droit qui serait modifiée par le seul droit d'autrui.

La proportionnalité accepte d'abord cette situation d'imposition d'un pouvoir sur autrui. Comme nous l'avons indiqué, la proportionnalité entérine un déséquilibre de départ entre l'intérêt abstrait servi par le droit subjectif en cause et l'ensemble des autres intérêts particuliers qui pourraient devenir moins satisfaisantes pour leurs porteurs du fait de la reconnaissance de ce droit ¹⁶⁴⁴. Son titulaire peut l'exercer tant que les atteintes nécessairement provoquées dans le chef d'autrui restent acceptables. La licéité de telles atteintes est la règle.

La disproportion tend à révéler l'exception. Mais comment passer de la proportion à la disproportion, de la règle à l'exception ? Autrement dit encore, quel est le référent permettant de basculer de l'atteinte permise à l'atteinte interdite aux intérêts légitimes d'autrui ? Nous avons trouvé ce référent dans l'application cumulative de la règle de l'opposabilité et de la responsabilité ¹⁶⁴⁵. La règle de l'opposabilité du droit justifie l'atteinte *a priori*. La règle de l'opposabilité de l'intérêt légitime permet néanmoins sa prise en compte au travers d'autres règles de droit, dont celle inscrite dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Or, les circonstances dans lesquelles s'exerce le droit subjectif peuvent révéler un égoïsme excessif, un mépris des intérêts d'autrui que le droit objectif ne peut ni ne doit supporter. La disproportion des intérêts en présence permet de mettre en exergue le résultat tangible du mépris excessif d'autrui. La faute viendra ou ne viendra pas, en fonction de l'ensemble des circonstances de la cause, draper d'illicéité un acte *a priori* couvert par le droit subjectif ayant provoqué un dommage sans proportion avec l'avantage retiré légitimement par le titulaire du droit en cause.

373

La proportionnalité comme correctrice et garante de l'imposition du droit subjectif. Il convient de souligner ici que la proportionnalité ne révèle aucune contradiction entre les règles qui créent et réglementent *a priori* le droit subjectif et l'application de la règle de responsabilité. La reconnaissance d'un droit subjectif et, corrélativement, de son impossibilité issue de son opposabilité ne peut exclure une correction issue de l'application

1644. Cf. *supra*, n° 340.

1645. Cf. *supra*, n° 342.

d'une autre règle, celle de la responsabilité, elle-même issue du droit objectif.

En effet, les deux types de règles n'agissent pas au même niveau. Les premières saisissent le droit subjectif dans sa définition abstraite. Les secondes corrigent les effets des premières, non pas de manière abstraite, mais dans le confinement d'un conflit particulier opposant deux personnes et tendant à la reconnaissance d'un devoir de réparation dans le chef du titulaire du droit subjectif qui aurait commis une faute. Et cette correction, légitimée également par le droit objectif, ne vaut que dans le cadre de ce conflit. Autrement dit, l'application bien comprise de la règle de responsabilité ne remet pas en cause la règle abstraite qui fonde le droit subjectif. La responsabilité du titulaire d'un droit subjectif ne nie pas le pouvoir dont il est porteur et qui lui a été reconnu par le droit objectif. Elle constate seulement que la manière dont a été exercé, *in casu*, ce pouvoir par son titulaire peut donner lieu à sanction car certains devoirs s'imposant à tous, issus eux-mêmes du droit objectif, ont été bafoués ¹⁶⁴⁶.

Rien ne peut exclure *a priori* qu'une faute soit commise par le titulaire d'un droit subjectif dans l'exercice de son droit. La raison est simple et naît de l'hiatus qui existe et existera toujours entre le droit subjectif tel que défini par le droit objectif et son exercice ¹⁶⁴⁷. Le droit objectif reconnaît un droit subjectif sur la base de la nécessité de défendre de manière particulièrement efficace un intérêt légitime lui-même défini de manière abstraite. La société moderne a reconnu que l'intérêt légitime du créateur d'une œuvre à l'exploiter comme il l'entend en contrepartie de son effort créateur soit porté au rang de droit subjectif. Mais le droit objectif n'a ni tenté de définir l'ensemble des intérêts concrets qui pourraient être servis par les pouvoirs internes du droit d'auteur ni considéré que la poursuite de ces intérêts concrets, parfois assez éloignée de ceux protégés initialement ¹⁶⁴⁸, pourrait s'effectuer sans limites, sans respecter certains devoirs s'imposant dans l'exercice de ces droits. Soumettre l'exercice des droits subjectifs au devoir de réparation issu des articles 1382 et 1383 du Code civil n'équivaut pas à contredire les règles de droit objectif qui les ont créés.

1646. Nous reviendrons sur cette question, au cœur des controverses relatives au fondement de la théorie de l'abus de droit en droit positif (*infra*, n° 464).

1647. Cf. *supra*, n° 92 et *infra*, n° 464.

1648. Quel rapport réel peut-on faire aujourd'hui entre l'intérêt poursuivi par un peintre à exploiter ses œuvres et les intérêts de multinationales qui ayant acheté de tels droits, les gèrent en qualité d'ayants droit comme un des éléments de leur patrimoine propre sur le marché parfois plantureux des œuvres d'art ?

Lorsque le droit positif, par la théorie de l'abus de droit, soumet le titulaire du droit subjectif à la règle de responsabilité inscrite dans les articles 1382 et 1383 du Code civil, il ne se met pas en porte-à-faux avec le droit objectif qui a créé et reconnu ce droit. Il n'enlève pas à son titulaire le pouvoir contenu dans le droit subjectif. Il sanctionne un exercice qui, dans des circonstances particulières, révèle la violation de devoirs qui s'imposent au titulaire du droit. Ce dernier ne se retrouve pas sans droit. Il doit réparer le dommage qui résulte d'un exercice considéré comme fautif par la règle contenue dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Certes, cette absence de contradiction resterait purement théorique si, par une application lâche et extensive des règles de responsabilité, le juge pouvait, comme bon lui semble et au gré des conflits, confisquer leurs pouvoirs aux titulaires de droits subjectifs. C'est ici que nous comprenons tout l'apport de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit spécifique. La proportionnalité ne permet pas seulement la correction de l'imposition dans ce qu'elle amènerait comme conséquences excessives. Elle garantit, *a contrario*, que l'imposition reste la règle et qu'effet soit laissé aux règles de droit objectif qui fondent le droit subjectif. Le juge ne peut, sans contredire le droit objectif qui fonde le droit subjectif, sanctionner l'exercice d'un droit sans préalablement constater une disproportion entre l'avantage retiré par le titulaire du droit et le dommage causé au tiers. La constatation de la disproportion apparaît, dès lors, comme la garante de la cohérence à préserver entre les différentes règles applicables.

374

Les hypothèses d'application de la proportionnalité. Il est logique de retrouver la proportionnalité dans les cas inverses à ceux donnant lieu à la mise en œuvre de l'imposition, la première corrigeant les effets indésirables de la seconde. Elle s'applique dans les hypothèses où le titulaire d'une liberté civile ou le porteur d'un intérêt légitime s'opposent à l'exercice d'un droit subjectif qui leur porte atteinte, l'action — ou plutôt la réaction — étant initiée par le titulaire de la liberté civile ou le porteur de l'intérêt légitime (cases 2.1 et 3.1 du tableau ¹⁶⁴⁹).

Remarquons que la réaction du titulaire de la liberté civile ou du porteur de l'intérêt légitime peut se faire dans le cadre d'une action préalablement intentée par le titulaire du droit subjectif fondée sur l'impossibilité (cases 1.2 et 1.3) ou indépendamment de telles actions judiciaires initiales. Dans la première hypothèse, ils s'opposent aux effets de l'imposition demandée en justice par le titulaire du droit subjectif. Dans la seconde

1649. Cf. *supra*, n° 365.

hypothèse, ils prennent l'initiative du débat judiciaire afin d'éviter les conséquences de l'imposition dans leur relation avec le titulaire du droit subjectif. Nous nous situons ci-après toujours dans une étape ultérieure à la recherche d'imposition du droit subjectif par son titulaire.

Nous ne reviendrons pas sur le conflit opposant le porteur d'un intérêt légitime au titulaire d'un droit subjectif. C'est en y réfléchissant que nous avons mis en exergue l'existence de la proportionnalité comme mode de résolution de conflits. Les exemples de conflits entre titulaires de droits subjectifs et porteurs d'intérêts légitimes sont légion : tous les conflits en matière contractuelle qui voient opposer au droit de créance d'une partie la privation d'intérêts légitimes du débiteur qui en sont la conséquence nécessaire et acceptée à l'avance par ce débiteur ¹⁶⁵⁰ ; le droit d'un propriétaire de clore son fonds à qui son voisin oppose son intérêt à obtenir un maximum d'ensoleillement sur le sien ¹⁶⁵¹ ; le droit de l'administration fiscale de prendre une hypothèque sur l'immeuble d'un assujetti à la TVA faisant l'objet d'une taxation d'office énervé par l'intérêt légitime de celui-ci de ne pas voir grever son bien d'une telle hypothèque ¹⁶⁵² ; le droit de demander l'arrachage d'arbres plantés à des distances non réglementaires de son fonds qui se voit limité par l'intérêt du voisin à ne pas subir les désagréments d'une telle sanction ¹⁶⁵³ ; le droit de demander la suppression d'une vue droite illégale sur son fonds énervé par l'intérêt du voisin bénéficiaire de cette vue à préserver une voie d'accès à un bâtiment ¹⁶⁵⁴, etc.

L'autre hypothèse — le conflit entre la liberté civile et le droit subjectif — demande par contre un supplément de justification. La liberté civile s'efface dans une première étape devant le droit subjectif puisqu'elle trouve dans celui-ci une limite à la portée du pouvoir qu'elle contient ¹⁶⁵⁵. L'intérêt légitimé par la liberté civile continue cependant à rayonner en ce qu'il peut donner prise, dans une seconde étape, à un devoir s'imposant au titulaire du droit subjectif par application d'une règle de droit objectif externe audit intérêt. Nous retrouvons, dès lors, le mécanisme déjà décrit

1650. La matière contractuelle ne fait pas l'objet de notre étude mais nous citons la situation tant il est vrai qu'elle est exemplaire du conflit analysé : le débiteur n'a normalement ni un droit ni une liberté à opposer à son créancier qui demande l'exécution d'un droit personnel sur la création duquel il a obtenu le consentement de son débiteur.

1651. J.P. Liège (3^e cant.), 19 juin 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 445 et s.

1652. Mons (7^e ch.), 27 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1643 et s.

1653. Civ. Bruxelles (16^e ch.), 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 et s.

1654. Civ. Namur, 19 décembre 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 175 et s.

1655. Cf. *supra*, n° 368.

concernant la mise en œuvre de la proportionnalité. Propre à voir l'effet d'imposabilité initiale du droit subjectif corrigé, la proportionnalité arbitre le conflit naissant de l'opposabilité de la liberté civile au titulaire du droit. Ici aussi, les exemples sont nombreux : le droit du créancier de citer en faillite se voit opposer la liberté de commerce du débiteur de continuer son activité commerciale¹⁶⁵⁶ ; le droit de tout intéressé de demander la dissolution anticipée et la mise en liquidation d'un concurrent dont l'actif net est réduit en deçà du minimum légal se voit limité par la liberté de commerce et d'entreprendre du concurrent¹⁶⁵⁷ ; le droit de l'administration d'effectuer des travaux de voirie est énervé par la liberté de commerce de riverains empêchés d'exercer normalement leur activité et de tirer des revenus de leur activité¹⁶⁵⁸, etc.

Est-ce à dire qu'il y a une différence dans la mise en œuvre de la proportionnalité en vue de la défense d'un intérêt légitime ou de l'intérêt protégé par une liberté civile ? *A priori*, la réponse est négative. La liberté civile, face à un droit subjectif, ne trouve pas plus de justification à mettre en échec le droit subjectif que l'intérêt légitime.

Cependant, la force de légitimation particulière de la liberté civile pourra trouver à s'exprimer de manière plus efficace dans la recherche de proportion et de son corollaire, la disproportion. La disproportion ne se juge pas seulement de manière quantitative — en ne tenant compte que des avantages et dommages matériels —, mais également de manière qualitative¹⁶⁵⁹. Les libertés civiles protègent souvent des intérêts particuliers fortement marqués par l'intérêt général. Il suffit de rappeler que dans les rapports entre individus et autorités publiques, la plupart des libertés civiles se qualifient de libertés publiques, voire de droits de l'homme. Même lorsque tel n'est pas le cas, comme pour la liberté de contracter, elles occupent souvent une place essentielle dans l'ordonnement juridique privé et présentent une valeur de principe fondamental. C'est donc dire que même si leur opposabilité ne leur permet pas de s'imposer *a priori* face aux droits subjectifs, les actes posés sous leur couvert se voient reconnaître une légitimité de principe qui ne peut être renversée sans une

1656. Liège (7^e ch.), 26 juin 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 112 et s.

1657. Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et s.

1658. Mons (8^e ch.), 22 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 142, où la cour, à raison, considère que l'abus n'est pas rapporté, mais, à tort selon nous, applique la théorie des troubles du voisinage alors que le conflit oppose bien le droit de l'administration à la liberté de commerce des riverains (ils demandent une indemnisation pour la perte de revenus due au fait qu'ils ont subi une diminution de fréquentation) et non leur droit de propriété (exercer une profession afin d'obtenir un profit financier n'est pas un attribut du droit de propriété).

1659. Cf. *infra*, n^{os} 376 et 377.

précaution particulière. Ces valeurs qui se cachent sous la qualification de liberté civile trouveront donc à s'exprimer dans la détermination de la disproportion dès lors que l'intérêt général irradie sur l'intérêt privé et permettront de fustiger une atteinte excessive qui pourrait plus se marquer au regard de l'atteinte aux valeurs que représentent ces intérêts qu'au regard du dommage matériel ou moral réellement provoqué par l'exercice du droit subjectif.

375

L'objet de la proportionnalité : intérêt du titulaire du droit subjectif à l'exercer et intérêt légitime de la victime du dommage ainsi provoqué. La proportionnalité porte sur une comparaison entre le profit, l'avantage ou l'utilité retiré par le titulaire du droit lors de son exercice et les inconvénients provoqués chez la victime de l'acte prétendument abusif¹⁶⁶⁰. Mais nous avons vu également que le dommage était une notion de fait qui ne se confondait pas en lui-même avec la violation d'un intérêt légitime. N'y a-t-il pas, dès lors, contradiction à affirmer que la proportionnalité porte sur une comparaison particulière des intérêts en présence alors que le droit positif se contente souvent de comparer le couple avantage/préjudice ?

La réponse est négative, mais l'objet même de la proportionnalité mérite d'être précisé. La proportionnalité en termes de mode de résolution de conflit porte bien sur une comparaison des intérêts en jeu. C'est, techniquement, la rencontre du devoir de respect du droit subjectif — et donc de l'intérêt légitime qu'il sert — et de l'intérêt légitime du tiers, imposant l'application de l'article 1382 du Code civil, qui enclenche le mécanisme correcteur de la proportionnalité. La seule existence d'un dommage subi dans le chef du tiers ne suffirait pas puisque ce dommage est normalement provoqué de manière légitime par le titulaire du droit subjectif.

L'affirmation n'est du reste pas que théorique. Elle implique des conséquences pratiques importantes dès lors que le juge chargé du conflit est, selon nous, tenu d'identifier les intérêts légitimes en cause. Dès lors, l'absence d'intérêt légitime dans le chef de l'une ou l'autre partie au conflit pourra avoir des conséquences directes sur la résolution du conflit. Si le titulaire du droit n'a aucun intérêt à l'exercice de celui-ci, la constatation de la disproportion est grandement facilitée : le dommage du tiers sera vite perçu comme disproportionné. Si la victime n'a aucun intérêt légitime à faire valoir qui serait violé par le titulaire du droit subjectif, la proportionnalité ne pourra s'appliquer et l'imposition du droit devra être acceptée.

Cette dernière conséquence est très souvent ignorée par les juges. Ainsi, la jurisprudence regorge d'applications dans lesquelles la victime

1660. Cf. *supra*, n° 339.

subit l'exercice d'un droit subjectif reconnu à titre de sanction d'un comportement fautif préalable de la victime : l'arrachage prévu par la loi d'arbres plantés illégalement en offre un exemple particulièrement significatif¹⁶⁶¹. L'abus est souvent reconnu alors même que la victime ne fait valoir aucun intérêt légitime pour s'opposer à cet exercice. En effet, son intérêt ne peut, selon nous, être considéré comme légitime s'il prend uniquement sa source dans la satisfaction à ne pas être sanctionné en application de la règle violée fautivement. Cet intérêt nous paraît illégitime en ce que sa poursuite tend uniquement à maintenir une situation illicite. Pour appliquer la proportionnalité, il faut d'abord que la victime fasse valoir un intérêt légitime enfreint par l'exercice du droit. Ainsi, par exemple, la victime de l'arrachage des arbres pourrait en appeler au respect de sa vie privée et à son intérêt à être laissée tranquille dès lors que les arbres en cause protègent son intimité sur sa propriété, à son intérêt à conserver une espèce d'arbre particulièrement rare, à l'intérêt que représentent des plantations qui permettent un assèchement particulièrement efficace d'un sol très humide, à son intérêt à ne pas être sanctionné dès lors qu'il n'a commis aucune faute, mais subit les conséquences d'une situation créée par des tiers, à une expectative légitime née de l'absence de réaction prolongée du titulaire du droit depuis la naissance de l'atteinte, etc.

Une fois que le juge constate l'existence d'un conflit entre un intérêt légitime, mais seulement à partir de ce moment, il peut appliquer le critère de proportionnalité. Ce critère peut porter tant sur les intérêts en eux-mêmes qui sont pesés en fonction de leur valeur intrinsèque que sur les conséquences de leur poursuite ou de leur violation. Ces conséquences, si elles ne peuvent être en elles-mêmes assimilées aux intérêts en cause ou à leur violation, matérialisent en effet leur valeur pour les parties au conflit. Le dommage subi ou qui risque de l'être donne la mesure matérielle de l'intérêt enfreint. L'avantage rapporté ou escompté donne la mesure matérielle de l'intérêt poursuivi.

376

La place de l'intérêt général dans l'objet de la proportionnalité. Si la proportionnalité implique une comparaison entre, d'une part, l'intérêt du titulaire du droit subjectif à exercer son droit et l'intérêt lésé de la victime,

1661. Pour des exemples parmi une très nombreuse jurisprudence, voy. par exemple, Mons, 16 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1387 et s. ; J.P. St Kwintens Lennik, 1^{er} décembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 275 et s. ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 et s. ; J.P. Eeklo, 20 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 144 et s. (demande d'arrachage d'arbres considérée comme abusive à défaut d'intérêt légitime dans le chef du titulaire du droit) ; Civ. Charleroi (3^e ch.), 17 septembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 668 et s. et note V. MOORS (demande d'arrachage d'arbres considérée comme non abusive).

dans quelle mesure l'intérêt général doit-il être pris en considération ? Nous éclairons ici notre réflexion par celles exprimées dans les débats relatifs à la théorie de l'abus de droit en droit positif, où la proportionnalité est traditionnellement retenue comme un critère de l'abus ¹⁶⁶².

Certains auteurs défendent en effet l'idée d'une comparaison entre l'intérêt du titulaire du droit et l'intérêt général au cœur de la proportionnalité ¹⁶⁶³.

Nous ne pouvons partager cette opinion sans la relativiser fortement. Nous nous trouvons en effet dans des conflits de droit privé où le juge doit statuer dans le cadre d'un contentieux subjectif. Nous ne voyons dès lors pas en quoi ce conflit, résolu par une comparaison d'intérêts à laquelle participe la proportionnalité, pourrait trouver une issue dans la prise en compte directe de l'intérêt général.

Nous admettons une incidence de l'intérêt général dans les théories finalistes de l'abus de droit — et donc dans son application aux droits fonctions — dès lors que l'intérêt général fonde lui-même le droit subjectif en cause ¹⁶⁶⁴. Le détournement de la finalité du droit s'exprime alors par une atteinte à l'intérêt général dans l'intérêt duquel le droit est constitué. Nous trouvons des exemples de cette approche dans la jurisprudence relative à l'abus des droits-fonctions ¹⁶⁶⁵. Doit-on aller plus loin, et considérer que l'intérêt général peut constituer un des intérêts mis en balance en dehors de l'application du critère du détournement de la finalité ?

¹⁶⁶². Cf. *infra*, n^{os} 434 et s.

¹⁶⁶³. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Pub. Fac. Univ. St Louis, 1990, p. 149 : « Dès qu'un intérêt tiers est mis sérieusement en cause (*intérêt particulier, collectif ou général, peu importe*), des comptes seront demandés au sujet de droit ». Nous soulignons ; l'auteur ajoute cependant que « l'intérêt indifférent ou l'intérêt insuffisant au regard du préjudice causé seront autant de raisons de conclure à l'abus de droit ». Est-ce à dire que le préjudice est compris, pour l'auteur, comme englobant l'atteinte à l'intérêt général ? ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 188, C : « Is de schade, berokkend aan derden, of aan het algemeen belang, buiten verhouding [...] ». Nous soulignons.

¹⁶⁶⁴. Dans le même sens, voy. S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », in *Eigendom — Propriété*, Bruges, La Chartre, 1996, p. 137, n^o 39. Sur la théorie finaliste en droit positif, voy. *infra*, n^o 434.

¹⁶⁶⁵. Voy. par exemple, Liège (7^e ch.), 22 octobre 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 117 et s. où il est question d'un abus de droit d'actionnaires majoritaires dans une société anonyme : « Qu'ils ne causent pas aux appelants, qui continuent à percevoir les dividendes, un préjudice disproportionné à l'intérêt social et général que les majoritaires ont poursuivi » ; Civ. Charleroi (1^{re} ch.), 22 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 10 et s., concernant une action intentée par la ville de Charleroi tendant à l'interdiction d'une exploitation et pour laquelle le juge retient l'abus de droit sur la base du critère de proportionnalité en fustigeant les mobiles de la ville étrangers à l'intérêt général alors que tout pouvoir d'une autorité est exercé au nom d'une collectivité.

Est-ce là l'approche de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 1961¹⁶⁶⁶ où elle s'exprime à propos du critère de l'abus constitué par le choix de la voie la plus dommageable¹⁶⁶⁷ ? Celle-ci énonce en effet « 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 ». Est-ce à dire que l'atteinte à l'intérêt général dans l'exercice du droit pourrait être sanctionnée par la théorie de l'abus de droit indépendamment d'une atteinte à l'intérêt du particulier qui s'en prévaut ?

Certains auteurs le refusent en interprétant l'arrêt comme faisant une application du critère de finalité, ce qui le ramène à notre première compréhension de la prise en compte de l'intérêt général dans le cadre limité des droits-fonctions¹⁶⁶⁸. Il est vrai, comme l'ont fait remarquer Sophie Stijns et Hendrick Vuye¹⁶⁶⁹, que la Cour a rappelé expressément, avant d'exprimer le critère utilisé, que l'article 661 du Code civil, dont l'application est en cause, trouvait sa source dans l'intérêt général.

Le renvoi par la Cour à l'intérêt général a du reste été largement critiqué par la doctrine. Ainsi, Pierre Van Ommeslaghe estime, fort à propos, qu'il pourrait amener à s'écarter du fondement de la responsabilité civile attribuée par l'auteur, et d'après lui, par la Cour, à la théorie de l'abus de droit. Il en conclut, dès lors, qu'une simple atteinte à l'intérêt général ne suffit pas pour donner lieu à application de la théorie de l'abus de droit, à moins qu'il en résulte un dommage pour des particuliers¹⁶⁷⁰. D'autres auteurs précisent, dans le même ordre d'idées, que si l'intérêt général doit guider le législateur dans l'attribution des droits subjectifs, l'intérêt général n'est pas une norme d'appréciation de l'exercice des droits subjectifs¹⁶⁷¹.

1666. Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 333 et s.

1667. Il est parfaitement justifiable de prendre en compte ce critère dans le cadre de l'analyse dès lors que, comme on le verra, l'absorption de ce critère par le critère de proportionnalité est largement admise aujourd'hui. Cf. *infra*, n° 454 et s.

1668. Voy. en ce sens, S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 137, n° 39 ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *T.P.R.*, 1967, p. 351, n° 20.

1669. S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 137, n° 39.

1670. P. VAN OMMEFLAGHE, « 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. 331 et 332, n° 13.

1671. J. DABIN, A. LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1959 à 1963) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1963, p. 278, n° 25 qui indiquent que s'il fallait admettre la référence à l'intérêt général « on aboutirait au système célèbre de l'article 1^{er} du Code civil soviétique, avec son étroite finalisation des droits qui ne peuvent être exercés que « suivant leur destination économique et sociale ».

Nous approuvons ces critiques. Les intérêts particuliers qui s'affrontent peuvent, dans la mesure déterminée ci-après, être jaugés par rapport à leur valeur et donc par rapport à l'intérêt général dont ils sont porteurs. L'intérêt général n'est pas en lui-même pris en compte à l'encontre de l'intérêt particulier d'une partie. Les deux intérêts particuliers ou l'un de ceux-ci sont, en quelque sorte, transcendés par l'intérêt général dont ils sont porteurs afin de permettre au juge d'effectuer le choix le plus conforme à l'intérêt social ou général de la société.

La jurisprudence paraît parfois se faire l'écho de cette prise en compte indirecte de l'intérêt général, voire d'un intérêt collectif¹⁶⁷². Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles prend-elle en compte l'effet de l'acte prétendument abusif sur les importations parallèles en général dès lors que le défendeur est un importateur parallèle actionné en cessation par le titulaire de droits d'auteur¹⁶⁷³. La même cour, prenant en compte les besoins économiques et sociaux auxquels répond l'autorisation des vols de nuit, rejette la théorie de l'abus de droit dans le chef d'un aéroport¹⁶⁷⁴. La cour d'appel de Mons invoque également l'intérêt général pour guider sa mise en balance des intérêts dans un litige concernant l'exercice abusif d'un créancier du droit de demander la mise en faillite de son débiteur défaillant¹⁶⁷⁵. Le juge de paix de Liège met en avant l'effet d'intérêt général du droit de clore sa propriété qui permet de prévenir d'autres querelles entre voisins pour jauger les avantages retirés par le titulaire du droit, tout en relevant,

1672. Voy. par exemple, J.P. Huy II, 5 février 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 335 et s. Le cas est exemplaire dans le sens où il ne s'agit pas d'un droit fonction, mais du droit du bailleur d'interdire par convention la présence d'animaux domestiques dans les lieux loués. Le juge, pour mettre en œuvre le critère de proportionnalité, prend en compte l'intérêt collectif qui fonde, d'après lui, l'existence d'une telle clause (l'atteinte à la vie privée est justifiée par les libertés et droits des autres locataires que le bailleur devrait, en quelque sorte, garantir).

1673. Bruxelles (9^e ch.), 10 octobre 1997, *D.A.-O.R.*, n° 46, 1998-1999, p. 64 et s.

1674. Bruxelles (9^e ch. bis), 24 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 334 et s.

1675. Mons, 16 octobre 1989, *R.D.C.*, 1991, p. 31 et s. : « Attendu que l'on ne peut s'empêcher d'observer que le tribunal de commerce est investi en matière de faillite et de concordat d'une mission particulière de police économique, qui se concrétise par un pouvoir d'agir d'office pour sauvegarder l'intérêt général des créanciers ; qu'il est dès lors normal et indispensable que dans cette matière, les tribunaux soient attentifs, non seulement à l'intérêt personnel du demandeur, mais également à l'intérêt général. ».

Voy. également, quoiqu'il ne s'agisse pas du critère de proportionnalité, Mons (8^e ch.), 22 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 142 et s., où le juge refuse de voir un abus de droit dans la manière dont le Fonds des routes aurait exécuté des tâches de voiries en constatant que le choix des techniques s'est fait dans l'intérêt de la communauté.

in concreto, la réalité des désagréments en question dans son chef (bruit des voisins, agressivité verbale, etc.)¹⁶⁷⁶.

Le problème de la prise en compte de l'intérêt général nous amène à poser une autre question, qui y est directement liée.

377

Une appréciation *in concreto* ou *in abstracto* des intérêts en présence ? État de la question. La difficulté rencontrée ici est la suivante. Comment s'effectue la comparaison des intérêts en cause dans la mise en œuvre de la proportionnalité ? Faut-il comparer, *in concreto*, l'intérêt ou l'avantage recherché par le titulaire du droit subjectif et le dommage ou le désavantage de celui qui se prétend la victime de l'abus de droit ? Ou, à l'opposé, doit-on peser, *in abstracto*, les intérêts en jeu ?

Cette question rejoint la précédente en ce que la solution au conflit implique nécessairement une comparaison des intérêts propres et concrets aux parties. On prend en considération la réalité de l'ombrage provoquée par une haie, la difficulté d'accès à un escalier, les conséquences patrimoniales de la résolution d'un contrat, l'avantage pécuniaire retiré d'une déduction fiscale, etc.

L'approche se comprend aisément en ce qui concerne les inconvénients ou dommages subis par la victime. Le dommage ne peut viser qu'une situation de fait. Dès lors que c'est bien les dommages — même futurs — subis par la victime qui sont visés, la comparaison ne peut être que concrète. En ce qui concerne le titulaire du droit, c'est bien l'intérêt, l'utilité ou le profit concret retiré par le titulaire du droit qui est recherché et mis en balance avec le dommage ou les inconvénients de la victime¹⁶⁷⁷.

Il est particulièrement significatif de relever à cet égard que la jurisprudence des juges du fond n'analyse presque jamais la valeur abstraite des intérêts qui s'affrontent pour préférer une comparaison concrète et quantitative des avantages/inconvénients, en s'éclairant largement des circonstances de fait de la cause. La doctrine actuelle ne souligne qu'indi-

1676. J.P. Liège (3^e cant.), 19 juin 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 445 et s. Le juge conclut d'ailleurs comme suit : « Il s'agit de prévenir d'autres querelles de voisinage et cet objectif à réaliser revêt une importance bien plus grande que la privation d'ensoleillement — très limitée — susceptible d'en résulter pour l'un des voisins. » Voy. aussi, J.P. Anderlecht (2^e cant.), 20 janvier 1983, *J.J.P.*, 1983, p. 109 et s., où le juge indique, avant de mettre en œuvre le critère de proportionnalité, qu'« il faut sortir de considérations d'ordre strictement privé et qu'il faut admettre que l'intérêt public commande de maintenir aux portes de Bruxelles le maximum de verdure et d'espaces verts ».

1677. Cf. *supra*, n° 339.

rectement le caractère concret de la pesée des intérêts divergents en soulignant la nécessaire prise en compte de toutes les circonstances de fait dans l'appréciation des intérêts en cause¹⁶⁷⁸. C'est cependant sur la base du même constat qu'une vision essentiellement économique de l'abus de droit a pu être défendue à l'opposé de la vision éthique que l'on en a habituellement : la disproportion porte sur une augmentation de richesse, de bien-être ou de charges, qui ne peut être appréhendée que concrètement¹⁶⁷⁹.

L'approche par une comparaison abstraite n'est cependant pas exclue en elle-même. Elle est permise, nous venons de le voir, par l'objet même de la proportionnalité qui peut saisir tant les intérêts en cause que les conséquences de leur poursuite ou de leur violation dans le chef des parties au conflit. Le droit subjectif est souvent compris comme comportant un élément d'« intérêt ». C'est même en raison de la satisfaction d'intérêts considérés comme particulièrement importants que le droit objectif reconnaît au titulaire du droit le pouvoir spécifique compris dans le droit subjectif. Ce pouvoir est, *a priori*, le garant de la poursuite de l'intérêt reconnu abstraitement comme légitime et prépondérant vis-à-vis des intérêts d'autrui par le droit objectif. Cet intérêt abstrait pourrait donc être (re)mis en balance avec ceux mis en avant par les personnes se sentant préjudiciées par l'exercice du droit. Le dommage peut du reste également faire place à une prise en compte de la valeur abstraite de l'intérêt violé dès lors qu'il permettrait de mettre en avant l'existence d'un préjudice moral particulier dans le chef de la victime privée d'un avantage particulièrement valorisé dans nos sociétés.

Certains auteurs font d'ailleurs, dans cette optique, référence à une valeur abstraite des intérêts en cause. C'est particulièrement vrai pour ceux qui prônent un équilibre des intérêts plutôt qu'une proportionnalité

1678. Selon les termes mêmes de l'enseignement de la Cour de cassation (Cass., 1^{re} ch., 14 novembre 1997, *Bull.*, 1997, p. 1191 ; Cass., 1^{re} ch., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475 et s. ; Cass., 1^{re} ch., 19 novembre 1987, p. 332 et s.). La doctrine insiste également sur ce point (voy. par exemple, 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, p. 212, n° 16 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 118, n° 24 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 334, n° 15).

La jurisprudence des juges du fond est tout aussi discrète concernant l'expression de son contrôle *in concreto* des intérêts en cause. Voy. cependant, J.P. Wavre, 7 septembre 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 345 et s.

1679. 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, 1994, p. 1160 et s.

au sens strict dans le cadre de l'analyse finaliste des droits¹⁶⁸⁰. Nous retrouvons aussi cette approche chez André de Bersaques, véritable « père » du critère de proportionnalité en droit belge. Ce qui est comparé, d'après l'auteur, c'est l'« importance respective »¹⁶⁸¹ des intérêts en jeu « pour faire triompher le plus respectable d'entre eux »¹⁶⁸². Dans sa dernière contribution à l'abus de droit, l'auteur affine encore sa pensée en précisant que le critère en cause suppose une double échelle « d'appréciation de valeurs », paraphrasant Delyannis : « Une échelle objective, qui compare et subordonne les intérêts divergents les uns par rapport aux autres d'après leur valeur morale et sociale, et une échelle subjective qui compare et subordonne les uns aux autres les titulaires de ces intérêts d'après leur conduite et leurs qualités personnelles, appréciées selon un critère de moralité »¹⁶⁸³.

1680. Dans la conception de Campion, la comparaison des intérêts s'effectue toujours à l'aune de l'intérêt social dont ils sont porteurs. Les intérêts opposés ne sont pas les intérêts purement individuels en conflit mais bien les valeurs sociales auxquelles ces intérêts individuels renvoient. Dans la balance des intérêts en présence, Campion place « le préjudice social résultant de l'atteinte à un droit reconnu et celui résultant du dommage causé par l'exercice de ce droit » (L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie générale de droit, 1925, p. 302, n° 418 ; sur cette théorie, voy. *infra*, n° 456) ; Voy. aussi par exemple, J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 28 à 35 ; Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 142 et 143 ; comp. avec l'application du critère de proportionnalité en matière d'état de nécessité (*ibid.*, p. 137 et 138).

Dès lors que le juge contrôlant l'exercice d'un droit se référerait à la faute issue de la violation de la norme abstraite du bon père de famille, certains défendent aussi l'idée que le juge tienne compte, entre autres, de la « valeur sociale » du droit subjectif en cause (par exemple, 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. 43 et 44, n°s 3.5.4. et s. ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 109, n° 14). L'idée est alors fort proche de la mise en balance de la « valeur » des intérêts en cause, si ce n'est que cette prise en compte ne s'impose que dans le cadre d'une prise en compte plus large des circonstances externes du comportement en cause, comme il est de règle dans l'application de la comparaison à la conduite de l'homme normalement prudent et diligent. Cette approche est du reste présentée comme pacificatrice dans le cadre de la controverse plus large relative au contrôle marginal de l'exercice des droits subjectifs (sur ce point, voy. *infra*, n° 445).

1681. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 283, n° 19. L'auteur renvoie expressément à cette expression vers les ouvrages de Campion, Gény et Demogue qui, tous, prônent une pondération abstraite des intérêts en jeu.

1682. *Ibid.*, p. 284, n° 20.

1683. 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. 238, n° 34. L'auteur cite l'ouvrage précité : J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite*, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 33, n° 29.

La comparaison d'intérêts en présence, relevée de manière théorique par la doctrine, renvoie alors à une pondération « abstraite » de la valeur des intérêts eux-mêmes. C'est l'intérêt prépondérant, « le plus respectable », « le plus important » qui doit normalement l'emporter. Ainsi, récemment, Yvon Hannequart indiquait-il, en parlant très précisément du principe de proportionnalité en droit privé, mais en ne faisant pas uniquement référence à l'abus de droit que : « Le principe de proportionnalité agit par un mécanisme d'affinement et de moralisation du droit, en remontant des intérêts en conflit aux valeurs représentées par eux. [...] Le principe de proportionnalité répond à l'obligation faite à chacun de peser les avantages et inconvénients respectifs de ces répercussions et de se déterminer pour ou contre l'application concrètement projetée en fonction du résultat de la comparaison opérée. Mais cette comparaison ne repose toutefois pas sur un enregistrement des simples données quantitatives en nombre ou en degré d'intensité ; celles-ci comptent mais seulement en complément aux valeurs des différents intérêts en conflit eu égard à la bonne organisation de la société. L'essentiel est la hiérarchie des valeurs en cause, en fonction de laquelle est à jauger le juste poids des données quantitatives relatives à chacun des intérêts concernés et des probabilités plus ou moins grandes favorables ou défavorables à chacun d'eux »¹⁶⁸⁴.

Comment ne pas souligner à quel point la distance paraît ici se creuser entre le discours théorique relatif à la proportionnalité et son application concrète et journalière par les juges du fond ?

378

L'appréciation in concreto des intérêts : justification. La proportionnalité ne peut impliquer une comparaison purement abstraite des intérêts en présence. L'appréciation doit s'effectuer, en règle, *in concreto*.

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 principes de responsabilité civile. Comprendre l'abus de droit comme une pondération abstraite des intérêts en jeu, ce serait remettre directement en cause la pondération opérée *a priori* par le droit objectif qui a consacré le droit subjectif en cause. Cette pondération *a priori* est de l'essence même du droit subjectif. C'est la pierre angulaire sur

1684. Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 142 et 143, n° 6.3. ; dans le même sens, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, *Sources des obligations (Suite)*, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 377 et 378, n° 689 : « Mais il ne lui [le demandeur invoquant l'abus de droit] suffira pas de prouver que ce dernier savait qu'il allait causer préjudice. En effet, ce que la loi vise c'est moins l'intérêt du lésé qu'à travers lui l'intérêt général. ».

laquelle se construisent tous les effets utiles de la notion en droit positif. La remettre en cause, c'est réduire la notion de droit subjectif à celle d'un intérêt.

Or, en créant un droit subjectif, le droit objectif a précisément voulu sortir l'intérêt légitime protégé par le droit subjectif de l'insécurité qui lui est inhérente s'il se présente nu dans la relation à autrui. Le droit objectif, pour des raisons spécifiques, a décidé de lui octroyer une protection particulière en lui accordant les moyens de défense propres aux droits subjectifs. En ce sens, le droit subjectif est porteur d'une sécurité juridique essentielle dans les relations juridiques qui se nouent entre particuliers. Permettre au juge de nier la hiérarchie de valeurs dont est porteuse la notion de droit subjectif en remettant en cause la pondération inhérente à la reconnaissance du droit subjectif, c'est sonner le glas de la qualification et instaurer une théorie qui n'est plus correctrice de l'exercice du droit subjectif, mais qui viendrait contredire de front les règles du droit objectif qui le fondent.

Si le juge peut intervenir, c'est uniquement parce que les circonstances de fait de la cause révèlent un exercice du droit subjectif dont les conséquences dommageables excessives apparaissent inacceptables car contredisant des valeurs de justice et d'équité inhérentes au système juridique. Si la victime ne peut exciper d'un dommage excessif, hors de proportion avec l'avantage qui en est retiré par le titulaire du droit subjectif, alors elle doit subir le droit subjectif d'autrui en application des règles de droit qui le fondent. C'est pourquoi, selon nous, le contrôle de proportionnalité est essentiellement concret. La concrétisation des intérêts permet seule de donner assise à l'émergence d'un devoir de prise en compte des intérêts d'autrui sans introduire de contradiction dans l'ordonnancement juridique global.

En outre, admettre une comparaison abstraite comme objet de la théorie de l'abus contredit le caractère exceptionnel de l'application de la proportionnalité tel qu'il s'impose de par l'opposabilité du droit subjectif. Ce jeu « exceptionnel » n'est plus garanti si l'on ramène le conflit à un conflit d'intérêts abstraits. *A priori*, aucun intérêt ne supplante alors l'autre. C'est au juge qu'il reviendrait de décider, par une motivation abstraite, lequel des deux doit l'emporter, lequel des deux doit être reconnu comme porteur de la valeur la plus digne de protection.

Enfin, il convient de raison garder et d'adopter une vision pragmatique, en accord avec la pratique de l'application de la proportionnalité dans la théorie de l'abus de droit. Cette théorie, même si certains ont pu en souligner — à juste titre — l'utilisation abusive, fonctionne assez bien

en pratique, sans qu'elle induise en règle de pesée abstraite des valeurs qui s'affrontent. Prôner la pondération abstraite revient à se mettre en porte-à-faux vis-à-vis de l'application d'une théorie dont chacun s'accorde à souligner les bienfaits qu'elle a drainés dans le droit positif actuel pour se diriger vers une relativité absolue et nébuleuse dont personne ne peut dire à l'heure actuelle ce qui en ressortirait.

La pondération concrète des intérêts n'est, à l'opposé, pas porteuse des mêmes dangers pour la notion de droit subjectif. Elle ne remet nullement en cause le pouvoir légitime reconnu au titulaire du droit. Elle ne remet du reste pas en cause la prépondérance du droit subjectif sur les intérêts auxquels il est confronté. Elle procède du bon sens. Si une pondération abstraite a eu lieu et a été résolue en faveur du titulaire du droit, cela ne veut pas encore dire que, *in concreto*, l'exercice du droit soit nécessairement acceptable et n'entraîne pas des situations que l'équité ou la morale sociale ne peuvent que réprouver. Ces situations particulières doivent donc être évitées.

Mais d'abord, ces situations doivent être identifiées. C'est l'objet même de la comparaison concrète des intérêts qui permet, précisément, de dépasser un discours théorique et abstrait justifiant le pouvoir reconnu *a priori* au titulaire du droit, pour prendre connaissance de la réalité et du contexte de l'exercice du droit. Si cette réalité mène à l'inéquité et à l'injustice *in concreto*, que la règle abstraite n'a pu vouloir, alors la théorie de l'abus de droit la corrigera. Elle ne le fera du reste pas de manière arbitraire, mais dans le respect de la règle formelle de proportionnalité liée, nous le verrons, à l'application subséquente des principes de responsabilité civile. La proportionnalité, en tant que porteuse d'une mesure d'appréciation des intérêts en cause, est précisément l'instrument de correction adapté au respect de la qualification de droit subjectif.

379

Le caractère accessoire de la prise en compte de la valeur « abstraite » des intérêts en jeu. Est-ce à dire que la valeur abstraite des intérêts qui s'affrontent est bannie de la comparaison induite par l'application de la proportionnalité comme mode de résolution de conflit ? La réponse est négative quoique nuancée.

La valeur des intérêts en jeu peut être prise en considération, mais de manière accessoire à la comparaison concrète. 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*. Nous optons donc pour une voie moyenne entre les deux opinions émises ci-avant. La com-

paraision ne peut être purement abstraite. Certes, elle peut — voire doit — dans certaines hypothèses, prendre en considération l'intérêt général ou la valeur abstraite qui transcende les intérêts particuliers qui s'affrontent. Mais l'objet premier de la comparaison doit rester concret sous peine d'en arriver aux dérives soulignées plus haut.

C'est en ce sens que l'on doit comprendre la jurisprudence précitée qui vise l'intérêt général dans la mise en œuvre du critère de proportionnalité¹⁶⁸⁵. Mode de résolution d'un conflit de droit privé, le critère est appliqué essentiellement *in concreto*. Mais l'intérêt général ou collectif dont est porteur l'un ou l'autre des intérêts en jeu peut guider le juge dans son appréciation concrète. Ainsi lorsque le juge considère la finalité d'intérêt général dont est porteur un droit subjectif particulier, fût-il qualifié ou non de droit-fonction¹⁶⁸⁶.

C'est en ce sens également que nous admettons la prise en compte de la valeur ou de la nature spécifique des droits ou intérêts en cause. Ce qui se produit lorsque le juge considère la « nature » des dommages respectifs, refusant de mettre sur le même pied le dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique et celui résultant de l'atteinte au patrimoine¹⁶⁸⁷.

Le droit subjectif est parfois confronté à un intérêt particulièrement valorisé dans notre société. C'est le cas de certaines libertés civiles intrinsèquement lestées d'intérêt général dont la consécration — en droit public — par les qualifications de libertés publiques ou de droits de l'homme rejaillit nécessairement en droit privé dans les mécanismes particuliers de résolution de conflits. On pense entre autres à des conflits entre les droits d'auteur et la liberté d'expression. La proportionnalité pourrait parfaitement trouver à s'appliquer en considérant l'intérêt géné-

1685. Voy. *supra*, n° 376.

1686. Cf. *supra*, n° 376.

1687. Cf. par exemple, Civ. Mons (1^{re} ch.), 20 février 1957, *J.T.*, 1957, p. 281 et s. : les circonstances s'avèrent particulièrement intéressantes pour notre propos même si, en l'espèce, on peut douter de la qualification de droit subjectif du « droit » de se soumettre ou non à une opération chirurgicale (la décision parle du reste elle-même de liberté) ainsi que de l'opportunité de lui appliquer la théorie de l'abus de droit. Suite à un accident du travail, le travailleur blessé désire se soumettre à une opération chirurgicale pouvant le soulager de ses douleurs, mais impliquant des risques importants. La Caisse commune s'oppose à cette intervention, mettant en avant ces risques et les frais importants qu'elle occasionnerait dans son chef sans que l'efficacité réelle de l'intervention soit rapportée. Le juge relève expressément que les risques encourus par la Caisse et par le titulaire du droit ne sont pas de même nature ni de même importance et admet l'exercice du droit dès l'instant où il n'apparaît pas comme fautif, le travailleur se prévalant d'avis positifs de médecins reconnus.

ral dont est chargée la liberté d'expression du journaliste. En clair, si le droit d'auteur l'emporte *a priori*, sauf exception légale, son exercice *in concreto* peut apparaître comme excessif dès lors que l'avantage recherché *in concreto* par le titulaire apparaît comme disproportionné par rapport à la restriction qu'il implique à la liberté d'expression du journaliste, à apprécier en fonction, par exemple, du droit à l'information du public particulièrement servi par l'acte pris en violation du droit d'auteur.

Résumons notre pensée : si la comparaison induite du critère de proportionnalité est — et doit rester — concrète, celle-ci n'exclut pas la prise en compte de la valeur des intérêts en jeu, dès lors que cette dernière apparaît comme nécessaire à l'appréhension pleine et entière de la comparaison avantage/inconvénient qui oppose deux personnes privées. Les seules circonstances de fait ne suffisent pas toujours à éclairer le juge dans sa comparaison concrète.

380

Le lien entre la proportionnalité et les principes de responsabilité civile. Dans les conflits analysés, la mise en exergue d'une illicéité commise par le titulaire du droit subjectif dont l'exercice énerve excessivement les libertés civiles et intérêts légitimes d'autrui passe nécessairement par une application des principes de responsabilité civile contenus dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Ce lien est nécessaire car la proportionnalité, en tant que mode de résolution de conflits, ne peut justifier seule l'illicéité commise dans l'exercice du droit subjectif¹⁶⁸⁸. Elle ne permet que de révéler une situation de fait pouvant heurter l'équité et le sens de la justice dans un conflit entre particuliers tout en étant respectueuse de l'imposition *a priori* du droit subjectif et donc, de la cohérence globale de l'ordonnement juridique. Mais pour sanctionner une telle situation, il faut trouver dans l'arsenal du droit positif une règle de droit objectif fondant la correction nécessaire au jeu de l'imposition. Tel est le rôle des articles 1382 et 1383 du Code civil en la matière.

La notion traditionnelle de faute n'est pas remise en cause. Il ne s'agit pas de mettre en avant ici une catégorie supplémentaire de la faute. Il s'agit seulement de ne permettre son application que dans certaines situations de faits révélées par la constatation de la disproportion des avantages et dommages. Le critère du comportement de l'homme normalement prudent et diligent s'applique en fonction des circonstances de fait et de droit propres au conflit. La question se précise alors et devient : le

1688. Cf. *supra*, n° 358.

titulaire du droit subjectif en cause, ayant provoqué, par l'exercice de son droit, un dommage sans proportion avec l'avantage qu'il en retire ou compte en retirer, se comporte-t-il comme un homme normalement prudent et diligent placé dans de telles circonstances de fait et de droit ? C'est la prise en considération normale des circonstances objectives de fait et de droit dans la mise en œuvre du critère de la faute.

Le juge devra déterminer si le titulaire du droit subjectif viole un devoir de prise en compte des intérêts légitimes de la victime se révélant dans le conflit en cause. La disproportion aide et fonde la détermination de ce devoir. Si le titulaire d'un droit subjectif crée un dommage disproportionné, il n'est pas fautif du simple fait de la survenance de ce dommage, mais parce qu'il contrevient dans le même temps à un devoir minimal d'égard à l'intérêt légitime d'autrui. Là est le devoir violé. Là se situe la faute éventuelle.

Dans la plupart des cas, la constatation de la disproportion conduira le juge à admettre l'existence, puis la violation d'un devoir de prise en compte de l'intérêt de la victime. Le manque d'égard à l'intérêt d'autrui naît donc, à l'origine, de la constatation de cette disproportion. Mais nous pourrions aussi parfaitement imaginer que la disproportion ne révèle pas, à la limite, de comportement fautif dans le chef du titulaire du droit subjectif. Parce que, par exemple, le titulaire du droit n'a pas manqué de prudence au regard des circonstances de fait dans lesquelles apparaît la disproportion.

La faute n'est donc pas assimilée à la constatation du dommage provoqué par l'exercice du droit. Du reste, la sanction naturelle de la disproportion est la réduction du droit à son usage normal, c'est-à-dire à un dommage proportionné. La faute ne naît que de la violation d'un devoir de prise en compte des intérêts d'autrui, devoir lui-même recherché dans l'idéal de justice et d'équité ; exactement comme tout autre devoir de prudence issu de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

En outre, toutes les autres conditions d'application de ces dispositions devront être remplies. Et le titulaire du droit subjectif pourra bénéficier des causes d'exonération de droit commun au cas où l'acte illicite ne peut lui être imputé.

Le dommage réparable est le dommage qui excède celui considéré comme proportionné et pas nécessairement l'intégralité du dommage provoqué par l'exercice du droit. Ce dernier est une conséquence directe de l'imposition du droit subjectif à autrui. Seule la portion de dommage résultant de la disproportion pourra donner lieu à réparation.

Les sanctions de la disproportion fautive. Deux sanctions suivent l'application de la disproportion fautive : la réduction du droit à son usage normal et la réparation en nature ou par équivalent.

La réduction du droit à son usage normal, désormais acceptée en droit positif¹⁶⁸⁹, confirme que la proportionnalité n'est qu'un mode de résolution de conflit correcteur de l'imposition du droit subjectif. Si disproportion il y a, si cette dernière est fautive, alors la sanction la plus naturelle est de ramener le dommage provoqué à une proportion normale. L'imposition doit avoir lieu. Mais ses excès doivent être effacés.

La réduction du droit à son usage normal n'est pas une réparation en nature en ce qu'elle n'a pas pour objet de compenser un dommage réalisé ou certain dans sa survenance¹⁶⁹⁰. Le dommage subi par la victime de l'abus subsiste après application de la mesure de réduction du droit. Cette réduction n'opère que pour l'avenir. La réduction du droit à son usage normal a une nature identique à la cessation de l'acte pris en violation d'un droit subjectif. Elle vise la suppression de l'illicite, sauf que dans le cas de l'abus de droit, l'illicéité ne peut être prise en compte sans la constatation de la responsabilité du titulaire du droit subjectif. Dans le cas contraire, l'imposition licite du droit joue à plein.

Bien entendu, il faut, pour appliquer cette sanction, qu'elle puisse se révéler possible et satisfaisante pour la victime. La jurisprudence sur l'abus de droit révèle en effet que, dans certaines hypothèses, la réduction du droit est impossible dans la mesure où le droit ne peut être exercé dans les circonstances de fait du conflit sans être abusif et sans provoquer un dommage disproportionné. Le droit ne disparaît pas, mais il ne peut être exercé dans les circonstances de fait de la cause¹⁶⁹¹. Ainsi en est-il lorsqu'un texte stipule le droit pour le propriétaire d'un fonds de demander l'arrachage d'arbres plantés à distance non réglementaire. Si le texte ne prévoit que l'arrachage comme protection du droit du propriétaire et que, dans les circonstances de fait du conflit, le juge constate que réclamer cette protection constitue un abus fautif, la réduction du droit s'avère impossible.

La réparation en nature ou par équivalent du dommage excessif obéira aux règles du droit commun.

1689. Cf. à ce propos *infra*, n° 437.

1690. Cf. *supra*, n° 279.

1691. Voy. par exemple, Cass.(1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 et s., où la Cour admet, en matière contractuelle, que la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause.

Outre l'action en responsabilité portée devant le juge du fond, la victime peut également agir dans le cadre d'une action en référé afin de prévenir l'exercice certain et abusif du droit subjectif. Les conditions de l'abus sont alors identiques sauf qu'elles s'additionnent aux conditions classiques du référé que sont l'urgence et le provisoire.

382

La systématisation de la mise en œuvre de la proportionnalité. Le juge appelé à mettre en œuvre la proportionnalité pourra s'appuyer sur le raisonnement suivant.

Afin d'illustrer notre propos, nous nous proposons d'exemplifier le raisonnement au départ d'une hypothèse particulière.

Soit le propriétaire d'un fonds sur lequel est établie son habitation. Il demande l'arrachage d'arbres de son voisin plantés à une distance inférieure à celle imposée par la réglementation. Il s'agit, en l'espèce, d'arbres d'une espèce rare convenant très bien au sol particulièrement humide. Le titulaire du droit invoque divers désagréments : ombrage, racines causant des dégâts à ses canalisations, etc. Après expertise, seul l'ombrage sur son potager est constaté durant l'après-midi. Le voisin s'oppose à la demande car l'arrachage de ses arbres est demandé après dix ans de relations de voisinage jusque-là cordiales. De plus, le coût de l'arrachage lui paraît excessivement élevé. En outre, les arbres sont d'une espèce particulièrement rare et leur enlèvement provoquerait une augmentation sensible de l'humidité du sol alors qu'il est prouvé que l'effet d'assèchement lui permet de lutter contre des problèmes graves d'humidité autour de son habitation. Enfin, sans ces arbres, il ne disposerait plus d'aucune intimité sur son fonds car son voisin pourrait sans cesse voir ce qu'il y fait. Le litige est porté devant un juge.

La *première étape* consistera à *qualifier* les pouvoirs et intérêts légitimes qui s'opposent. Le juge le fera grâce aux définitions proposées en conclusion de cette partie¹⁶⁹². Le plus important est ici d'identifier le droit subjectif dont l'abus est invoqué. La qualification de liberté civile ou d'intérêt légitime est également nécessaire puisque la valeur particulière de l'intérêt protégé par la liberté civile peut peser lourd dans la recherche de la disproportion. Comme pour l'imposition, la qualification dirige tout le reste du processus de résolution du conflit.

Dans notre exemple, le droit à l'arrachage est prévu par une loi ou un règlement. Le voisin y oppose toute une série d'intérêts en vue, précisément, de contrer l'effet d'imposition propre au droit à l'arrachage.

1692. Cf. *infra*, n^{os} 397 et 398.

La *seconde étape* consistera à vérifier si les actes posés sous le couvert des droits subjectifs et libertés civiles éventuellement en cause le sont réellement dans le cadre des pouvoirs reconnus *a priori* par le droit objectif qui crée, reconnaît et réglemente chacun des droits subjectifs et libertés civiles en cause dans le conflit.

Nous supposons, dans notre exemple, que le titulaire du droit demande très exactement ce qui est prévu dans la réglementation et qu'il remplit les conditions d'attribution du droit : l'arrachage est prévu par la loi et les arbres sont plantés à une distance non réglementaire.

En présence d'un intérêt, le juge devra en contrôler la légitimité. En cas d'illégitimité, le droit subjectif l'emportera sans que le titulaire du droit doive faire la preuve d'un intérêt concret quant à l'exercice de son droit. Ce contrôle de légitimité s'impose avec une acuité particulière en cas d'application de la proportionnalité. En effet, dans les hypothèses où seul un intérêt illégitime est brandi par la partie qui se prétend victime d'un abus, il y a lieu d'appliquer l'imposition du droit subjectif à défaut d'un élément de comparaison pouvant faire l'objet de la proportionnalité. Si, d'aventure, c'est l'intérêt concret du titulaire du droit subjectif qui apparaît comme illégitime, alors la constatation de l'abus sera grandement facilitée dès lors que la poursuite d'un tel intérêt aurait provoqué un dommage réparable.

Si l'on en revient à notre exemple, il faudra vérifier si les intérêts mis en avant par le voisin sont légitimes. Il ne peut évidemment en appeler à son propre droit de propriété car ce dernier ne lui permet pas de violer les normes en vigueur qui s'appliquent à tout propriétaire d'un fonds. L'argument du coût de l'arrachage ne fait pas naître, selon nous, un intérêt légitime à prendre en considération dans l'application de la proportionnalité. Ce coût naît directement du non-respect de la norme de droit objectif lui imposant une distance spécifique entre ses plantations et le fonds du titulaire du droit. Son intérêt à ne pas devoir supporter ces coûts n'est donc pas légitime car il ne naît que d'une situation illicite et vise exclusivement au maintien de celle-ci. Les autres intérêts invoqués paraissent au contraire légitimes : conserver une espèce d'arbres rare, voir perdurer la tolérance affichée par le voisin, lutter contre l'humidité du sol, conserver un espace d'intimité ¹⁶⁹³, etc.

1693. Nous ne rentrons pas ici dans le débat relatif à la qualification de la protection de la vie privée. Y a-t-il un droit subjectif à cette protection, une liberté civile ou un intérêt légitime protégé par la loi ? La question étant controversée en droit positif, il est certain que notre méthode permettra si pas de trancher le débat, à tout le moins d'y prendre une position. Mais cette recherche de qualification exigerait des développements qui ne trouvent pas leur place ici. Il s'agirait en réalité d'une mise à l'épreuve supplémentaire de notre modèle.

C'est lors de la *troisième étape* que prendra place le contrôle de la disproportion. Le juge devra ici évaluer chaque intérêt concret qui s'oppose. Il le fera en déterminant, quantitativement et qualitativement, l'avantage retiré par le titulaire du droit de son exercice et le dommage qui en résulte pour la victime de l'abus prétendu. Il s'éclairera pour ce faire de la valeur ou de l'intérêt général reconnu dans le droit positif comme transcendant les intérêts concrets en cause. Ensuite, il vérifiera si une disproportion apparaît entre les deux éléments retenus. Cette disproportion doit s'imposer d'elle-même. Le doute doit, *in casu*, profiter au titulaire du droit subjectif qui bénéficie de l'effet d'imposition de son droit subjectif. Si cette disproportion n'apparaît pas avec netteté, la demande de la victime de l'abus prétendu doit être rejetée.

En ce qui concerne notre exemple, le titulaire du droit ne peut exciper que d'un intérêt très faible : l'ombrage de son potager durant l'après-midi. Face à cela, le voisin met en avant divers inconvénients qui pourraient paraître nettement disproportionnés par rapport à l'avantage escompté par le titulaire du droit. L'évaluation de ces désagréments doit être quantitative — il faut que le voisin fasse la preuve des dommages futurs et certains qui seront liés à l'enlèvement des arbres qui permettent l'assèchement du sol —, mais aussi qualitative — l'intérêt à l'intimité doit être pris en considération ainsi que l'expectative légitime suscitée par le non-exercice du droit durant une longue période.

Dans une *quatrième étape*, en cas de disproportion avérée, le juge appliquera aux circonstances de fait et de droit les conditions de la responsabilité civile issues des articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute, le dommage et le lien causal devront donc être prouvés par la victime de l'abus. Le titulaire du droit pourra se défendre en mettant en avant une cause étrangère libératoire, un fait justificatif ou un motif de non-imputabilité de la faute.

La faute apparaîtra dès l'instant où le juge devra considérer que le titulaire d'un droit subjectif normalement prudent et diligent n'aurait pas agi de la même manière que le titulaire du droit subjectif qui a provoqué un dommage disproportionné à l'avantage retiré de l'exercice du droit.

Une véritable action en responsabilité ne peut naître de notre exemple, la faute n'ayant pas été, par définition, déjà commise. Nous pouvons cependant imaginer que la victime agisse en référé. Outre les conditions du référé, le juge devra constater l'évidence de la violation fautive des intérêts du voisin en cas d'exercice du droit pour donner injonction à son titulaire de ne pas commettre l'acte abusif. Le dommage réparable est celui qui provient de la disproportion et pas nécessairement l'intégralité du dommage provoqué par l'exercice du droit.

Enfin, dans une dernière étape, le juge devra sanctionner l'abus de droit fautif en privilégiant, en application du droit commun, la réduction du droit et la réparation en nature sur la réparation par équivalent.

Chapitre 3

L'équilibre

383. L'équilibre comme mode de résolution des conflits (rappel) – 384. Les hypothèses d'application de l'équilibre – 385. La justification de l'équilibre comme mode de résolution de conflits entre deux droits subjectifs distincts – 386. L'objet de l'équilibre des intérêts en présence – 387. Le lien entre l'équilibre et les principes de responsabilité civile – 388. Les sanctions du déséquilibre – 389. La systématisation de la mise en œuvre de l'équilibre

383

L'équilibre comme mode de résolution des conflits (rappel). L'équilibre s'est révélé dans notre étude comme un mode de résolution particulièrement bien adapté aux conflits de libertés civiles¹⁶⁹⁴.

Attribuées également à tous, douées d'un effet d'opposabilité propre inférant un devoir de prise en compte de la liberté d'autrui, les libertés civiles, lorsqu'elles s'opposent entre elles, ne peuvent donner lieu, *a priori*, à la constatation de la prédominance de l'une sur l'autre. Égales dans leur reconnaissance, elles doivent s'équilibrer aussi dans leur exercice sous peine d'incohérence entre les règles de droit régissant, d'une part, cet exercice et, d'autre part, leur attribution.

L'équilibre comme mode de résolution de conflit suppose dès lors la détermination d'un point d'équilibre — ou, *a contrario*, d'un point de déséquilibre — entre les intérêts servis par chacune des deux libertés qui s'entrechoquent. Ce déséquilibre suppose, dans sa constatation, que les intérêts concrets poursuivis soient jaugés à l'aune des valeurs abstraites que ces libertés défendent. De l'équilibration des intérêts en présence et des circonstances de fait propres au conflit naît un devoir spécifique de prudence à l'égard de la liberté civile d'autrui. La violation fautive s'appréciera en fonction du comportement de l'homme normalement prudent et diligent, soucieux des libertés d'autrui et de l'équilibre à maintenir entre libertés civiles. Cette violation permet de constater le déséquilibre qui s'identifie à la faute.

Relevant d'un mode de résolution spécifique, le déséquilibre est, contrairement à la disproportion, un fait qui s'identifie à un acte illicite. Le déséquilibre est nécessairement illicite dès lors qu'il ne peut apparaître qu'en application du critère de l'acte illicite déterminé en application des

1694. Cf. *supra*, n^{os} 315 et 321 et s.

articles 1382 et 1383 du Code civil, sauf critère spécifique prévu par le droit objectif (un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, par exemple).

384

Les hypothèses d'application de l'équilibre. Si l'on a égard à tous les types de conflits possibles entre les qualifications étudiées, deux hypothèses d'application de l'équilibre se révèlent : les conflits opposant deux libertés civiles et ceux opposant deux droits subjectifs (cases 1.1 et 2.2 du tableau).

Les hypothèses de conflits entre deux libertés civiles sont innombrables et ont déjà donné lieu à diverses appréciations antérieurement ¹⁶⁹⁵ : liberté d'expression contre liberté d'entreprendre, libertés de contracter entre elles, liberté de ne pas contracter contre la liberté de concurrence, etc.

Les hypothèses de conflits entre deux droits subjectifs apparaissent par contre pour la première fois. Ces conflits doivent être bien compris. Il s'agit de conflits où s'exercent deux droits subjectifs distincts, par deux titulaires différents et où l'exercice légitime de l'un entraîne une violation du devoir de respect de l'autre ¹⁶⁹⁶. Logiquement, vu l'exclusivité propre au pouvoir interne des droits subjectifs, ces conflits ne devraient pas apparaître. La réalité est autre. Le droit positif regorge de conflits où l'exercice de droits subjectifs distincts, portant sur des choses identiques ou différentes, s'entrechoquent par les conséquences des actes posés. Soit, par exemple, parce que la chose qui forme l'objet du droit offre une assise matérielle identique à des pouvoirs distincts : une œuvre de l'esprit peut former l'objet de droits distincts (droits d'auteurs patrimoniaux et/ou moraux, droits réels, etc.) exercés par des auteurs et ayants droit distincts. Soit par exemple parce que deux choses distinctes sont utilisées dans une certaine proximité géographique : les troubles de voisinage naissant de la jouissance de deux fonds proches les uns des autres.

Pour des raisons analogues aux conflits de libertés civiles, ces conflits ne peuvent être résolus que par application de l'équilibre ¹⁶⁹⁷. En effet, il est impossible d'admettre la prépondérance d'un droit subjectif sur l'autre : les deux titulaires peuvent se prévaloir de la légitimité de leur

1695. Cf. *supra*, n^{os} 296 et s.

1696. Il ne s'agit donc pas de ceux qui portent sur la titularité d'un même droit, conflits non analysés dans le présent travail et entraînant des solutions particulières articulées autour du principe *prior tempore, prior iure*.

1697. Pour la justification complète concernant les conflits de libertés civiles, voy. *supra*, n^o 315.

pouvoir et s'opposer ceux-ci l'un envers l'autre. Il convient cependant de bien comprendre en quoi ce conflit est différent de ceux opposant deux libertés civiles, même s'il donne lieu à la mise en œuvre du même mode de résolution de conflits.

385

La justification de l'équilibre comme mode de résolution de conflits entre deux droits subjectifs distincts. Les droits subjectifs s'imposent à autrui. Si le tiers est lui-même titulaire d'un droit subjectif et qu'il voit son droit atteint, il peut, également, invoquer l'imposition de son droit. Le conflit semble alors sans issue. Non pas, comme c'est le cas pour les libertés civiles, uniquement parce que chacun des opposants peut invoquer la légitimité *a priori* des actes en cause, mais bien parce que, au surplus, chacun se voit reconnaître le pouvoir de l'imposer à l'autre.

L'équilibre apparaît alors comme la seule solution possible en termes de mode de résolution de conflits. L'imposition est exclue dès lors que chacun peut y recourir. La proportionnalité également puisqu'aucune imposition ne prévaut sur l'autre. Dès lors qu'il est impossible de donner la prédominance d'un intérêt protégé par un droit subjectif sur l'autre, il est raisonnable de considérer que c'est dans la recherche d'un équilibre dans la mise en œuvre de ces pouvoirs qu'il convient de rechercher une solution. La pondération des intérêts, au sens déterminé ci-avant¹⁶⁹⁸, n'est donc pas non plus envisageable dès lors que cette dernière n'a pas pour objectif d'équilibrer des intérêts reconnus sur une base égalitaire.

L'équilibre dont il s'agit ici implique que le titulaire du droit, tout en exerçant légitimement celui-ci, se soucie de prendre en compte les droits d'autrui comme mesure de son exercice. S'il ne le fait pas, comme l'aurait fait un titulaire de droit subjectif normalement prudent et diligent, l'acte posé dans l'exercice de son droit subjectif est illicite.

Nous pensons donc, contrairement à ce qui prévaut en droit positif à l'égard de la théorie des troubles de voisinage, que l'équilibre est toujours lié à l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le devoir strict de respect des droits d'autrui est certes impossible à appliquer dans ces conflits. Mais à ce devoir s'en substitue un autre, qui naît de l'attention qui est alors portée aux intérêts sous-jacents à l'exercice des droits en cause. Parce que le conflit ne peut plus se résoudre sur le terrain de l'opposabilité des droits subjectifs et que, *a priori*, aucun droit subjectif ne l'emporte sur l'autre, la recherche d'équilibre se fera au niveau des intérêts réellement poursuivis par les deux titulaires de droits subjectifs. Les divers intérêts en cause doivent alors être pris en compte en partant d'une

1698. Cf. *supra*, n^{os} 344 et 352. Aussi, *infra*, n^{os} 390 et s.

base égalitaire dans leur satisfaction. Le problème est de déterminer si, agissant comme il l'a fait, le titulaire du droit subjectif a pris en compte les intérêts des titulaires d'autres droits subjectifs comme l'aurait fait un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit alors même que chacun des droits peut, *a priori*, être satisfait.

386

L'objet de l'équilibre des intérêts en présence. L'équilibre porte sur les intérêts légitimes qui s'opposent au travers de l'exercice des pouvoirs reconnus et protégés par les qualifications de libertés civiles et de droits subjectifs.

Mais comment doit se faire la recherche d'équilibre et que mettre dans la balance des intérêts donnant lieu à équilibration ?

La recherche du déséquilibre n'est pas, comme par exemple dans la recherche de la disproportion, indépendante du critère de la faute. Le déséquilibre naît en réalité de la recherche de la faute dans les circonstances de fait et de droit propres à la cause. Au premier rang de ces circonstances apparaissent les intérêts qui s'opposent. Ces intérêts sont tant de nature abstraite que concrète. Ainsi, le titulaire de la liberté d'expression pourra se targuer de tout le poids de l'intérêt général reconnu, *in abstracto*, à cette liberté. Mais le juge pourra également avoir égard au but réellement poursuivi par ce titulaire : par exemple, la recherche du scandale ou le profit escompté de la vente de ses écrits. De même, en ce qui concerne « la victime », des intérêts de natures diverses peuvent être invoqués : l'intérêt à éviter la diminution de jouissance importante d'un droit, l'intérêt de ne pas être soumis à la critique d'autrui côtoieront, par exemple, l'intérêt d'éviter un dommage matériel important. Tous ces intérêts acquièrent alors la valeur de circonstances objectives à prendre en considération dans la recherche de la faute au sens du droit commun.

Sur ce point, l'équilibre doit être soigneusement distingué de la proportionnalité. Le droit objectif n'ayant pas réglé les conflits en cause — comme il le fait au départ de l'imposition du droit subjectif à l'égard des libertés et intérêts légitimes d'autrui —, la marge de manœuvre du juge est augmentée d'autant. Il n'est ici tenu que par la légitimité des intérêts en jeu et de la non-affirmation d'une prépondérance des uns sur les autres. Comme cela se passe dans les conflits entre libertés civiles, en raison de leur attribution égalitaire, il est impossible, en raison de l'imposition attachée aux deux droits subjectifs qui s'affrontent, de donner l'avantage au titulaire d'un droit par rapport à l'autre.

Pour le reste, le juge reprend le plein pouvoir qui lui est conféré au sein du contentieux pour lequel il est saisi. Il recherche dans les circons-

tances objectives du conflit à donner un poids aux intérêts qui s'affrontent. Comme dans la proportionnalité, il est tenu de prendre position dans un litige concret. Mais il peut, par exemple, déterminer le poids des intérêts qui s'opposent en ne se référant qu'aux valeurs abstraites qu'ils révèlent parce que les intérêts concrets s'y assimilent totalement. La concrétisation du litige aura, en réalité, toujours lieu par le biais de la recherche de la faute.

Pratiquement, si l'on est dans un contentieux de la responsabilité civile, le juge va déterminer, au regard de tous les intérêts en présence, si le comportement litigieux est conforme (équilibre) ou non conforme (déséquilibre) à celui qu'aurait adopté un homme normalement prudent, diligent, soucieux des droits ou libertés d'autrui *a priori* d'égales valeurs, dans les mêmes circonstances.

387

Le lien entre l'équilibre et les principes de responsabilité civile. Les notions d'équilibre, de déséquilibre et d'acte illicite se rejoignent dans la mise en œuvre du mode de résolution de conflit particulier qu'on nomme équilibre.

L'acte illicite est le manquement au devoir de prise en compte des intérêts d'autrui dans des circonstances particulières de droit, à savoir la reconnaissance *a priori* de l'égale légitimité de la satisfaction des intérêts en présence par le droit objectif. Sachant ou devant savoir que l'exercice de son droit ou de sa liberté allait provoquer une diminution de la jouissance du droit ou de la liberté d'autrui, l'agent en cause s'est-il comporté comme un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances ?

On retrouve ici, en d'autres mots, l'application normale des conditions de la responsabilité civile. La nouveauté vient de l'approche particulière qui est la nôtre et qui consiste à comprendre globalement le litige relatif à la responsabilité par le biais du conflit d'intérêts qu'il révèle. Le juge applique classiquement les conditions de celle-ci en se guidant par le principe qu'aucun des intérêts en présence protégés par les libertés ou les droits subjectifs en cause ne l'emporte sur les autres.

L'équilibre, pas plus que la proportionnalité, ne remet donc en cause la notion traditionnelle de faute. Mais l'équilibre, contrairement à la constatation de la disproportion, encadre tout le processus de recherche de la faute. Il ne s'agit pas, en d'autres mots, de raisonner comme pour la mise en œuvre de la proportionnalité : constater une inégalité de valeur des profits et dommages en présence et se demander, ensuite, si un homme normalement prudent et diligent aurait provoqué une telle inégalité dans un raisonnement analogue à la mise en œuvre de la proportionnalité. Cette inégalité n'est pas ici justifiable *a priori*. Il ne s'agit pas de corriger un

effet légitime et prépondérant d'un pouvoir des protagonistes sur l'autre en mettant en exergue l'excès ou la disproportion existant entre le couple avantage/dommage tout en entérinant une inégalité de départ. Au contraire, l'égalité de départ est totale et les deux protagonistes peuvent se prévaloir de la légitimité et de la licéité de leurs prétentions. *A priori*, donc, tout est justifiable et attaquant à la fois.

La seule possibilité de sortir de cette situation est de prouver que, dans les circonstances où il se trouve, et qu'il doit connaître, le titulaire du droit subjectif ou de la liberté civile commet un acte illicite. Il convient de noter, à propos du conflit entre droits subjectifs, qu'il ne s'agira pas de vérifier si le titulaire du droit a violé sciemment et volontairement ¹⁶⁹⁹ le droit subjectif d'autrui. Il peut en effet *a priori* légitimer cette atteinte par son droit subjectif propre. Il s'agira toujours de vérifier si un devoir de prudence à l'égard de l'intérêt du titulaire du droit subjectif opposé n'a pas été violé.

En résumé, dans la proportionnalité, la faute naît suite à la constatation de la disproportion sans s'identifier à elle. C'est parce qu'il y a disproportion dûment constatée, que la recherche d'une faute est possible. Dans l'équilibre, le déséquilibre naît de la constatation de la faute. C'est parce qu'il y a une faute que le point de déséquilibre peut être identifié.

La recherche d'une faute, dans ces circonstances, n'est-elle pas vaine dès lors que, par hypothèse, le titulaire du droit subjectif ou de la liberté civile agit dans le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus par le droit objectif ? N'est-ce pas, du reste, le raisonnement tenu en matière de trouble de voisinage, théorie applicable notamment en cas d'opposition entre deux droits de propriété sur un fonds ¹⁷⁰⁰ ? Nous ne le pensons pas. D'abord parce que le déséquilibre est en soi incapable de justifier la moindre sanction s'il n'est pas identifié à la commission d'une faute. En effet, le juge ne trouverait aucune base de justification dans le droit objectif lui permettant de considérer comme illicite un acte *a priori* licite. Ensuite parce que l'impossibilité de déterminer une faute provient d'une vue partielle de la problématique. Il est toujours possible de déterminer une faute si l'on admet que le titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté civile ne peut exercer son droit ou sa liberté sans égard pour le droit ou la liberté civile d'autrui. Il ne s'agit pas d'une affirmation divinatoire sortie de nulle part. Que ce soit dans les conflits de libertés civiles ou de droits subjectifs, ces devoirs proviennent, nous l'avons vu, de l'effet d'opposabilité des qualifications en cause.

¹⁶⁹⁹. Sur ce critère spécifique de la faute, cf. *supra*, n^{os} 269 et s.

¹⁷⁰⁰. Cette théorie a précisément été justifiée par l'impossibilité dans laquelle le juge se trouverait de retenir une faute dans le chef du propriétaire qui crée le trouble.

L'équilibre ne modifie pas non plus l'application du critère de l'existence d'un dommage. Le dommage réparable est celui qui est causé par l'acte rompant l'équilibre des droits subjectifs ou libertés civiles en conflit. En ce qui concerne les conflits de droits subjectifs, un dommage non réparable subsistera souvent : il s'agit du dommage causé par l'exercice équilibré du droit en question.

388 Les sanctions du déséquilibre. Les sanctions du déséquilibre sont, sauf dérogation prévue par le droit objectif, celles du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle.

La réparation en nature ou par équivalent sanctionnera le déséquilibre fautif provoqué par les titulaires des droits subjectifs ou des libertés civiles en cause.

S'il s'agit d'un conflit opposant deux droits subjectifs, il se peut que le déséquilibre soit dénoncé dans le cadre d'une action en cessation attachée au droit subjectif violé. L'action en cessation de l'atteinte fautive peut, en l'état du droit positif¹⁷⁰¹, être obtenue dans le cadre de la même demande. Concernant des conflits de libertés civiles, dans certaines hypothèses, comme la cessation des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale, la cessation pourra être obtenue dans le cadre d'une action en cessation spécifique relevant du fond.

Pour le reste, la voie du référé reste ouverte pour une cessation de l'acte fautif au provisoire et vu l'urgence.

389 La systématisation de la mise en œuvre de l'équilibre. Le juge appelé à mettre en œuvre l'équilibre pourra s'appuyer sur le raisonnement suivant.

Ici encore, nous proposons un exemple qui nous guidera dans notre tentative de systématisation du raisonnement à suivre. Soit le propriétaire d'un immeuble qui a fait procéder à des travaux de rénovation d'un immeuble protégé, en tant qu'œuvre architecturale, par le droit d'auteur. Les architectes qui ont dessiné les plans invoquent la violation du droit à l'intégrité de l'auteur sur l'édifice lui-même dès lors que la rénovation aurait altéré son originalité. Le propriétaire justifie ces rénovations par son droit de propriété¹⁷⁰².

1701. Cf. nos remarques *supra* n° 280.

1702. Cet exemple est très largement et librement inspiré d'une décision récente : Civ. Bruxelles (réf.), 25 octobre 2002, *A & M.*, 2003, p. 59 et s. Il est intéressant de souligner que le juge opère une véritable recherche d'équilibre tout en invoquant la théorie de l'abus de droit.

La *première étape* consistera à *qualifier* les pouvoirs qui s'opposent. Le juge le fera grâce aux définitions des qualifications proposées en conclusion de cette partie¹⁷⁰³. Comme pour les autres modes de résolution de conflits, la qualification dirige tout le reste du processus de recherche de solution.

Le droit à l'intégrité est prévu par la législation sur le droit d'auteur et le droit de propriété par le Code civil. Ce sont des droits subjectifs en ce qu'ils sont porteurs de pouvoirs exclusifs au bénéfice de leurs titulaires qui se voient reconnaître des actions en cessation particulières, indépendantes des actions en responsabilité, pour mettre fin à la violation de leurs droits par des tiers.

La *seconde étape* consistera à vérifier si les actes posés sous le couvert des droits subjectifs et libertés civiles éventuellement en cause le sont réellement dans le cadre des pouvoirs reconnus *a priori* par le droit objectif qui crée, reconnaît et réglemente chacun d'eux dans le conflit qui lui est soumis.

Dans notre exemple, il faudra donc, le cas échéant, vérifier la titularité du droit d'auteur invoqué par les architectes et le caractère protégeable de la forme de l'édifice. Il faudra également vérifier la titularité de celui qui se présente comme propriétaire. Les deux pouvoirs en cause invoqués dans les définitions des droits correspondants.

La *troisième étape* impose la détermination des intérêts poursuivis dans le cadre de l'exercice des droits subjectifs ou libertés civiles en cause. Logiquement, la légitimité de ces intérêts devrait s'imposer : on part du principe que l'intérêt poursuivi l'est dans le cadre des pouvoirs reconnus comme légitimes par les droits subjectifs et libertés civiles en cause.

Dans notre exemple, l'intérêt des architectes est contenu dans la reconnaissance du droit d'auteur lui-même, sauf élément de fait permettant de déceler une autre intention dans leur chef pouvant, le cas échéant, être constitutive d'une faute (dol, détournement de la finalité du droit, etc.). En ce qui concerne les propriétaires, ceux-ci pourraient, par exemple, mettre en avant l'état de délabrement de l'immeuble, leur désir de le rendre plus agréable pour leurs occupants ou plus adapté à l'activité commerciale qui y est poursuivie.

C'est dans la *quatrième étape* que prendra place le contrôle de l'équilibre. Ce dernier, nous l'avons vu, consiste en la recherche du point d'équilibre — et, *a contrario*, du déséquilibre fautif — entre les intérêts — concrets

1703. Cf. *infra*, n^{os} 397 et 398 et s.

et abstraits — qui s'opposent dans le litige, en prenant en compte toutes les circonstances objectives de celui-ci. Il faut, pour ce faire, vérifier si, au vu de l'avantage escompté, le titulaire du droit ou de la liberté civile pouvait raisonnablement provoqué le dommage en cause, en se comportant comme un homme normalement prudent et diligent normalement soucieux des droits subjectifs ou libertés civiles d'autrui. Si tel n'est pas le cas, il y a déséquilibre fautif.

Dans notre exemple, le juge va tenter de déterminer les comportements licites ou illicites que l'on peut avoir dans un conflit entre ces deux droits. Il aura égard aux points d'équilibre généralement admis. Ainsi, par exemple, il pourrait considérer que si l'architecte peut s'opposer à toute dénaturation de son œuvre, il ne peut imposer au propriétaire, de conserver à celle-ci un caractère immuable et « qu'il appartient dès lors au juge d'apprécier si les altérations de l'œuvre sont légitimées, eu égard à leur nature et à leur importance, par les circonstances qui ont contraint le propriétaire à y procéder »¹⁷⁰⁴. Il pourrait aussi estimer que le droit de propriété justifie que des modifications de l'œuvre soient opérées car nécessaires à des impératifs techniques ou correspondant à des exigences nouvelles découlant de la vocation utilitaire de l'œuvre. Ce point d'équilibre ou de déséquilibre devra être vérifié en fait de sorte que le juge constate ou non que le titulaire du droit de propriété s'est ou non comporté comme un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait.

Dans une *cinquième étape*, en cas de déséquilibre fautif avéré, le juge appliquera aux circonstances de fait et de droit les autres critères de la responsabilité civile tels qu'inférés par le droit commun des règles inscrites dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Le dommage et le lien causal devront donc être prouvés par la victime de l'abus. Le titulaire du droit pourra se défendre en mettant en avant une cause étrangère libératoire ou un fait justificatif ou tout autre motif de non-imputabilité de la faute.

Le dommage réparable sera le dommage qui excède celui considéré comme naissant du déséquilibre engendré par l'exercice du droit subjectif et pas nécessairement l'intégralité du dommage provoqué par l'exercice du droit. C'est le dommage intégral en cas de conflits de libertés civiles.

Enfin, dans une dernière étape, le juge devra sanctionner le déséquilibre en application du droit commun (cessation et/ou réparation).

1704. En ce sens, Civ. Bruxelles (réf.), 25 octobre 2002, A & M., 2003, p. 59 et s.

Chapitre 4

La pondération des intérêts

390. La pondération des intérêts comme mode de résolution des conflits (rappel) – 391. Les hypothèses d'application de la pondération des intérêts – 392. L'objet de la pondération des intérêts – 393. Le lien entre la pondération des intérêts et les principes de responsabilité civile – 394. Les sanctions consécutives à la pondération – 395. La systématisation de la mise en œuvre de la pondération des intérêts dans le cadre de la responsabilité civile

390 La pondération des intérêts comme mode de résolution des conflits (rappel). Il a déjà été souligné que la pondération des intérêts est un mode de résolution adapté aux conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime¹⁷⁰⁵.

Ce mode de résolution de conflit s'imposait au départ d'une situation où l'intérêt légitime ne pouvait seul justifier une prédominance à l'égard de la liberté civile. En effet, le porteur de l'intérêt légitime subit seul un devoir de prise en compte de la liberté civile d'autrui dans la recherche de satisfaction de son intérêt. Il ne trouve rien dans la qualification d'intérêt légitime lui permettant de remettre en cause la soumission à ce devoir.

Mais, en cas de conflit avec une liberté civile, le porteur de l'intérêt légitime peut toujours rechercher une protection dans une règle extérieure à lui-même : le titulaire de la liberté civile, en l'exerçant comme il l'a fait, n'a-t-il pas commis un acte illicite donnant lieu à une sanction ? C'est que l'opposabilité de la liberté civile ne va pas jusqu'à générer un devoir strict de respect pour autrui. La liberté civile, on l'a vu, privée de toute exclusivité, ne s'impose pas nécessairement et voit ses limites se modifier au gré des conflits et de l'opposabilité qu'elle subit au regard des qualifications qui lui sont opposées¹⁷⁰⁶.

Ce faisant, la pondération des intérêts en présence apparaît dans un environnement particulier.

Contrairement à ce qui se passe dans la méthode de l'équilibre, les éléments à jauger ne sont pas légitimés *a priori* de manière égalitaire. Ainsi, nous venons de le rappeler, le titulaire de la liberté civile peut

1705. Cf. *supra*, n° 344 et n° 352.

1706. Cf. *supra*, n°s 304 et s.

compter sur la prise en compte, par le porteur de l'intérêt légitime, de la légitimité *a priori* de ses actes. Le porteur de l'intérêt légitime s'efface donc, sa légitimité ne développant qu'une possibilité de prise en compte par l'ordonnancement juridique. La pondération ne vise donc pas à préserver un équilibre de départ voulu par le droit objectif entre les deux intérêts en conflits (celui protégé par la liberté civile, d'une part, un simple intérêt légitime, d'autre part). Contrairement à la proportionnalité, un des éléments à jauger ne s'impose pas par un devoir strict de respect imposé à l'autre. La liberté civile doit, dès lors, subir une application pleine et entière des devoirs issus de la responsabilité civile sans passer par le test de la disproportion des intérêts traduisant, nous l'avons vu, l'imposition de principe du droit subjectif sur autrui.

Comme pour la proportionnalité, la pondération des intérêts intervient avant la mise en œuvre des critères de la responsabilité civile. Il s'agit de jauger le poids des intérêts en cause. Il faut ensuite se demander si un homme normalement prudent et diligent à l'égard d'autrui aurait agi de la sorte et provoqué l'atteinte à l'intérêt d'autrui mis préalablement en avant.

391

Les hypothèses d'application de la pondération des intérêts. La pondération des intérêts en présence prend place dans trois types de conflits mis en avant dans notre tableau : les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes — que ce soit le porteur de l'intérêt légitime ou le titulaire de la liberté civile qui ait commis l'atteinte — et les conflits entre intérêts légitimes (cases 2.3, 3.2 et 3.3 du tableau).

Nous avons déjà rencontré ces trois types de conflits antérieurement.

Les conflits entre libertés civiles et intérêts légitimes sont relativement fréquents. On pensera notamment aux conflits entre titulaires des libertés de contracter ou de commerce et des intérêts légitimes de commerçants ou de consommateurs.

Ainsi, le refus de vente est légitimé par la liberté de contracter et de commerce. Celui qui subit ce refus ne peut généralement¹⁷⁰⁷ se prévaloir d'une liberté civile pour s'y opposer. Ses libertés de contracter ou de commerce ne sont pas en jeu dès lors qu'elles ne vont jamais lui permettre de remettre en cause la légitimité de principe du refus de vente. Celui qui subit ce refus n'a en réalité que des intérêts à opposer : il risque de voir son entreprise périr, il perd un marché particulièrement profitable

1707. Parfois, il pourra invoquer sa liberté de concurrence et les règles de droit objectif qui la protègent, telle l'interdiction de l'abus de position dominante.

pour lui, il n'a pas le temps de prospecter d'autres clients afin de faire face au refus, etc. Ce sont, d'une part, l'intérêt du titulaire de la liberté civile à refuser de contracter et l'intérêt concret enfreint par ce refus, d'autre part, qui devront être pondérés.

L'intérêt du titulaire de la liberté civile l'emporte *a priori* sur l'intérêt légitime d'autrui. Il peut en effet lui opposer sa qualification de liberté civile. Le porteur de l'intérêt légitime doit tenir compte de la légitimité de principe de ce refus, sauf à démontrer que, dans les circonstances de fait particulières au conflit, le titulaire de la liberté civile ne pouvait adopter le mode d'exercice litigieux. C'est pourquoi notre mode d'analyse rejoint le droit positif qui affirme la licéité de principe du refus de vente¹⁷⁰⁸. On s'en écarte par contre partiellement en considérant que le refus de principe ne donne pas lieu à application de la proportionnalité, mais qu'il faut rechercher dans toutes les circonstances de fait si le titulaire de la liberté de contracter ne commet pas une faute dans son exercice.

Quant aux conflits entre intérêts légitimes, ils regroupent ceux où aucun des protagonistes ne peut justifier ses actes *a priori* par un droit subjectif ou une liberté civile particulier. Il s'agit, en quelque sorte, d'une catégorie résiduelle de conflits. Ils paraissent peu fréquents. Ne fût-ce que parce qu'une liberté civile viendra souvent au secours de celui qui pose l'acte attentatoire à l'intérêt légitime d'autrui. Du reste, les conflits entre simples intérêts légitimes ont vocation à rester en lisière du judiciaire en raison de l'incertitude fondamentale qui pèse sur leur protection éventuelle quand ils s'opposent entre eux : leur légitimité ne s'impose pas d'elle-même et ils ne bénéficient que d'une potentialité de prise en compte au travers de règles extérieures.

392

L'objet de la pondération des intérêts. L'objet de la pondération des intérêts est de jauger les intérêts en présence.

C'est, ici aussi, les intérêts concrets poursuivis par les protagonistes qui devront être pesés en tenant compte, le cas échéant, de leur valeur abstraite spécifique. Dès lors, la question de la légitimité de l'intérêt doit être posée. Elle est présumée pour les actes posés sous le couvert d'une liberté civile. Il revient à celui qui la conteste de rapporter la preuve de l'illégitimité de l'intérêt concret poursuivi. Pour les intérêts, cette légitimité n'est pas présumée même si, nous l'avons vu, le pragmatisme judiciaire déplace le débat sur la détermination du caractère illégitime de l'intérêt, ce qui semble impliquer, *de facto*, un retournement de la charge

1708. Cf. *supra*, n° 298.

de la preuve¹⁷⁰⁹. Théoriquement, il revient au porteur de l'intérêt de rapporter la preuve de sa légitimité en mettant en avant l'intérêt qu'il poursuit et sa non-contrariété avec une règle de droit positif. Pratiquement, la non-contrariété s'imposera de l'absence de contestation sur la légitimité de l'intérêt invoqué. La différence entre les deux situations — légitimité de l'intérêt protégé par une liberté, d'une part, légitimité d'un simple intérêt, d'autre part — est donc particulièrement ténue.

Si le titulaire de la liberté d'expression écrit un article et qu'il met en cause un tiers, il n'a pas à justifier de la légitimité de principe des intérêts qu'il cherche à satisfaire : il peut s'exprimer sur l'agissement d'un tiers. Ce dernier ne pourrait attaquer la légitimité des intérêts poursuivis qu'en prouvant que le but recherché par le titulaire de la liberté d'expression, c'est-à-dire l'intérêt poursuivi, était contraire à une règle de droit objectif en vigueur. Les cas d'illégitimité seront peu fréquents. On peut penser, par exemple, à la publication d'un livre révisionniste tendant à la négation du génocide juif durant la Seconde Guerre mondiale. L'intérêt poursuivi serait alors illégitime en ce qu'il contreviendrait *in se* au prescrit de la loi du 23 mars 1995.

Par contre, si le tiers, porteur d'un intérêt, considère avoir été offensé par l'exercice de la liberté d'expression d'autrui, il doit justifier tant sa réalité que sa légitimité. Ainsi, une entreprise commerciale peut avoir un intérêt à ne pas voir les produits ou services qu'elle offre critiqués par un journaliste. Elle devra cependant prouver, le cas échéant, que l'intérêt commercial poursuivi est bien réel et qu'il est légitime. Si cette légitimité n'est contestée par personne, sa justification apparaîtra comme formelle.

Les intérêts concrets sont, comme dans le cadre de l'équilibre, transcendés par le poids des valeurs qu'ils véhiculent. Il est certain que le poids d'une liberté civile sera normalement considéré comme très important dès lors que les intérêts qu'elle sert sont en général considérés comme essentiels dans nos sociétés démocratiques et libérales.

393

Le lien entre la pondération des intérêts et les principes de responsabilité civile. Sans préjuger de l'existence d'autres règles imposant la prise en compte des intérêts légitimes d'autrui (règles de bonne foi, règles d'usages normaux en matière commerciale, etc.), il convient de souligner les spécificités que présente la pondération des intérêts avec les principes de responsabilité civile.

La pesée s'effectue, comme pour la proportionnalité, avant l'application du critère de la faute. Elle guide le juge dans la mise en avant d'un

1709. Cf. *supra*, n° 166.

devoir précis de prise en compte de la liberté ou de l'intérêt d'autrui. Mais cette pesée ne prend pas la même direction selon que le conflit voit s'opposer une liberté civile à un intérêt légitime ou deux intérêts légitimes.

En cas de conflit généré par l'exercice d'une liberté civile, le porteur de l'intérêt légitime, et par la suite, le juge auquel serait soumis le conflit, doivent se laisser guider par la légitimité de principe des actes posés sous le couvert de la liberté civile. Leur raisonnement est alors analogue à celui présidant, en matière de preuve, à la mise en œuvre d'une présomption réfragable : l'acte est légitime et donc doit être accepté par le tiers, sauf si ce dernier rapporte la preuve d'une faute dans le chef du titulaire de la liberté civile. Ce renversement ne peut s'opérer par le simple fait que l'atteinte à l'intérêt légitime du tiers a provoqué dans son chef un dommage. Il faut que le juge détecte une faute ou un acte illicite dans l'exercice *a priori* légitime de la liberté en cause. Cette faute a pour objet, de manière générale, la violation d'un devoir de prise en compte des intérêts d'autrui qu'il découvrira dans les circonstances de fait propres au conflit.

Si l'acte est généré par la poursuite d'un intérêt légitime, mais qu'il porte atteinte à la liberté civile d'autrui, le titulaire de la liberté civile invoquera celle-ci et la violation du devoir de prise en compte de la légitimité de ses actes par le porteur de l'intérêt. Celui-ci devra alors mettre en avant, par une pondération d'intérêts, que l'avantage recherché dans la poursuite de son intérêt lui permet de ne pas tenir compte, vu les circonstances de fait propres au conflit, de la liberté en cause.

En cas de conflit dans la poursuite de deux intérêts légitimes, le juge opérera la pesée sur la base de toutes les circonstances de fait et déterminera si le porteur dont l'agissement est en cause s'est oui ou non comporté comme un homme normalement prudent et diligent.

L'intégralité du dommage subi par la victime de la faute devra être réparée.

394

Les sanctions consécutives à la pondération. Les sanctions qui viennent frapper celui qui a commis une faute dans l'exercice de sa liberté ou dans la poursuite de son intérêt légitime sont celles qui découlent de l'application des règles de prise en compte des intérêts d'autrui.

Si l'on s'en tient aux règles de la responsabilité civile, la réparation en nature ou par équivalent sera prononcée en cas de violation du devoir de prise en compte de la liberté civile ou de l'intérêt légitime d'autrui. Bien entendu, cette sanction ne sera prononcée que si toutes les autres conditions de la responsabilité civile sont remplies.

Dans l'hypothèse où l'application d'autres règles que celles de la responsabilité seraient considérées comme engendrant le devoir de prise en compte de l'intérêt légitime d'autrui — règles de bonne foi, règles issues des usages honnêtes en matière commerciale, etc. —, les sanctions propres à ces règles seraient alors applicables (cessation de l'acte illicite, etc.).

Comme dans tous conflits, une action en référé peut être introduite en vue de faire cesser l'atteinte fautive à la liberté civile ou à l'intérêt légitime en cause. Là aussi, l'exigence de la faute ou du risque de faute évident reste de mise en sus des autres conditions propres à ce type d'action.

395

La systématisation de la mise en œuvre de la pondération des intérêts dans le cadre de la responsabilité civile. Le juge appelé à mettre en œuvre la pondération des intérêts pourra s'appuyer sur le raisonnement suivant que nous développons au départ d'un exemple.

Une société de service de distribution de journaux aux librairies refuse de reconduire un contrat avec un éditeur et, par conséquent, de continuer à livrer un magazine de charme aux librairies d'une ville particulière. Il invoque, pour justifier son refus, sa liberté de contracter et donc de ne pas contracter. L'éditeur du magazine conteste ce refus de contracter et de distribuer son magazine. Il invoque que ce refus n'est pas justifié par un intérêt légitime et raisonnable. Il met en avant le fait que la société distribue son magazine depuis cinq ans, qu'elle est la seule à offrir ce service dans la ville concernée et que le délai qui lui est laissé pour trouver une solution — quinze jours — est trop court.

La *première étape* consistera à *qualifier* les pouvoirs qui s'opposent. Le juge le fera grâce aux définitions des qualifications proposées en conclusion de ce chapitre¹⁷¹⁰. Comme pour les autres modes de résolution de conflits, la qualification dirige tout le reste du processus de recherche de solution.

Ainsi, dans notre exemple, le juge devra constater que le refus de reconduction du contrat de distribution ressortit à la liberté de (ne pas) contracter. Concernant l'éditeur, il mettra en exergue les intérêts dont la violation est invoquée : impossibilité de trouver dans le délai qui lui est laissé, un autre distributeur ; pertes de revenus provoquées par le refus etc.

La *seconde étape* consistera à vérifier si les actes posés sous le couvert des libertés civiles éventuellement en cause le sont dans le cadre des pou-

1710. Cf. *infra*, n^{os} 397 et 398.

voirs reconnus *a priori* par le droit objectif qui crée, reconnaît et réglemente chacune des libertés civiles invoquées dans le conflit qui lui est soumis. Si c'est bien cas, alors on peut passer à l'étape suivante. Si non, l'acte doit être requalifié.

Il s'agira également de vérifier la légitimité des intérêts invoqués. Si la poursuite de ces intérêts porte atteinte à une règle de droit objectif, leur illégitimité devra — ou pourra — être constatée selon que la règle en question est, ou non, d'ordre public. En cas d'illégitimité, le titulaire de la liberté civile ou le porteur de l'intérêt légitime qui l'énervé devra être préféré.

Il n'y a pas de problème à ce niveau dans notre exemple. Le refus de livrer ressortit bien à la liberté de contracter ainsi qu'à la liberté de commerce. Les intérêts invoqués par l'éditeur sont légitimes, sauf à constater que les magazines en cause ont un contenu violent l'ordre public et les bonnes mœurs.

C'est dans la *troisième étape* que prendra place la pondération des intérêts. Les intérêts déterminés dans l'étape précédente doivent être évalués. Comme dans la proportionnalité et l'équilibre, le poids des intérêts en cause se traduit donc, en premier lieu, par l'avantage concret recherché par le titulaire de l'acte litigieux et le dommage provoqué dans le chef de la victime. Le couple avantage/dommage est alors pondéré par le poids des valeurs abstraites et de l'intérêt général qui les grève. Nous retrouvons ici, le cas échéant, la valeur particulière des intérêts couverts par la liberté civile.

L'intérêt protégé par la liberté de contracter est fondamental en droit des contrats. Il est même un des principes de base de la matière. L'intérêt concret poursuivi par le distributeur n'est pourtant pas clairement identifié en dehors du fait qu'il ne désire plus livrer un magazine qui offre la caractéristique de présenter un contenu assez « léger ». Il ne semble pas qu'un intérêt économique soit recherché par ce distributeur en refusant de reconduire le contrat en cause.

Les intérêts commerciaux de l'éditeur peuvent être quantifiés par le dommage qui est prévisible à la suite du refus de contracter en prenant en compte les différentes circonstances de fait : la présence unique du distributeur sur la zone géographique concernée, l'existence de solutions de rechange, le temps que prendrait la recherche d'une telle solution, le manque à gagner qui en résulterait pour l'éditeur en fonction des chiffres de vente prouvés sur cette zone durant les années antérieures, etc.

Dans une *cinquième étape*, le juge appliquera aux circonstances de fait et de droit les critères de la responsabilité civile tels qu'inférés des règles

inscrites dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Il tiendra compte, si une liberté civile est éternuée, du devoir de prise en compte qui pèse *a priori* sur le porteur de l'intérêt légitime qui s'y oppose et vérifiera si, dans ce contexte de droit particulier, en tenant compte de toutes les autres circonstances de fait, le porteur de l'intérêt légitime s'est conduit comme un homme normalement prudent et diligent. Si, à l'inverse, c'est l'intérêt qui est enfreint par l'exercice d'une liberté civile, il recherchera, au vu de la pondération mise en œuvre, si le dommage subi a été provoqué par un exercice de la liberté civile conforme à celui qu'aurait poursuivi un titulaire d'une telle liberté normalement prudent et diligent et attentif aux intérêts légitimes d'autrui, dans les circonstances de fait propres au conflit. Si deux intérêts sont en cause, il s'agit d'appliquer le critère de la faute aux circonstances de fait et de droit en prenant notamment en compte le résultat de la pondération d'intérêts déterminée à l'étape précédente.

Tenant compte de la qualification de la liberté civile, le juge, dans notre exemple, devra partir du principe de la légitimité de principe du refus de livraison par le distributeur. Il devra, au vu des résultats de sa pondération et de l'ensemble des circonstances de fait, vérifier si le distributeur n'a pas commis une faute dans l'exercice de sa liberté de (ne pas) contracter. Il pourra éventuellement retenir celle-ci du fait du très faible délai laissé à l'éditeur pour trouver un autre distributeur, de l'absence d'un autre fournisseur de service opérant actuellement sur la zone de distribution en question et de l'intérêt concret peu substantiel mis en avant en l'espèce. Sachant cela, le distributeur ne se comporterait pas en homme normalement prudent et diligent en refusant de distribuer dans les circonstances relevées.

La faute, le dommage et le lien causal devront donc être prouvés par la victime de l'acte attentatoire. Celui qui aura commis l'acte illicite pourra se défendre en mettant en avant une cause étrangère libératoire ou un fait justificatif ou tout autre motif de non-imputabilité de la faute.

Enfin, dans une dernière étape, le juge devra sanctionner la faute en application du droit commun (cessation et/ou réparation).

Chapitre 5

Les apports de la systématisation des modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes

396. Le premier apport du modèle concernant les qualifications : leur utilité – 397. Le second apport du modèle concernant les qualifications : leurs caractéristiques essentielles – 398. Le troisième apport du modèle concernant les qualifications : les critères de distinction – 399. L'apport du modèle concernant les modes de résolution du conflit – 400. L'apport du modèle concernant la responsabilité civile – 401. L'apport du modèle concernant le fondement des solutions apportées aux conflits

396

Le premier apport du modèle concernant les qualifications : leur utilité. Le premier apport du modèle concerne *l'utilité même des qualifications étudiées*. Elles sont, d'après nous, porteuses d'un sens et d'une utilité dans l'ordonnement juridique global.

Elles traduisent des options prises, plus ou moins consciemment, par le droit objectif. Car c'est bien au départ du droit objectif entendu comme l'ensemble des règles générales et abstraites qui tissent tout l'ordonnement juridique qu'ont été créés les concepts de droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Elles y trouvent toutes leur ancrage et leurs caractéristiques propres. L'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts ne sortent pas de notre seule imagination. Chacune d'elles se justifie au départ des qualifications et de l'opposabilité de celles-ci à l'égard des tiers. Ces caractéristiques n'ont certes pas toujours été réceptionnées, ni comprises, par la doctrine du droit positif, opposée ici à la doctrine de la théorie générale du droit. Le droit positif s'est de plus en plus écarté de la logique des qualifications pour lui préférer une logique tout entière issue des mécanismes de sanctions frappant les titulaires de droits subjectifs, libertés civiles ou intérêts légitimes.

L'utilité des qualifications étudiées doit être perçue dans le type de relation particulier à autrui engendré par chacune. Être titulaire d'un droit subjectif, d'une liberté civile ou porteur d'un intérêt légitime n'est pas neutre dans l'ordonnement juridique. Le titulaire — ou le porteur — de chacune d'elles peut compter sur un effet juridique spécifique qui ne l'assimile pas aux titulaires — ou porteurs — d'autres qualifications. Par

là, les sanctions de ceux qui portent atteinte aux droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes divergent selon les catégories d'effets qui s'opposent.

397

Le second apport du modèle concernant les qualifications : leurs caractéristiques essentielles. Le second apport de notre modèle concerne les caractéristiques des qualifications étudiées. Les définitions de départ des qualifications en cause ont été affinées tout au long de ce travail. Qu'il nous soit permis de les préciser encore quelque peu afin d'y intégrer les modes de résolution de conflits.

Le droit subjectif est le pouvoir spécifique et exclusif distribué sous certaines conditions par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme son objet en vue de la satisfaction de ses intérêts. Le droit objectif octroie dans le même temps au titulaire du droit le pouvoir d'imposer son respect aux tiers qui y porteraient atteinte par un mode de résolution de conflit spécifique dénommé « imposition ». Ce pouvoir est garanti par la reconnaissance d'une action en cessation de l'atteinte au droit ainsi que d'une action en responsabilité spécifique en cas d'atteinte consciente et volontaire au droit par le tiers.

La *liberté civile* est le pouvoir d'agir ou de ne pas agir attribué également par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but. Le droit objectif octroie dans le même temps à son titulaire le pouvoir de s'opposer aux atteintes illicites des tiers, selon le cas, par les modes de résolution de conflit que sont la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts, au moyen, principalement, de l'action en responsabilité civile ou d'une action spécifique spécialement réglementée.

L'*intérêt légitime* est tout intérêt ou avantage dont le porteur recherche la satisfaction ou la défense dès lors que le droit objectif le considère comme légitime en ce que sa satisfaction ou son avantage ne sont pas poursuivis en contradiction avec une règle du droit objectif et qu'il est, par conséquent, apte à bénéficier de l'application éventuelle d'une règle de droit permettant d'en sanctionner sa violation. Le droit objectif permet cette défense, à l'égard des tiers qui y porteraient atteinte de manière illicite, selon les cas, par les modes de résolution de conflits spécifiques que sont la proportionnalité et la pondération des intérêts au moyen, principalement, de l'action en responsabilité civile ou d'une action spécifique spécialement réglementée.

Nous retrouvons ici le continuum de l'intérêt. L'intérêt légitime apparaît soit en tant que tel, soit spécialement protégé par les qualifications de droit subjectif et de liberté civile. Les trois qualifications présentent toutes

des liens très forts avec le droit objectif qui octroie une protection spécifique à chacune d'elles.

398

Le troisième apport du modèle concernant les qualifications : les critères de distinction. Les critères essentiels de chaque qualification nous permettent maintenant de mieux saisir la manière de les distinguer par la mise en avant de certains critères cumulatifs. Ceux-ci naissent tant des caractéristiques essentielles de la face interne des qualifications analysées que des caractéristiques de leur face externe, c'est-à-dire de leur opposabilité qui leur est reconnue par le droit objectif.

L'intérêt légitime prend la nature et la parure d'un droit subjectif lorsque le droit objectif, par le biais d'une règle générale et abstraite, reconnaît un pouvoir exclusif à une personne qui remplit les conditions de distribution qu'elle détermine *a priori* sur une chose ou une prestation extérieure à lui. Si des doutes existent encore lors du contrôle de l'existence de chaque composante de ce critère, il convient de vérifier si le droit objectif, et son application dans le droit positif, dévoile clairement l'existence d'un effet d'imposition ne recevant exception que dans des circonstances donnant lieu à application de la théorie correctrice de l'abus de droit.

L'intérêt légitime prend la nature d'une liberté civile lorsque le droit objectif, par le biais d'une règle générale et abstraite, attribue également à tous un pouvoir d'agir ou de ne pas agir en vue de la satisfaction d'un intérêt abstrait prédéterminé dont la satisfaction forme le but. Si des doutes existent encore lors du contrôle de l'existence de chaque composante de ce critère, il convient de vérifier si le droit objectif, et son application dans le droit positif, dévoile clairement l'existence d'une relativité intrinsèque du pouvoir en cause qui s'étend ou se rétrécit au gré de l'exercice qu'en font leurs titulaires dans les différents conflits dans lesquels pareil pouvoir est invoqué.

L'intérêt légitime apparaît tel quel s'il ne satisfait à aucun des deux critères analysés.

Que l'on ne nous prête pas des prétentions que nous n'avons pas. La pratique du droit rappelle à l'ordre tout théoricien qui prétendrait avoir découvert, tel un alchimiste, des formules miracles de qualification. La qualification restera toujours une opération délicate donnant lieu, pour certaines hypothèses, à interprétations et controverses. Nous n'avons dès lors pas la prétention d'avoir trouvé de telles formules. Nous espérons cependant que leur simplicité et leur concision permettront, dans la plupart des situations, d'apporter une solution justifiée.

L'apport du modèle concernant les modes de résolution du conflit. Notre modèle théorique se particularise par la mise en avant des quatre modes de résolution de conflits distincts que sont l'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts.

Le premier apport du modèle à ce niveau tient précisément en ces distinctions terminologiques. Ces termes, sauf peut-être l'imposition, se retrouvent fréquemment dans le langage juridique actuel. Ils sont malheureusement utilisés les uns pour les autres sans qu'un effort réel de distinction ait été approfondi. Les distinctions proposées peuvent certes être contestées. Elles ont néanmoins l'avantage d'exister et de tenter d'ordonner une situation terminologique incertaine en octroyant à chaque concept un sens particulier dans l'exercice de pesée des intérêts en présence.

Le second apport se situe au niveau du sens qui est octroyé à chacun de ces modes de résolution. Chaque pesée d'intérêts visée se comprend comme la résultante logique d'un ou plusieurs effets juridiques nés de l'opposabilité de chacune des qualifications analysées. Elle est porteuse d'un raisonnement spécifique permettant la résolution d'un conflit entre les titulaires ou porteurs de ces qualifications. Ce sens n'est donc nullement choisi au hasard, mais son fondement remonte chaque fois à la qualification analysée, c'est-à-dire, en définitive, aux règles de droit objectif qui les ont créés, voire réglementés.

Le troisième apport du modèle est finalement de révéler le statut juridique des modes de résolution de conflits. Il nous paraîtrait présomptueux d'y voir autant de nouveaux principes généraux de droit prenant place au sein de la batterie déjà existante de règles générales et abstraites. Du reste, notre approche paraît trop spécifique pour lui attribuer le rôle de révélateur d'un consensus relatif à l'existence de tels modes de résolution.

La nature de ces modes de résolution de conflit paraît plutôt relever de la technique juridique. Ils ne comprennent en eux-mêmes aucune règle de droit. Ils permettent par contre la mise en œuvre cohérente et systématique des règles de droit préexistantes qui fondent l'opposabilité de chacune des qualifications analysées. L'imposition, la proportionnalité, l'équilibre et la pondération des intérêts traduisent seulement les conséquences qu'il convient, selon nous, d'accorder au devoir strict de respect des droits subjectifs, aux devoirs de prise en compte des libertés civiles et aux devoirs particuliers de prise en compte des intérêts légitimes d'autrui nés de règles extérieures à ces derniers. Les modes de résolution de conflit prolongent jusqu'au cœur de chaque hypothèse de conflit les règles de droit objectif qui fondent chacune des qualifications.

L'apport du modèle concernant la responsabilité civile. Un dernier apport de notre modèle a trait à la compréhension de la mise en œuvre de la responsabilité civile extracontractuelle en la matière.

La responsabilité extracontractuelle n'explique totalement ni les conflits eux-mêmes, ni les modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Elle en offre par contre une sanction. Et, encore, pas l'unique. Elle n'est présente que parce qu'elle seule contient des principes permettant de mettre en avant des illicéités dans l'exercice des droits subjectifs et libertés civiles ou dans la recherche de satisfaction d'un intérêt légitime.

Mais les principes de responsabilité civile, et plus particulièrement le critère de la faute tel que compris par le droit positif, ne permettent pas à eux seuls de déterminer les cas d'illicéité recherchés. Chaque mode de résolution de conflit s'intègre dans le raisonnement de recherche de la faute. Il permet de rechercher la faute sans risque de contradiction entre, d'une part, l'application des règles de droit objectif qui créent et réglementent chaque qualification et, d'autre part, celles qui déterminent les principes de responsabilité. En ce sens, les modes de résolution de conflits sont utilement réceptionnés dans le creuset du critère de la faute en venant guider le juge dans la détermination de devoirs apparaissant, de manière spécifique, selon la qualification en cause. Ils apportent de nouvelles balises au raisonnement du juge amené à connaître de la mise en cause de la responsabilité du titulaire d'un droit subjectif ou d'une liberté civile ou encore du porteur d'un intérêt légitime.

Nos réflexions prennent un peu le contre-pied de la tendance actuelle : considérer la responsabilité civile comme le mode explicatif principal de toutes les théories et tentatives du droit positif de résolution des conflits analysés. Cette tendance se marque ainsi dans les théories de l'abus de droit, de la bonne foi et de la tierce complicité, notamment, qui s'analysent aujourd'hui au départ de la théorie de la responsabilité alors que, dans notre raisonnement, celle-ci n'apparaît qu'au niveau des conséquences d'une prise en compte des qualifications et de leurs spécificités.

Elles s'opposent également à une autre tendance, liée à la première, celle de « sacrifier » quelque peu les qualifications de droit subjectif et de liberté civile sur l'autel de la nécessaire prise en compte de l'intérêt légitime par les principes de responsabilité civile. Si, nous l'avons vu, la montée de l'intérêt légitime dans l'ordonnement juridique a été fulgurante durant le ^{xx}e siècle, il convient néanmoins de lui redonner la place qui lui convient. L'intérêt légitime ne remplace ni la notion traditionnelle de droit subjectif ni la notion, moins étudiée il est vrai, de liberté civile. Il est,

certaines, véhiculé par chacune de ces qualifications, mais il prend également place à côté d'elles, comme qualification à part entière, pour jouer le rôle de subversivité qui est le sien.

401

L'apport du modèle concernant le fondement des solutions apportées aux conflits. Partant d'une logique de qualification vers une logique de sanction des atteintes portées par des tiers aux bénéficiaires des différentes qualifications étudiées, le modèle permet de proposer une alternative aux excès dénoncés concernant des solutions de conflit exclusivement fondées sur l'application de la sanction traditionnelle de la réparation, à laquelle nous joignons les sanctions de la violation du principe quelque peu hypertrophié de la bonne foi.

Les modes de résolution de conflit, développés sur la base d'une logique théorique certes spécifique, présentent un ancrage solide dans les règles de droit objectif qui consacrent et organisent le régime des qualifications étudiées. Ils sont en effet développés au départ de l'effet d'opposabilité de chacune des qualifications, nécessaire corollaire à la reconnaissance du contenu de chacune d'elles par le droit objectif.

Le modèle de résolution proposé se construit sur des raisonnements de résolution de conflit plus précis et plus serrés que ceux issus de l'application des simples règles de responsabilité ou de bonne foi. La mise en œuvre de certains modes de résolution préconisés s'en détache du reste parfois pour consacrer des solutions particulières déjà reconnues indépendantes des principes de responsabilité par le droit positif. Nous pensons particulièrement ici aux sanctions de l'impossibilité que sont l'inopposabilité et la cessation de l'atteinte au droit. Partant, ils permettent de structurer et d'affiner le raisonnement du juge confronté *in fine* au litige. Le risque de subjectivité, voire d'arbitraire, du juge s'en trouve, dès lors, réduit d'autant. Il est certes toujours confronté à la recherche de devoirs de respect ou de prise en compte de l'intérêt d'autrui, habillés ou non par les qualifications de droit subjectif ou de liberté civile. Cette recherche sera toujours hantée par une finalité d'équité et de justice qui nous semble inhérente à la fonction humaine de juger. Mais son raisonnement doit, outre le respect des conditions spécifiques à la responsabilité ou à la mise en œuvre du principe de bonne foi, se conformer à la logique des qualifications qui s'impose au départ des règles de droit objectif. Cette logique apparaît, dès lors, comme une protection supplémentaire face aux excès de créativité des juges. Loin d'apporter un élément subversif supplémentaire à l'application des règles de droit objectif, le modèle est propre à garantir une conformité plus grande des solutions à apporter aux règles de droit objectif susceptibles de s'appliquer.

Nos solutions aux litiges se détachent parfois de celles les plus défendues en droit positif et s'écartent ainsi des fondements de droit objectif qui leur sont traditionnellement attachées. Il ne s'agit pas seulement d'une explication nouvelle de solutions déjà présentes dans le droit positif. Il s'agit surtout de tenter d'y trouver une cohérence globale et ainsi de trancher entre les différentes pistes de solution défendues actuellement en droit positif pour, en définitive, essayer de résoudre des controverses exprimant les multiples hésitations qui hantent, en la matière, le droit positif. Nous allons pouvoir le vérifier, par exemple, concernant les théories de la tierce complicité et de l'abus de droit, dans le titre ultime de l'étude.

Mises à l'épreuve choisies du modèle théorique général

402. Introduction

402

Introduction. Il apparaît nécessaire de confronter les résultats théoriques de nos recherches avec les solutions reconnues par le droit positif à certains conflits particuliers. Il s'agit de mettre notre modèle théorique à l'épreuve du droit positif. Ce faisant, il est intéressant de montrer en quoi une réflexion de théorie générale de droit civil peut être utile à la doctrine et la jurisprudence qui contribuent à forger le droit positif.

Le problème est alors de choisir les conflits qui feront l'objet de la confrontation. Le modèle ayant vocation à s'appliquer à tous les types de conflits de droit privé entre titulaires de droits subjectifs, libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes, les possibilités de confrontation sont très nombreuses.

Il y a les conflits classiques de droit civil — théorie de l'abus de droit, théorie de la tierce complicité, théorie de l'action paulienne, théorie des troubles de voisinage, théorie de la lésion qualifiée, théorie du refus de contracter ou de vendre, etc. D'autres conflits sont moins classiques, mais tout aussi fréquents en droit positif : liberté de presse opposée au droit à l'image ou à la liberté de la vie privée, droit de propriété opposé aux droits moraux de l'auteur sur une œuvre protégée par le droit d'auteur, liberté de commerce opposée à la protection des données à caractère personnel, etc. D'autres confrontations, enfin, sont plus globales, comme l'opposition entre notre système et le mode de résolution de conflits issu de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est dire si le champ de réflexion qui s'ouvre à nous est vaste.

Néanmoins, il faut mettre une limite à notre travail et opérer un choix, nécessairement subjectif. Deux théories particulières ont été retenues : la tierce complicité et l'abus de droit. Trois raisons principales ont guidé notre décision. Il s'agit de théories de droit positif dont l'application est très fréquente en jurisprudence et qui ont donné lieu à d'innombrables commentaires doctrinaux. En outre, ces théories, déve-

loppées de manière prétorienne, divisent encore profondément la doctrine quant à leurs fondements théoriques. Enfin, les solutions apportées à ces conflits sont particulièrement significatives d'ambiguïtés présentes dans le droit positif concernant la qualification reine étudiée, le droit subjectif.

Chapitre 1

La théorie de la tierce complicité

Section 1

La théorie de la tierce complicité en droit positif

403. La problématique de la tierce complicité — Généralités — 404. La genèse de la jurisprudence de la Cour de cassation : l'arrêt du 24 novembre 1932 — 405. La seconde période de la jurisprudence de la Cour : les arrêts des 17 juin 1960 et 3 novembre 1961 — 406. La troisième période de la jurisprudence de la Cour : l'arrêt du 22 avril 1983 — 407. La théorie de la fraude simple comme justification dominante de la théorie de la tierce complicité en droit positif belge

403

La problématique de la tierce complicité : généralités. La théorie de la tierce complicité a fait — et continue à faire — couler beaucoup d'encre en doctrine belge, inspirant de très nombreux auteurs¹⁷¹¹. Le cas de figure classi-

1711. Voy. par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, Liège, Éd. Formation permanente CUP, 1998, p. 243 à 275 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991, p. 131 à 141 ; S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, p. 154 et s. ; J. DABIN, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 81 à 97, spéc. p. 88 à 95 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, *Les causes de responsabilités*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, p. 205 et s. ; S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde — Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *D.A.-O.R.*, 1999, n° 49, p. 24 à 38 ; X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *R.G.D.C.*, 1996, p. 5 à 22 ; E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 431 à 433 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, in *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, Livre 3bis, Kluwer, F. mob., m. à j. 1^{er} février 2003 ; P. EECKMAN, « Inviduele verticale prijshandhaving buiten contract na het arrest van het Hof van cassatie van 9 november 1973 (Makro-arrest) », *R.W.*, 1974, col. 1409 à 1418 ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *R.D.C.*, 1989, p. 469 à 489 ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges* », Paris, LGDJ, 1992, p. 58 à 62 ; S. FREDERICQ, « L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1961, p. 452 à 464 ; R. KIRKPATRICK, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *R.G.A.R.*, 1933,

que est assez simple. Une personne contracte avec une seconde, elle-même en relation contractuelle avec une troisième personne, au mépris d'un engagement dont la seconde est tenue à l'égard de la troisième. Si la seconde personne commet d'évidence une faute contractuelle dont la troisième demandera compte, qu'en est-il de la responsabilité de la première personne à l'égard de la troisième, partie lésée ?

La doctrine belge actuelle paraît admettre, en sa toute grande majorité, que la tierce complicité, et la sanction qui en découle, est fondée sur

n° 1126 ; R. KRUIHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 97 à 120 ; Id., « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scienta, 1991, p. 189 à 207 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 554 à 564 ; J. LIMPENS, J. VAN RYN, « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », note sous Gand (2^e ch.), 19 avril 1950, *R.C.J.B.*, 1951, p. 85 à 96 ; J. LIMPENS, *Prijs-handhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, Bruylant, 1943, p. 93 à 136 ; Id., « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers — Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, p. 89 à 104 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 366 à 384 ; A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 38, n°s 17 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 514 à 575 ; R. SCHEVVAERTS, « Quand y a-t-il tierce-complicité à la violation des exclusivités conventionnelles ? », *J.C.B.*, 1962, p. 1 à 24 ; L. SIMONT, « Contribution à l'étude de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », note sous Liège (3^e ch.), 27 février 1957, *R.C.J.B.*, 1959, p. 164 à 173 ; Id., « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 355 à 374 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 750, n°s 176 à 178 ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, CJB-ABJE-VP, 1995, p. 119 à 183 ; H. SWENNEN, « Desbewust deelnemen aan andermans contrakbreuk is fout », *R.W.*, 1979, col. 1937 à 1958 ; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 219 à 223 ; M. WAELEBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *R.C.J.B.*, 1962, p. 335 à 358 ; C. WAUTERS, « La tierce complicité — L'évolution jurisprudentielle — Les suites de l'arrêt de 1983 », *Cahiers de la Faculté de droit de Namur*, n° 18, décembre 1999 ; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998, p. 81 et s., spéc. p. 102 à 108.

une faute propre du tiers, constituée soit d'un abus de droit¹⁷¹², soit d'une violation d'une règle générale de prudence ou de diligence issue des articles 1382 et 1383 du Code civil¹⁷¹³. Et cela au travers, généralement, de la théorie dite de la fraude simple. La théorie de la tierce complicité est donc perçue comme un pur produit d'application spécifique de la responsabilité civile extracontractuelle, sans que les qualifications en cause y jouent un rôle particulier.

Cette opinion dominante n'accorde aucun rôle à la qualification de droit subjectif du droit de créance. Le devoir strict de respect de ce droit — ou son opposabilité spécifique — ne fonde pas la théorie de la tierce complicité en droit positif belge.

Pour bien comprendre cette opinion, il convient de retourner au fondement de la controverse, à savoir la jurisprudence développée par la Cour de cassation à partir de son arrêt du 24 novembre 1932¹⁷¹⁴. Cela permettra de mettre en évidence l'émergence des diverses théories explicatives développées en droit positif depuis cet arrêt et d'expliquer *in fine*

1712. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 138, n° 75 et p. 141, n° 76 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 8, n° 57 ; R. KRUIHTOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 112, n° 15 ; ID., « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 193 et 194 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 374 et 375 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1954, n° 185 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations — Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 186, n° 82 ; M. WAELBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *op. cit.*, p. 347, n° 16.

1713. Par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », *op. cit.*, p. 267 et 268 et p. 273 et s. ; X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 6 à 11 ; E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.*, p. 432 et 433 ; E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1252, n° 74 ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 477 et s. ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 9, n° 7 ; A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », *op. cit.*, p. 41, n° 19 ; L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 374, n° 12 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 750, n° 176 ; J. STUYCK, « Les pratiques du commerce et le droit des contrats », *Ann. dr.*, 1986, p. 57.

1714. Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 19 et s. et conclusions du procureur général P. Leclercq.

celle qui reçoit les suffrages de la doctrine et de la jurisprudence dominantes actuelles.

404

La genèse de la jurisprudence de la Cour : l'arrêt du 24 novembre 1932. Dans le débat relatif à la tierce complicité, on distingue trois grandes « périodes », correspondant chacune aux suites d'un ou plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

La *première période* s'ouvre par l'arrêt précité du 24 novembre 1932. La *deuxième* part d'un arrêt du 17 juin 1960. La *troisième* court depuis l'arrêt du 22 avril 1983.

L'arrêt précité du 24 novembre 1932, ouvrant la *première période*, vise un cas typique de tierce complicité. Il était fait grief à un fournisseur de bières d'avoir approvisionné un cafetier tenu par un contrat d'approvisionnement exclusif avec un concurrent, en dépit de cette convention qu'il connaissait, et de s'être ainsi rendu complice de la faute contractuelle du cafetier. Il était reproché à l'arrêt entrepris d'avoir débouté le bénéficiaire de la clause d'approvisionnement de son action en « quasi-délit de concurrence déloyale ou illicite » car « il n'était pas établi à suffisance de droit qu'il y avait eu chez le premier défendeur une intention doloureuse ou une véritable mauvaise foi lorsqu'il a exécuté les commandes qui lui étaient passées [...] et qu'on ne relève chez lui aucune manœuvre précise qui aurait eu pour but de supplanter la demanderesse chez son client ».

L'arrêt rejette le moyen en énonçant deux règles dans un attendu devenu célèbre :

« Attendu que la seule connaissance d'une convention n'engage pas la responsabilité du tiers qui a participé avec le débiteur à son inexécution » — première règle — « qu'il faut en outre et nécessairement qu'il ait agi en vue d'aider celui-ci à violer ses engagements » — seconde règle. Dans sa conclusion, l'arrêt énonce également « qu'il résulte de ces constatations que le défendeur Rigaux s'est borné à user, sans intention, après la convention litigieuse, du droit incontestable, qu'il avait avant celle-ci, de livrer ses bières à Lambert ; droit préexistant que cette convention, à laquelle il est demeuré étranger n'a pu évidemment lui enlever ».

L'énoncé de la seconde règle — dont Lucien Simont affirme qu'elle était surabondante dans le système de l'arrêt¹⁷¹⁵ — va donner naissance à deux courants doctrinaux et jurisprudentiels.

1715. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 363.

Le premier défend la thèse de la *fraude qualifiée*¹⁷¹⁶, censée retenue par l'arrêt de 1932. Le tiers ne sera responsable en qualité de tiers complice que s'il a agi dans le but de nuire au créancier lésé¹⁷¹⁷. Abandonnée aujourd'hui, cette théorie ne retiendra plus ici l'attention.

Le second courant défend la thèse de la *méconnaissance consciente des droits contractuels d'autrui*¹⁷¹⁸. Cette conception est essentielle pour la présente analyse. Elle se fonde clairement sur l'idée d'une opposabilité analogue attachée aux droits réels et aux droits de créance. La différence proviendrait du fait que si le droit réel est d'emblée opposable, le droit de créance ne l'est qu'à partir du moment où il est porté à la connaissance du tiers. Il s'en déduirait, selon l'opinion dominante, que le tiers est fautif dès l'instant où il méconnaît sciemment les droits contractuels d'autrui. Ce courant semble s'opposer à la première règle énoncée par l'arrêt de 1932¹⁷¹⁹. Cette théorie est largement rejetée à l'heure actuelle même si, nous le verrons, elle a suscité un regain d'intérêts chez certains auteurs.

405

La seconde période de la jurisprudence de la Cour : les arrêts des 17 juin 1960 et 3 novembre 1961. Une nouvelle période s'ouvre par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1960¹⁷²⁰, auquel on rattache généralement les arrêts du 3 novembre 1961¹⁷²¹ et du 9 novembre 1973¹⁷²².

1716. Selon l'expression consacrée par Robert Kruithof (« La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 101) et reprise ensuite par la plupart des commentateurs.

1717. *Ibid.*, p. 101 à 104.

1718. Voy. *infra*, n^{os} 410, 429 et 430.

1719. Voy. en ce sens, J. DABIN, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », *op. cit.*, p. 90 à 95 ; J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels », *op. cit.*, p. 89 et s. ; J. LIMPENS, J. VAN RYN, « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », *op. cit.*, p. 90 et s.

1720. Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *Pas.*, I, 1960, p. 1192 et s. ; *J.T.*, 1960, p. 627 et obs. L. VAN BUNNEN ; *R.C.J.B.*, 1961, p. 449 et note S. FREDERICQ ; *R.W.*, 1960-1961, col. 171 et conclusions du procureur général F. DUMON, col. 316.

1721. Cass. (1^{re} ch.), 3 novembre 1961, *Pas.*, 1962, p. 252 et s. ; *J.T.*, 1961, p. 737 et conclusions de l'avocat général F. DUMON.

1722. Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 270.

Ces arrêts revêtent une grande importance puisque d'aucuns les ont présentés comme sonnant le glas de la thèse de la *méconnaissance consciente des droits contractuels d'autrui*¹⁷²³.

Les faits qui ont donné lieu aux différents pourvois ne relèvent pourtant pas de la théorie de la tierce complicité. Les tiers mis en cause n'étaient liés par aucun lien contractuel avec l'une des parties dont le contrat leur était opposé. Dans les deux premiers arrêts, les juges du fond s'étaient bornés à relever la connaissance par des tiers d'un monopole d'importation et de vente conventionnel, selon le cas, sur des produits déterminés. Ces tiers s'en étaient pourtant procurés auprès d'autres sociétés pour les revendre. Dans le troisième arrêt, il s'agissait d'une société n'ayant plus de lien contractuel avec un de ses fournisseurs qui menait une politique de prix imposés à la revente avec ses clients. Connaissant la pratique contractuelle de son ancien fournisseur, la société s'était également procuré les produits auprès d'un tiers pour les revendre à un prix inférieur à ceux qu'imposait le fournisseur.

Dans les trois cas, la Cour de cassation casse les arrêts entrepris dans une motivation principale analogue. L'arrêt du 17 juin 1960 énonce ainsi :

« Attendu que l'arrêt attaqué, en posant ainsi d'une manière absolue, en principe, que les tiers sont tenus de s'abstenir d'importer et de vendre des produits dont ils savent qu'un commerçant en a obtenu d'un contractant le monopole d'importation et de vente, décide non point seulement qu'une convention est opposable aux tiers mais aussi au mépris de la disposition de l'article 1165 du Code civil qu'elle a pour effet de lier en toutes circonstances les tiers et en l'espèce de restreindre leur liberté de faire le commerce avec n'importe qui ;

Attendu que l'arrêt attaqué a violé les dispositions légales invoquées au moyen en se fondant exclusivement sur un tel principe général, erroné en droit, pour en déduire que les demandeurs s'étaient rendus coupables d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, sans rechercher notamment si les demandeurs ne s'étaient pas rendus tiers complices d'une faute contractuelle commise par la firme à laquelle ils

1723. Voy. par exemple, E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.*, col. 431 ; R. KRUIJTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 106, n° 11 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 370 ; de manière plus nuancée, voy. M. WAELEBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *op. cit.*, p. 344 et s., n°s 12 à 15.

avaient acheté les produits, ou s'ils ne s'étaient pas, du fait de leur comportement dans les circonstances propres à la cause, rendus coupables d'une faute, d'une déloyauté ou encore d'un manquement professionnel. ».

De ces trois arrêts, on peut déduire différents enseignements.

En premier lieu, la Cour rejette, à raison, que l'on érige en illicéité de principe le seul fait d'avoir connaissance d'une convention et donc de la situation qui en émane — *in casu*, un monopole ou une exclusivité conventionnelle — puis d'adopter une attitude inconciliable avec une telle situation en important et en vendant des produits faisant l'objet du monopole conventionnel. Ce principe serait en effet en contradiction avec l'article 1165 du Code civil en ce que ce dernier interdit à une convention de créer directement des obligations à charge de tiers.

En second lieu, il faut admettre que ces arrêts n'apportent aucune précision quant aux conditions de l'application de la tierce complicité et quant au fondement de celle-ci. Il faut pourtant relever que, partant, ces arrêts ne rejettent point non plus la théorie de la *méconnaissance consciente des droits contractuels d'autrui* même s'ils en limitent, à raison, la portée attribuée par ses opposants¹⁷²⁴. Pour que l'on puisse parler de tierce complicité, il faut nécessairement un acte de complicité du tiers à la violation du contrat. Ce contrat n'est pas violé si une des parties ne commet pas de faute contractuelle.

Ensuite, comme cela a déjà été souligné concernant l'arrêt de 1932, la Cour reprend à son compte dans ses deux premiers arrêts, mais de manière surabondante, que l'application du principe aurait pour conséquence de restreindre la liberté de commerce du tiers.

Enfin, les deux premiers arrêts ont été précédés d'excellentes conclusions du procureur général Dumon. Même si ce dernier admet que les faits repris dans les arrêts entrepris ne concernent pas des cas de tierce complicité, il consacre à celle-ci des développements intéressants qui annoncent déjà la troisième période issue de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, le procureur général se détache sensiblement de l'enseignement de l'arrêt de 1932 en ce qu'il ne retient plus l'exigence du concert frauduleux ou de l'intention doloureuse¹⁷²⁵.

1724. Cf. *infra*, n^{os} 429 et 430.

1725. Conclusions de l'avocat général Dumon, *J.T.*, 1961, p. 789.

De cette période naît un troisième courant doctrinal et jurisprudentiel défendant la thèse *de la fraude simple*. Selon cette théorie, l'intention de nuire ou l'incitation à la violation du contrat n'est plus requise. La simple connaissance du contrat — ou le fait de porter sciemment atteinte aux droits contractuels — ne suffit par contre pas. Il faut en outre que le tiers ait participé à la violation de l'obligation préexistante par le débiteur ¹⁷²⁶. Cette théorie se veut donc la médiane entre la thèse *de la fraude qualifiée* et celle de la *méconnaissance consciente des droits contractuels d'autrui*.

406

La troisième période de la jurisprudence de la Cour : l'arrêt du 22 avril 1983. La troisième période débute avec l'arrêt du 21 avril 1978 ¹⁷²⁷ et se poursuit par l'important arrêt du 22 avril 1983 ¹⁷²⁸. Elle perdure avec le récent arrêt du 22 novembre 2002 ¹⁷²⁹.

D'aucuns ont vu dans l'arrêt du 22 avril 1983 la fin des controverses en la matière ¹⁷³⁰. Tous les auteurs ne partagent cependant pas ce bel optimisme ¹⁷³¹.

L'arrêt du 21 avril 1978 ne doit pas être surestimé. Il ne prononce aucune règle de fond concernant la tierce complicité. Il se borne à rejeter comme manquant en fait un moyen pris tant de la violation de l'ancien article 97 de la Constitution — première et troisième branches — que des articles 1165, 1382 et 1383 du Code civil — seconde branche. La Cour reproche au moyen de se fonder sur une interprétation inexacte de l'arrêt entrepris ¹⁷³². Nous ne pouvons donc rien en tirer concernant la présente controverse même si certains y ont vu le signe précurseur d'un revirement

1726. Cf. *infra*, n° 407.

1727. Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1978, *Pas.*, I, p. 951 et s.

1728. Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *Pas.*, I, p. 944 et s.

1729. Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 2002, n° C.01.0532.F, inédit, dont le texte intégral est accessible sur le site web de la Cour (www.cass.be).

1730. E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.* ; *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984, p. 213 et s., n° 286 ; Y. MERCHIEERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 367, n° 3 et p. 384, n° 30.

1731. Voy. principalement, pour des motifs toutefois différents, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 136 et p. 137 ; L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, spéc. p. 372 et p. 373.

1732. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 369 et p. 370.

de jurisprudence se basant sur la manière dont la Cour a justifié son rejet en fait des moyens invoqués¹⁷³³.

L'arrêt du 22 avril 1983 paraît à première vue plus porteur.

Une société A avait vendu à une société B une voiture Jaguar. Le paiement du prix par B fut, hors l'acompte, financé par une société C. Le contrat de financement contenait une clause interdisant la vente de l'objet financé jusqu'au paiement du solde, clause qualifiée par le juge d'appel de « réserve de propriété ». En outre, la société A subrogea la société C dans tous ses droits et obligations, en particulier dans le privilège du vendeur d'effets mobiliers non payés. Quelques semaines avant la faillite de la société B, la société A lui racheta la voiture, alors qu'un solde important du financement n'avait pas été remboursé. La société C, dans l'impossibilité d'exercer son privilège, s'est retrouvée soumise à la règle d'égalité entre créanciers chirographaires. Un assureur crédit, subrogé dans les

1733. Le pourvoi était basé sur un moyen à trois branches. La première branche reproche à l'arrêt entrepris une ambiguïté de motivation en ce qu'il ne permettait pas de savoir si la tierce complicité était déduite de la simple connaissance du premier contrat ou, en outre, d'une intention de nuire (violation de l'article 97 de la Constitution). La seconde branche part du principe que l'arrêt entrepris considère que la simple connaissance suffisait ; il méconnaîtrait alors la portée de l'effet externe des conventions (violation des articles 1165, 1382 et 1383 du Code civil). La troisième branche part du principe que l'arrêt entrepris retient l'intention de nuire ; il est alors reproché à l'arrêt de ne pas avoir répondu aux conclusions sur ce point et de ne pas avoir précisé les circonstances d'où résulterait cette intention (violation de l'article 97 de la Constitution). L'arrêt de la Cour de cassation répond aux deux premières branches en indiquant que les circonstances relevées par le juge du fond « ne signifient nullement que les juges fondent la complicité culpeuse du demandeur sur une simple connaissance préalable du contrat conclu entre les défenderesses ».

Jean-Luc FAGNART (« La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 477) y voit un revirement de la jurisprudence de la Cour : « En effet, on ne trouve aucune circonstance particulière autre que la connaissance préalable du contrat qui existait entre deux autres parties. Si le tiers qui contracte en pleine connaissance de cause agit en violation frauduleuse des droits du contractant, il faut admettre que la simple connaissance du contrat constitue la fraude. ».

Robert KRUTHOF (« La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 119 et 120) prend une position plus nuancée. Il voit dans la réponse aux deux premières branches une reconnaissance implicite par la Cour de la théorie de la fraude simple. La réponse de la Cour à la troisième branche irait également en ce sens dès lors qu'elle relève les circonstances spécifiques de la complicité culpeuse, circonstances indépendantes de l'intention dans le chef du tiers d'aider le débiteur à rompre ses obligations contractuelles.

On est très réservé quant à ces interprétations dès lors que l'arrêt de la Cour de cassation ne fait jamais que reprendre la motivation de l'arrêt entrepris — et s'en tient strictement à celle-ci — pour statuer sur un moyen construit sur des violations de pure forme (première et troisième branches) et pour le rejeter comme manquant en fait.

droits de la société C, intenta une action en responsabilité contre la société A afin de récupérer le solde restant dû. Les juges du fond lui donnèrent raison.

La société A s'est pourvue en cassation. Divers moyens furent invoqués. Nous ne retenons ici que celui sur lequel la Cour a pris position quant à la tierce complicité (seconde branche du premier moyen). Ce moyen reproche en substance à l'arrêt entrepris de n'avoir pu décider sur base de ses constatations — « la demanderesse savait ou devait savoir qu'en rachetant le véhicule ayant fait l'objet du financement, elle rendait sans effet la clause de réserve de propriété formulée par (la défenderesse) et mettait (la défenderesse) dans l'impossibilité d'exercer son privilège » — que le tiers avait participé fautivement à la perte des droits de l'assureur crédit sans avoir relevé, en outre, une tierce complicité dans son chef, de concert avec la société B, en violation des droits de la société C. La Cour y répond comme suit :

« Attendu que le jugement dont appel a considéré que la défenderesse « fait valoir à bon droit que les agissements de (la demanderesse) constituent une faute ; qu'en effet, il faut considérer qu'elle (la demanderesse) a procédé au rachat du véhicule, nonobstant le fait qu'elle (la demanderesse) avait subrogé la société anonyme Le Crédit général dans tous ses droits et principalement en ce qui concerne son privilège de vendeur d'effets non payés ; que, par cette subrogation de la société de financement dans ses droits, la demanderesse a, à tout le moins, souscrit à une obligation, à savoir celle de ne rien entreprendre qui puisse avoir pour effet la perte dudit privilège ; que (la demanderesse) a manqué à cette obligation ; que (la demanderesse) avait connaissance de l'existence du financement et devait savoir qu'un solde important restait dû à cette société de financement ; qu'il ressort dès lors des éléments de la clause que (la demanderesse), qui connaissait et avait accepté le financement et donc aussi la subrogation de la société de financement dans ses droits et privilèges, a commis une faute en ayant participé à la perte de ces droits et privilèges » ;

Attendu que, après avoir constaté notamment que la demanderesse savait ou devait savoir qu'elle mettait la défenderesse dans l'impossibilité d'exercer son privilège, l'arrêt considère « que, par conséquent, il faut admettre, comme l'a fait le premier juge, que la participation de (la demanderesse) à cette perte d'effets de la clause de réserve de propriété constitue une faute, présentant un lien de causalité avec le dommage subi par (la défenderesse) » :

Attendu que l'arrêt déduit, dès lors, la faute aquilienne de la demanderesse de la connaissance qu'elle avait ou devait avoir de la situation

existante et de la participation qu'elle a néanmoins apportée dans la rupture du contrat ;

Attendu que ces constatations suffisent à conclure à la responsabilité de la demanderesse sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. ».

Cet arrêt a été confirmé récemment par un arrêt du 22 novembre 2002¹⁷³⁴. Le cas d'espèce était analogue à celui ayant donné lieu à l'arrêt précédent. Il s'agissait néanmoins d'une hypothèse où il sera difficile de ne pas voir, à la base, un véritable cas de tierce complicité¹⁷³⁵. En effet, c'est un cas typique de vente d'un véhicule d'occasion à un professionnel par une société qui ne le détenait qu'en vertu d'un contrat de location-financement. La société de financement reprochait au tiers professionnel d'avoir acquis le véhicule sans vérifications poussées de la qualité de propriétaire de la société qui lui avait revendu ledit véhicule. S'appuyant sur les constatations faites par le juge du fond¹⁷³⁶, la Cour a considéré « que, déduisant ainsi la faute aquilienne de la demanderesse de la connaissance qu'elle avait ou devait avoir des obligations auxquelles la société European Car Service était tenue envers la défenderesse dans le cadre du contrat de location-financement qui la liait à celle-ci et du concours que la demanderesse a néanmoins apporté à la violation de ces obligations, la cour d'appel a décidé légalement que la responsabilité de la demanderesse était engagée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

La Cour réitère ainsi, en des termes quelque peu différents mais équivalents, les critères de la tierce complicité tels que compris par la majorité de la doctrine à la lecture de l'arrêt du 22 avril 1983. Ceux qui ont vu un revirement de jurisprudence dans l'arrêt de 1983 se sont fondés principalement sur les termes du troisième attendu¹⁷³⁷. Ils y voient la reconnaissance de la théorie de la *fraude simple*. Nul doute que leur opinion serait

1734. Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 2002, n° C.01.0532.F, inédit, dont le texte intégral est accessible sur le site web de la Cour (www.cass.be).

1735. Nous verrons en effet que l'arrêt du 22 avril 1983 a été rejeté comme ramenant la paix en la matière parce qu'il n'aurait pas porté sur une hypothèse donnant lieu à application de la théorie de la tierce complicité. Cf. *infra*, n° 415.

1736. Ces conditions seront rappelées *infra*, n° 407.

1737. Voy. par exemple : E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.*, p. 432, n° 2 ; Id., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984, p. 213 et s., n° 286 ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 477, n° 16 ; R. KRUIJTHOF, « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 192 ; Y. MERCHIEERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 371 et 372.

renforcée par l'arrêt du 28 novembre 2002. Nous verrons cependant que des divergences sont apparues tant quant à la portée de l'arrêt de 1983 qu'à propos des conditions exactes d'application de cette théorie.

407

La théorie de la fraude simple comme justification dominante de la théorie de la tierce complicité en droit positif belge. Quelles que soient les controverses interprétatives relatives à la portée de l'arrêt du 22 avril 1983, force est de constater que la théorie de la fraude simple l'emporte largement en droit positif belge.

Cette théorie se justifie par l'appel à l'application de l'article 1382 du Code civil et, nous reviendrons sur ce point, par l'effet d'opposabilité limité des conventions pour caractériser la faute du tiers complice.

Cette théorie privilégie certains critères spécifiques de la faute commise par le tiers. La doctrine n'est pas unanime sur le nombre de ces critères¹⁷³⁸. Les différences qui apparaissent semblent toutefois minimes tant il est vrai que les critères particuliers additionnels que l'on trouve chez les uns sont souvent intégrés dans des critères plus généraux chez les

1738. Ainsi par exemple, Robert Kruithof, père de cette théorie, avait distingué trois conditions suffisantes et nécessaires pour conclure à la faute du tiers complice : sa participation directe à l'inexécution par le débiteur à son obligation contractuelle, sa connaissance de l'inexécution fautive de son débiteur, la violation délibérée par le débiteur d'une obligation contractuelle préexistante (R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 115, n^{os} 19 et s. ; aussi, mais exprimés différemment, E. DIRIX, A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *op. cit.*, p. 1253, n^o 74). Yvette Merchiers a déduit de l'arrêt du 22 avril 1983 quatre conditions pour retenir la faute du tiers complice : l'existence d'une obligation contractuelle préexistante, la violation de cette obligation par le débiteur, la connaissance par le tiers de cette violation et le concours conscient du tiers à cette violation (Y. MERCHIER, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 378 et s. ; dans le même sens S. COVEMAERKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 153 et 154 ; S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *op. cit.*, p. 24 ; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 105, n^o 26 ; comp. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 14 et s., qui en distingue deux générales, mais subdivise la première en trois conditions spécifiques). Jean-Luc Fagnart a distingué cinq conditions nécessaires à la faute du tiers complice : l'existence d'un contrat liant le débiteur, la connaissance du contrat par le tiers, la participation du tiers à la rupture ou à l'inexécution du contrat, la conscience du tiers à la participation de la rupture ou à l'inexécution (J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 478 et s.). Dans sa chronique de jurisprudence la plus récente, il ne retient plus que quatre conditions, unifiant les quatrième et cinquième précitées (J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 16).

autres. Nous pouvons, dès lors, raisonnablement soutenir, sans trahir l'opinion dominante, qu'elle se résume en quatre critères cumulatifs.

- 1° La première condition est l'exigence d'une obligation contractuelle valable entre le débiteur et son créancier.
- 2° La deuxième condition est la violation d'une obligation contractuelle par le débiteur.

Le débiteur doit avoir commis une faute contractuelle : en s'engageant avec le tiers, il suit une voie que lui interdisait ses liens contractuels avec le créancier. Ce dernier ne peut plus obtenir l'exécution de cette obligation qu'il était en droit d'obtenir.

- 3° Une troisième condition de la théorie de la tierce complicité est recherchée dans la connaissance que le tiers avait ou devait avoir de l'obligation préexistante du débiteur.

La jurisprudence a entériné cette condition tout en venant préciser sa portée. Le débat s'est focalisé sur la détermination de l'étendue de la connaissance qu'« avait ou devait avoir » le tiers. Il découle de l'arrêt de cassation de 1983 que l'ignorance du tiers n'est pas en soi élisive de sa responsabilité. Cette dernière peut être engagée dès lors que le tiers « devait avoir » connaissance de l'obligation auquel le débiteur est lié. Le problème est alors de déterminer l'étendue de l'obligation

La jurisprudence des juges du fond, après l'arrêt précité de 1983, paraît bien hésiter entre ces différentes opinions même s'il est quelque peu hasardeux de classer certaines décisions en l'absence de toute indication sur ce point par les juges et de l'influence, difficile à cerner, de l'absence de contestation des parties sur l'existence de telle ou telle condition. En outre, les conditions ne sont pas toujours énoncées de la manière retenue par la doctrine précitée. Pour des décisions visant explicitement trois conditions, voy. par exemple : Gand, 5 mai 1999, *Pratiques du commerce & concurrence* — 1999, 2000, p. 528 et s. (la violation du contrat, la participation directe ou la collaboration à cette violation et la connaissance de cette violation du contrat) ; Gand (6^e ch.), 24 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 5 (la violation du contrat, la participation directe à la violation du contrat et la connaissance que le tiers avait ou devait avoir du contrat) ; Bruxelles (9^e ch.bis), 21 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 215 (une obligation contractuelle valable préexistante, connue ou supposée connue du tiers complice, un concours conscient du tiers à une violation d'une obligation contractuelle) ; Comm. Charleroi, 24 septembre 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 281 (existence d'une obligation contractuelle valable préexistante ; violation de l'obligation par le débiteur ; connaissance de l'obligation par le tiers). Pour des décisions visant explicitement quatre conditions, voy. par exemple : Trib. trav. Liège, 2 mai 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 491 (une obligation contractuelle préexistante ; la connaissance par le tiers complice de cette obligation ; le concours conscient à la violation de l'obligation ; la violation d'une obligation contractuelle). Pour des décisions visant explicitement cinq conditions, voy. par exemple : Liège (7^e ch.), 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 77 (contrat liant le débiteur, inexécution du contrat par le débiteur, connaissance du contrat par le tiers, participation du tiers à l'inexécution, conscience de ce tiers à participer à l'inexécution).

de connaissance mise à charge du tiers. Nous reviendrons sur ce problème ci-après ¹⁷³⁹.

- 4° Le quatrième critère de la faute dans la théorie de la fraude simple est la participation consciente à la violation de l'obligation contractuelle préexistante. La participation peut être systématisée par la rencontre d'un acte juridique volontaire du tiers — il contracte avec le débiteur d'une obligation contractuelle préexistante — et de la connaissance qu'en a ce tiers : ayant connaissance de l'obligation incompatible du tiers, il contracte néanmoins, faisant ainsi naître conjointement avec le débiteur la violation de l'obligation contractuelle préexistante.

Cette condition a été entérinée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1983. Dans ses conclusions précédant cet arrêt, le procureur général Krings relevait précisément que par différence avec la théorie de la méconnaissance des droits d'autrui, la connaissance de l'existence du contrat ne suffisait pas, mais qu'il fallait, en outre, une « participation à la violation des obligations contractuelles » ¹⁷⁴⁰. Cette participation était en l'espèce constatée par le fait de l'achat de la voiture par le tiers ^{1741 1742}.

Les sanctions de la tierce complicité sont, dans le cadre de cette théorie majoritaire, soit l'inopposabilité — on parle aussi à ce propos,

1739. Cf. *infra*, n° 418.

1740. Conclusions du procureur général E. KRINGS précédant Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, Arr. Cass., 1983, p. 1026 ; traduction libre : « medewerking aan de schending van de contractuele verplichtingen ».

1741. *Ibid.* : « Ten deze heeft eiseres de wagen, waarvan ze wist dat hij in het bezit van de P.V.B.A. d'Elia moest blijven en waarover die vennootschap niet mocht beschikken, *niettemin van die vennootschap afgekocht* » (souligné par l'auteur).

1742. Le procureur général Dumon y faisait explicitement référence dans ses conclusions conformes sous l'arrêt du 3 novembre 1961 en indiquant que le tiers « concourt en connaissance de cause à une violation d'une obligation contractuelle imposée à une partie ». Pour lui, le concours conscient s'identifie à l'entrée volontaire dans le domaine réglementé par la convention et à la participation à la faute contractuelle. Il applique cette condition en énonçant que : « Le commerçant qui connaît l'existence d'un monopole concédé par un producteur à un autre commerçant commet une faute engageant sa responsabilité en obtenant d'un autre distributeur le même monopole tout en sachant que ce distributeur s'était vu interdire contractuellement le droit de livrer les produits à pareil commerçant » Or, dans le cas d'espèce, l'arrêt attaqué n'avait pas constaté ce concours de sorte que le procureur énonçait : « Un tiers ne commet pas une faute en raison du seul fait que, bien que connaissant l'existence d'une convention qui lui était étrangère, il a conclu lui-même une convention dont les effets pouvaient supprimer ou diminuer les avantages que les premiers contractants avaient escomptés » (conclusions du procureur général Dumon précédant Cass., 3 novembre 1961, *op. cit.*, p. 739).

indistinctement, d'anéantissement ou d'annulation — de l'acte passé en fraude ou la réparation en nature ou par équivalent des conséquences dommageables de l'acte fautif du tiers¹⁷⁴³.

Section 2

Les impasses de la théorie de la tierce complicité en droit positif

408. Généralités

408 **Généralités.** Une étude plus approfondie de la tierce complicité montre que cette théorie suscite, en droit positif, de nombreuses interrogations menant, nous le verrons, à de véritables impasses théoriques.

Cette théorie reste discutée et controversée tant en ses fondements qu'en ce qui concerne ses critères d'applications et ses sanctions. Mais, surtout, aucune justification avancée à l'heure actuelle n'offre d'explication cohérente du lien devant exister entre le fondement de la théorie, les critères spécifiques de la faute du tiers et les sanctions dont cette théorie est porteuse. Avant de le démontrer, il convient de souligner à quel point des divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de qualifier les pouvoirs qui s'opposent dans les hypothèses d'application la tierce complicité.

Les impasses auxquelles cette théorie aboutit expliquent largement le constat d'insécurité juridique en la matière fait par une certaine doctrine¹⁷⁴⁴. Chacun, certes, y va de son explication. Nous pensons qu'elles proviennent, avant tout, d'un problème particulièrement criant dans les qualifications des pouvoirs en conflit entre, d'une part, le tiers et, d'autre part, le créancier.

1743. Voy. par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », *op. cit.*, p. 270 et s., n° 22 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 383, n° 29 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 554, n° 249 ; P. WÉRY, « Le sort du bail de chasse en cas d'aliénation du bien loué : louage passe vendage ! », *R.G.D.C.*, 2000, p. 285 et s., n°s 11 et 12.

1744. Très tôt après l'arrêt du 22 avril 1983, censé avoir ramené une paix juridique, Jean-Luc Fagnart attirait l'attention sur les multiples incohérences subsistantes dans la théorie de la tierce complicité (J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 485 et s.). D'autres auteurs ont confirmé ce constat par la suite (voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 130 à 141, spéc. p. 134 et s. ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 12 et s., n°s 63 et 64).

Sous-section 1 **Des ambiguïtés des qualifications des intérêts en cause aux impasses de la théorie de la tierce complicité**

409. Les ambiguïtés relatives à la qualification du pouvoir du tiers – 410. Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs du créancier : l'opposition du droit de créance – 411. Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs de la victime de la tierce complicité : l'opposition de la convention – 412. Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs du créancier : l'intérêt du créancier – 413. Les ambiguïtés des qualifications des pouvoirs du tiers et du créancier à la base de toutes les impasses de la théorie de la tierce complicité ?

409

Les ambiguïtés relatives à la qualification du pouvoir du tiers. Il est frappant de constater à quel point la doctrine diverge quant à la qualification des pouvoirs du tiers dont l'acte est mis en cause par la théorie de la tierce complicité. Deux des qualifications étudiées ici, la liberté civile et le droit subjectif, apparaissent, s'opposent, voire se chevauchent allègrement dans la doctrine de la tierce complicité.

Une doctrine, certes minoritaire, voit dans les pouvoirs du tiers un véritable droit subjectif : le tiers aurait le « droit » de contracter ou le « droit » de vendre. La faute interviendrait dès lors dans l'exercice de ce droit subjectif.

L'idée selon laquelle le tiers exercerait un droit subjectif se retrouve à la genèse de la théorie telle que systématisée par le procureur général Leclercq dans les conclusions qui précèdent l'arrêt précité du 24 novembre 1932.

Selon ce dernier, le tiers comme le créancier auraient un droit égal de vendre de la bière. Ce droit serait issu de la liberté de commerce et aurait un caractère absolu¹⁷⁴⁵. L'arrêt confirme ces qualifications dans son attendu célèbre : « Attendu qu'il résulte de ces constatations que le défendeur Rigaux s'est borné à user, après la convention litigieuse, du droit incontestable, qu'il avait avant de livrer ses bières à Lambert, droit préexistant que cette convention, à laquelle il est demeuré étranger, n'a pu évidemment lui enlever ; »¹⁷⁴⁶.

1745. « La demanderesse et le défendeur possédaient, chacun, en vertu de la liberté de commerce, le droit absolu et pareil de vendre de la bière au sieur Lambert » (conclusions du procureur général P. Leclercq, précédant Cass., 1^{re} ch., 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 21).

1746. Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 21.

Cette qualification se retrouve encore aujourd'hui sous la plume de certains auteurs, même si la majorité de la doctrine préfère y voir des libertés civiles.

Ainsi, pour Ludo Cornelis, le tiers qui cherche à entrer en relation avec l'une des parties contractante en vue de conclure une nouvelle convention « fait usage d'un droit subjectif se basant sur le principe général d'autonomie de la volonté »¹⁷⁴⁷. Mais l'affirmation se retrouve également chez d'autres, notamment sous la plume de Henri De Page¹⁷⁴⁸, Robert Kruithof¹⁷⁴⁹, Yvette Merchiers¹⁷⁵⁰ et Lucien Simont¹⁷⁵¹ même si certains de ceux-ci visent dans le même temps la qualification de liberté civile.

D'autres, majoritaires, voient dans le pouvoir du tiers une liberté civile : le tiers aurait la « liberté » de contracter ou la « liberté » de vendre. D'un point de vue commercial, ce serait plutôt la liberté de commerce ou la liberté de concurrence qui serait en jeu. La tierce complicité serait, dès lors, une faute — ou un abus — commis dans l'exercice de ces libertés civiles.

Nous retrouvons des auteurs qui s'opposent à l'analyse restrictive de la tierce complicité telle qu'elle découlait de l'arrêt de 1932, perçue comme point d'orgue de la thèse de la fraude qualifiée. Cet arrêt est en effet critiqué notamment au départ des qualifications retenues par le procureur général Leclercq et reprises dans l'arrêt¹⁷⁵². Ainsi, Robert Kirkpa-

1747. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 137, n° 75 (aussi, p. 141, n° 76).

1748. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 187, n° 122, qui parle, non sans ambiguïté, de « droit de libre concurrence des tiers » après avoir qualifié le pouvoir du tiers de « liberté de commerce ».

1749. R. KRUIHOF, « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 194, qui parle dans le chef du tiers d'abus du droit de méconnaître les droits d'autrui et parlera ensuite de libertés de commerce, de contracter et de concurrence.

1750. Y. MERCHIER, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 374, n° 8, qui fustige l'acte du tiers comme l'abus du « droit de contracter », mais le qualifiera ensuite de « liberté d'exercice d'un droit » pour enfin l'assimiler purement et simplement à une « liberté ou faculté » (p. 375, n° 9).

1751. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 359, où l'auteur refuse le principe selon lequel le tiers serait lié par la connaissance de l'existence de la convention liant son futur débiteur dès lors que ce serait « lui enlever un droit ».

1752. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, *Les causes de responsabilités*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 206, p. 392 (pour qui le droit de vendre n'est qu'une liberté ou faculté, à défaut de caractère absolu, qu'il qualifie dans l'espèce commentée — l'arrêt de 1932 — de liberté de faire de la concurrence) ; J. LIMPENS, J. VAN RYN, « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », *op. cit.*, p. 90 et s., n°s 8 et 9 (qui voient dans la qualification

trick, déjà en 1933, met implicitement en doute la qualification retenue par la Cour¹⁷⁵³. Les auteurs qui suivirent n'hésitèrent plus à disqualifier ces droits en liberté de concurrence, liberté de commerce ou liberté de contracter¹⁷⁵⁴.

L'ambiguïté rejaillit cependant au sein même de ce courant dès lors que certains d'entre eux, tout en modifiant la qualification, conservent le

du « droit de vendre » l'erreur fondamentale à la base de la vision très limitée de la tierce complicité issue de l'arrêt de 1932 et optent pour la qualification de « liberté » ou de « faculté » : celle de contracter ou de ne pas contracter. Ils en appellent également à la liberté de concurrence non sans avoir rappelé que « nul n'est autorisé à nuire à autrui dans l'exercice de sa libre activité » ; R. SCHEYVAERTS, « Quand y a-t-il tierce complicité à la violation des exclusivités conventionnelles ? », *op. cit.*, p. 9 et surtout p. 13 qui reprend la critique de Roger Dalcq et qui rappelle également que « la liberté de chacun a pour limite celle des autres » (note 28).

1753. R. KIRKPATRICK, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *op. cit.*, n° 1126, p. 1 : « Sans doute, le défendeur avait, avant la convention, le droit de livrer des bières au client du demandeur, si l'on veut considérer comme droit la liberté de faire tout ce qui n'est pas légalement ou conventionnellement interdit : mais là s'arrêtent les limites du droit invoqué. ».

1754. Voy. par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 261, n° 15 (liberté de conclure un contrat) ; S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, *op. cit.*, p. 154 (liberté de commerce et liberté de contracter) ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 187, n° 122 (liberté de commerce) ; X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 6 (liberté contractuelle et liberté de concurrence) ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 6, n° 55 (liberté d'entreprendre, liberté de concurrence) ; P. EECKMAN, « Inviduele verticale prijsdhandhaving buiten contract na het arrest van het Hof van cassatie van 9 november 1973 (Makro-arrest) », *op. cit.*, col. 1410 (liberté de commerce) ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 489 (liberté contractuelle) ; M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 58, n° 42 (liberté de contracter) ; R. KRUIJTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 108, n° 12, p. 110, n° 14 et p. 112, n° 15 ; Id., « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 191, 193 et 194 (liberté de concurrence, liberté de commerce, liberté contractuelle) ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 375, n° 9 *in fine* (qui tout à la fois affirme que le droit de contracter n'est pas absolu mais est une simple liberté et faculté puis l'assimile à la liberté contractuelle) ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 515 et 516, n° 241 (liberté individuelle et liberté de commerce et de l'industrie) ; P. VAN OMMESELAGHE, « Les obligations — Examen de jurisprudence (1968 à 1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 505, n° 47 (liberté du commerce et de l'industrie) ; M. WAELEBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *op. cit.*, p. 347, n° 16 (qui parle de liberté en refusant le terme de droit de vendre tout en indiquant qu'il ne pense pas que ce changement de qualification modifie quoi que ce soit au résultat (note 52)).

fondement de la théorie mis en avant dans l'arrêt de 1932, à savoir l'abus de droit ¹⁷⁵⁵. Le droit devient liberté, mais on lui applique le mode de résolution de conflit propre au droit subjectif. Il n'est, dès lors, pas étonnant que certains des auteurs cités utilisent indistinctement les deux qualifications.

Cela étant dit, les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs de la victime de la tierce complicité sont encore plus importantes que celles rencontrées à propos des pouvoirs du tiers.

410

Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs du créancier : l'opposition du droit de créance. La première qualification invoquée au secours de la victime de la tierce complicité est l'existence d'un droit subjectif.

Ce droit subjectif est d'abord assimilé au droit de vendre que le créancier aurait exercé afin de contracter avec son débiteur. C'est le fameux « droit de vendre » visé dans les conclusions du procureur général Leclercq puis, ensuite, dans l'arrêt de 1932.

Le droit de créance prend ensuite le relais dans la théorie de la méconnaissance consciente des droits d'autrui.

Cette thèse a été principalement défendue par Jean Limpens ¹⁷⁵⁶. Elle était déjà présente dans son ouvrage de 1943 consacré aux clauses contractuelles d'imposition de prix dans les contrats de vente d'articles de marques. Elle reçoit sa présentation la plus accomplie en 1961 dans la contribution de l'auteur aux mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Il y recentre sa réflexion sur le principe d'opposabilité des droits subjectifs. Ce dernier article retiendra toute notre attention bien que les idées émises et approfondies mises en exergue se retrouvaient déjà dans sa première contribution.

Après avoir retracé l'historique du principe de l'opposabilité des contrats, l'auteur relève que tant le procureur général Leclercq, dans ses conclusions précédant l'arrêt précité du 24 novembre 1932, que le procureur général Dumon, dans ses conclusions précédant l'arrêt précité du 11 juin 1960, ont reconnu explicitement l'existence de l'opposabilité des contrats. Il souligne également que le procureur général Dumon paraît bien admettre que la simple connaissance par une personne de l'existence d'un con-

1755. Cf. *supra*, n° 403 et *infra*, n° 416.

1756. J. LIMPENS, *Prijsdhandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, Bruylant, 1943, p. 93 à 136 ; *Id.*, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », *op. cit.*, p. 89 et s.

trat à la violation duquel elle prête son concours suffit à engager sa responsabilité¹⁷⁵⁷. Une grande partie des juges du fond de l'époque partagent cette opinion¹⁷⁵⁸. L'auteur en déduit que « les actes concernant les droits de créance sont donc — du moins quant à leur existence et aux conséquences qui en découlent — opposables à tous »¹⁷⁵⁹. La distinction entre droits réels et droits personnels, fondée sur l'admissibilité d'une opposabilité absolue concernant les seuls droits réels, est donc erronée.

L'auteur se justifie encore par le rappel des controverses relatives à la distinction entre droits réels et droits personnels. Repartant des doctrines classiques et personalistes, il plaide — comme la doctrine française¹⁷⁶⁰ — pour un dépassement de ces deux courants. Tant les droits réels que les droits personnels sont opposables à tous. Le droit personnel « est un lien entre le créancier et le débiteur. Ce lien fait naître un élément négatif dans le patrimoine du débiteur ; un élément positif dans le patrimoine du créancier. Or, en tant qu'élément positif du patrimoine du créancier, le droit personnel jouit, comme tous les autres éléments de ce patrimoine, de la protection générale que la loi [plus précisément l'article 1382 du Code civil] accorde à l'individu pour la défense de son patrimoine »¹⁷⁶¹. C'est donc en tant que droit patrimonial que le droit personnel — comme le droit réel — serait protégé par la mise en œuvre du principe d'opposabilité.

Une différence existerait cependant quant aux deux catégories de droits. Elle proviendrait d'une différence de nature. Le droit réel est soit d'emblée opposable à tous, soit à la suite d'une publicité adéquate. Le contrat ne jouit pas d'une protection de ce genre : « Pour que les tiers puissent être tenus de s'abstenir de porter atteinte au contrat, il faut encore que le contrat soit connu d'eux »¹⁷⁶². C'est qu'« en raison de leur nature même (confidentielle dans une certaine mesure), en raison de l'absence de publicité qui entoure leur naissance, leur protection sera le plus souvent précaire et leur existence pourra être mise en péril par l'action de tiers de bonne foi [...]. Par sa nature même en effet le droit obligationnel n'est pas d'emblée opposable aux tiers, parce qu'aucun moyen de publicité adéquat ne leur en révèle l'existence. Il est encore à l'heure

1757. *Ibid.*, p. 98 et 99.

1758. *Ibid.*, p. 100.

1759. *Ibid.*, p. 101.

1760. Cf. *supra*, n° 209.

1761. J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », *op. cit.*, p. 89 et s., p. 102.

1762. *Ibid.*

actuelle et sera vraisemblablement toujours un droit mineur, frappé d'une fragilité congénitale. »¹⁷⁶³.

L'auteur cherche appui à sa réflexion dans la jurisprudence de l'époque relative, notamment, à la tierce complicité. La théorie de la méconnaissance consciente des droits d'autrui, comme théorie explicative de la tierce complicité, est née.

Elle aura son succès¹⁷⁶⁴. Mais elle aurait été condamnée par la Cour de cassation dans ses arrêts de 1960 et de 1961. Surtout, elle a été con-

1763. *Ibid.*, p. 103.

1764. Les auteurs traditionnellement cités en ce sens, présentent cependant tous des ambiguïtés dans leurs opinions. Voy. par exemple, J. DABIN, « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », *op. cit.*, p. 92 : « De fait traiter en connaissance de cause signifie bien se rendre complice, agir de concert et frauder les droits d'autrui. [...] c'est une déloyauté et, par conséquent, selon la règle juridique de l'article 1382, une faute que de traiter avec une personne que l'on sait déjà engagée vis-à-vis d'une autre ; c'est sciemment et, dès lors, frauduleusement, léser les droits d'autrui ». Mais l'auteur, tenu d'être cohérent vis-à-vis de sa conception du lien entre l'atteinte au droit subjectif et le dommage, reprecise sa pensée en affirmant que : « Mais telle n'est pas la thèse, qui n'affirme nullement que des tiers pourraient être liés par une convention à laquelle ils n'ont pas souscrit, mais soutient seulement que le tiers complice est en faute — non pour avoir lésé le droit du créancier, la lésion d'un droit étant condition du dommage sujet à réparation, non de la faute — ni, d'ailleurs, pour avoir contrevenu au principe qui défend de nuire à autrui, la vie étant concurrence et la nuisance n'étant pas le critère de la faute, — mais pour avoir fourni au débiteur, par la conclusion d'un contrat qui contredit et détruit le premier, le moyen d'échapper à son obligation », mais réaffirme néanmoins en conclusion que : « Si les tiers ne sont pas liés, ils sont cependant tenus d'une obligation d'abstention qui est la suite de l'existence même du contrat, dont la loyauté leur commande de tenir compte » et termine par une critique fondamentale de ceux qui fondent la thèse de la tierce complicité, à la suite de l'arrêt de 1932, sur la théorie de l'abus de droit, avec grand renfort de droit étranger : « D'abord, parmi les droits étrangers invoqués, il en est plusieurs qui n'admettent la protection qu'en cas de violation d'un droit absolu, à l'exclusion de la violation d'un droit obligationnel, lequel n'aurait qu'un caractère relatif — relatif au seul obligé. Or cette thèse repose sur une analyse inexacte du droit personnel qui est, lui aussi, dans un certain sens, absolu, opposable à tout le monde » (nous soulignons) ; S. FREDERICQ, « L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1961, p. 452 à 464 qui paraît regretter le rejet de la théorie par les arrêts de 1960 ; R. KIRKPATRICK, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *op. cit.*, p. 1 : « Nous n'hésitons pas à nous rallier en faveur de l'opinion suivant laquelle il y a faute du moment où l'on porte sciemment et volontairement atteinte au droit d'autrui » ; J. LIMPENS, J. VAN RYN, « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », *op. cit.*, p. 85 à 96, où il n'est pas douteux que les auteurs se rangent auprès du courant analysé tout en glissant de l'opposabilité du droit de créance vers le « concours à la violation d'un engagement contractuel » ; J. VAN RYN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. I., *op. cit.*, p. 219 et s., n° 212, même si l'expression « le fait de prêter sciemment son concours à la violation d'un engagement contractuel » pourrait également faire classer ces auteurs dans la théorie de la fraude simple alors en gestation.

damnée par la doctrine de la fraude simple qui y a vu une violation de l'article 1165 du Code civil.

L'idée même d'opposabilité des droits de créance n'est cependant pas absente de la doctrine belge contemporaine de la tierce complicité. Elle hante encore pratiquement tous les écrits de la doctrine contemporaine sur la tierce complicité¹⁷⁶⁵. Elle est même remise timidement à l'honneur à la suite de l'analyse pénétrante de Marcel Fontaine qui indique très justement que dans les vraies hypothèses de tierce complicité : « [...] c'est le contrat qui est agressé. Un tiers reste en principe libre d'exercer des activités concurrentes qui vont rendre un contrat moins fructueux pour les par-

1765. Voy. par exemple, E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.*, col. 431 : qui commence son article avec cette interrogation : « Overeenkomsten en *de contractuele rechten die eruit voortvloeien, zijn aan derden tegenwerpelijk* en op die derden rust derhalve een zekere neutraliteitsplicht. Hoever echter reikt die onthoudingsplicht ? [...] » (nous soulignons) ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 6, n° 55 : « Cette question [celle de la tierce complicité] est d'emblée plus controversée car elle met aux prises le respect des libertés économiques fondamentales (liberté d'entreprendre, liberté de concurrence) et *le respect des droits acquis* en vertu d'un contrat » (nous soulignons) et p. 19, n° 74, parlant des sanctions de la tierce complicité : « Lorsque c'est par la conclusion d'un acte juridique que *le tiers a méconnu les droits du créancier* résultant d'un contrat antérieurement souscrit, la sanction la plus adéquate consiste dans l'inopposabilité de cet acte *au créancier dont les droits ont été méconnus* » (nous soulignons) ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 489, n° 43 où l'auteur termine son article en dénonçant un manque d'harmonie dans la théorie contemporaine de la tierce complicité en indiquant notamment : « Les contradictions de la doctrine et de la jurisprudence sont compréhensibles, car la tierce complicité impose aux juristes de concilier des principes contradictoires : liberté contractuelle et *respect des droits acquis*. Le juriste se trouve ainsi dans la même situation que le mathématicien auquel on demanderait de construire un triangle dont les côtés sont parallèles » (nous soulignons) aussi, concernant le dommage : « Le dommage consiste en le préjudice qui résulte pour le créancier de l'obligation violée, *de l'atteinte à son droit contractuel* et de la privation du bénéfice du contrat » (nous soulignons) ; R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 115 où l'auteur, malgré son plaidoyer pour un thèse qui nie purement et simplement l'opposabilité du droit de créance, indique, comparant les actions naissant de la tierce complicité et de la fraude paulienne : « En effet, dans les deux hypothèses *il s'agit de violations de droits de créance d'autrui* » (nous soulignons) ; Id., « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 193 et 194 : « De derde die welbewust en rechtstreeks deelneemt aan de andermans contractbreuk, maakt immers misbruik van zijn recht *andermans contractuele rechten te miskennen, [...]* » (nous soulignons) ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 378, n° 18, où l'auteur, commentant la condition de la connaissance d'un lien contractuel préexistant, énonce que : « *Comment être tenu de respecter un droit contractuel d'autrui* si l'on en ignore l'existence et la consistance. Il est donc évident que la connaissance de celui-ci soit une des conditions nécessaires pour engager la responsabilité de celui qui le viole ».

ties, mais il ne peut s'en prendre au contrat lui-même. Il ne s'agit plus de prétendre imposer les effets internes du contrat au tiers, mais de lui faire respecter le droit qu'a chaque partie à l'exécution correcte des engagements de son partenaire »¹⁷⁶⁶. Même si l'opposabilité du droit de créance se perd alors quelque peu dans les considérations relatives à l'opposition de la convention, nous y voyons l'amorce d'une redécouverte de l'opposabilité du droit de créance comme principe explicatif de la tierce complicité¹⁷⁶⁷.

Et lorsque des auteurs, tels Hubert Bocken ou Mathias Storme, partent à la (re)découverte des qualifications, l'opposabilité du droit de créance redevient, logiquement, le principe explicatif de la tierce complicité¹⁷⁶⁸.

411

Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs de la victime de la tierce complicité : l'opposition de la convention. La grande majorité de la doctrine belge actuelle considère que la théorie de la tierce complicité est la résultante des enseignements tirés du principe de l'opposabilité des conventions, lui-même, nous l'avons vu¹⁷⁶⁹, issu de l'interprétation du principe de la relativité des contrats inscrit dans l'article 1165 du Code civil. Dans

1766. Nous soulignons. M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », *op. cit.*, p. 61, n° 47.

1767. Ainsi, par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 262 et 263, n° 15 : « L'obligation, pour les tiers, de tenir compte d'une convention préexistante profite directement au créancier puisqu'il va pouvoir, sur cette base, assurer le respect de sa créance. [...] Le tiers n'est pas tenu lui-même des obligations de l'une ou l'autre des parties, mais il doit respecter le lien qui unit B à A, c'est-à-dire éviter toute intrusion dommageable dans cette relation contractuelle préexistante sous peine de voir sa responsabilité aquilienne engagée. C'est donc bien à partir du moment où l'on a accueilli le principe de l'opposabilité de l'existence du contrat aux tiers que la théorie de la tierce complicité a pu éclore » ; P. WÉRY, « Le sort du bail de chasse en cas d'aliénation du bien loué : louage passe vendage ! », *op. cit.*, p. 284 et 285, n° 10, qui reprend à son compte la formule de Marcel Fontaine.

1768. H. BOCKEN, « Nog iets over inbreuk op recht ? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 188, n° 5, p. 190, n° 7 et surtout, p. 196, n° 11 (pour un exposé complet de la théorie de cet auteur, voy. *supra*, n° 256) ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », *op. cit.*, p. 121 et s., spéc. p. 146 et s. ; Voy. aussi, A. MEINHERTZHAGEN-LIMPENS, « L'exécution d'une obligation conventionnelle ou légale rompt-elle le lien de causalité entre la faute et le dommage ? », note sous Cass., 28 avril 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 287, n° 42 ; H. SWENNEN, « Desbewust deelnemen aan andermans kontrakbreuk is fout », *op. cit.*, col. 1944.

1769. Cf. *supra*, n° 184.

le même temps, la doctrine y voit l'origine du refus de l'admission d'une approche du problème par l'opposabilité du droit de créance.

L'opposabilité de la convention opère comme une limite à l'opposabilité du droit de créance qui en est issu et qui est violé par la faute contractuelle du débiteur contractant avec le tiers. La faute du tiers ne pourrait consister en la violation consciente du droit de créance en cause *parce que*, ce faisant, il y aurait violation de l'article 1165 du Code civil. L'opposabilité de la convention n'irait pas jusqu'à interdire au tiers de respecter le droit qui en est issu.

Que l'opposabilité des conventions et l'article 1165 du Code civil aient été à la base de la théorie de la tierce complicité en Belgique ne peut être mis en doute. Il est sur ce point significatif de rappeler que les conclusions des procureurs généraux Leclercq et Dumon, précédant les arrêts de la Cour de cassation des deux premières périodes, consacraient une large part de leurs développements aux effets de l'article 1165 du Code civil.

Comme le rappelait le procureur général Leclercq, si le principe même de l'opposabilité des conventions ne paraît plus être sérieusement remis en cause, « l'embarras au contraire est grand quand il faut fixer la mesure dans lesquelles les tiers doivent tenir compte de la modification apportée au milieu juridique ; quand la dépassent-ils et commettent-ils un acte illicite, générateur de responsabilité en vertu des articles 1382 et 1383 ? »¹⁷⁷⁰. La réponse de Leclercq a été de se placer dans le chef du tiers pour rechercher si ce dernier commettait une faute dans l'exercice de son droit « absolu » de vendre.

Le ministère public pointait, déjà en 1932, le nœud présumé de toute la difficulté en la matière. Quel est le rapport existant entre le principe d'opposabilité des conventions ainsi que des droits qui en sont issus et le principe de la responsabilité aquilienne inscrit dans les 1382 et 1383 du Code civil ?

De même, le procureur général Dumon plaçait l'opposabilité au centre de ses réflexions à la base des arrêts des 19 juin 1960 et 29 avril 1961. Ainsi, dans ses conclusions précédant l'arrêt du 29 avril 1961, il énonce spécifiquement, concernant la tierce complicité, que « l'opposabilité aux tiers de l'existence de conventions et de leurs effets entre parties peut rendre l'exercice d'un droit culpeux, ou, pour mieux dire, peut enlever à une activité son caractère légitime du droit. C'est notamment lorsque le titulaire du droit entre volontairement dans un domaine réglementé par une

1770. Conclusions précédant Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *Pas.*, 1933, p. 21.

convention pour en tirer profit. [...] Sa conduite est donc fautive ; il n'exerce plus un droit »¹⁷⁷¹.

Et pourtant, le triomphe de l'opposabilité des droits de créance au travers des conventions dont ils sont issus, que la réflexion de l'éminent juriste laissait présupposer, n'a pas eu lieu. Et plutôt que de retenir la finale du raisonnement du procureur général Dumon, la doctrine a préféré faire référence à ses prémisses, lorsqu'il parle non de la tierce complicité, mais de l'effet interne des contrats : « Admettre que le tiers est lié par la connaissance de l'existence de pareille convention, c'est lui enlever un droit parce que des parties qui lui sont étrangères ont conclu une convention, c'est le faire entrer de force dans une convention, c'est lui dénier un droit à la suite d'une décision à laquelle il n'a pu participer, c'est permettre aux particuliers de déterminer les droits et obligations de tous les autres »^{1772 1773}.

Dès l'instant où il était admis que le contrat ne pouvait valoir que comme un fait à l'égard des tiers, il ne pouvait être question d'y voir la source d'un devoir de respect du droit de créance par les tiers. Ainsi, Robert Kruithof énonce que : « C'est à juste titre, à notre avis, que la Cour de cassation a rejeté la thèse selon laquelle le fait de méconnaître sciemment les droits contractuels d'autrui constitue déjà une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. En décider autrement viderait l'article 1165 du Code civil de toute signification. Sans doute l'existence d'un contrat est opposable aux tiers en tant que fait. Mais ici on va beaucoup plus loin. Cette théorie impose en effet aux tiers le devoir général de s'abstenir de toute atteinte consciente aux droits contractuels d'autrui, ce qui constitue une obligation juridique pure et simple »¹⁷⁷⁴.

C'est cette constatation qui amènera l'auteur à fonder la théorie de la fraude simple sur le principe de l'abus de droit. Cette recherche était logique : si le tiers ne peut être tenu d'un devoir de respect de la conven-

1771. *J.T.*, 1961, p. 739.

1772. *Ibid.*, p. 738.

1773. Particulièrement significative à cet égard est la manière dont Robert Kruithof rend compte des deux passages précités des conclusions du procureur général Dumon. Le second passage est cité intégralement afin de condamner la théorie de la méconnaissance consciente des droits d'autrui (R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 109, n° 12 *in fine*). Le premier passage, par contre, est amputé de toute référence à l'article 1165 du Code civil pour ne plus retenir que l'affirmation de la faute dans la conduite du tiers qui a participé à la violation du contrat par le débiteur (*ibid.*, p. 111, n° 14).

1774. R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 108, n° 12.

tion, comment retenir sa responsabilité ? Et s'il n'est pas tenu de respecter les droits de créance d'autrui, n'est-ce pas parce que, *a priori*, il reçoit le pouvoir de les violer ? Mais Robert Kruithof n'applique pas seulement la théorie de l'abus de droit à la liberté contractuelle du tiers, il va beaucoup plus loin. Un autre droit doit être reconnu, d'après lui, dans le chef du tiers, celui de méconnaître les droits contractuels d'autrui¹⁷⁷⁵. Ce droit trouverait sa source dans l'article 1165 du Code civil et dans le principe de relativité des contrats car « le tiers qui participe sciemment et directement à la violation d'une obligation contractuelle d'autrui exerce le droit que lui reconnaît l'article 1165 du Code civil d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »¹⁷⁷⁶. Ce faisant, une continuité entre la théorie de la fraude simple et l'arrêt de la Cour de 1932 est sauvegardée. Il faut en effet se souvenir qu'au moment où l'auteur écrit, la Cour n'a pas encore opéré son « revirement » de 1983.

Sans aller jusqu'à ce point extrême¹⁷⁷⁷ — l'abus du droit tiré de l'article 1165 du Code civil de violer les droits de créance d'autrui —, la majorité de la doctrine a accepté l'analyse de Robert Kruithof ou ne l'a pas remise en cause. Le point central du raisonnement est toujours le même : admettre que la théorie de la tierce complicité soit retenue sur la seule base de la méconnaissance de l'opposabilité de la convention ou de celle des droits qui en sont issus reviendrait à imposer aux tiers un devoir de respect de la convention elle-même et des droits qu'elle crée. Ce faisant, on en arriverait à considérer le tiers comme tenu à la même obligation que le débiteur. Il y aurait donc, nécessairement, méconnaissance du principe de relativité du contrat en cause¹⁷⁷⁸. C'est encore la même idée

1775. Qu'il puise directement dans l'interprétation de l'arrêt de 1932 (*ibid.*, p. 102, n° 7).

1776. *Ibid.*, p. 113, n° 15 ; également, du même auteur, « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », *op. cit.*, p. 193 et 194 : « De derde die welbewust en rechtstreeks deelneemt aan de andermans contractbreuk, maakt immers misbruik van zijn recht andermans contractuele rechten te miskennen, daar hij, in zijn rechtstbetrekkingen met de contracterende partijen, niet voldoende rekening heeft gehouden met de regel dat geldig aangegane overeenkomsten als wet voor die partijen gelden. ».

1777. Voy. cependant, dans le même sens que Robert Kruithof, P. VAN OMME-SLAGHE, « Les obligations — Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *op. cit.*, p. 186, n° 82 : « Cette théorie [la fraude simple] nous paraît devoir être approuvée. Elle doit être rapprochée de la théorie de l'abus de droit : le tiers qui invoquerait l'article 1165 du Code civil alors qu'il coopère volontairement à la violation d'une obligation contractuelle se prévaudrait abusivement de l'effet relatif des contrats. ».

1778. Pour des auteurs qui tiennent un raisonnement analogue ou qui entérinent purement et simplement les considérations relatives à l'opposabilité limitée des conventions, voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 133,

que l'on rencontre chez Lucien Simont lorsqu'il tend à démontrer qu'il ne naît aucune norme à contenu déterminé s'imposant aux tiers de l'article 1165 du Code civil ¹⁷⁷⁹.

À partir de là, le raisonnement n'est plus balisé par l'opposition des pouvoirs du tiers et du créancier. L'opposabilité des conventions est encore souvent présentée comme « rendant possible » la tierce complicité ¹⁷⁸⁰. Mais la doctrine contemporaine se focalise sur les conditions d'application de l'article 1382 en la matière. Les uns y verront une application de l'abus de droit, les autres une application normale des principes généraux de la responsabilité civile. Dès lors, naîtra une impasse à la théorie, celle des critères de la tierce complicité, en opposition avec les fondements qu'on leur assigne ¹⁷⁸¹.

412

Les ambiguïtés relatives à la qualification des pouvoirs du créancier : l'intérêt du créancier. La perte de tout effet utile à l'opposabilité des droits de créance dans la doctrine contemporaine de la tierce complicité va amener, logiquement, la défense de fondements qui disqualifient clairement le droit du créancier en un simple intérêt pour le tiers, qui n'est tenu d'en tenir compte qu'au travers de règles extérieures en fonction des circonstances de fait.

n° 73 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 10, n° 60 ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 472, n° 7, p. 475, n° 10 et p. 485, n° 34, où l'auteur franchit encore un pas supplémentaire en se demandant si la théorie de la fraude simple est conciliable avec l'article 1165 du Code civil malgré la limitation de la portée de cette disposition dans la théorie en cause ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 369 à 373.

1779. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 358 à 360. Qui, comme Robert Kruithof, reprend largement le passage des conclusions du procureur Dumon relatif à l'effet interne des contrats sans faire allusion à ses explications de la tierce complicité par l'effet de l'article 1165 du Code civil. À sa suite, voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 140, n° 76 ; X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 8 à 15.

1780. Voy. par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 262 et 263, n° 15 (même si elle traduit chez elle, une place plus importante à l'opposabilité des droits de créance au travers même de l'application de l'article 1165 du Code civil) ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 7, n° 56 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 369, n° 5.

1781. Cf. *infra*, n°s 420 et 421.

La première de ces règles est, nous l'avons vu ¹⁷⁸², l'article 1382 du Code civil. Elle permet de générer des devoirs d'attention à l'intérêt d'autrui. Seuls ces devoirs d'attention subsistent dans l'esprit de ceux qui, à l'instar de Lucien Simont, soutiennent que la théorie de la tierce complicité ne peut être qu'une simple application des principes de responsabilité civile et du critère de la faute comprise, en l'espèce, comme la violation d'un devoir de prudence et de diligence à l'égard du créancier.

L'affirmation, implicite, dans la pensée de ces derniers auteurs, devient explicite chez d'autres. Ainsi, pour Xavier Dieux, qui souscrit ainsi à l'opinion de Lucien Simont, l'appel à l'article 1382 du Code civil en la matière rejoindrait très exactement la vision que lui-même en fait au travers du principe du « respect dû aux anticipations légitimes d'autrui » ¹⁷⁸³. Renvoyant dos à dos toutes les théories actuelles, ou plutôt les confirmant toutes à la fois, il affirme que la tierce complicité ne pourrait se réduire à des critères spécifiques et invariants. L'important serait seulement de déterminer si le tiers a commis une faute en prenant en compte les particularités de la cause au rang desquelles est reléguée, explicitement, l'existence de « droits » que conférerait aux protagonistes l'ordonnement juridique ¹⁷⁸⁴. L'angle d'approche est alors clairement modifié : le droit de créance est réduit à l'intérêt légitime du créancier ¹⁷⁸⁵.

Même si la conclusion diverge, l'opinion émise dans sa thèse par Jean-François Romain est tout aussi explicite. Selon cet auteur, la théorie de la tierce complicité serait un cas d'application du principe général de bonne foi, plus précisément ici du principe de bonne foi subjective, qui, au travers notamment de l'article 1382 du Code civil, imposerait au tiers de tenir compte, jusqu'à un certain point, d'un contrat auquel il n'est pas partie ¹⁷⁸⁶. Si l'on se souvient de la portée de ce principe comme impliquant le respect conscient de l'intérêt d'autrui ¹⁷⁸⁷, cela revient à considé-

1782. Cf. *supra*, n° 332.

1783. X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 8 et 9.

1784. *Ibid.*, p. 10 et 11. Voy. aussi, à sa suite, A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », *op. cit.*, p. 43 et s.

1785. Sur l'assimilation de l'anticipation légitime ou de l'expectative légitime à la notion d'intérêt légitime, voy. *supra*, n° 139. Cette assimilation entre droits et intérêts légitimes paraît du reste opérée par Andrée Puttemans lorsqu'elle indique : « Cette solution [celle de Xavier Dieux] suppose que l'on admette le concept de droits acquis dans la concurrence (les « attentes légitimes » de certains opérateurs de marché) et la possibilité d'une protection de ces droits acquis par l'action en concurrence déloyale. ».

1786. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 516, n° 241.

1787. Cf. *supra*, n° 145.

rer que le *bonus vir* — tiers — tiendra compte des droits subjectifs d'autrui comme autant d'intérêts légitimes¹⁷⁸⁸. À l'obligation de respect des droits subjectifs de créance — l'auteur n'hésite pas, à raison, à assimiler les droits réels et les droits personnels¹⁷⁸⁹ — se substitue dès lors l'obligation générale du *bonus vir*, en l'espèce le tiers, de tenir compte consciemment, au vu des circonstances de fait, de l'intérêt du créancier¹⁷⁹⁰.

413

Les ambiguïtés des qualifications des pouvoirs du tiers et du créancier à la base de toutes les impasses de la théorie de la tierce complicité ? Le problème des qualifications des pouvoirs du tiers et de la victime de la tierce complicité est et demeure au cœur des débats passionnés qui traversent la matière étudiée. Cette dernière peut se lire au travers des effets d'opposabilité des pouvoirs du tiers et du créancier reconnus ou rejetés par la doctrine spécialisée. Le résultat final est, souvent, l'affirmation, implicite ou explicite, de l'absence d'opposabilité des droits de créance dans la doctrine dominante en la matière.

Ce faisant, la doctrine de la tierce complicité ouvre une brèche énorme dans la théorie des droits subjectifs telle qu'elle s'est construite depuis plus d'un siècle et contredit les caractéristiques essentielles des droits subjectifs, telles qu'affirmées par la théorie générale du droit civil

1788. Il pose lui-même la question en ces termes : « Mais faut-il que le tiers fasse davantage que de posséder cette connaissance de l'existence du contrat, dont il n'aurait pas tenu compte, dans une certaine mesure, en contractant lui-même avec une partie au contrat, pour porter atteinte directement ou indirectement à l'intérêt (de cette) partie, et engager sa responsabilité civile au profit de cette dernière ? » (*ibid.*, p. 520, n° 242 ; nous soulignons et mettons entre parenthèses). Nous supposons que l'auteur vise, dans cette phrase l'intérêt (de l'autre) partie — c'est-à-dire celui du créancier — sous peine de contredire la théorie en cause, ce qui n'a pas pu être la volonté de l'auteur. Il ne peut dès lors, d'après nous, que s'agir d'une erreur de frappe.

1789. Pensant à bon droit qu'aujourd'hui leur effet d'opposabilité est identique, mais ne reconnaissant ainsi qu'un effet d'opposabilité très limité à l'ensemble des droits subjectifs (*ibid.*, p. 542 et 543, n° 247.3.2.).

1790. « La faute du tiers complice est contraire à la bonne foi, dans son acceptation subjective, et constitue une faute délictuelle, c'est-à-dire une faute intentionnelle. Indirectement, il s'agit d'un comportement contraire au standard objectif du comportement du *bonus vir*, mais la faute doit être saisie dans sa spécificité qui est d'être d'abord une faute délictuelle et, partant, contraire à l'article 1382 du Code civil » (*ibid.*, p. 553, n° 248). Ainsi, le tribunal de commerce de Liège, faisant application des thèses de Jean-François Romain, énonce-t-il que le tiers avait *in casu* « la conscience certaine et la volonté de porter atteinte aux intérêts légitimes de cette dernière ; que si l'éviction d'un concurrent fait partie des règles du jeu de la vie des affaires, ce ne peut être au mépris de l'existence d'un convention ayant notamment pour objet légitime et licite de faire obstacle, pendant sa durée, à cette éviction » (Comm. Liège, 5^e ch., 28 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1516) : le droit de créance et la convention sont donc bien ramenés à des intérêts légitimes à l'égard des tiers.

actuel. Non pas que cette théorie générale, nous l'avons souligné, ait été exempte d'ambiguïtés et d'interrogations concernant l'opposabilité même des droits de créance¹⁷⁹¹. Mais le problème a été largement dépassé par l'affirmation de l'opposabilité de tous les droits subjectifs¹⁷⁹². C'est, du reste, une conséquence de la théorie des pouvoirs d'exiger, telle que défendue, notamment, par notre Cour de cassation¹⁷⁹³.

Cette interprétation des principes en cause, notamment de l'opposabilité issue des contrats, était-elle inévitable ? Assurément non, si l'on se contente déjà d'avoir égard à d'excellents auteurs français. Ainsi, la lecture de Geneviève Viney, dès son premier traité de la responsabilité civile, révèle une interprétation française des principes à la base de la tierce complicité, diamétralement opposée à celle défendue par la doctrine belge. L'éminent auteur, remarquant la qualification délictuelle de la faute du tiers reconnue par une majorité de la doctrine française, énonce que cette dernière reconnaît que « cette responsabilité est en réalité une conséquence de l'opposabilité du contrat au tiers ou, plus précisément, comme l'a montré un ouvrage récent, de « l'obligation d'inviolabilité » qui en résulte directement »¹⁷⁹⁴, pour ensuite affirmer avec force dans un passage que nous ne résistons pas à reproduire dans son intégralité, le lien entre la responsabilité du tiers et l'opposabilité du droit de créance contenu dans le contrat : « On aurait pu penser d'abord qu'il convenait de distinguer entre les contrats dont l'objet consiste à transmettre des droits réels et ceux qui emportent création ou transfert de simples droits personnels ou obligations. On sait en effet que, selon l'opinion majoritaire, la principale différence existant entre ces deux catégories de droits consiste en ce que le droit réel est opposable *erga omnes* tandis que le droit personnel ne s'impose qu'au seul débiteur. Mais la jurisprudence ne s'est, quant à elle, jamais arrêtée à cette objection, révélant d'ailleurs ainsi à la doctrine moderne l'unité fondamentale de la notion de « droit subjectif » et le caractère complexe des droits personnels qui, tout en « n'obligeant » que le débiteur, existent néanmoins à l'égard des tiers qui ne sont nullement dispensés de les respecter »¹⁷⁹⁵. Nous n'aurions pu mieux dire...

1791. Cf. *supra*, par exemple, n^{os} 45 et 54.

1792. Cf. *supra*, n^o 209.

1793. Cf. *supra*, n^o 52.

1794. G. VINEY, *Traité de droit civil — Les obligations — La responsabilité : conditions*, 1^{re} éd., Paris, L.G.D.J., 1982, p. 238, n^o 202. Elle confirmera mot pour mot son opinion treize ans plus tard, dans la seconde édition de son traité (G. VINEY, *Traité de droit civil — Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 368, n^o 202).

1795. *Ibid.*, p. 238, n^o 203. Dans la seconde édition, voy. de manière identique, *ibid.*, p. 369, n^o 203.

Il est en effet piquant de constater que la logique suivie aujourd'hui par une doctrine française importante, pour ne pas dire dominante dans les traités actuels de droit civil, se situe aux antipodes de celle retenue par la doctrine belge. La tierce complicité serait l'exemple type de la reconnaissance de l'opposabilité du droit de créance, soit que cette opposabilité soit reconnue en tant que telle, soit qu'elle soit reçue au travers de l'article 1165 du Code civil¹⁷⁹⁶. Des auteurs français illustres considèrent, dès lors, que le fondement de l'opposabilité des conventions est à trouver dans l'opposabilité des droits de créance qu'elle crée : la convention doit être respectée par les tiers *parce que* les droits qu'elles créent, comme tout droit subjectif, doivent être nécessairement respectés par eux¹⁷⁹⁷.

Comment est-on arrivé, en Belgique, à un tel hiatus entre les définitions traditionnelles des concepts utilisés et leur mise en œuvre dans une des théories les plus connues du droit positif ? Nous n'avons pas de réponse à cette question. Le lien est resté fort jusqu'aux années soixante et aux arrêts de la Cour de cette époque. Les routes divergent ensuite, sans doute, il est vrai, au départ d'une interprétation de ces arrêts un peu erronée. De plus, la théorie générale n'est-elle pas, à l'heure actuelle, largement réservée à des philosophes du droit ? Elle paraît un peu vieillotte et archaïque pour la doctrine actuelle. Sans doute parce qu'elle reste, par son contenu même, largement hermétique aux juristes de droit positif.

Plus étonnant est le manque de liens faits entre la doctrine du droit des obligations et la doctrine du droit des biens. Cette dernière connaît depuis longtemps les arguments développés à la suite des avatars de la définition du droit réel conduisant à la découverte d'un principe d'opposabilité commun aux droits réels et droits de créance. L'affirmation de l'opposabilité du droit de créance — constante dans cette discipline — est assimilée dans la matière spécifique du droit des obligations, à l'opposabilité des conventions. La spécialisation de plus en plus poussée dans chaque discipline du droit — le droit des obligations n'y échappe pas — y est sans doute pour quelque chose. Une explication plus terre à terre pourrait

1796. Voy. par exemple, J.-L. AUBERT, J. FLOUR, *Les obligations*, 7^e éd., t. I, *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 318, n^{os} 442 et 443, qui expliquent la théorie de la tierce complicité par l'opposabilité du contrat, elle-même fondée sur l'opposabilité du droit de créance qu'elle crée ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 198 et s., n^{os} 172 et s. ; CH. LARROUMET, *Droit civil*, T III, *Les obligations — Le contrat*, 3^e éd., Paris, Economica, 1996, p. 828 et s., n^o 746 ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, 2^e éd., T.I^{er}, *Les sources*, Paris, Sirey, 1988, p. 285, n^o 271 ; Y. LEQUETTE, PH. SIMLER, F. TERRÉ, *Droit civil — Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 358, n^o 469.

1797. Cf. l'opinion de Marc Billiau, Jacques Ghestin, et Christophe Jamin, *supra*, n^o 184.

encore être avancée : les développements de la théorie générale du droit subjectif n'étaient peut-être pas encore suffisamment mûrs pour exercer une influence en la matière lorsque le débat sur la tierce complicité est lancé, à savoir dans la période entre les arrêts de 1932 et les remous suscités par les arrêts de la seconde période dans les années soixante. Du reste, il n'est pas certain que la plupart des auteurs nient volontairement l'existence d'une opposabilité des droits de créance, même si leur opinion a nécessairement cet effet ¹⁷⁹⁸.

Quoi qu'il en soit, il est frappant de constater comme les hésitations relatives aux qualifications des pouvoirs des tiers et du créancier ont joué un rôle dans les développements et surtout, le manque de cohérence, que nous n'hésiterons pas à qualifier d'impasses, de la théorie actuelle de la tierce complicité.

C'est par l'affirmation de l'opposition entre deux droits subjectifs de vendre, dont bénéficieraient tant le tiers que la victime de la tierce complicité, que prend naissance l'affirmation du fondement de la faute du tiers dans la conception se basant sur l'abus de droit. Nous verrons cependant que ce fondement contredit lui-même l'application de la théorie de la tierce complicité par le droit positif.

Intervient ensuite un changement très perceptible dans la qualification des pouvoirs du tiers, qualifiés, plus correctement, de libertés civiles au travers de la liberté de contracter ou des libertés commerciales. Mais le ver est dans le fruit. On applique, sans aucune discussion, la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles alors que, pendant ce temps, la controverse fait rage en théorie générale du droit ¹⁷⁹⁹. Dans le même temps, la qualification de droit de créance s'érode dès lors que, dans la logique même de la théorie de l'abus de droit, le pouvoir du tiers, c'est-à-dire ses libertés, doit l'emporter à l'égard du droit du créancier. Partant, toute opposabilité spécifique est déniée au droit de créance qui se fonde dans l'interprétation de l'article 1165 du Code civil.

Robert Kruithof a poussé ici au paroxysme la négation de l'opposabilité des droits de créance. Le principe de relativité des contrats est non seulement utilisé pour exprimer l'idée selon laquelle les droits et obligations du contrat ne valent qu'entre parties, mais pour reconnaître, en principe, au tiers le droit de violer les droits contractuels d'autrui, sauf à

1798. Cf. *supra*, la note n° 1765 où sont relevées systématiquement des affirmations implicites ou explicites de l'opposabilité des droits de créance chez la plupart des auteurs qui soutiennent la théorie de la fraude simple.

1799. Cf. *supra*, n° 345 et *infra*, n° 439.

abuser de tels droits. Ce faisant, il nie toute opposabilité au droit de créance au nom de la relativité de la convention dont celui-ci est issu. La faute du tiers est, en effet, à trouver dans les circonstances qui ont entouré la violation des droits de créance d'autrui, violation *a priori* légitime. Reprenant l'enseignement pour le moins ambigu de Jean Dabin — pour lequel, nous l'avons vu¹⁸⁰⁰, l'opposabilité et l'exclusivité caractérisent tout droit subjectif —, Robert Kruithof soutient que le tiers complice est en faute « — non pour avoir lésé le droit du créancier —, mais pour avoir fourni au débiteur, par la conclusion d'un contrat qui contredit et détruit le premier, le moyen d'échapper à son obligation. Ce n'est pas le fait même de méconnaître le droit contractuel d'autrui qui est sanctionné, mais la façon d'agir du tiers qui rend en l'occurrence son comportement fautif »¹⁸⁰¹.

La même conclusion, la négation de l'opposabilité du droit de créance, se déduit implicitement ou explicitement¹⁸⁰² de la branche d'opinions qui se détache de l'abus de droit.

La théorie de la tierce complicité prend alors nettement ses distances avec tout problème de qualification. Le problème se focalise sur la faute et ses critères d'application. Pour qu'il y ait faute, il faut violation d'une obligation déterminée. Celle-ci n'existe plus, dans la pensée de la doctrine actuelle, puisque l'opposabilité des conventions et des droits qui en sont issus ne font naître aucun devoir de respect. D'où le fondement à trouver pour certains, non plus dans la théorie de l'abus de droit, mais bien dans les principes généraux du droit de la responsabilité d'où, nous l'avons vu, le problème des qualifications a été expurgé. La protection spécifique des droits subjectifs étant, dès lors, mise hors jeu, le problème de l'atteinte aux droits de créance est ramené à celui de l'atteinte à un intérêt. Cette affirmation est particulièrement évidente lorsque l'on fait de la théorie de la tierce complicité, à l'instar de Jean-François Romain, une simple application du principe de bonne foi subjective ou, à la suite de Xavier Dieux, une application de la thèse des expectatives légitimes d'autrui, c'est-à-dire, nous l'avons vu, des intérêts légitimes d'autrui¹⁸⁰³.

1800. Cf. *supra*, n° 21.

1801. R. KRUTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 111, n° 14.

1802. X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 9 : « [...] « le droit qu'a chaque partie à l'exécution des engagements de son partenaire », tel qu'il est ci-dessus mis en exergue, n'est en réalité pas plus opposable aux tiers que tous les autres droits découlant du contrat. L'article 1165 ne comporte pas pareille distinction. ».

1803. Cf. *supra*, n° 412.

De là vont naître toutes les impasses de la théorie actuelle de la théorie de la tierce complicité, clairement perceptibles dans l'incohérence qu'elle révèle entre ses fondements, ses critères d'application et ses sanctions.

Sous-section 2 **L'impasse de la recherche des fondements de la théorie de la tierce complicité**

414. Une théorie en quête de fondement – 415. L'impasse de la théorie de la fraude simple : les interprétations divergentes de l'arrêt du 22 avril 1983 – 416. La contradiction inhérente à l'affirmation de la reconnaissance de la théorie de la fraude simple : les divergences de fondement de la faute du tiers

414 Une théorie en quête de fondement. Quoi qu'en donne à penser notre présentation de la théorie de la tierce complicité en droit positif, la recherche de son fondement continue à susciter des remous dans la doctrine actuelle.

Souvenons-nous que pas moins de trois théories explicatives générales ont été avancées durant ces septante dernières années. Si la troisième émerge clairement et que la première est abandonnée, la seconde n'a pas, quoi qu'en disent certains, été clairement rejetée par la Cour de cassation. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous présenterons notre propre opinion¹⁸⁰⁴.

En outre, l'arrêt du 22 avril 1983, censé ramener la paix doctrinale pour certains, a fait l'objet d'interprétations très divergentes. Ces divergences ont donné lieu à deux courants distincts concernant le fondement à attribuer à la théorie de la tierce complicité. Selon les uns, nous l'avons vu, le fondement de la responsabilité du tiers est à trouver dans la théorie de l'abus de droit ; selon les autres, dans les principes généraux de la responsabilité civile, principalement la faute comprise comme la violation d'une norme générale de prudence.

Cette théorie reste donc en recherche d'un fondement qui puisse s'imposer clairement.

415 L'impasse de la théorie de la fraude simple : les interprétations divergentes de l'arrêt du 22 avril 1983. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il n'y a toujours pas unanimité quant à la portée de l'arrêt du 22 avril 1983. Partant,

1804. Cf. *infra*, n^{os} 429 et 430.

la jurisprudence de la Cour, quant à ladite théorie, ne paraît pas encore clairement perçue.

Différents auteurs ont remis en cause la conception dominante quant à la portée de cet arrêt ¹⁸⁰⁵. Nous ne relaterons ici que les principales opinions critiques de l'affirmation selon laquelle cet arrêt aurait ramené la paix en la matière. Le détail de cette controverse n'apporte rien quant à notre propre démonstration. Son existence, par contre, montre bien que cette matière n'est toujours pas pacifiée.

Deux auteurs en particulier ont refusé de voir dans l'arrêt du 22 avril 1983 un revirement de jurisprudence.

D'après Ludo Cornelis, la décision de la Cour de cassation serait étrangère à la tierce complicité ¹⁸⁰⁶. Pour ce faire, l'auteur souligne que les juges du fond n'avaient, en l'espèce, ni déduit la faute du tiers d'une participation à un manquement contractuel de l'acheteur de la voiture ni relevé l'existence d'une faute dans le chef de ce dernier. Ils n'auraient seulement cherché qu'à apprécier le comportement qu'avait adopté le vendeur-subrogeant à l'égard du subrogé. Leur jurisprudence se rattacherait ainsi uniquement à celle qui estime « qu'un sujet de droit, dans certaines circonstances, peut se comporter de manière fautive en laissant se perdre une sûreté réelle ou personnelle dont dispose un autre sujet de droit et pour laquelle il est sans intérêt de savoir si l'intéressé s'est également rendu ou non — indirectement — coupable d'un manquement contractuel » ¹⁸⁰⁷. Dès lors que les décisions des juges du fond étaient étrangères à la théorie de la tierce complicité, la Cour de cassation n'aurait fait que déplacer le débat sur ce terrain. La seconde partie du troisième attendu — « et du concours qu'il a néanmoins apporté à la rupture du contrat » — révélerait « une formulation malheureuse » et participerait à une motivation superflue dans la motivation de la Cour.

1805. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 134 et s. n° 74 ; L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 372 et 373 ; M. E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », *op. cit.*, p. 139 et s., n° 10 et p. 156.

1806. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 136 et p. 137.

1807. *Ibid.*, p. 137. Dans le même sens, E. STORME, « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », *op. cit.*, p. 140, n° 10.

Lucien Simont s'est également lancé dans une pénétrante analyse de l'arrêt du 22 avril 1983 ¹⁸⁰⁸.

Contrairement à Ludo Cornelis, il est d'avis que l'arrêt a bien traité la tierce complicité. Comme lui, il n'accepte pourtant pas d'y voir un revirement de jurisprudence. Partant également des considérations des juges du fond reprises par la Cour de cassation, l'auteur met l'accent sur le fait que l'arrêt entrepris se serait approprié les constatations du premier juge ¹⁸⁰⁹. Ces constatations, telles que reprises par la Cour de cassation, poussent l'auteur à soutenir que la cour d'appel aurait qualifié la participation consciente à la perte des effets de la clause de réserve de propriété comme une faute du subrogeant (société A) à l'égard du subrogé (société C) ¹⁸¹⁰. L'auteur trouve ainsi dans cette lecture, une justification de son opinion, à savoir qu'en matière de tierce complicité, tout est affaire d'espèce, le seul critère à retenir étant celui de l'obligation de diligence contenue dans les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Nous ne nous lancerons pas dans une appréciation de la justesse de ces critiques. L'arrêt de 1983, indépendamment de ces dernières, ne paraît pas devoir être surestimé : il ne tranche pas la question du fondement de la tierce complicité en ce qu'il constate au plus que les critères appliqués ne contredisent pas la notion de faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Or, s'il est bien un point qui n'est pas remis en cause, c'est que la tierce complicité se situe dans le cadre de la recherche de la responsabilité civile du tiers. L'arrêt se prononce au mieux sur la reconnaissance de critères propres à cette théorie que d'aucuns rattachent ou non à certains fondements.

Les divergences d'interprétations de l'arrêt du 22 avril 1983 empêchent de considérer cet arrêt comme mettant fin à la controverse relative à la tierce complicité. Au contraire, il permet de conforter les différentes théories défendues antérieurement, à l'exception de celle de la fraude qualifiée, et même permet l'éclosion de nouvelles voies de solutions.

1808. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 372 et 373 ; à sa suite, dans le même sens, X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 5 à 22 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995), *J.T.*, 1996, p. 750, n^{os} 176 à 178.

1809. L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », *op. cit.*, p. 371.

1810. Rapprochement des constatations retenues par la Cour de cassation dans ses deux premiers attendus.

La contradiction inhérente à l'affirmation de la reconnaissance de la théorie de la fraude simple : les divergences de fondement quant à la faute du tiers. Une des impasses de la théorie de la fraude simple se démontre à suffisance par les divergences qui apparaissent dans la doctrine actuelle concernant l'appréciation de la faute du tiers et les critères applicables à cet effet.

Qu'il nous suffise de relever que quatre opinions coexistent actuellement, en doctrine, concernant le fondement de la faute du tiers à la suite des interprétations divergentes de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Certains, nous l'avons déjà souligné, pensent que la faute du tiers doit se rechercher en application de la théorie de l'abus de droit. D'autres pensent qu'il s'agit d'une application pleine et entière des principes de responsabilité civile. D'autres encore qu'il s'agit de la violation fautive du droit de créance. Certains, enfin, la relie à un principe général de bonne foi subjective, parent de la faute intentionnelle.

Or, chacune de ces approches révèle des critères distincts d'appréciation de la faute du tiers. L'abus de droit ne donne pas lieu à une simple application pleine et entière des critères de la faute de droit commun. Notre approche via le mode de résolution de conflit de la proportionnalité le démontre à elle seule : la faute ne naît que de la constatation préalable de la disproportion¹⁸¹¹. Mais l'existence de critères spécifiques à l'abus de droit en lieu et place d'une application simple du critère de la violation d'une norme de prudence pousse également à une conclusion identique.

L'application simple du critère de la faute de droit commun implique que les critères mis en avant dans la théorie de la tierce complicité ne soient pas déterminants ou unifiés puisque la faute naît logiquement de circonstances de fait et de droit nécessairement changeantes.

L'idée d'une faute spécifique quant à la violation des droits de créance d'autrui, répond également à des critères particuliers. Nous l'avons démontré de manière générale dans la partie relative à l'imposition. Seule la violation consciente et volontaire du droit d'autrui donne lieu à une responsabilité particulière du tiers qui porte atteinte aux droits subjectifs d'autrui¹⁸¹². Nous reviendrons ci-après à l'application de ce raisonnement au cas de la tierce complicité¹⁸¹³.

Quant à la bonne foi subjective, elle amène également à considérer que la faute du tiers complice est spécifique en ce qu'elle suppose la pré-

1811. Cf. *infra*, n^{os} 432 et s., spéc. n^o 463.

1812. Cf. *supra*, n^{os} 269 et s.

1813. Cf. *infra*, n^o 427.

sence d'un élément subjectif particulier, proche mais néanmoins distinct de celui que nous retenons, et en toute hypothèse, distinct de celui présent dans la faute de droit commun.

Nous ne pouvons, dès lors, que constater l'impasse dans laquelle a mené la théorie de la fraude simple qui n'a pu, quoi que l'on en dise, imposer une justification unique et suffisamment convaincante afin de faire taire les interprétations toujours divergentes du fondement à donner à la faute du tiers dans l'hypothèse d'une tierce complicité.

Sous-section 3 **L'impasse des critères d'application de la théorie de la tierce complicité**

417. L'incohérence relative de l'application des critères de la tierce complicité – 418. Les difficultés liées à la condition de la connaissance du lien contractuel entre le débiteur et le créancier – 419. Le ralliement massif des juges du fond à l'application des critères mis en avant dans la théorie de la fraude simple – 420. La contradiction entre les critères de la tierce complicité et les critères de l'abus de droit – 421. La contradiction entre les critères de la tierce complicité et les critères de droit commun de la responsabilité civile

417 **L'incohérence relative de l'application des critères de la tierce complicité.** Le manque de cohérence dans la détermination des critères de la faute du tiers complice dans la doctrine actuelle vient d'être souligné. Cette incohérence provient principalement du fait que les critères de la faute sont distincts selon les fondements retenus. Toutefois, dès lors que l'affirmation de ces fondements n'a pas donné lieu à une modification de l'attitude des juges du fond qui ont largement entériné les critères tirés de l'arrêt du 22 avril 1983, cette incohérence paraît plus théorique que pratique.

Nous avons vu aussi que le nombre de critères spécifiques de la tierce complicité diverge entre les différents auteurs qui, pourtant, admettent que l'arrêt du 22 avril 1983 aurait fixé ceux-ci¹⁸¹⁴. Ces dernières divergences ne paraissent cependant pas insurmontables, les critères particuliers des uns étant souvent contenus dans des critères plus généraux retenus par d'autres. Nous avons ainsi, dans la première partie de la présente section, quatre conditions qui paraissent correspondre à l'opinion dominante.

Les deux premières conditions — existence d'un lien contractuel valable préexistant et la violation de cette obligation par le débiteur — ne

1814. Cf. *supra*, n° 407.

donnent pas lieu à de grandes difficultés d'application^{1815 1816}. Les deux autres conditions sont plus problématiques. La participation consciente pose le problème de savoir s'il suffit de relever la signature du contrat avec le débiteur pour constater cette participation ou si un élément subjectif additionnel est requis¹⁸¹⁷. À notre avis, cette difficulté peut se résoudre en

1815. Comme le relevait notamment S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *op. cit.*, p. 24.

1816. Robert Kruithof insiste sur le fait que cette violation doit être « délibérée » (R. KRUI-THOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 117, n° 22 ; dans le même sens, voy. par exemple, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 14, n° 66 ; R. SCHEYVAERTS, « Quand y a-t-il tierce complicité à la violation des exclusivités conventionnelles ? », *op. cit.*, p. 20, qui parle de violation volontaire de l'obligation contractuelle, alors même que cette condition supplémentaire est passée sous silence, voire mise en doute, par d'autres (voy. pour des auteurs qui ne visent pas explicitement cette condition, J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 478 et 479 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 381 et 382 ; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 105, n° 26 ; pour une mise en doute de l'exigence de cette condition dans l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1983 : J. STUYCK, « Les pratiques du commerce et le droit des contrats », *op. cit.*, p. 58, note 97). D'après l'auteur, cette condition est induite de la condition d'association du tiers à la faute du débiteur. Dès lors que le tiers profiterait d'une faute involontaire du débiteur ou même aurait causé son inexécution, on ne pourrait encore lui reprocher d'être le complice de la violation contractuelle.

Il ne faut cependant pas confondre deux conditions distinctes de la tierce complicité. La violation de l'obligation contractuelle par le débiteur est distincte de la condition de la participation du tiers à celle-ci.

Peu importe *a priori* que l'inexécution contractuelle soit volontaire, intentionnelle ou non. Il suffit que l'on puisse conclure à une faute contractuelle dans le chef du débiteur. La tierce complicité suppose certes que le résultat promis au créancier ne soit pas atteint du fait de l'engagement du débiteur à l'égard d'un tiers. Sa nouvelle obligation rend impossible le respect des engagements pris antérieurement. Si ces engagements étaient de résultat, le débiteur est en toute hypothèse fautif puisque seule l'absence de résultat est prise en compte, sauf à démontrer une cause exonératoire libératoire. Si l'obligation est de moyens, on peut raisonnablement considérer qu'un bon père de famille ne peut se lier dans des liens contractuels l'empêchant de remplir ses obligations contractées antérieurement, quoique, théoriquement, des circonstances de fait particulières pourraient peut-être justifier une pareille attitude.

Tout autre est alors la question de l'attitude du tiers. Cette attitude est indépendante de la gravité ou de l'intensité de la faute contractuelle du débiteur. Dès l'instant où cette faute va nécessairement naître de la relation entre le tiers et le débiteur et où sa survenance est — censée — connue du tiers, se pose la question de la responsabilité du tiers. Une analyse de cette responsabilité ne peut être confondue avec les conditions de la responsabilité du débiteur.

1817. En ce sens, B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 13, n° 64 et p. 17, n° 70.

la rapprochant de la condition de connaissance : le tiers qui contracte n'est fautif que s'il savait ou devait savoir que, ce faisant, son cocontractant allait violer ses propres obligations à l'égard de son créancier. La connaissance de l'obligation préexistante par le tiers a fait l'objet de nombreuses analyses du fait, principalement, de l'assimilation de la connaissance effective à celle qui découle du fait que le tiers « devait » avoir une telle connaissance au vu des circonstances de fait. Nous nous y attardons maintenant quelque peu.

418

Les difficultés liées à la condition de la connaissance du lien contractuel entre le débiteur et le créancier. Dès lors que la Cour de cassation retenait comme condition de la tierce complicité la connaissance qu'avait ou devait avoir le tiers de l'obligation contractuelle qui va être violé par le débiteur, s'est posée la question de la portée du devoir de connaissance dans le chef du tiers.

La doctrine considère généralement que le tiers, s'il ne peut refuser de voir ce que tout le monde eût vu à sa place, ne doit pas procéder à des recherches poussées afin de vérifier si son cocontractant n'est pas lié par une obligation antérieure inconciliable avec les liens contractuels qu'il se propose de tisser avec lui. Il dispose à ce propos d'un véritable droit à l'inertie, sauf si les circonstances lui imposent d'arriver à la conclusion qu'une telle obligation a toutes les chances d'exister¹⁸¹⁸. Dans une étude récente et exhaustive de la jurisprudence des juges du fond, Sofie Debusschere montrait que cette dernière allait quasi unanimement en ce sens et qu'elle faisait une stricte application de la condition de la connaissance : celle-ci doit être certaine, effective ou à tout le moins hautement probable, sous peine du rejet de l'action¹⁸¹⁹.

1818. En ce sens, voy. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 16, n° 69 ; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *op. cit.*, p. 479 à 481 ; R. KRUIHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 116 et 117, n° 21 ; en jurisprudence, voy. Comm. Mons, 12 juillet 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 494 et s. ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 491 ; Bruxelles (9^e ch. bis), 21 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1214 ; Liège, 9 mai 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 69 ; Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41 et note P. WÉRY ; Liège (7^e ch.), 13 mai 1991, *J.T.*, 1992, p. 38 ; Liège (8^e ch.), 17 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1515.

1819. S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *op. cit.*, p. 27 et s. et ses conclusions, p. 37 : « De rechtspraak is nog strenger. uit hierboven weergegeven analyse van arresten en vonnissen blijkt dat over het algemeen enkel tot de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk wordt besloten wanneer uit de feitelijke gegevens in zaak blijkt dat de derde effectief kennis had van de bestaande toestand of dat het minstens, wanneer de effectieve kennis niet zwart op wit kan worden bewezen, onmogelijk

Une jurisprudence imposant de véritables obligations de s'informer s'est toutefois développée, notamment à l'encontre des revendeurs de véhicules d'occasion. Ces derniers achètent souvent des véhicules à des personnes liées par des contrats de financement contenant une clause de réserve de propriété au bénéfice de l'institution de crédit. L'acheteur est de plus en plus considéré en faute dès lors qu'il n'a pas vérifié personnellement si le véhicule qu'il se propose d'acquérir est bien libre et quitte de tous droits. Si l'acheteur professionnel ne s'est pas fait remettre la facture d'achat, s'il n'a pas vérifié si le vendeur était encore tenu par un contrat de financement et si, le cas échéant, il ne s'est pas renseigné auprès de l'organisme de financement pour vérifier si le financement était ou non apuré, il est considéré comme fautif. La jurisprudence infère de cette faute, dans le cadre de la tierce complicité, la connaissance qu'il devait avoir de l'obligation correspondante dans le chef du vendeur¹⁸²⁰.

Très récemment, la Cour de cassation paraît avoir confirmé cette jurisprudence dans son arrêt du 28 novembre 2002¹⁸²¹. Il s'agissait d'un cas typique de mise en cause d'un revendeur professionnel de véhicules d'occasion. L'arrêt *a quo*, rappelant le principe d'absence d'obligation de recherches poussées pour connaître de l'obligation contractuelle violée, avait toutefois relevé de nombreuses circonstances de fait — devenues classiques — justifiant en l'espèce que ce vendeur avait été négligent :

was dat hij daar gaan kennis van had. M.a.w. « moest kennen » wordt door de Belgische rechtspraak gezien als het niet anders kunnen dan gekend hebben, het naar alle waarschijnlijkheid gekend hebben, het voor 99 % zeker gekend hebben... Er is bijgevolg, althans volgens de rechtspraak, slechts een nuanceverschil tussen de kennis die de derde « had » en de kennis die de derde « moest hebben ». ».

1820. Voy. par exemple, Gand (12^e ch.), 7 octobre 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 179 et s. ; Civ. Bruxelles (15^e ch.), 19 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1137 ; Comm. Gand (6^e ch.), 24 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 5 ; Mons, 9 juin 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 64 ; Comm. Charleroi, 24 septembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 281 et note Cl. PARMENTIER ; Civ. Bruxelles (4^e ch.), 31 janvier 1992, *R.G.D.C.*, 1992, p. 169 ; Liège (7^e ch.), 24 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 202 ; Bruxelles (1^{re} ch.), 7 mai 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 294 ; Mons, 8 octobre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 36 et note P. JADOUL ; Anvers (8^e ch.), 19 octobre 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 468 ; Anvers (6^e ch.), 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 798 ; Comm. Tournai (1^{re} ch.), 28 janvier 1986, *J.T.*, 1987, p. 148 ; voy. cependant Liège (2^e ch.), 14 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1992, p. 292, où la cour considère, vu les circonstances, que le garagiste professionnel avait pris suffisamment de précautions en exigeant seulement une attestation aux termes de laquelle la voiture était « libre de toute charge » *adde* Anvers (6^e ch.), 4 mars 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 370. Voy. aussi la très nombreuse jurisprudence citée par S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *op. cit.*, p. 34 à 37.

1821. Cass. (1^{re} ch.), 28 novembre 2002, n° C.01.0532.F, inédit, dont le texte intégral est accessible sur le site web de la Cour (www.cass.be).

c'était un professionnel qui devait savoir que de nombreuses voitures n'étaient données qu'en location ; il ne s'était fait remettre ni la facture originale ni d'autres documents établissant de manière fiable la qualité de propriétaire du vendeur ; l'attestation d'un administrateur ne donnait aucune garantie quant à cette qualité ; la vente intervenait quelques mois après l'immatriculation du véhicule : etc. Se référant à l'ensemble de ces constatations du juge du fond, la Cour a dès lors refusé de casser l'arrêt *a quo* sur la base d'un moyen invoquant l'absence de faute au sens de la tierce complicité en indiquant :

« Attendu que, sur la base de ces énonciations, la cour d'appel a pu considérer que la demanderesse « aurait [...] su qu'elle achetait la voiture de la [défenderesse] de récupérer sa voiture à l'expiration du contrat de location si elle avait pris les précautions nécessaires » et qu'« à défaut d'avoir pris ces précautions, elle a commis une faute qui a empêché [la défenderesse] de récupérer sa voiture à l'expiration du contrat de location » ; Que, déduisant ainsi la faute aquilienne de la demanderesse de la connaissance qu'avait ou devait avoir des obligations auxquelles la société European Car Service était tenue envers la défenderesse dans le cadre du contrat de location-financement qui la liait à celle-ci et du concours que la demanderesse a néanmoins apporté à la violation de ces obligations, la cour d'appel a décidé légalement que la responsabilité de la demanderesse était engagée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. »

Une ambiguïté ressort cependant de cette jurisprudence. Si le tiers commet une faute dès lors qu'il ne « voit pas ce que tout le monde eût vu à sa place », pourquoi prendre encore appui sur la tierce complicité pour obtenir réparation du dommage causé au créancier ? La faute du tiers, qui paraît être fondée sur le non-respect d'une obligation de prudence, n'est-elle pas suffisante pour obtenir réparation sans qu'il faille en outre prouver que les autres conditions de la tierce complicité sont remplies ? Autrement dit, le tiers commet-il une faute indépendante de la tierce complicité lorsqu'il ne voit pas ce que tout le monde devait voir ?

Certaines décisions caractérisent explicitement dans ce cas une faute de négligence soit en se référant clairement à la théorie de Lucien Simont¹⁸²², soit — et c'est plus ambigu — en se référant encore aux

1822. Voy. par exemple, Anvers (8^e ch.), 19 octobre 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 468 ; Comm. Tournai (1^{re} ch.), 28 janvier 1986, *J.T.*, 1987, p. 148 ; voy. aussi Civ. Bruxelles (4^e ch.), 31 janvier 1992, *R.G.D.C.*, 1992, p. 169 : « Attendu qu'au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que les défendeurs n'ont pas eu le comportement prudent pouvant les dégager de toute faute quasi délictuelle dans le cadre de la théorie de la tierce complicité » ; l'expression est cependant ambiguë dès lors que le jugement admet, comme expliqué ci-après, que l'obligation de connaissance s'apprécie au regard du comportement du bon père de famille sans pour autant se dégager des autres conditions de la tierce complicité.

autres conditions de la théorie de la fraude simple¹⁸²³. Dans ces derniers cas, il semble que le contrôle de la connaissance que devait avoir le tiers se fasse souvent par le biais de la norme générale de prudence et de diligence¹⁸²⁴. La référence qui reste cependant faite à la condition de participation par la plupart de ces décisions paraît impliquer que ce tiers n'est pas retenu comme fautif en dehors du cadre de la théorie de la tierce complicité¹⁸²⁵. La Cour de cassation elle-même rattache expressément la faute relevée par l'arrêt *a quo* aux conditions de la tierce complicité qu'elle avait déjà déterminées dans son arrêt du 22 avril 1983 alors qu'elle aurait pu — le moyen visait et la faute et la tierce complicité — relever simplement que, ce faisant, l'arrêt retenait la responsabilité du tiers sans violer l'article 1382 du Code civil et qu'il était superflu, dès lors, de vérifier si une autre faute, spécifique à la tierce complicité, devait justifier la décision en cause.

Si le tiers n'avait pas connaissance de l'obligation contractuelle — même s'il devait avoir cette connaissance — comment prétendre qu'il a participé consciemment ou « néanmoins » à la violation de cette obligation ? Comment prétendre, en d'autres termes, que sa responsabilité est engagée pour avoir participé en connaissance de cause à la violation d'obligations dont la preuve est rapportée qu'il ne les connaissait pas ? S'agit-il réellement encore d'une tierce complicité ? À notre avis, la réponse doit être négative. Le tiers est alors tenu responsable d'une faute d'imprudence en relation causale avec le dommage subi par le créancier. Elle engage la responsabilité du tiers en vertu du droit commun. Nul besoin de la théorie de la tierce complicité pour arriver à ce résultat.

1823. Voy. par exemple, Gand (12^e ch.), 7 octobre 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 179 et s. ; Comm. Charleroi, 24 septembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 281 et note Cl. PARMENTIER ; Anvers (6^e ch.), 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 798 ; Anvers (6^e ch.), 4 mars 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 370.

1824. Quoique certaines décisions paraissent aller plus loin et semblent considérer que si l'acheteur est un professionnel, il a l'obligation d'opérer les vérifications, sans que l'on ait égard au comportement de l'homme — en l'espèce un professionnel — normalement prudent et diligent ; voy. par exemple, Civ. Bruxelles (15^e ch.), 19 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1137.

1825. Voy. par exemple, Comm. Gand (6^e ch.), 24 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 5 ; Liège (7^e ch.), 24 décembre 1991, *J.T.*, 1992, p. 202 ; Mons, 9 juin 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 64 ; Mons, 8 octobre 1990, *R.R.D.*, 1991, p. 36 et note P. JADOUL ; Liège (7^e ch.), 13 mai 1991, *J.T.*, 1992, p. 38 ; Anvers (6^e ch.), 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 801 : « Overwegende dat de bovenvermelde feitelijk ke omstandigheden voldoende aantonen dat geïntimeerde kennis moest hebben van de werkelijke bestaande toestand, dat de wagen Chevrolet Monza niet volledig was afbetaald en dat hij door niet de vereiste zorgvuldigheidsmaatregelen te treffen, met name het nazien van de oorspronkelijke aankoop factuur, die slechts van 20 augustus 1979 dagtekende, en niet van enkele jaren voordien zoals geïntimeerde blijkbaar wenst te doen aannemen, bewust heeft deelgenomen aan andermans contractbreuk ; dat de fout van geïntimeerde vaststaat » et qui y voit plus généralement une faute professionnelle.

Dès lors, il est certain que l'assimilation de la connaissance effective de l'existence des obligations contractuelles du débiteur avec celle d'une méconnaissance fautive de cette existence, alimente inutilement les controverses doctrinales relatives au fondement de la tierce complicité et, plus particulièrement, le problème de savoir si le tiers est fautif en vertu de critères spécifiques à la théorie de la tierce complicité ou en vertu du critère de droit commun de la faute. Du reste, les uns et les autres trouveront toujours dans la jurisprudence appui à leur thèse selon qu'ils visent des cas où une connaissance effective est rapportée ou des cas où la méconnaissance du tiers est considérée comme fautive en vertu des principes de responsabilité du droit commun.

419

Le ralliement massif des juges du fond à l'application des critères mis en avant dans la théorie de la fraude simple. De l'opinion générale, les juges du fond se sont ralliés très largement à l'application des critères spécifiques de la tierce complicité¹⁸²⁶. Ils recherchent alors, pour apprécier si la responsabilité civile du tiers peut être engagée, si les conditions dégagées par l'arrêt du 22 avril 1983 ci-avant sont remplies et, si l'une d'elles n'est pas remplie en l'espèce, rejettent la demande sur cette base¹⁸²⁷. Ils n'ont pour

1826. Pour un même constat dans la doctrine récente, voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, op. cit., p. 155, note 100 ; S. DEBUSSCHERE, « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », op. cit., p. 24 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, op. cit., p. 12, n° 62 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 544, n° 247.4.1. ; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente », op. cit., p. 104, n° 25.

1827. Voy. parmi la très nombreuse jurisprudence, Comm. Mons, 12 juillet 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 494 et s. ; Comm. Liège (5^e ch.), 28 février 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1514 et s. ; Civ. Gand (en degré d'appel), 3 décembre 1999, *Rev. dr. rur.*, 2000, p. 94 et s. ; Comm. Bruxelles (cess.), 9 juin 1999, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1999, Diegem, Kluwer, 2000, p. 648 et s. ; Gent, 5 mai 1999, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1999, Diegem, Kluwer, 2000, p. 528 et s. et note L. BALLON ; Bruxelles, 3 décembre 1998, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1998, 1999, p. 520 et s. ; Comm. Charleroi (cess.), 20 avril 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 123 et s. ; Liège (7^e ch.), 17 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1401 ; Anvers, 16 décembre 1996, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1996, Diegem, Kluwer, 1997, p. 179 ; Civ. Nivelles, 13 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 425 ; Comm. Hasselt (prés.), 15 octobre 1993, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1993, Diegem, Kluwer, 1994, p. 468 et note de R. DE WIT ; Comm. Charleroi (Prés.), 7 mai 1992, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1992, Diegem, Kluwer, 1993, p. 323 ; Civ. Bruxelles (6^e ch.), 12 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1064 ; Gand, 6 octobre 1989, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1989, Diegem, Kluwer, 1990, p. 220 ; Comm. Bruxelles (prés.), 18 décembre 1989, *Ann. prat. comm. et conc.* — 1989, Diegem, Kluwer, 1990, p. 429 ; Civ. Bruxelles (22^e ch.), 7 juin 1988, *R.W.*, 1988-1989, p. 1378 ; Liège (8^e ch.), 17 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1515 ; Anvers (6^e ch.), 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 798 ; Anvers (6^e ch.), 4 mars 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 370.

ce faire pas égard à d'autres circonstances de fait que celles requises pour remplir ces conditions.

Certains ont cependant considéré que la jurisprudence actuelle ne se contentait pas de l'application des critères de la théorie de la tierce complicité pour admettre la faute du tiers. Cette affirmation apparaît bien contraire à l'état réel du droit positif. Il faut cependant, pour le comprendre, vérifier la concordance de cette application en ne retenant comme objet de l'analyse que les véritables cas de tierce complicité — en excluant, par exemple, les hypothèses où aucune participation du tiers n'est en cause¹⁸²⁸ — ainsi que, d'après nous, les hypothèses de recherche de la méconnaissance fautive du tiers. Dans ce dernier cas, en effet, la recherche d'une faute au sens traditionnel du terme doit être effectuée en prenant en compte l'intégralité des circonstances de fait.

La chronique de droit des obligations de Sophie Stijns, Dirk Van Gerven et Patrick Wéry, bien qu'elle rappelle l'application des principes énoncés par Lucien Simont, révèle — sans doute inconsciemment — à quel point la jurisprudence des juges du fond est éloignée de cette théorie.

D'après eux, les juges du fond sont censés ne pas se contenter de la connaissance de l'inexécution du contrat et/ou de la participation à son inexécution. Ils doivent en outre, selon ces auteurs, « tenir compte des autres faits de la cause afin de déterminer si un homme diligent et prudent aurait pu avoir un comportement similaire à celui adopté par le tiers »¹⁸²⁹.

Les auteurs de la chronique précitée ne font référence explicitement, sur toute la période analysée, qu'à une seule décision qui aurait, d'après eux, appliqué correctement la théorie de la tierce complicité. Il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel de Liège du 28 mars 1991¹⁸³⁰. En l'espèce, une vente d'un véhicule Ferrari Testa Rossa était intervenue entre un distributeur de la marque (le débiteur) et un de ses clients (le créancier). Peu après la vente, et avant toute livraison, l'importateur (le tiers) a imposé au débiteur une interdiction de vendre lesdits véhicules à des revendeurs professionnels. L'importateur a souhaité voir le bon de commande annulé et que lui soit substitué une convention soumise à la condition de ne pas

1828. Ainsi en est-il, par exemple, des hypothèses de fait ayant donné lieu aux arrêts de 1960 et 1961 (cf. *supra*, n° 405).

1829. S. STIJN, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 750, n° 177.

1830. *J.L.M.B.*, 1992, p. 77 et s.

exporter le véhicule dans les six mois de la livraison. L'acheteur a refusé de signer la nouvelle convention et le distributeur n'a pas livré le véhicule.

D'après les chroniqueurs, « la cour d'appel le tient responsable comme tiers complice à l'inexécution du contrat de vente au motif qu'il avait imposé au distributeur une condition complémentaire à toute vente de Ferrari qui empêchait l'exécution de la vente conformément à ce qui avait été convenu avec le particulier ». Si cette constatation peut effectivement être faite suite à l'analyse de l'arrêt, on ne peut nier que, pour la cour d'appel, la tierce complicité résulte de la réunion des conditions mises en avant dans la théorie de la fraude simple et que les faits relevés sont exactement ceux qui lui ont permis de constater la réunion de ces conditions.

La cour s'est en effet attachée à démontrer que le tiers avait connaissance du contrat conclu entre le distributeur et son client. Ce tiers a ensuite modifié ses conditions de vente et les a imposées au distributeur en faisant en sorte que l'acheteur n'entre pas en possession du véhicule, notamment par l'envoi d'un courrier adressé au distributeur qui invitait ce dernier à remplacer la première convention par une autre conforme à ses nouvelles conditions¹⁸³¹. C'est de ces constatations que la cour conclut à la tierce complicité. Elle prend en effet bien soin d'énoncer : « Que la faute tenant à l'intervention ayant empêché l'exécution du contrat suppose l'existence de cinq conditions (voy. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *R.D.C.B.*, 1989, p. 78) toutes remplies en l'espèce, à savoir un contrat liant le débiteur, l'inexécution de ce contrat par le débiteur, la connaissance du contrat par le tiers, la participation du tiers à l'inexécution et la conscience de ce tiers de participer à l'inexécution. » Nous ne voyons dès lors pas en quoi cet arrêt aurait, sur la base d'éléments de fait *autres* que ceux permettant de constater la connaissance de l'inexécution du contrat par le tiers et/ou sa participation à son inexécution, déterminé si un homme normalement prudent et diligent se serait comporté *in casu* comme le tiers.

1831. Les faits de la cause montrent bien que la participation à la violation du contrat peut prendre des formes assez diverses. En effet, le contrat conclu entre le débiteur et le tiers préexiste ici aux relations contractuelles nouées entre le débiteur et son créancier. La participation naît en l'espèce de la modification des relations contractuelles entre le débiteur et son cocontractant originaire. Il est de plus à noter que la Cour relève explicitement que la condition d'interdiction d'exportation ne s'appliquait qu'aux nouvelles commandes et donc pas à la convention nouée entre le distributeur et son client. Il n'en reste pas moins que c'est la volonté conjointe de l'importateur (le tiers) et de son distributeur (le débiteur) d'appliquer cette nouvelle condition à l'acheteur (le créancier) qui constitue l'élément de participation à la violation du contrat de vente du véhicule (sa non-livraison).

Les autres cas d'exemples de tierce complicité visés par cette chronique ne paraissent pas plus convaincants dès lors qu'ils visent tous des décisions rendues en ce qui concerne la problématique de la revente de véhicules d'occasions : la prise en compte des « autres » circonstances de fait ne vise en réalité qu'à rechercher si le tiers « devait connaître » l'existence des clauses de réserve de propriété.

Ludo Cornelis avait également relevé que la jurisprudence était attentive à ne pas appliquer tels quels les critères d'application de la théorie de la tierce complicité issue de la fraude simple¹⁸³². Ici aussi cependant, la quasi-totalité des décisions citées par l'auteur ont trait à la portée du devoir de connaissance du tiers.

420

La contradiction entre les critères de la tierce complicité et les critères de l'abus de droit. Une autre impasse née de la théorie de la fraude simple se révèle de la confrontation entre les critères de la tierce complicité, tels que retenus par la doctrine et la jurisprudence dominantes, et ceux de l'abus de droit.

Comment ne pas se rendre compte que ces critères sont distincts ? Certes, durant la première période, la limitation de la tierce complicité à l'atteinte doléuse et à la mauvaise fois rapportée du tiers s'apparentait au critère de l'abus fondé sur l'intention méchante ou sur le dol du titulaire du droit. Mais, à l'heure actuelle, personne ne prétend plus que cette intention serait encore requise en matière de tierce complicité.

La participation consciente à la violation d'une obligation préexistante ne peut pas être assimilée aux autres critères spécifiques de l'abus de droit. On ne peut y trouver trace de la mise en œuvre du critère de la proportionnalité qui domine tous les critères de l'abus de droit¹⁸³³. Le juge ne met aucunement en balance l'avantage retiré par le tiers de la conclusion du contrat avec le débiteur et le dommage subi par le créancier en recherchant s'il y a là une disproportion. Pas de trace non plus de la question de savoir si le tiers aurait pu atteindre le même avantage en exerçant ses pouvoirs de manière différente et en évitant ainsi de créer le dommage subi par le créancier. Nulle trace non plus du critère de l'absence d'intérêt légitime dans le chef du tiers. Comme le faisait justement remarquer Jean-François Romain, une assimilation ne pourrait avoir lieu entre les deux théories que si on faisait de la tierce complicité

1832. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 141, n° 76.

1833. Sur ce point, cf. *infra*, n° 466.

un « nouveau cas » d'abus de droit, ce qui n'est pas vérifié en droit positif¹⁸³⁴.

Nulle trace non plus d'un contrôle marginal de la faute du tiers, comme c'est le cas en matière d'abus de droit, dans la jurisprudence des juges du fond ou dans la doctrine de la fraude simple. Comme le relevait à raison Ludo Cornelis : « Un contrôle de ce type mène à une certaine retenue dans l'appréciation, dont on ne trouve aucune trace lorsque la participation consciente à la violation d'une obligation contractuelle incombant à autrui est considérée — à tort — comme une faute au sens des articles 1382-1383 C.C. »¹⁸³⁵

Les sanctions spécifiques de la tierce complicité divergent également de celle de l'abus de droit. Quel rapport, en effet, entre la nullité ou l'opposition du contrat conclu entre le tiers et le débiteur et la réduction du droit à son usage normal, chère à la théorie de l'abus de droit ? Dans le premier cas, le tiers se voit nécessairement privé de tous ses pouvoirs dans le conflit en cause. Dans le second, le titulaire du droit subjectif voit son droit réduit de sorte que son exercice, dans les circonstances de fait, ne produise que le dommage légitimé raisonnablement par son droit subjectif.

Le seul point commun entre les deux théories est en réalité le fondement qui y est recherché dans l'article 1382 du Code civil. Mais quoi de plus normal puisque, dans les deux hypothèses, la question à résoudre est de savoir si le titulaire du droit subjectif — en matière d'abus de droit — et si le tiers — en matière de tierce complicité — sont tenus par un devoir de réparation à l'égard de la victime de leurs actes ?

421

La contradiction entre les critères de la tierce complicité et les critères de droit commun de la responsabilité civile. Les critères spécifiques de la tierce complicité, si l'on excepte le problème particulier de la méconnaissance fautive de l'existence d'obligations contractuelles, ne se confondent pas non plus avec une recherche normale de la faute au sens de la violation d'une norme de prudence se révélant au regard de l'ensemble des circonstances de fait de la cause.

D'abord, pourquoi arrêter des critères unifiés et spécifiques à la faute du tiers si c'est, dans le même temps, pour voir dans la théorie de la tierce complicité une application simple des principes généraux de la responsa-

1834. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 554, n° 249.

1835. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 138, n° 75.

bilité civile ? À ce propos, l'opinion défendue par Lucien Simont est parfaitement logique. S'il s'agit d'une application normale de ces principes, alors les critères arrêtés par la Cour de cassation, et repris ensuite par la doctrine et la jurisprudence dominantes, ne sont pas plus utiles que les autres circonstances de fait propres à chaque litige. Il ne s'agit plus alors de critères d'application de la théorie, mais de circonstances de fait pouvant donner lieu, parmi d'autres, à la responsabilité du tiers. Nul besoin, dès lors, d'une théorie de la tierce complicité telle qu'elle se présente aujourd'hui, avec toutes ses soi-disant spécificités. Il faut, mais il suffit, qu'une faute soit relevée dans l'attitude du tiers pour donner lieu à réparation. Cette faute sera celle qui découlera de la violation de l'obligation de prudence qui s'impose des circonstances de fait de la cause.

La jurisprudence des juges du fond, dans sa toute grande majorité, applique simplement les critères de la faute prédéfinie par la théorie sans avoir égard à d'autres circonstances de fait pour retenir la responsabilité du tiers complice. Dira-t-on sérieusement qu'elle agit ainsi en violation de l'article 1382 du Code civil ? Certains l'ont laissé entendre¹⁸³⁶. Mais alors, comment ne pas se rendre compte du gouffre énorme qui sépare l'application de cette théorie des fondements qui lui sont assignés ? Telle est la principale impasse de cette théorie...

Enfin, comment expliquer la sanction de l'inopposabilité du contrat conclu par le tiers avec le débiteur comme sanction de l'acte posé par le tiers ? Certes, on y verra une réparation en nature. Mais, cette sanction ne répare aucun dommage : elle l'empêche de naître. Elle n'est donc pas assimilable à une réparation en nature¹⁸³⁷. Il s'agit ici d'une sanction ayant pour objet de faire cesser l'acte du tiers considéré comme fautif. Pourtant, rien dans la théorie dominante de la tierce complicité ne permet d'expliquer *in casu*, l'émergence d'une telle sanction.

1836. Voy. par exemple, S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995), *op. cit.*, p. 750, n° 177 : « Pour que le tiers soit déclaré responsable, le juge ne peut se contenter de constater sa connaissance de l'inexécution du contrat et/ou sa participation à son inexécution. Il devra, conformément aux règles applicables à la responsabilité aquilienne, tenir compte des autres faits de la cause afin de déterminer si un homme diligent et prudent aurait pu avoir un comportement similaire à celui adopté par le tiers. Ce n'est que dans la négative que le tiers sera tenu responsable sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. ».

1837. Cf. *supra*, n°s 278 et s.

Section 3

L'apport du modèle

422. La qualification des intérêts qui s'opposent : les libertés civiles du tiers – 423. La qualification des intérêts qui s'opposent : le droit de créance du créancier – 424. L'imposition du droit de créance comme mode de résolution du conflit applicable en matière de tierce complicité – 425. La proportionnalité comme mode de résolution de conflit défensif du tiers – 426. La conformité du modèle à l'interprétation dominante de l'article 1165 du Code civil – 427. La mise en œuvre de la responsabilité civile du tiers – 428. L'émergence d'une action en cessation de l'atteinte au droit de créance indépendante de la responsabilité civile – 429. La théorie de la méconnaissance des droits d'autrui : une théorie méconnue ? – 430. L'absence de condamnation de la théorie de la méconnaissance des droits de créance d'autrui dans les arrêts de la Cour de cassation – 431. La systématisation des comportements fautifs du tiers à l'égard du créancier

422 La qualification des intérêts qui s'opposent : les libertés civiles du tiers. La première opération qu'il convient d'effectuer afin d'appliquer notre modèle théorique est la qualification des pouvoirs et/ou intérêts qui s'opposent dans le conflit que l'on cherche à résoudre.

En ce qui concerne les pouvoirs du tiers mis en cause dans des hypothèses de tierce complicité, nous nous rangeons à l'opinion majoritaire qui les qualifie de libertés civiles¹⁸³⁸. Plus précisément, le tiers qui participe à la violation des obligations du débiteur met la plupart du temps en œuvre sa liberté contractuelle. C'est en effet l'exercice même de cette liberté qui est mis en cause dans la théorie de la tierce complicité. La sanction d'inopposabilité du contrat conclu à la suite de cet exercice en offre la preuve la plus éclatante puisque c'est le résultat même de cet exercice, la conclusion du contrat, qui est sanctionné. Lorsque le tiers conteste sa mise en cause, il oppose nécessairement cette liberté au créancier en arguant de la légitimité du processus contractuel l'ayant amené à conclure avec le débiteur.

La liberté contractuelle du tiers n'est pas nécessairement seule en cause, même si elle est prépondérante. En matière commerciale, les

1838. Cf. *supra*, n° 409.

autres grandes libertés économiques — liberté de commerce et liberté de concurrence — sont de nature à renforcer le poids des intérêts du tiers à contracter avec le débiteur.

La qualification de ces libertés en libertés civiles s'impose. Nous les avons reprises du reste comme les exemples les plus significatifs de la notion. Ainsi, la liberté de contracter est, conformément à notre définition ¹⁸³⁹, un pouvoir d'agir ou de ne pas agir (liberté de contracter ou de ne pas contracter) attribué également par le droit objectif au titre de principe général du droit des obligations. Elle permet au titulaire de chercher à satisfaire ses intérêts à conclure des contrats ou à refuser une telle conclusion. Ces intérêts forment le but même de cette liberté civile. Les actes accomplis en vertu de cette liberté et qui tendent soit à négocier, à conclure ou refuser de conclure un contrat sont donc *a priori* légitimés par la qualification elle-même.

Il ne peut être question d'y voir un droit subjectif. Le pouvoir interne qu'elle contient n'est ni exclusif — il est attribué à tous — ni soumis à conditions de distribution. Du reste, les tiers ne sont pas soumis à un strict devoir de respect. C'est particulièrement vrai pour l'aspect positif de son exercice, seul en cause ici, à savoir le pouvoir mis au service de l'intérêt à contracter. Le premier tiers à l'égard de cette liberté, avant même le créancier, est en effet le débiteur lui-même qui dispose de la même liberté que le tiers. Ce dernier ne dispose pas du pouvoir de le contraindre à contracter et le débiteur peut toujours, en vertu même de sa liberté, refuser de contracter avec lui. Le tiers ne dispose, par l'opposabilité même de son pouvoir, que d'un devoir de prise en compte de la légitimité des actes posés en vue de la réalisation de ses intérêts qui ne va jamais jusqu'à une possibilité d'imposer la conclusion du contrat au débiteur comme inhérente à l'exercice de sa liberté. La conclusion du contrat naît de la rencontre de l'exercice de deux libertés identiques et n'est pas l'apanage de l'un ou l'autre de ces pouvoirs. Il en est de même vis-à-vis des autres tiers et, notamment, dans le cas de la tierce complicité, du créancier. Le titulaire de la liberté civile de contracter qu'est le tiers ne trouve pas dans son pouvoir une exclusion des pouvoirs d'autrui et doit, par conséquent, tenir compte des intérêts légitimes d'autrui dont celui, particulier, du créancier.

423

La qualification des intérêts qui s'opposent : le droit de créance du créancier. En ce qui concerne les pouvoirs du créancier, c'est, selon nous, son droit de créance qui est attaqué par les agissements du tiers dans les cas de figure de la tierce complicité. Ce constat s'impose tant à l'égard de l'effet interne

1839. Cf. *supra*, n° 397.

du droit de créance mis à mal par le débiteur que de l'effet externe du droit de créance énervé par le tiers. Cette constatation prend notamment appui sur le critère même de la tierce complicité tel que compris par la doctrine et la jurisprudence majoritaires : la participation en connaissance de cause du tiers à la violation des obligations contractuelles du débiteur.

Le débiteur viole ses obligations. Par là, il s'attaque à l'effet interne du droit subjectif de créance. C'est le lieu de sa relativité. Le débiteur est tenu d'une obligation corrélatrice au droit de créance. Cette obligation en forme l'objet. Les tiers en sont exclus. Ils ne peuvent ni bénéficier de l'exécution de l'obligation à leur profit en lieu et place du créancier, ni être tenus à l'exécution de l'obligation corrélatrice au droit, sauf exception prévue par le droit objectif.

Le tiers participe à la violation de l'obligation de son débiteur. Par là, il s'attaque à l'effet externe du droit de créance. C'est le lieu de son opposabilité. Le tiers est tenu par un strict devoir de respect du droit de créance d'autrui. Il ne s'agit nullement de le rendre débiteur de l'obligation corrélatrice au droit. Il s'agit de lui imposer le respect du lien de droit liant seul le débiteur à son créancier. Comme le rappelait le procureur général Dumon, il s'agira principalement d'interdire au tiers d'entrer « volontairement dans un domaine réglementé par une convention pour en tirer profit » non pas en vertu de la convention conclue entre le débiteur et son créancier, mais en application de l'effet d'opposabilité du droit de créance. Le tiers ne peut s'opposer par un acte matériel ou juridique à l'exécution des droits et obligations issus du contrat. En d'autres termes, il ne peut s'immiscer d'une quelconque façon dans la relation de créance.

Un exemple permet d'éclairer notre propos. Soit un tiers qui veut débaucher le personnel particulièrement qualifié d'un concurrent. Il entre en pourparlers avec une personne qui est liée par une clause de non-concurrence que nous supposons parfaitement valide au regard des règles applicables en matière de droit du travail et de droit de la concurrence. Il prend connaissance de la clause qui est incluse dans le contrat de travail de la personne et qui lui a été communiquée par elle. Il contracte cependant avec l'ex-employé. L'ex-employeur l'attaque sur la base de la tierce complicité.

Nous comprenons ce conflit comme opposant la liberté de contracter et de commerce du tiers au droit de créance de l'employeur. L'opposabilité de ce droit implique une obligation stricte de respect dans le chef du tiers. Cette opposabilité ne lui enlève pas ses libertés de contracter, de commerce ou de concurrence. Le tiers reste libre de contracter avec quiconque en ce compris l'ex-employé. Le tiers peut toujours exercer ses libertés

civiles et concurrencer l'employeur en débauchant son personnel ou d'anciens membres de son personnel. Il n'est pas tenu par la clause de non-concurrence. Il peut continuer à exercer pleinement ses libertés en cause et concurrencer l'ex-employeur. Il ne peut cependant, ce faisant, porter atteinte à l'opposabilité du droit de créance qui oblige, pour l'instant, l'ex-employé à ne pas faire de concurrence à son ex-employeur sur un territoire particulier et durant une période déterminée.

Comment le tiers peut-il y porter atteinte ? Il peut s'attaquer à la personne des débiteurs et créanciers et les empêcher matériellement d'exécuter, pour l'un, son obligation et d'exercer, pour l'autre, son droit. Il pourrait également s'attaquer directement au pouvoir interne du droit ou à son objet. Le lien de droit/obligation étant immatériel, il n'offre généralement pas d'assise à une violation de l'objet même du droit. Le tiers peut par contre s'immiscer dans le lien contractuel et, par ses agissements, notamment sur le terrain juridique, faire en sorte que le tiers ne puisse plus jouir de l'exercice de son droit : c'est ce qu'il fait en contractant avec le débiteur et en prévoyant une obligation incompatible avec l'engagement antérieur de non-concurrence. La participation du tiers au non-respect de l'obligation de non-concurrence par la conclusion d'un tel contrat avec le débiteur est une attaque au droit de créance. Cette attaque est certes spécifique vu l'objet particulier de ce droit. Elle existe néanmoins en ce qu'elle a pour objet de priver le créancier de tout ou partie de son droit de créance, c'est-à-dire, pour reprendre l'expression de Marcel Fontaine, de le priver de son droit à l'exécution de son obligation, par une immixtion dans ce lien de droit ¹⁸⁴⁰.

L'immixtion dans le lien de droit unissant le débiteur à son créancier, c'est-à-dire la participation chère à la théorie de la fraude simple, est une condition essentielle de l'atteinte au droit de créance en termes d'opposabilité. Elle prendra généralement la forme de la conclusion d'un acte juridique contradictoire rendant impossible, par le débiteur, l'exécution de tout ou partie des obligations corrélatives au droit du créancier en vertu du respect de l'obligation nouvelle récemment créée au bénéfice du tiers. Cet acte est également essentiel. Il faut, mais il suffit, que le débiteur accepte de s'engager dans l'acte juridique contradictoire qui lui est proposé pour créer l'immixtion objective du tiers dans la relation issue du pouvoir interne du droit. L'acte juridique contradictoire peut prendre des formes diverses. Il peut s'agir d'obligations opposées à celles dont est tenu le débiteur au profit du créancier. Par exemple, un contrat d'approvisionnement alors que le débiteur est tenu par une clause d'exclusivité au pro-

1840. Cf. *supra*, n° 410.

fit du créancier. Il peut aussi s'agir d'obligations du tiers incitant le débiteur à violer l'obligation corrélative au droit de créance. Par exemple, le tiers s'engage à prendre en charge tout ou partie des sommes qui seraient dues à titre de réparation par le débiteur au créancier.

Le tiers peut évidemment inciter le débiteur à contracter avec lui, sous réserve d'une attitude contraire aux usages honnêtes en matière commerciale ou de toute autre faute dans l'exercice de ses libertés. Même s'il use de pressions et pour autant que le tiers se dégage licitement de son lien, le problème éventuel de la tierce complicité n'existe pas. Il n'y aurait pas d'atteinte au droit de créance à défaut d'immixtion dans la relation débiteur/créancier. La responsabilité du tiers pourrait par contre éventuellement être engagée si une faute est ainsi constatée dans son chef et qu'elle crée un dommage réparable dans le chef de l'employeur. Mais une simple incitation, sans engagement particulier du tiers, à la violation du droit de créance ne pourrait suffire pour conclure à la violation de l'opposabilité du droit de créance. Celle-ci suppose une immixtion dans la relation juridique qui n'est alors pas réalisée. Elle ne se réalise que lorsqu'il est constaté que l'exécution des nouvelles obligations du débiteur à l'égard du tiers — ou celles du tiers à son profit — rendent impossible ou restreignent le bénéfice de l'exécution normale du droit de créance.

La tierce complicité n'est, en ce sens, qu'une forme particulière d'atteinte au droit de créance d'autrui, analogue à toutes les atteintes aux droits subjectifs qui s'attaquent soit aux titulaires du droit, soit à leur pouvoir, soit à la chose matérielle ou immatérielle qui en forme l'objet. Elle est spécifique lorsqu'elle peut prendre, vu les particularités de l'objet du droit de créance, la forme d'une immixtion du tiers dans la relation juridique qui unit le débiteur à son créancier. Cette immixtion doit trouver son origine dans un acte du tiers à l'égard du débiteur de l'obligation corrélative au droit de créance rendant l'exercice de ce droit impossible ou restreinte pour le créancier. Un lien de cause à effet doit donc exister entre l'acte du tiers, la violation par le débiteur de ses obligations et la restriction de l'usage normal du droit de créance à son égard par le créancier. Nous retrouvons très exactement l'élément objectif de la participation du tiers dans la violation de ses obligations contractuelles, cher au droit positif actuel.

Il s'agit en effet, pour le créancier, d'imposer le respect de son droit au tiers, titulaire de la liberté civile de contracter. Ce dernier ne trouve pas dans le pouvoir interne de sa liberté une source de légitimité *a priori* de la violation des droits subjectifs d'autrui. Il est au contraire soumis *a priori* au devoir strict de respect des droits subjectifs d'autrui qui se présentent à lui comme autant de limites aux pouvoirs contenus dans sa liberté civile ¹⁸⁴¹.

L'application du mode de résolution de conflit qu'est l'imposition implique donc que, dans le cadre de la tierce complicité, le créancier l'emporte en cas de violation de l'effet d'opposabilité de ce droit par le tiers titulaire d'une liberté civile.

Deux sanctions sont alors possibles. Le titulaire du droit de créance peut d'abord chercher à imposer son pouvoir au tiers par le biais de l'action en cessation de l'atteinte au droit attaché à tout droit subjectif. La sanction de cette atteinte est alors l'inopposabilité de l'acte pris en violation du droit de créance et de manière plus générale, la cessation de l'acte intentatoire au droit de créance ¹⁸⁴².

L'autre sanction est la réparation du dommage causé par l'acte attentatoire du tiers. Cette responsabilité sera rendue possible si, outre la réunion des autres conditions de la responsabilité, une catégorie particulière de faute est rapportée dans le chef du tiers : l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif de créance.

Avant d'analyser plus précisément la mise en œuvre de ces sanctions, il convient de s'attarder sur deux points qui auront joué un rôle important dans la disparition de l'opposabilité du droit de créance comme principe explicatif de la tierce complicité en droit positif : le risque d'annihilation des pouvoirs du tiers et le lien entre l'imposition du droit de créance et le principe d'opposabilité des conventions inscrit dans l'article 1165 du Code civil.

425

La proportionnalité comme mode de résolution de conflit défensif du tiers. Nous avons vu combien les défenseurs de la fraude simple ont souligné le risque de voir les pouvoirs du tiers réduits à néant par l'existence d'un devoir de respect d'une convention à laquelle ils n'étaient pas partie ou des droits qui en sont issus.

Ce risque est en réalité à relativiser fortement.

1841. Sur ce point, cf. *supra*, n° 368.

1842. Cf. *supra*, n°s 227 et s. et sur l'action en cessation de l'atteinte au droit de créance en cas de tierce complicité, *infra*, n° 428.

D'abord, parce que la limite que le titulaire de la liberté civile trouve dans les droits subjectifs d'autrui ne le prive nullement de l'exercice de sa liberté. Cette dernière est simplement limitée par le nécessaire devoir de respect des pouvoirs d'autrui dont le droit objectif a reconnu l'exclusivité au bénéfice des seuls titulaires de droits subjectifs. Sauf le nécessaire respect de la relation particulière existant entre le débiteur et le créancier, le tiers conserve l'intégralité des pouvoirs issus de ses libertés civiles. C'est à ce niveau une erreur théorique et un leurre de considérer que le respect des droits subjectifs acquis par des tiers réduirait la liberté des autres à néant.

Ensuite parce que les conflits qui amènent à l'application de la tierce complicité partent de situations de droit et de fait qui sont loin d'être intangibles. Si le débiteur est lié par certaines obligations, celles-ci trouvent leur source dans un contrat dont la durée de vie potentielle est forcément limitée. Par le terme convenu s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, par la possibilité de résiliation issue du droit commun ou aménagée par la convention pour les contrats à durée indéterminée. Le débiteur pourra dès lors, s'il le désire, mettre fin à sa qualité de débiteur afin de contracter avec le tiers. S'il le désire, certes : mais là est aussi sa liberté.

Enfin parce que le droit objectif offre au titulaire de la liberté civile une défense très efficace à l'encontre d'une mise en œuvre excessive de l'imposition des droits subjectifs d'autrui par un autre mode de résolution de conflit qu'est la proportionnalité, appliquée au travers de la théorie bien connue de l'abus de droit.

Le créancier qui imposerait son droit subjectif aux tiers en créant dans le chef de ces derniers un dommage sans proportion avec le bénéfice qu'il retire de l'exercice de son droit serait en effet susceptible d'engager sa responsabilité civile dans le cadre de la théorie de l'abus de droit. Le tiers, dans le cadre de la tierce complicité, doit certes respecter le droit de créance d'autrui et peut être sanctionné pour ne l'avoir pas fait. Mais l'exercice des droits qu'il retire de sa situation privilégiée ne peut se faire sans tenir compte des intérêts légitimes du tiers. Il en résulte que le juge peut très bien modaliser l'exercice des droits de défense du droit de créance afin d'éviter tout exercice manifestement excessif de ceux-ci.

Il faudra, certes, qu'une disproportion évidente apparaisse entre les intérêts en cause. Mais une fois celle-ci constatée, toutes les circonstances propres au conflit seront prises en considération afin de prévenir tout abus dans le chef du créancier et, le cas échéant, de réparer le dommage du tiers qui en résulterait.

L'application de l'abus de droit dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs du créancier est totalement ignorée en droit positif actuel. Pourtant, les juges pourront y trouver un moyen particulièrement efficace de s'opposer à une imposition qui pourrait apparaître, au vu des circonstances de fait propres à la cause, contraire à l'équité. Par exemple en cas de demande d'annulation ou d'inopposabilité du contrat conclu par le tiers. Une telle sanction pourrait parfois apparaître comme excessive au vu des circonstances et l'allocation de dommages et intérêts pourrait raisonnablement indemniser le titulaire du droit de créance pour les dommages réellement subis tout en laissant subsister l'acte attentatoire au droit. Il pourrait en être ainsi en cas de violation de droits de créance n'apportant qu'un avantage limité au créancier au vu du dommage très important que pourrait engendrer ladite annulation ou inopposabilité. Nous pensons par exemple à des situations où une clause de non-concurrence aurait été violée alors qu'elle arrive presque à terme et que, vu les circonstances, l'annulation du nouveau contrat pourrait avoir des conséquences particulièrement dommageables pour le tiers (perte d'une commande mettant en péril l'entreprise, etc.).

Il convient également de rappeler que le créancier n'a pas que l'action en tierce complicité ouverte pour défendre son droit. Il peut également engager la responsabilité contractuelle du débiteur. Cette possibilité — pourvu qu'elle soit satisfaisante pour le créancier — devrait, selon nous, être également prise en compte dans la mise en balance des intérêts inhérente à la proportionnalité.

426

La conformité du modèle à l'interprétation dominante de l'article 1165 du Code civil. Nous avons vu combien l'interprétation de l'article 1165 du Code civil a joué un rôle dans les débats suscités par la tierce complicité.

Il convient de montrer à quel point ce débat était inutile en la matière, du moins en termes de justification de la théorie de la tierce complicité et du rejet de l'admission de l'existence de devoir de respect quant au droit de créance.

Soulignons d'abord que notre méthode de raisonnement n'aboutit pas à des résultats inconciliables avec l'effet traditionnel reconnu à l'article 1165 du Code civil. La relativité des conventions ne fait en effet pas obstacle à l'opposabilité des droits qui en sont issus. Cette relativité implique principalement, pour le tiers, dans une hypothèse de conflit pouvant donner lieu à tierce complicité, que la convention ne peut lui nuire en ce sens qu'elle lui imposerait des obligations auxquelles il n'a pas consenti. L'opposabilité du droit de créance n'a pas pour effet de rendre le tiers tenu par une obligation issue du contrat et, en quelque sorte,

de le forcer à rentrer dans un lien obligationnel qui lui serait imposé par le créancier. La situation du tiers tenu par un devoir de respect des droits de créance issus de la convention ne l'assimile pas à un débiteur. Il n'est pas tenu par le pouvoir interne du droit de créance, mais seulement par le devoir de respecter l'existence du lien obligationnel liant le débiteur à son créancier.

La doctrine de la fraude simple assimile donc à tort le devoir de respect des droits de créance d'autrui avec l'obligation à laquelle est tenu le débiteur à l'égard du créancier. Sans doute parce que, confusément, elle reste trop attachée à l'opposition entre le caractère « absolu » du droit réel et le caractère « relatif » du droit personnel. Admettre l'opposabilité du droit réel, c'est simplement admettre que le pouvoir exclusif du titulaire du droit sur le bien qui en forme l'objet est une réalité juridique qui s'impose aux tiers. Admettre l'opposabilité du droit de créance, c'est simplement admettre que l'existence du lien de droit exclusif qu'il contient et qui lie le seul débiteur au créancier est une réalité juridique qui s'impose au tiers. Il y va, nous l'avons dit, de l'effet externe du droit comme de l'effet externe d'une convention : l'existence de la relation juridique qu'ils contiennent s'impose aux tiers.

L'opposabilité de la convention permet ou impose aux tiers de tenir compte de l'existence du contrat et des effets qu'il a entre parties. Elle s'impose aux tiers comme corrélatif nécessaire de l'effet relatif de la convention. Si la convention est le lieu de création d'une situation juridique particulière dans laquelle les parties créent entre elles et pour elles seules un réseau de droits et obligations réciproques, alors l'existence même de ce lieu s'impose aux tiers qui ne peuvent faire comme s'il n'existait pas. Ce lieu est une réalité, voulue par le droit objectif, et qui s'impose, à ce titre, aux tiers. Si elle ne s'imposait pas, l'affirmation de la relativité serait mise en péril : le lieu réservé aux parties n'aurait aucune existence juridique vis-à-vis des tiers. Il convient de remarquer que l'effet d'opposabilité aux tiers n'est du reste pas sous le contrôle des parties. Ce ne sont pas elles qui imposent aux tiers la convention qu'elles créent. Cette opposabilité est censée voulue par le droit objectif comme corollaire nécessaire et indispensable au principe de relativité. Le voudraient-ils même qu'ils ne pourraient empêcher par exemple les tiers de tirer, le cas échéant à leur profit, toutes les conséquences de l'existence de la convention existante entre parties. Ce tiers peut par exemple tirer de cette convention l'existence de la qualité de propriétaire d'une partie ou l'existence d'une dette.

Cette opposabilité n'est pas remise en question par notre modèle. Nous avons par contre indiqué pourquoi, à notre avis, il convenait de distinguer l'opposabilité de la convention de l'opposabilité des droits qui en

sont issus¹⁸⁴³. Opposer une convention n'a pas le même sens qu'opposer les droits qu'elle crée. L'opposabilité de la convention n'implique pas l'opposabilité de ses droits. Si une personne devient propriétaire d'un bien par l'effet d'une convention, le droit de propriété sur le bien ne doit pas être respecté du fait de l'existence de la convention mais parce qu'il s'agit d'un droit de propriété, consacré par le droit objectif, qui emporte la reconnaissance d'un pouvoir exclusif, déterminé par la loi, au bénéfice de son seul titulaire sur le bien qui en forme l'objet. Il n'en va pas autrement pour le droit de créance et la convention dont il est issu. Il va par contre, comme le rappelait Geneviève Viney, de l'unité de la qualification de droit subjectif¹⁸⁴⁴.

L'opposabilité de la convention, complément nécessaire à sa relativité, impose la reconnaissance par les tiers de la modification de l'ordonnement juridique qu'elle implique et qu'elle a pour but d'opérer. Mais l'opposabilité des conventions est incapable d'expliquer en elle-même l'opposabilité des droits qui y sont contenus. Le problème n'est plus ici d'opposer au tiers l'existence d'une modification de l'ordonnement juridique par respect de l'effet interne de la convention entre parties. En cas de tierce complicité, cet effet n'est du reste pas remis en cause par le tiers. Celui-ci admet l'existence d'une convention entre le débiteur et le créancier. Il ne prétend pas que le débiteur n'est pas tenu, que le créancier est sans droit ou que la convention a, entre parties, une autre portée que ce qu'elles prétendent. Il s'attaque au pouvoir du créancier d'obtenir l'exécution de son dû alors que l'opposabilité du droit de créance lui impose de respecter son existence et ses effets entre le créancier et son débiteur. Et c'est à cette opposabilité que le tiers est alors confronté lorsque le créancier se plaint de sa participation à la violation par le débiteur de ses obligations.

L'effet externe du droit de créance ne naît pas de l'effet interne de la convention. Il préexiste à l'affirmation de la relativité de la convention et à la reconnaissance d'effets spécifiques de la convention à l'égard des tiers. L'effet relatif de la convention n'a de sens que si, préalablement, le droit objectif a décidé que la convention allait créer des liens juridiques particuliers entre parties, à savoir des droits et des obligations corrélatives. Ces liens ne sont pas définis dans le principe de relativité des contrats. Ils obéissent à des principes distincts de ceux issus de l'article 1165 du Code civil, issus des définitions de base prévues par ce code (convention, les divers types d'obligations, etc.) et qui régissent la validité de la naissance

1843. Cf. *supra*, n° 216.

1844. Cf. *supra*, n° 413.

des droits et obligations, leurs effets juridiques entre parties et les sanctions qui frappent le débiteur qui n'exécute pas ses obligations. L'article 1165 du Code civil n'a pas cet objet. Il ne règle qu'un problème spécifique, l'effet des conventions à l'égard des tiers.

L'opposabilité du droit de créance ne peut donc, pas plus que pour les autres droits subjectifs, être confondue avec l'opposabilité des conventions desquelles il est issu. L'opposabilité du droit de créance trouve son explication dans la notion de droit subjectif¹⁸⁴⁵. Elle est le corollaire de la relativité du droit subjectif voulue par le droit objectif. Elle assure le respect de cette relativité par les tiers. Le droit de créance se définit comme un droit subjectif dès lors qu'il emporte pour le créancier, un pouvoir exclusif à l'égard de son débiteur. Si les droits et obligations lient de manière spécifique le créancier et son débiteur, ce lien entre eux doit être respecté quant à son existence et ses spécificités par les tiers.

427

La mise en œuvre de la responsabilité civile du tiers. Le tiers qui viole le devoir de respect attaché au droit du créancier peut, le cas échéant, commettre une faute spécifique au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Dans le travail préparatif à l'élaboration de notre modèle de résolution de conflits, nous avons déterminé les critères de l'atteinte fautive aux droits subjectifs de tiers¹⁸⁴⁶. Nous avons conclu qu'il était nécessaire de déterminer à quelles conditions l'acte attentatoire pouvait, en lui-même, révéler une faute, l'opposant à l'atteinte au droit subjectif comme résultant d'un acte fautif préalable.

Nous avons considéré que l'atteinte au droit subjectif d'autrui révélait, en elle-même, une faute si cette atteinte était portée consciemment et volontairement¹⁸⁴⁷. Deux éléments étaient donc nécessaires : l'élément objectif constitué de l'atteinte au droit et, outre l'imputabilité, un élément subjectif particulier, la conscience et la volonté de porter atteinte au droit d'autrui.

Les critères de la faute du tiers complice, tels que mis en œuvre dans la théorie de la fraude simple, répondent presque exactement à notre critère spécifique de la faute en tant que violation des droits subjectifs d'autrui.

1845. Cf. *supra*, n^{os} 217 et s.

1846. Cf. *supra*, n^{os} 265 et s.

1847. Cf. *supra*, n^{os} 270 et s.

En matière de tierce complicité, l'élément objectif est constitué par la participation objective du tiers à la violation de l'obligation par le débiteur. Nous nous sommes déjà expliqué sur cette assimilation lorsqu'il a été montré que l'agissement du tiers constituait une violation de l'effet d'opposabilité du droit de créance par immixtion dans la relation juridique liant le créancier à son débiteur¹⁸⁴⁸.

L'élément subjectif correspond à la connaissance préalable par le tiers de l'obligation contractuelle qui lie le débiteur et à la participation consciente du tiers à cette violation.

La condition de conscience de l'atteinte fautive au droit subjectif se retrouve dans le critère de la connaissance préalable du lien obligationnel auquel est tenu le débiteur. Affirmer cette condition de connaissance, c'est affirmer que le tiers doit connaître l'existence du droit de créance. Ce n'est qu'à cette condition que le tiers peut savoir qu'il est tenu par le devoir strict de respect de l'effet externe du droit, c'est-à-dire de l'effet propre à son opposabilité. Le tiers ne peut être fautif d'avoir violé ce devoir que s'il en connaissait l'existence. La condition de connaissance effective du droit est donc identique dans notre théorie et dans la théorie de la tierce complicité.

La condition du caractère volontaire de l'atteinte fautive aux droits subjectifs se retrouve dans le critère de participation consciente du tiers à la violation, par le débiteur, de son obligation corrélatrice au droit de créance. Elle naît de la nécessité de distinguer l'atteinte fautive au droit d'autrui de l'atteinte qui est la résultante d'un acte fautif préalable. Lorsque le tiers connaît l'existence du droit subjectif et le devoir de respect qui pèse sur lui et qu'il commet l'atteinte en connaissance de cause, il agit volontairement. Lorsque le tiers connaît l'existence du droit et de l'obligation corrélatrice au droit de créance, il sait que le respect de l'acte qu'il se propose de conclure avec le débiteur l'empêchera de remplir son obligation. S'il agit néanmoins et conclut la convention, il porte volontairement atteinte au droit de créance au sens précité.

Notre théorie rejoint donc très exactement celle de la tierce complicité quant aux conditions de la faute particulière du tiers que celle-ci vient sanctionner.

428

L'émergence d'une action en cessation de l'atteinte au droit de créance indépendante de la responsabilité civile. Comme tout droit subjectif, le droit de créance est doté d'une sanction propre à la violation de son effet d'opposabilité indépendante de la responsabilité civile.

1848. Cf. *supra*, n° 423.

Le titulaire du droit de créance peut en effet demander à un juge de prononcer l'inopposabilité des actes pris en violation de son droit et de donner injonction au tiers de cesser l'atteinte à son droit subjectif¹⁸⁴⁹. Il suffira que le juge constate, d'une part, l'atteinte objective au droit de créance et, d'autre part, l'absence dans le chef du tiers d'un pouvoir lui permettant de légitimer cette violation. Sauf à disposer d'un droit subjectif lui permettant de neutraliser l'effet d'opposabilité du droit de créance, le tiers peut faire éventuellement appel au mode de résolution de conflit correcteur qu'est la proportionnalité. Dans le cas contraire, il ne pourra jamais justifier l'atteinte portée au droit de créance et devra donc obéir à l'injonction.

Cette action a en réalité pour objet la cessation de l'atteinte objectivement illicite du tiers et non la réparation du dommage subi. C'est pourquoi elle est indépendante de toute responsabilité du tiers. Sa bonne ou mauvaise foi est sans effet sur le résultat de l'action en cessation.

Cette action est inconnue par le droit positif actuel en matière de tierce complicité. L'action qui sanctionne la tierce complicité est en effet, selon l'opinion unanime, une pure action en responsabilité extracontractuelle. Fonder la tierce complicité sur l'effet d'opposabilité change dès lors, sur ce point, les règles du jeu. Le créancier pourrait en effet théoriquement obtenir une cessation de l'atteinte à son droit de créance sans prouver de faute dans le chef du tiers et sans que la méconnaissance du droit de créance par le tiers ne puisse permettre d'échapper à la sanction. Il y a donc objectivation complète de la théorie sur ce point.

Cette objectivation est cependant parfaitement logique et cohérente dans la théorie globale du droit subjectif. Personne ne conteste ce type d'action pour les droits réels et les droits d'auteur. Cette sanction pourrait cependant apparaître comme particulièrement sévère et comme introduisant en cette matière une insécurité juridique allant à l'encontre de la sécurité dynamique du commerce juridique. Le tiers qui aurait de bonne foi contracté avec le débiteur s'est fié à une situation apparente qui lui paraissait légitime¹⁸⁵⁰.

Ne devrait-on dès lors pas soumettre cette action à la condition d'une connaissance préalable de l'existence du droit de créance par le tiers ? Nous avons vu que la connaissance du droit n'est pas une condition de l'effet d'opposabilité des droits subjectifs en général¹⁸⁵¹. En ce qui con-

1849. Cf. *supra*, n° 227.

1850. Cf. *supra*, n° 225.

1851. Cf. *supra*, n° 224.

cerne les droits de créance, rien ne permet *a priori* de déroger au principe de leur opposabilité dès leur création. Affirmer le contraire de manière générale serait non seulement en opposition avec la réalité¹⁸⁵², mais injustifiable en vertu d'une règle existante du droit objectif. L'effet d'opposabilité prend sa source dans le droit objectif qui crée et organise chacun des droits subjectifs. On ne pourrait déroger à la règle de l'opposabilité sans application d'une autre règle permettant de fonder ladite dérogation. Un appel de nos vœux à l'existence d'une telle dérogation n'y changerait rien¹⁸⁵³.

Rappelons cependant que le tiers pourra toujours tenter de faire échec à la demande en invoquant la théorie de l'abus de droit et la mise en œuvre de la proportionnalité. Toutefois, il convient de se rappeler que dans d'autres situations, par exemple l'action en contrefaçon du droit d'auteur, le droit positif sanctionne le contrefaisant même s'il est certain que ce dernier n'a pu connaître au préalable l'existence du droit d'auteur sur l'œuvre ou s'était vu garantir l'existence de ces droits par son cocontractant. Le besoin de sécurité juridique serait-il plus important en matière de droit de créance ? Nous n'avons pas de réponse à cette question et pensons qu'elle doit être résolue au niveau de règles spécifiques introduites dans le corpus de règles du droit objectif.

Quoi qu'il en soit, la méthode proposée permet d'y voir un peu plus clair dans les sanctions de la théorie de la tierce complicité.

Outre les sanctions de réparation — en nature ou par équivalent —, l'inopposabilité et la cessation de l'atteinte peuvent frapper la violation du droit de créance par le tiers. Si ces actions peuvent être distinctes, l'inopposabilité peut être demandée également au terme de l'action en réparation. Nous assignons cependant un fondement distinct à ces deux types de sanction, ce qui nous apparaît plus conforme à la notion de réparation et permet de comprendre pourquoi l'inopposabilité est admise en droit positif à côté des sanctions traditionnelles liées à l'action en réparation.

429

La théorie de la méconnaissance des droits d'autrui : une théorie méconnue ? Le modèle de résolution de conflit se rapproche naturellement de la thèse de la méconnaissance des droits d'autrui, développée principalement par Jean Limpens. Si des différences de fondement nous séparent de celle-ci — nous ne fondons pas l'opposabilité du droit de créance sur

1852. Pour des exemples où l'opposabilité du droit de créance joue sans connaissance préalable, cf. *supra*, n° 225.

1853. Cf. *supra*, n° 225 *in fine*.

l'article 1165 du Code civil et nous lions la condition de connaissance à la responsabilité du tiers et non à l'opposabilité du droit de créance —, nos conclusions sont très proches de celles de Jean Limpens.

Cette théorie a été mal comprise par la doctrine de la fraude simple. Nous ne reviendrons pas sur les critiques portées au départ de l'interprétation de l'article 1165 du Code civil, puisque nous nous sommes déjà longuement expliqué sur l'absence de contradiction entre l'affirmation de l'opposabilité des droits et de l'opposabilité des conventions.

Une autre critique souvent émise à l'égard de la théorie de Jean Limpens consiste à lui reprocher une mise en cause trop automatique de la responsabilité du tiers. Sa théorie n'impliquerait nullement que soit rapportée la preuve d'une faute contractuelle dans le chef du débiteur ni que le tiers participe activement à la violation du contrat. La méconnaissance des droits de créance d'autrui suffirait ¹⁸⁵⁴.

On peut être tenté de trouver un fondement à cette critique dans un ouvrage de Jean Limpens de 1943, où il énonçait que « Het bewijs van deze kennis is noodzakelijk, maar ook op zichzelf voldoende. Van het ogenblik af dat men in kennis wordt gesteld van een overeenkomst tussen andere partijen gesloten, dient men er rekening mede te houden. Welnu de meest elementaire plicht van dengene die rekening wenscht te houden met een overeenkomst, waarvan de consequenties zich aan hem opdringen, bestaat toch wel in de onthouding van alle contract die een overtreding van bedoelde overeenkomst in zich sluit » ¹⁸⁵⁵.

Cette critique est surtout influencée par les arrêts de la seconde période de la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous verrons ¹⁸⁵⁶ que ces décisions ont été interprétées par certains comme rejetant la thèse de la méconnaissance consciente des droits d'autrui. Ils ont approuvé la Cour de cassation qui reprochait à l'arrêt entrepris d'être parti du principe que la simple connaissance d'un contrat octroyant un monopole d'import-

1854. Voy. par exemple, I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, op. cit., p. 267 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 132 ; R. KRUIJTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », op. cit., p. 105, n° 9 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., p. 535, n° 245.2. ; voy. également, M. WÆLBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », op. cit., p. 343 et s.

1855. Traduction libre ; J. LIMPENS, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, op. cit., p. 102, n° 163.

1856. Cf. le paragraphe suivant.

tation d'un bien suffisait pour retenir la responsabilité du tiers, même si ce dernier s'était fourni auprès d'un tiers au contrat. Ces auteurs ont induit de cette critique le rejet de la théorie défendue par Jean Limpens.

Cette induction est pourtant erronée. Nous verrons au paragraphe suivant que les arrêts en question n'ont pas condamné les thèses de Jean Limpens. Ce dernier a du reste approuvé l'arrêt du 17 juin 1960 (a). Une lecture approfondie des thèses de l'auteur révèle en outre qu'il n'a visé dans sa théorie que des cas de figure de tierce complicité impliquant la constatation d'une participation du tiers à la violation du contrat, et plus précisément, à la violation du droit de créance qui en est issu (b).

- a) Si l'on se place dans la logique critique de la doctrine précitée, le père de la théorie de la méconnaissance des droits d'autrui aurait nécessairement critiqué les arrêts de la Cour de cassation identifiés comme faisant partie de la seconde période. Or, il n'en est rien.

En 1961, lorsqu'il énonce de manière la plus complète sa théorie, Jean Limpens a recours à l'arrêt de cassation du 11 juin 1960, seule décision alors publiée et classée ci-avant dans la seconde période de la jurisprudence de la Cour. Il s'y réfère à deux reprises.

Dans un premier temps, il le fait non pour critiquer cet arrêt d'avoir rejeté sa théorie, mais pour y trouver un appui : « Récemment encore, la Cour de cassation a implicitement reconnu, dans une affaire de monopole de vente, que l'opposabilité n'est pas contraire au prescrit de l'article 1165 du Code civil. Et dans les conclusions qui précèdent cet arrêt, M. l'avocat général Dumon laisse nettement entendre que la simple connaissance par une personne de l'existence d'un contrat à la violation duquel il prête sciemment son concours suffit à engager sa responsabilité »¹⁸⁵⁷. L'auteur ne dit pas qu'il y avait tierce complicité dans l'espèce tranchée. Il ne dit pas non plus que l'opposabilité de la convention de monopole de vente impliquait, en l'espèce, une faute dans le chef de l'acheteur des biens faisant l'objet du monopole. Il relève seulement, avec raison, que l'arrêt en cause paraît permettre l'existence de la théorie de l'opposabilité qu'il défend.

Dans un second temps, l'auteur fait référence à cet arrêt lorsqu'il exemplifie la précarité de la protection des droits de créance¹⁸⁵⁸. Cet appel à la décision précitée est plus ambigu. Les titulaires de droits de créance seraient nécessairement moins protégés en raison de

1857. J. LIMPENS, « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », *op. cit.*, p. 99, n° 24.

1858. *Ibid.*, p. 103, n° 32.

l'absence de publicité qui entoure leur naissance. En conséquence, l'existence de ces droits pourra être mise en péril par l'action du tiers de bonne foi. L'auteur donne alors l'exemple d'un producteur qui accorde un monopole de vente à son cocontractant. Ce dernier, d'après lui, ne pourrait intenter une action contre un autre monopoliste qui, de bonne foi, aurait été investi *du même monopole*. L'auteur, par une note placée à la fin de cet exemple, renvoie ses lecteurs à l'arrêt du 11 juin 1960.

Force est pourtant de reconnaître que l'arrêt en question ne vise pas la même situation que celle reprise par Jean Limpens dans son exemple. En effet, dans cet arrêt, rien ne permet de croire que le tiers aurait acquis, également, *le même monopole d'importation*. Cette dernière situation supposerait nécessairement un lien contractuel entre ce tiers et celui qui accorde le monopole ou son cocontractant¹⁸⁵⁹. Or, la seule constatation en fait reprise par l'arrêt porte sur l'existence d'une importation d'un produit identique à celui couvert par le premier monopole. Le renvoi à l'arrêt du 17 juin 1960 ne peut donc se comprendre que par l'interprétation qu'en donne l'auteur, à savoir une approbation implicite de sa propre thèse, en ce compris l'exigence de bonne foi exprimée par la condition de la connaissance. Ici encore, on ne peut inférer de ce renvoi une critique du raisonnement de la Cour.

En outre, dans leur chronique de droit des obligations publiée en 1964¹⁸⁶⁰, Jean Limpens — avec Robert Kruithof — indiquent expressément que l'arrêt du 17 juin 1960 ne pouvait avoir pris position sur la controverse née de l'arrêt de 1932 car « il n'était pas établi en l'occurrence — condition indispensable à l'existence de la « tierce complicité » que le fournisseur étranger du commerçant belge, qui brisait le monopole, avait commis une faute contractuelle, ni que le tiers était au courant de cette faute »¹⁸⁶¹.

- b) Ensuite, indépendamment de l'arrêt du 17 juin 1960, Jean Limpens n'a jamais pensé qu'à des cas où, selon tous, la théorie de la tierce complicité pouvait s'appliquer : un tiers contracte avec le débiteur

1859. Cet exemple apparaît donc comme mal choisi. Dans ce cas de figure, le conflit porte sur l'existence d'un même droit accordé à différents titulaires. La tierce complicité n'est alors d'aucune utilité, le conflit devant trouver une solution dans l'application d'autres règles, comme par exemple la règle de l'antériorité.

1860. J. LIMPENS, R. KRUIHOF, « Examen de jurisprudence (1960 à 1963) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 499 et s.

1861. *Ibid.*, p. 499, n° 55.

d'une obligation contractuelle qui s'en trouve violée. La participation du tiers et la violation du contrat par le débiteur sont deux conditions exprimées dans sa théorie.

La définition qu'il donne, dès 1943, de la tierce complicité est sur ce point sans ambiguïté : « Met het begrip « derdemedeplichtigheid » bedoelen de auteurs en de rechtbanken, over 't algemeen, de foutieve gedraging van degene die aan andermans contractbreuk deelneemt. »¹⁸⁶².

Pour l'auteur, cependant, l'élément de participation à la violation contractuelle ne paraît pas devoir être compris comme une condition de la responsabilité du tiers, mais bien comme un élément de fait indispensable à l'émergence des situations donnant lieu à l'application de la théorie de la tierce complicité¹⁸⁶³.

Il s'en explique dans une critique d'une thèse de Hugueney, parue en 1910, consacrée à la théorie analysée¹⁸⁶⁴. La tierce complicité est structurée par deux éléments : un élément de « conscience » et un élément « réel ». D'après Jean Limpens, ces deux éléments sont connexes. L'élément « réel » est précisément le comportement actif du tiers consistant dans la relation contractuelle nouée avec le débiteur :

1862. J. LIMPENS, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, op. cit., p. 93, n° 153 ; le titre de l'article écrit huit ans plus tard est également révélateur de sa conception de la tierce complicité : « La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat ». Ce titre implique bien la violation du contrat par le débiteur et la participation (complicité) du tiers à cette violation. Dans son premier ouvrage, quelques lignes plus loin, en concluant sa démonstration suivant laquelle sa vision de la tierce complicité est conciliable avec la thèse du procureur général Leclercq concernant la violation d'un droit comme critère de l'illicéité, il énonce encore : « De contractbreuk en de hulpverleening aan contractbreuk betekenen dus noodzakelijk de krenking van een recht » (*ibid.*, p. 103, n° 164).

1863. Il est révélateur que dans ses chroniques de jurisprudence, Jean Limpens a toujours présenté la controverse suscitée par l'arrêt de 1932 comme portant sur l'intensité de la participation du tiers : soit il agit en connaissance de cause, soit avec l'intention de nuire : « [...] les uns soutenant que la seule connaissance d'une convention engage la responsabilité du tiers qui participe à sa violation, les uns estimant que le tiers doit en outre avoir agi avec l'intention de nuire » (J. LIMPENS, J. VAN DAMME, « Examen de jurisprudence (1956-1959) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1960, p. 379, n° 71) ; voy. aussi, J. LIMPENS, « Examen de jurisprudence (1949 à 1952) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1953, p. 62, n° 27 ; J. LIMPENS, R. KRUIJTHOF, « Examen de jurisprudence (1960 à 1963) — Les obligations », op. cit., p. 499, n° 55 ; « Examen de jurisprudence (1964 à 1967) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1969, p. 223, n° 39, spéc. : « Mais, le doute persiste quant à la question de savoir si la seule connaissance d'une convention est de nature à engager la responsabilité du tiers qui participe directement à la violation de cette convention ».

1864. J. LIMPENS, *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, op. cit., p. 113, n° 178.

« Een tweede element, een handelend optreden is nodig opdat de onrechtmatigheid zou blijken. [...] zal het nieuw contract op zichzelf het vereiste actief optreden van de medeplichtige uitmaken. Het valt immers op dat wie een contract sluit, dat noodzakelijk indruischt tegen een bestaande overeenkomst, werkelijk medewerkt, zich medeplichtig maakt, zijn hulp verleent of deelneemt aan andermans contractbreuk »¹⁸⁶⁵. Ce présupposé lui donne un argument pour confondre la thèse de la fraude qualifiée. Nul besoin de provocation, d'incitation etc. dans le chef du tiers. L'élément réel mis en avant suffit.

L'élément de « conscience » et l'élément « réel » sont connexes car le premier découle du second. La faute extracontractuelle est la conséquence d'un acte juridique, le contrat conclu entre le tiers et le débiteur, donc d'un comportement volontaire¹⁸⁶⁶. Cet acte volontaire devient, dans le chef du tiers, en application de l'article 1382 du Code civil, illégitime dans le cadre de la tierce complicité dès lors que le tiers connaissait le contrat noué entre le débiteur et son créancier, et, par conséquent, le droit de créance de ce dernier. Nous pouvons donc résumer la pensée de l'auteur comme suit. La tierce complicité suppose l'existence d'un acte juridique posé par le tiers qui implique par définition la conscience de l'acte posé. La connaissance de l'obligation préexistante de son cocontractant, implique dès lors nécessairement qu'il participe consciemment à la violation de ce contrat. On retrouve précisément les deux éléments dont on a dit, erronément, qu'ils étaient absents de cette théorie : la participation du tiers et le manquement contractuel.

Contrairement à ce que l'on a pu penser¹⁸⁶⁷, l'opinion de Limpens émise en 1960 est conforme à la pensée qu'il exprimait déjà près de dix ans auparavant avec Jean Van Ryn. Une lecture attentive de la note d'arrêt des deux auteurs montre bien que, dans leur esprit, la théorie de la tierce complicité *suppose* le concours du tiers à la violation du contrat¹⁸⁶⁸. Or, cette dernière violation ne peut se

1865. *Ibid.*

1866. *Ibid.*, p. 128, n° 189.

1867. Conclusions du procureur général F. Dumon sous Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *R.W.*, 1960-1961, col. 319.

1868. J. LIMPENS, J. VAN RYN, « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », *op. cit.* : « On peut difficilement prétendre que le fait de prêter son concours à la violation d'un contrat ne soit pas constitutif de faute » et ensuite, résumant le débat qui oppose les adversaires à ceux qui approuvent l'arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1932 : « Les uns soutiennent, avec la Cour de cassation, que la seule connaissance d'une

comprendre que par le non-respect du débiteur de ses obligations contractuelles. Les auteurs font porter le débat non pas sur la participation du tiers à la violation du contrat, mais sur l'intensité de cette participation : « Les autres, au contraire, faisant une application plus exacte, à notre avis, des principes de la responsabilité aquilienne, font remarquer que l'article 1382 du Code civil réprime toute faute, même la plus légère, et que celui qui prête sciemment son concours à la violation d'un contrat commet manifestement une telle faute »¹⁸⁶⁹.

Les auteurs ont certes indiqué que l'arrêt du 24 novembre 1932 était inconciliable avec un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 22 octobre 1947 dont les faits sont analogues aux affaires qui donneront lieu aux arrêts de la seconde période¹⁸⁷⁰. Ce faisant, ils n'ont pourtant en rien renié l'exigence de la participation du tiers à la violation du contrat.

Une ambiguïté apparaît cependant dans le raisonnement des auteurs : ils n'ont pas clairement relevé que cette condition n'était pas remplie dans les faits de la cause car ils se contentent d'énoncer que : « Dans cette espèce, la participation à la violation du contrat était lointaine et indirecte, puisque le commerçant accusé de concurrence illicite n'était même pas en relation immédiate avec les contractants. » Ils ont ensuite, sans livrer leur opinion, énoncé la portée de l'enseignement de l'arrêt commenté : « Cette décision implique, semble-t-il, que les usages honnêtes en matière commerciale obligent à ne point accomplir d'actes dont on sait qu'ils sont

convention n'engage pas la responsabilité du tiers *qui a participé avec le débiteur à son inexécution* ; qu'il faut en outre et nécessairement qu'il ait agi en vue d'aider celui-ci à violer ses engagements » (p. 88, n° 5 ; nous soulignons) ; « Pour nous, toute la question se résume à savoir si le contrat à la violation duquel un tiers a participé est licite ou illicite » (p. 94, n° 13) ; en conclusions, les auteurs énoncent que « [...] le fait de prêter sciemment son concours à la violation d'un engagement contractuel constitue une faute. La liberté du commerce ne saurait faire obstacle à l'application de ce principe, car s'il est vrai qu'on est libre de contracter avec quiconque, il en est autrement *lorsqu'on sait que celui à qui on s'adresse violerait, en contractant, un engagement licite qu'il a pris à l'égard d'autrui* » (p. 96, n° 15 ; nous soulignons).

1869. *Ibid.*, p. 89, n° 5 ; on retrouve la même idée lorsqu'ils démontrent que la doctrine et la jurisprudence françaises, appelées en soutien par le procureur général Leclercq sous l'arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1932, sont opposées à la thèse retenue par la Cour, mais conformes à leur propre opinion (p. 92 et 93, n°s 10 et 11) ; cette conception de la tierce complicité est du reste reprise mot pour mot de celle exprimée par Jean Limpens dans une de ses premières chroniques de jurisprudence (J. LIMPENS, « Examen de jurisprudence (1949 à 1952) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1953, p. 63, n° 27).

1870. *Ibid.*, p. 95 et 96, n° 14.

interdits par une convention valable et licite, même si l'on n'est point partie soi-même à cette convention. La simple connaissance d'un monopole est considérée comme suffisante, par la Cour, pour priver le tiers de son « droit » (disons plutôt de sa faculté) d'acheter et de vendre. » Il résulte de ce qui précède que si l'on peut éventuellement y voir, *quod non*, une approbation du raisonnement de la cour d'appel, les auteurs invitent à comprendre qu'il ne s'agit plus alors d'un problème de tierce complicité — la violation du contrat est lointaine et indirecte —, mais d'une application simple des usages honnêtes en matière commerciale, autre arme qui permet aux tribunaux de lutter contre la constitution de monopoles de fait considérés comme nuisibles.

Les opposants à la théorie sont donc trop rapidement arrivés à la conclusion que, pour les situations de fait visées par les arrêts de la seconde période, la théorie en question aurait impliqué la mise en cause de la responsabilité du tiers et que la participation du tiers à la faute contractuelle du débiteur n'était pas une condition nécessaire dans la théorie de Jean Limpens.

Cet auteur a contenu ces conditions dans les éléments de fait donnant lieu à l'application de la théorie de la tierce complicité plutôt que dans les conditions de la faute du tiers, comme le feront ensuite les défenseurs de la théorie de la fraude simple.

430

L'absence de condamnation de la théorie de la méconnaissance des droits de créance d'autrui dans les arrêts de la Cour de cassation. D'aucuns ont vu dans les trois décisions de la Cour de cassation¹⁸⁷¹, classées ci-avant dans la seconde période de la jurisprudence de la Cour, le coup d'arrêt définitif de la théorie de la méconnaissance consciente des droits d'autrui¹⁸⁷².

1871. Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *Pas.*, I, 1991 et s. ; *J.T.*, 1960, p. 627 et obs. L. VAN BUNNEN ; *R.C.J.B.*, 1961, p. 449 et note S. FREDERICQ ; *R.W.*, 1960-1961, col. 171 et conclusions du procureur général F. DUMON, col. 316 ; Cass. (1^{re} ch.), 3 novembre 1961, *Pas.*, 1962, p. 252 et s. ; *J.T.*, 1961, p. 737 et conclusions de l'avocat général F. DUMON ; Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 270 et s.

1872. Voy. par exemple, E. DIRIX, « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », *op. cit.*, col. 431 ; R. KRUIJTHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », *op. cit.*, p. 106, n° 11 ; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », *op. cit.*, p. 370 ; P. WÉRY, « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 103, n° 24 ; de manière plus nuancée, voy. M. WAELBROEK, « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *op. cit.*, p. 344 et s., n°s 12 à 15.

D'autres, à raison, ont cependant émis des doutes quant au rejet de la théorie de la méconnaissance des droits d'autrui par les arrêts de 1960¹⁸⁷³.

Une lecture attentive de ces décisions et des conclusions conformes de l'avocat général Dumon démontre que, loin de recevoir une condamnation, la théorie de Jean Limpens sort renforcée de ces arrêts.

Ceux-ci ne critiquent pas la reconnaissance de l'opposabilité des conventions dont question, mais bien les effets excessifs reconnus à cette opposabilité quant à la mise en cause de la responsabilité du tiers.

Dans les deux premiers arrêts du 17 juin 1960 et du 3 novembre 1961¹⁸⁷⁴, la Cour de cassation rappelle et confirme explicitement le principe d'opposabilité des conventions en application de l'article 1165 du Code civil. Elle reproche cependant aux arrêts entrepris de considérer la convention, ainsi opposable, comme liant *en toutes circonstances* les tiers et restreignant la liberté de commerce d'un tiers de manière générale dans toutes ses relations commerciales. Ce faisant, la Cour admet, que dans des circonstances qu'elle précise ensuite, à savoir la tierce complicité d'une faute contractuelle¹⁸⁷⁵, on puisse se baser sur l'article 1165 du Code civil pour retenir la responsabilité civile du tiers. L'arrêt du 9 novembre 1973 ne fait d'ailleurs référence qu'à ces circonstances pour critiquer l'arrêt *a quo* : « Attendu que des tiers agissent, il est vrai, de manière illícite s'ils sont tiers complices d'une faute contractuelle commise par celui auquel il achète les produits [...] ; Attendu que l'arrêt ne se fonde pas sur la complicité de la demanderesse à une violation de contrat, d'ailleurs non établie [...] »¹⁸⁷⁶.

1873. B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 11, n^{os} 61 et 13, n^o 64.

1874. Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *op. cit.* : « [...] décide *non point seulement* qu'une convention est opposable aux tiers mais aussi, au mépris de la disposition de l'article 1165 du code civil, qu'elle a pour effet de lier *en toutes circonstances* les tiers et en l'espèce de restreindre leur liberté de faire le commerce *avec n'importe qui* » ; Cass. (1^{re} ch.), 3 novembre 1961, *op. cit.* : « Qu'ainsi l'arrêt décide *non seulement* que l'existence de pareil contrat est opposable aux tiers mais encore qu'il a pour effet de lier ceux-ci *en toute circonstance* et, en l'espèce, de restreindre la liberté du commerce *avec quiconque*, ce en violation de l'article 1165 du Code civil » (nous soulignons).

1875. Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *op. cit.* : « [...] sans rechercher notamment si les demandeurs ne s'étaient pas rendus tiers complices d'une faute contractuelle commise par la firme à laquelle ils avaient acheté les produits [...] » ; cette critique de l'arrêt *a quo* est reprise identiquement dans l'arrêt du 3 novembre 1961.

1876. Cass. (1^{re} ch.), 9 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 270 et s.

Ces arrêts rejoignent très exactement la théorie de Jean Limpens. Pour qu'il y ait tierce complicité, il faut nécessairement que la convention soit opposable au tiers — ce qui suppose sa connaissance — et que les droits qui en sont issus soient violés par ce tiers — ce qui suppose la complicité du tiers à la violation des obligations du débiteur ¹⁸⁷⁷.

C'est également l'enseignement qui ressort des conclusions conformes du procureur général Dumon sous les deux premiers arrêts de la seconde période.

L'opinion du procureur général prend également sa source dans l'article 1165 du Code civil : « De bepalingen van artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek zijn natuurlijkerwijze niet van zulke aard dat zij kunnen beletten dat een overeenkomst aan derden tegen stelbaar zou zijn. Daaroever bestaat er geen ernstige betwisting meer. Maar een overeenkomst kan geen derde binden. De derden kunnen schuldeisers worden ingevolge een overeenkomst (beding ten gunste van derden), maar zij kunnen niet tegen hun wil schuldeisers worden op grond van een overeenkomst waaraan zij vreemd gebleven zijn » ¹⁸⁷⁸.

D'après l'éminent juriste, cette constatation n'est pas énervée par la théorie de la tierce complicité : « De derde medeplichtige treedt vrijwillig in een juridisch gebied dat door de overeenkomst bepaald en gewijzigd wordt ; hij streeft naar het bekomen van het recht dat een van de partijen hem slechts kan toestaan indien zij, met zijn weten, de bepalingen van de overeenkomst overtreedt. Hij neemt deel aan de contractuele overtreding » ¹⁸⁷⁹. Ce faisant, il rejoint très exactement la théorie de Limpens telle qu'explicitée ci-avant. Il le fait du reste explicitement lorsqu'il conclut, sous l'arrêt de 1961, que : « On peut décider, semble-t-il, sur le fondement des principes généraux du droit que le tiers commet une faute quasi délictuelle dès qu'il concourt en connaissance de cause à une violation d'une obligation contractuelle imposée à une partie » ¹⁸⁸⁰.

Il résulte de ce qui précède que loin de condamner la thèse de Limpens, les arrêts de la seconde période, dont deux sont pris sur les conclusions conformes du procureur général Dumon, paraissent bien la rejoindre.

1877. Voy. *supra*, n° 429.

1878. R.W., 1960-1961, col. 320.

1879. *Ibid.*

1880. J.T., 1961, p. 739.

La systématisation des comportements fautifs du tiers à l'égard du créancier. Arrivé au terme de la confrontation de notre modèle à la théorie de la tierce complicité, il semble utile de systématiser l'analyse du comportement fautif du tiers qui se voit opposer un droit de créance. Nous dépassons le champ d'application strict de la tierce complicité. Mais la vision globale que présente l'exercice permet de se rendre compte que la théorie étudiée n'est en réalité qu'une situation parmi d'autres de conflit entre un tiers et un droit de créance. Et que les solutions divergent. De sorte que l'on comprend mieux l'ambiguïté qui règne actuellement en doctrine quant à la portée de la tierce complicité et l'impression — fondée — que les fautes du tiers peuvent être multiples selon la situation envisagée¹⁸⁸¹.

Nous reprenons ici le raisonnement de base valant pour la responsabilité de tout tiers ayant provoqué par ses actes une violation d'un droit subjectif d'autrui¹⁸⁸².

La *première étape* à franchir est de constater la violation du droit d'autrui. Cette étape donne lieu à une analyse objective. Le devoir de respect issu de l'opposabilité du droit de créance a-t-il été ou non enfreint ? Cette étape est préalable à la question de la détermination de la faute. Elle est néanmoins nécessaire car elle conditionne le cas particulier de la faute spécifique issue de la violation des droits subjectifs d'autrui.

L'atteinte au droit de créance sera rapportée lorsque le tiers s'immisce dans le lien de droit unissant le débiteur à son créancier, c'est-à-dire, principalement, s'il participe à la violation du contrat par le débiteur de l'obligation corrélative au droit de créance. Si une telle atteinte n'est pas rapportée, seuls les tests *a* et *d* décrits ci-après seront mis en œuvre : il ne s'agira plus d'une hypothèse donnant lieu à application de la théorie de la tierce complicité.

La *seconde étape* consiste à déterminer le type de faute commise par le tiers. Deux catégories sont susceptibles de convenir : une faute spécifique du fait de la violation du droit ou la violation d'une règle de prudence. Pour ce faire, quatre tests sont nécessaires pour conclure, éventuellement, à son absence de responsabilité, chacun permettant de conclure, par une voie distincte, à sa responsabilité.

- a) *Le test de l'imputabilité* : Le premier test est commun à toutes les hypothèses. L'acte commis en violation du droit de créance doit être impu-

1881. En ce sens, X. DIEUX, « Les contrats de distribution et les tiers », *op. cit.*, p. 10 et s. ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, *op. cit.*, p. 13, n° 64 ; A. PUTTEMANS, « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », *op. cit.*, p. 43 et s.

1882. Cf. *supra*, n° 276 et n° 371.

table, au sens du droit commun, à son auteur. Tel ne serait pas le cas si, par exemple, l'auteur établit d'un fait justificatif : il était en état de démence au moment où il a posé l'acte, il était dénué de conscience en tant qu'*infans*, etc.

- b) *Le test de la faute spécifique* : Ce test ne se justifie que si la première étape est positive, c'est-à-dire si une immixtion objective est constatée dans le droit de créance.

Il faut alors se demander si la violation constatée du droit de créance est le fait conscient et volontaire du tiers. Nous retrouvons là le critère utilisé en application de la fraude simple telle que mise en avant par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 avril 1983. L'analyse est ici principalement subjective.

Si cette double condition est effectivement remplie, la faute du tiers doit être retenue indépendamment de la recherche de toute violation d'une règle de prudence et de diligence. Cette faute est constituée d'un élément objectif, la violation du devoir de respect du droit, et d'un élément psychologique, le fait de la violation consciente et volontaire de ce droit. Si les autres conditions d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil sont remplies — à savoir les conditions de l'existence d'un dommage¹⁸⁸³ et d'un lien causal entre ce dommage et la faute —, la responsabilité du tiers doit être engagée, sauf à ce dernier de pouvoir exciper d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère libératoire. En dehors de ces derniers cas d'exonération de responsabilité, si aucune faute ne peut être retenue du fait de la constatation de l'ignorance, il convient d'appliquer un troisième test au comportement du tiers. Si le tiers est par contre exonéré en vertu du droit commun, il convient de passer directement au quatrième test.

- c) *Le test de la faute explicative de l'inconscience de l'atteinte au droit* : Dans un second temps, c'est-à-dire si les conditions de conscience et/ou de volonté ne sont pas rapportées effectivement, il convient de se demander si l'inconscience ou l'ignorance de l'existence du droit violé dont se prévaut le tiers ne s'explique pas par une faute antérieure.

Nous retrouvons ici le problème de la méconnaissance fautive du tiers de l'existence des obligations corrélatives au droit de créance

1883. Nous parlons ici du dommage comme élément distinct de l'atteinte au droit subjectif qui, nous l'avons vu, ne peut se constater de par la seule constatation de l'atteinte au droit subjectif. Sur ce point, cf. *supra*, n^{os} 232 et s.

qui grèvent le débiteur dans l'hypothèse d'une tierce complicité¹⁸⁸⁴. Elle est commune à la mise en cause de la responsabilité de tout tiers ayant objectivement violé le droit subjectif d'autrui. En ce sens, la question de savoir si le tiers aurait dû avoir connaissance des obligations du débiteur, développée par la Cour de cassation à partir de son arrêt du 22 avril 1983 et reprise par la doctrine et la jurisprudence postérieures, s'insère harmonieusement dans notre analyse. Mais nous la distinguons clairement de la tierce complicité au sens strict dès lors que la faute retenue ici est distincte et constitue une application du critère de la faute issu du droit commun.

La question est donc de savoir si le tiers était dans une situation d'ignorance légitime du droit de créance éterné par l'acte juridique à conclure avec le débiteur. Toutes les circonstances « externes » seront prises en considération : la qualité professionnelle du tiers, la prudence dont il a fait éventuellement preuve, etc.

Si la réponse à cette question est positive, le tiers a commis une faute. Si cette dernière est en relation causale avec le dommage dont il est demandé réparation, la responsabilité du tiers est engagée, sauf à ce dernier de pouvoir exciper d'un fait justificatif ou d'une cause étrangère libératoire. Si, par contre, la responsabilité du tiers n'a pu ainsi être retenue, il convient de passer au dernier test.

À partir de maintenant, nous sortons des hypothèses de tierce complicité ayant donné lieu au développement de ladite théorie. Si les tests précédents n'ont pas été concluants, le tiers ne sera pas tenu responsable en application de la théorie de la tierce complicité telle que développée par le droit poitif. Ce n'est pas pour autant qu'il n'a pas commis de faute. Mais cette faute ne naît plus de la violation du droit de créance¹⁸⁸⁵.

- d) *Le test de la faute de droit commun sans relation nécessaire avec l'atteinte au droit* : Il convient ici de soumettre le tiers à une application classique des critères de la responsabilité quasi délictuelle, voire de comportements rendus illicites par application d'autres règles, comme l'interdiction d'actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

1884. Cf. *supra*, n° 418.

1885. On déroge donc, en matière d'atteinte au droit de créance, quelque peu avec le test général développé ci-avant (cf. *supra*, n° 371) où la dernière étape s'appliquait encore en cas de violation objective avérée du droit subjectif d'autrui. Cette dérogation s'explique par la nature du droit de créance et par le fait que son objet immatériel ne donnera pas lieu à des atteintes directes, comme il peut y en avoir en cas d'atteinte à un droit réel (atteinte portée au bien qui en est l'objet) ou en droit d'auteur (atteinte à l'œuvre protégée), par exemple.

Nous retrouvons, par exemple, les hypothèses de fait ayant donné lieu aux arrêts de la Cour de cassation de 1960 et 1961. Le tiers, par la vente de biens issus d'une importation parallèle, s'attaque à un monopole contractuel d'importation résultant d'engagements d'approvisionnement exclusifs. Le créancier de ses engagements ne peut rapporter la preuve d'une atteinte à l'effet d'opposabilité de ses droits de créance. Il ne s'agit plus, dans notre raisonnement, comme dans celui de la Cour et de la doctrine majoritaire, d'un cas de tierce complicité. L'agissement du tiers devra être contrôlé sur la base de toutes les règles applicables en vigueur (droit de la concurrence, etc.). Remarquons que les qualifications du conflit sont alors modifiées. Le tiers qui aurait agi en vertu de ses libertés de commerce et de concurrence, par exemple, ne sera plus confronté au droit subjectif du créancier. Le conflit devra alors, dans notre approche, être requalifié et d'autres modes de résolutions de conflit devront être mis en œuvre.

Chapitre 2

La théorie de l'abus de droit

Section 1

La théorie de l'abus de droit en droit positif

432. L'abus de droit, une théorie applicatrice de la responsabilité extracontractuelle – 433. Le critère générique de l'abus de droit – 434. Les critères spécifiques de l'abus de droit – 435. Le rapport entre le critère générique et les critères spécifiques – 436. Une liste non définitive des critères de l'abus de droit ? Le cas de la méconnaissance des attentes légitimes d'autrui – 437. Les sanctions de l'abus de droit

432

L'abus de droit, une théorie applicatrice de la responsabilité extracontractuelle. La doctrine majoritaire¹⁸⁸⁶ fonde la théorie de l'abus de droit en matière extracontractuelle¹⁸⁸⁷ sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Ces auteurs considèrent généralement que cette opinion a été

1886. Voy. notamment mais, nous le verrons ci-après, avec parfois des nuances, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 255 et s., spéc. nos 575 à 580, 599 et 604 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *R.C.J.B.*, 1987, p. 613 et s., n° 14 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 553 et s., n° 19 ; A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 273, n° 2 ; Id., « Le droit du chef d'entreprise de mettre fin à celle-ci est-il susceptible d'abus ? », note sous Comm. Anvers (11^e ch.), 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 369, n° 7 ; Id., « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 501, n° 1 ; Id., « 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. 242, n° 39 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 159 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 168, n° 115 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, Antwerpen-Amsterdam, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, p. 418, n° 237 et p. 433, n° 242 ; F. DE VISSCHER, « Concurrence déloyale, abus de droit et affichage », note sous Comm. Bruxelles (réf.), 1^{er} septembre 1988, *Ing.-Cons.*, 1989, p. 157 à 163 ; X. DIEUX, « Le contrat : instrument et objet de dirigisme ? », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Conférence du Jeune Barreau, 1984, p. 305 et n° 16 ; X. DIEUX, J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 289 et 290 ; J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1986, p. 302, n° 55 ; Id., *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 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.

consacrée par la Cour de cassation et se justifie souvent par appel à une certaine doctrine française¹⁸⁸⁸.

Théorie essentiellement prétorienne, la théorie de l'abus de droit s'est construite sous le contrôle permanent de la Cour de cassation qui a confirmé tant l'existence de critères spécifiques de l'abus de droit que les sanctions propres qui lui étaient attachées.

Même si les arrêts de la Cour ne sont pas exempts d'ambiguïtés, leur relecture permet de tracer les grands principes de cette théorie telle que comprise par le droit positif actuel. C'est pourquoi ces arrêts nous guideront dans l'état des lieux qui doit être fait avant de mettre en avant les impasses rencontrées.

433

Le critère générique de l'abus de droit. La Cour a pratiquement admis tous les critères de l'abus de droit proposés jusqu'à ce jour par la doctrine et la

(1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 199 et s., n° 9 ; J. HANSENNE, « Examen de jurisprudence (1982 à 1988) — Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, p. 351, n° 49 ; Id., *Les biens*, t. II, Liège, Fac. de droit, 1996, p. 769, n° 816 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », in *Propriété-Eigendom*, Brugge, 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, p. 24 et s., spéc. p. 28, n° 37 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *T.P.R.*, 2000, p. 1633, n° 22 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginnelen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 167, n° 64 et p. 197, n° 72 ; Id., « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2471 et col. 2489 ; P. VAN OMMESLAGHE, « 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, C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens », *R.C.J.B.*, 2000, p. 297, n° 101.

1887. Conformément aux limitations posées en début de ce travail (cf. *supra*, n° III), nous n'analyserons pas l'application de la théorie de l'abus de droit aux relations contractuelles entre créancier et débiteur. Nous ferons néanmoins mention des arrêts de la Cour de cassation et de la jurisprudence des juges du fond rendus en matière contractuelle ainsi que de la doctrine y afférente pour l'analyse des critères de l'abus de droit et de ses sanctions dès lors que ceux-ci sont identiques quelle que soit la nature — contractuelle ou extracontractuelle — du conflit.

1888. Voy. notamment parmi la doctrine française qui rattache la théorie de l'abus de droit aux articles 1382 et 1383 du Code civil : A. COLIN, H. CAPITANT, M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (avec le concours de), *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, Paris, Dalloz, 1935, p. 186 et s., spéc. p. 190 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *Rev. crit.*, 1928, p. 367 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939, p. 387 et s., spéc. n°s 284bis et 298 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 520 et s., spéc. n°s 547, 559, 564, 569 et 576 ; G. VINEY, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 366 et s., n°s 475.s.

jurisprudence des juges du fond, sous le couvert, souvent, d'un critère plus général présenté traditionnellement comme générique¹⁸⁸⁹.

Abuse de son droit celui qui *dépasse manifestement les limites* de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente. La Cour a usé d'une telle formulation tant en matière contractuelle¹⁸⁹⁰ qu'extracontractuelle¹⁸⁹¹. Elle a également rappelé, fort à propos et à diverses reprises, 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 droit¹⁸⁹².

Parfois cependant, la référence au dépassement manifeste n'apparaît pas dans la motivation de la haute juridiction¹⁸⁹³. Nous verrons que cette différence aura d'importantes conséquences au niveau des divergences d'interprétation doctrinales quant aux justifications théoriques de la théorie de l'abus de droit.

L'utilisation d'un tel critère est cependant malaisée. Il n'est dès lors pas étonnant que la Cour de cassation ait très tôt admis différents critères spécifiques.

434

Les critères spécifiques de l'abus de droit. La Cour de cassation a ainsi admis le critère de l'intention de nuire¹⁸⁹⁴, critère historique de la théorie

1889. Voy. par exemple, B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *R.G.D.C.*, 1987, p. 118, n° 7 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 895, n° 391.2. ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 107, n° 13 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45.

1890. Par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1996, p. 158 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 et s.

1891. Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, I, 1988, p. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, p. 28 et s.

1892. Cass. (3^e ch.), 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 806 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 et s. ; Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s.

1893. Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381 et s.

1894. Cass. (1^{re} ch.), 14 février 1992, *Pas.*, 1992, p. 528 et s. (où la Cour relève, sur la base des constatations opérées dans le jugement *a quo*, que le dépôt des conclusions additionnelles a eu lieu dans le but de nuire aux intérêts des autres parties pour rejeter un moyen fondé sur l'absence d'abus de droit) ; Cass. (1^{re} ch.), 29 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 406 et s. (exercice d'un droit accompli avec témérité, malice ou mauvaise foi) ; Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 867 et s. (abuse de son droit celui qui en use « uniquement en haine de l'institution par lui irrévocablement consentie »). Nous pouvons rappeler également le

de l'abus de droit. La doctrine classique y a d'ailleurs vu parfois le seul critère admissible¹⁸⁹⁵. Les doctrines plus progressistes l'ont ensuite également admis, à côté de nouveaux critères mis en avant¹⁸⁹⁶.

La Cour de cassation l'avait mis en avant préalablement à son arrêt du 10 septembre 1971. Il ne fait pas de doute qu'il soit admis par les juges du fond même si son application est aujourd'hui assez rare¹⁸⁹⁷. La doc-

début de la formulation du critère générique, tel qu'apparu dans l'arrêt du 10 septembre 1971 (*Pas.*, 1972, I, p. 28 et s. : « que pareil abus peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire [...] » ; *adde* Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s.) ; voy. aussi Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049 et s., où la Cour admet que n'est pas contraire au principe général du droit relatif à l'abus de droit le raisonnement suivi dans l'arrêt *a quo* qui avait constaté que le refus d'approvisionner un distributeur était « certainement » abusif, cette décision n'étant basée sur aucun critère objectif mais visant à éliminer le fournisseur qui portait concurrence à ses autres fournisseurs.

1895. Voy. par exemple, G. BAUDRY-LACANTINERIE, par J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, Suppl., Paris, Sirey, 1926, p. 441 et s., n^{os} 224 à 232 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 2^e éd., t. 20, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie A. Maresque Aîné, 1887, p. 427, n^{os} 410 et s. ; voy. aussi G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, p. 168, n^o 96 et p. 178, n^o 102, qui exclut l'intention de nuire comme critère de l'abus de droit dès lors qu'il ne s'agit que d'une faute délictuelle mais reprend ce critère dès lors que, « irréprochable en apparence, son acte est inspiré uniquement par la pensée de nuire à autrui ».

1896. Voy. par exemple, J. BRETHER, note sous Cass. fr., 7 mai et 14 novembre 1924, *D.*, I, 1925, p. 219 et s. ; L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie générale de droit, 1925, p. 303 et s., n^{os} 420 à 424 ; A. COLIN, H. CAPITANT, M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (avec le concours de), *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, *op. cit.*, p. 189, n^o 198 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 366 et s. ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 532 et s., n^{os} 563 à 567 ; E. M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsontduiking », *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1936, p. 717.

1897. Si le critère est souvent mentionné, peu de décisions récentes en font une application réelle. Voy. par exemple, Bruxelles (8^e ch.), 12 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 781 et s. ; Civ. Liège (sais.), 20 novembre 1995, *Act. dr.*, 1996, p. 231 et s. ; J.P. Verviers, 23 octobre 1992, *R.G.A.R.*, 1996, n^o 12 643 ; Civ. Liège (réf.), 25 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 544 et s. ; Trib. trav. Bruxelles (5^e ch.), 26 novembre 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 302 et s. ; J.P. Kontich, 1^{er} décembre 1988, *R.W.*, 1989-1990, p. 59 et s. ; Liège, 29 avril 1988, *Rec. gén. enr. not.*, 1989, p. 105 et s. ; *R.R.D.*, 29 avril 1988, p. 263 et s. ; Bruxelles (7^e ch.), 11 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 570 et s. ; J.P. Tubize, 14 avril 1987, *J.J.P.*, 1988, p. 275 et s. ; J.P. Bouillon, 17 décembre 1985, *J.L.*, 1986, p. 98 et s.

trine actuelle le cite comme premier critère spécifique de l'abus de droit¹⁸⁹⁸.

L'abus de droit a également été retenu en cas d'exercice d'un droit *sans intérêt raisonnable et suffisant ou légitime*¹⁸⁹⁹. Tant la doctrine¹⁹⁰⁰

1898. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 260, n° 591 ; W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1984, p. 122, n° 22 ; Id., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 168 ; R. DERINE, « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *T.P.R.*, 1983, p. 287, n° 43 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 52, n° 44 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *R.D.C.*, 1984, p. 251 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 898, n° 391.3. ; Id., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 2000, p. 117 et 118, n° 29.1 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 101 et s., n° 6 ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *T.P.R.*, 1967, p. 342 et 343 n° 87 à 10 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 326 et s., n° 10.

1899. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 2003, C.00.0632.F, disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 2002, C.01.0101.F, disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 15 mars 2002, C.01.0225.F, disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 472 et s. ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 et s. et note P.-A. FORIERS ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s., (souligné par l'auteur).

1900. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 260, n° 592, qui utilise indifféremment « l'absence d'intérêt » et « l'absence d'intérêt légitime » ; W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *op. cit.*, p. 118 : « zonder enig redelijk belang », p. 122 : « geen of geen redelijk belang » ; R. DERINE, « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *op. cit.*, p. 287, n° 44 : « afwezigheid van enig nut of van enig redelijk belang » ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 413, n° 232 qui parlent de « geen enkel nut » ou de « geen redelijk belang » ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 313, n° 32 : « l'absence d'intérêt » ; E.M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsonduiking », *op. cit.*, p. 717, qui parle d'absence d'intérêt raisonnable ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Pub. Fac. univ. St-Louis, 1990, p. 147 qui parle, quant à lui, « d'absence totale d'intérêt légitime (ou raisonnable) » ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 899, n° 391.3. (sans intérêt légitime ou sans intérêt raisonnable et suffisant) ; Id., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 118, n° 29.1. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 : qui usent tant des termes « exercice dans intérêt ou motif légitime » que « sans intérêt raisonnable ou suffisant » ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 102, n° 7 qui utilisent l'expression « absence de motif légitime » ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *op. cit.*, p. 344, n° 11 et s., qui vise tant l'absence de tout intérêt que l'absence d'intérêt raisonnable ou légitime ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 185, n° 70, qui utilise l'expression « geen redelijk belang » ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 329, n° 12, qui parle d'exercice du droit sans intérêt tout en causant un dommage à autrui.

que la jurisprudence¹⁹⁰¹ ont admis ce critère spécifique.

L'abus de droit est également constaté 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 général¹⁹⁰². Généralement cité comme critère à part entière de l'abus de droit en doctrine¹⁹⁰³, le choix de

1901. Voy par exemple, Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 5 janvier 1999, *Rev. Prat. Soc.*, 1999, p. 264 et s. ; Comm. Charleroi, 8 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 993 et s. ; J.P. Liège (3^e cant.), 19 juin 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 445 et s., où le critère analysé est appliqué préalablement à celui du critère de proportionnalité ; J.P. Eeklo, 20 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 144 et s. ; Bruxelles (2^e ch.), 21 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 180, où le critère analysé est appliqué préalablement à celui du critère de proportionnalité ; Civ. Mons, 21 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 697 et s. ; Comm. Bruges, 10 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 932 et s. ; Liège (7^e ch. B), 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 428 et s. et note P. WERY ; J.P. Ninove, 7 avril 1993, *R.W.*, 1995-1996, p. 1317 et s. ; J.P. Fexhe-Slins, 29 juin 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 53 et s. ; Civ. Liège (sais.), 20 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 694 et s. ; Civ. Liège (sais.), 6 juillet 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1368 et s. ; Civ. Mons (1^{re} ch.), 4 mars 1988, *J.T.*, 1989, p. 479 et s., où le critère analysé est appliqué préalablement à celui du critère de proportionnalité ; Civ. Charleroi (réf.), 25 août 1986, *R.R.D.*, 1986, p. 415 et s. où le tribunal parle de voie de fait dans le chef d'une compagnie d'électricité créancière.

1902. Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65 et s. ; comp. Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 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 [...] ».

1903. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 556, n° 20 ; W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *op. cit.*, p. 121 et 122 ; R. DERINE, « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *op. cit.*, p. 287, n° 44 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 414, n° 233 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *op. cit.*, p. 313, n° 32 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *op. cit.*, p. 252 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 898 et 899, n° 391.3. ; *Id.*, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 118, n° 29.1. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 185 à 188 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 331, n° 13.

la voie la plus dommageable ne donne pas lieu à une application abondante en jurisprudence¹⁹⁰⁴.

L'exercice d'un droit peut être de même abusif en cas de *disproportion entre le préjudice subi par autrui et l'avantage retiré par le titulaire du droit*¹⁹⁰⁵. À la suite de la Cour, la doctrine admet unanimement aujourd'hui le critère de proportionnalité comme un des critères spécifiques de l'abus de droit¹⁹⁰⁶, voire, nous le verrons comme le critère prépondérant de la

1904. Voy. par exemple, J.P. Visé, 6 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 199 et s. et note J. HANSENNE ; J.P. Huy (2^e cant.), 5 février 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 335 et s. ; J.P. Huy (1^{er} cant.), 2 février 1989, *J.J.P.*, 1989, p. 277 : « Attendu qu'entre plusieurs manières d'user de son droit de construire un pigeonier, la demanderesse a utilisé la plus nuisible à ses voisins ; qu'il s'agit du cas type de l'abus de droit » ; Mons (1^{re} ch.), 28 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1350 et s. ; Bruxelles (7^e ch.), 11 février 1988, *J.T.*, 1988, p. 570 et s. ; Liège, 13 février 1980, *J.L.*, 1981, p. 109 et s. et note P. HENRY ; Bruxelles (3^e ch.), 25 février 1963, *J.C.B.*, 1963, p. 355 et s. ; Bruxelles (6^e ch.), 17 juin 1954, *Rev. prat. not.*, 1955, p. 177 et s.

1905. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 2002, C.01.0101.F, disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 15 mars 2002, C.01.0225.F, disponible sur le site <http://www.cass.be> ; Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 472 et s. ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 185 et s. et note P.-A. FORIERS ; Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 16 janvier 1986, p. 602 et s. ; *R.W.*, 1987-1988, et note A. VAN OEVELEN (implicite) ; Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s. ; *J.T.*, 1986, p. 56 et s. et obs. S. DUFRENE ; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 et s. et note J.-L. FAGNART ; *R.D.C.*, 1984, p. 276 et s. et note W. RAUWS ; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et s., (souligné par l'auteur).

1906. Voy. par exemple, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruylant, Bruxelles, 1979, p. 68, n° 39 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 96, n° 55 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 168 ; R. DERINE, « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *op. cit.*, p. 288, n° 44 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel IA*, *op. cit.*, p. 414 et s., n° 234 ; S. DUFRENE, obs. sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 59 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *op. cit.*, p. 299, n° 18 et p. 313, n° 32 ; Id., *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 53, n° 44, D ; M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Liège, Éd. Jeune Barreau, 1984, p. 178, n° 28 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 211 et s., n° 16, p. 215 et s. ; Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 126 et s. ; J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, *op. cit.*, p. 771 ; B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *op. cit.*, p. 121, n° 12 ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 146 et s. ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *op. cit.*, p. 252 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 899, n° 391.3. ; Id., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 119, n° 29.1. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 104 et s. ; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, Anvers-Bruxelles, Maklu-ced.samsom, 1988, p. 41, n° 6 ; W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 305 et s., spéc., p. 307 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 332 et s., spéc. nos 14 et 15 ; Id., « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *op. cit.*, p. 51 et 52, n° 9 ; E. VIEUJEAN, « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 833 et s., n° 12.

théorie¹⁹⁰⁷. La jurisprudence des juges du fond montre qu'il est maintenant devenu le critère le plus utilisé tant en matière quasi délictuelle que contractuelle¹⁹⁰⁸.

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. C'est ainsi que dans son arrêt du 29 mars 1982¹⁹⁰⁹, elle répond explicitement à un moyen — plus spécialement en sa troisième branche — invoquant le détournement de la finalité du droit à une indemnité spécifique de licenciement octroyée à certains travailleurs protégés dès lors que, en l'espèce, la société était en liquidation et que tous les travailleurs, sans distinction, avaient été licenciés. La Cour accepte implicitement le critère en recherchant explicitement la finalité exacte du droit pour en conclure que le juge du fond avait pu, dans les circonstances de la cause, considérer que cet abus n'était pas rapporté en l'espèce.

On peut également se demander si, par son arrêt du 28 avril 1972¹⁹¹⁰, la Cour n'a pas admis également le critère du détournement de la finalité du droit. Il s'agissait en l'espèce d'un litige relatif à un bail à ferme où le preneur avait fait usage de son droit de préemption en violation de l'article 54 de la loi du 4 novembre 1969 qui lui imposait une interdiction de cession durant cinq ans. La particularité de l'espèce tenait au fait qu'il s'agissait d'un acheteur évincé qui se prévalait de la violation de la disposition légale et non le vendeur. L'arrêt *a quo* avait constaté l'absence d'abus de droit en indiquant que la disposition en cause ne jouait qu'au bénéfice du vendeur, qui en l'espèce avait renoncé à tout dédommagement. Le moyen invoquait l'abus de droit en faisant usage du critère de finalité du droit. La cassation se fonde sur la violation du prescrit de la disposition en cause en venant préciser la volonté du législateur qui n'aurait nullement exclu l'indemnisation d'un acheteur sur la base du

1907. Cf. *infra*, n° 455.

1908. Cf. la quantité importante de jurisprudence citée dans la partie précédente, n° 339.

1909. Cass. (3^e ch.), 29 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 890 et s., (souligné par l'auteur).

1910. Cass. (1^{re} ch.), 28 avril 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 797 et s. ; voy. aussi. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1996, p. 158 où l'arrêt *a quo* avait, semble-t-il, appliqué le critère du détournement de la finalité du droit. Dans un premier moyen, le critère du détournement de finalité était clairement soulevé. La motivation de la Cour, cependant, qui casse l'arrêt *a quo*, répond uniquement à la seconde branche du moyen qui s'articule autour du critère de proportionnalité. Nous ne pouvons donc en tirer aucune conséquence concernant l'admission ou non du critère de détournement de finalité par la Cour de cassation.

droit commun. Nous pouvons donc en inférer, avec d'autres¹⁹¹¹, qu'il s'agit d'une application, au moins implicite¹⁹¹², du critère de détournement de finalité du droit.

Il revient à Louis Josserand d'avoir systématisé une théorie de l'abus de droit autour du critère de la finalité des droits¹⁹¹³. Son succès outre-Québécois a eu un retentissement certain en droit belge qui retient généralement aujourd'hui le détournement de finalités des droits subjectifs comme un des critères possibles de l'abus de droit.

La plupart des auteurs de doctrine citent en effet le détournement de la finalité des droits comme un critère à part entière de la théorie de l'abus de droit¹⁹¹⁴. En tant que théorie globale explicative de l'abus de droit, elle est cependant aujourd'hui rejetée¹⁹¹⁵.

1911. Voy. par exemple, R. BUTZLER, note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 avril 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 221 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *op. cit.*, col. 2474 et auteurs cités à la note 31 ; P. VAN OMME-SLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 315, n° 6 : l'auteur se demande cependant, avec raison, s'il était vraiment nécessaire de se référer à l'abus de droit en l'espèce. Dès lors que le législateur prohibe lui-même la cession dans les cinq ans, n'y avait-il pas tout simplement violation de la loi ? Certains auteurs ne font du reste pas le lien avec ce critère, voy. ainsi M. FONTAINE, « Portée et limites du principe de la convention-loi », *op. cit.*, p. 180, n° 33.

1912. Comme le relève le professeur Van Gerven, la Cour ne mentionne pas en effet expressément le critère en cause (W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *op. cit.*, col. 2474). 1913. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., *op. cit.*

1914. Voy. par exemple, R. BUTZLER, note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 avril 1972, *R.W.*, 1972-1973, col. 221 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 96, n° 55 ; *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 303 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 169 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 416, n° 235 et p. 419 et 420, n° 237 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 313, n° 32 ; « La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995 », *op. cit.*, p. 53 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 214 et 215, n° 18 ; B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *op. cit.*, p. 121, n° 12 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 900, n° 391.2 ; Id., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 119 et 120, n° 29.1.S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n° 45 ; W. VAN GERVEN, « Variaties op het thema misbruik », *op. cit.*, col. 2476 ; F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *op. cit.*, p. 353 et s.

1915. Voy. par exemple, P. VAN OMME-SLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 305 et s. ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginnselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 182 et s., n° 69 ; Id., « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2473 *contra* L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, not. p. 295 et s. : cet auteur admet largement la finalité sociale des droits mais opte pour un autre critère de l'abus, l'équilibre des intérêts ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 163, n° 111, p. 165, nos 112 et 113.

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 »¹⁹¹⁶, l'abus de droit se caractérise par le détournement des finalités pour lesquelles ils ont été attribués : c'est le détournement de pouvoir civil¹⁹¹⁷.

Une jurisprudence constante des juges du fond montre que le critère du détournement de finalité des droits est du reste régulièrement appliqué en pratique, même s'il ne représente pas — loin s'en faut — le critère le plus usité. Cette application se fait tant en matière contractuelle¹⁹¹⁸

1916. Les qualifications sont cependant diverses en doctrine. Pour un bon résumé des tentatives de qualification, 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.*, p. 36 et s., spéc., p. 38, n° 2.3.2. Il convient de noter que pour Josserand, tous les droits subjectifs sont des droits fonctions (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 395, n° 292).

1917. Voy. par exemple, 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. 223, n° 13 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 303 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 419 et 420, n° 237 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 214 et 215, n° 18 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *R.D.C.*, 1984, p. 252 et 253 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 900, n° 391.2 ; ID., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 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, 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.*, p. 173 et s., n° 67 ; « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2474 à 2476 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 312 et s., n° 6.

1918. Voy. par exemple, Gand, 31 janvier 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 611 et s. (l'absence d'abus d'une demande en réparation est justifiée par la finalité sociale d'une clause d'insaisissabilité d'une habitation sociale) ; Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41 et s. et note P. WERY (détournement de finalité d'une clause pénale) ; J.P. Forest, 31 janvier 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 281 et s. (absence de détournement d'une clause d'indemnité conventionnelle) ; C. trav. Liège (4^e ch.), 23 février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 816 et s. (absence de détournement d'une clause d'essai) ; J.P. Ciney, 9 novembre 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 322 et s. (détournement du droit de résiliation d'un bail relatif à un logement social quoique le juge applique *in fine* principalement le critère de proportionnalité) ; Civ. Liège (7^e ch.), 13 octobre 1988, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11780 (abus du droit de suspension d'une garantie d'assurance) ; Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 512 et s. (abus de majorité dans une société commerciale) ; Comm. Bruxelles (réf.), 9 février 1988, *Journ. proc.*, 1988, n° 123, p. 20 et s. (abus de majorité dans une société commerciale si le but personnel visé — minoriser un actionnaire — est contraire aux intérêts de la société).

qu'extracontractuelle¹⁹¹⁹. Elle concerne principalement l'exercice de prérogatives pouvant être qualifiées de droits fonctions¹⁹²⁰ mais vise parfois aussi l'exercice de prérogatives dont les finalités paraissent largement indéfinies *a priori*^{1921 1922 1923}.

1919. Voy. par exemple, Bruxelles (9^e ch. bis), 24 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 332 et s. (exercice de la liberté d'entreprendre) ; Bruxelles (8^e ch.), 11 mai 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1341 et s. (exercice du droit de saisie-exécution mobilière) ; Civ. Bruxelles, 25 avril 1995, *Bull. Contr.*, 1997, p. 171 et s. (exercice du droit d'agir en justice) ; Civ. Bruxelles (réf.), 20 février 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 150 (exercice du droit d'agir en justice) ; Civ. Bruxelles (sais.), 10 octobre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 58 et s. (droit de saisie-exécution immobilière) ; J.P. Wetteren, 13 juillet 1989, *R.W.*, 1991-1992, p. 130 et s. (exercice du droit d'agir en justice) ; J.P. Kortrijk (2^e cant.), 26 mai 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 542 et s. (exercice du droit d'agir en justice) ; J.P. Hamoir, 26 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 531 et s. (exercice du droit de propriété ; demande de démolition d'une construction empiétant sur le terrain du propriétaire) ; Liège, 29 mai 1986, *J.L.*, 1986, p. 549 et s. (exercice du droit de préemption en matière de bail à ferme de manière non conforme à la loi) ; Civ. Mons, 9 mai 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11109 (droit de jouissance d'un bien immobilier).

1920. Voy. par exemple, en admettant que les droits fonctions concernent également des droits de créance contractuels, Bruxelles (cess.), 18 septembre 1998, *A.M.*, 1998, p. 60 (qui ne fait que citer le détournement de finalité en rapport avec l'abus de droit d'auteur) ; Bruxelles (8^e ch.), 15 juillet 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 608 et s. (détournement de finalité du droit de céder le droit de préemption en matière de bail à ferme) ; Bruxelles (8^e ch.), 11 mai 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1341 et s. (détournement du droit de saisie mobilière) ; Civ. Bruxelles (réf.), 20 février 1995, *R.G.D.C.*, 1996, p. 150 (détournement du droit d'agir en justice en utilisant la procédure pour un autre but que la mise en ordre du procès) ; J.P. Forest, 31 janvier 1995, *J.J.P.*, 1996, p. 281 et s. (absence de détournement d'une clause d'indemnité conventionnelle) ; Mons, 11 janvier 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 41 et s. et note P. WERY (détournement de finalité d'une clause pénale) ; Civ. Bruxelles (sais.), 10 octobre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 58 et s. (droit de saisie-exécution immobilière) ; J.P. Wetteren, 13 juillet 1989, *R.W.*, 1991-1992, p. 130 et s. (exercice du droit d'agir en justice qualifié par le juge de droit fonction) ; Civ. Liège (7^e ch.), 13 octobre 1988, *R.G.A.R.*, 1991, n° 11780 (abus du droit de suspension d'une garantie d'assurance) ; Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *R.D.C.*, 1988, p. 512 et s. (abus de majorité dans une société commerciale si le but personnel visé — minoriser un actionnaire — est contraire aux intérêts de la société) ; Comm. Bruxelles (réf.), 9 février 1988, *Journ. proc.*, 1988, n° 123, p. 20 et s. (abus de majorité dans une société commerciale si le but personnel visé — minoriser un actionnaire — est contraire aux intérêts de la société) ; J.P. Courtrai (2^e cant.), 26 mai 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 542 et s. (détournement du droit d'agir en justice) ; Liège, 29 mai 1986, *J.L.*, 1986, p. 549 et s. (exercice du droit de préemption de manière non conforme à la loi) ; Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 18 janvier 1984, *Pas.*, 1984, II, p. 52 et s. : (exercice du droit de demander la faillite de son débiteur).

1921. Voy. par exemple, Bruxelles (8^e ch.), 12 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 781 et s. (absence de détournement de finalité du droit de marque) Bruxelles (9^e ch. bis), 24 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 332 et s. (absence de détournement de la finalité de la liberté d'entreprendre dès lors que des besoins économiques et sociaux expliquent l'organisation de mouvements d'avions la nuit) ; C. trav. Liège (4^e ch.), 23 février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 816 et s. (absence de détournement d'une clause d'essai alors que ces clauses laissent aux parties un pouvoir quasi discrétionnaire quant à la décision de résiliation) ; J.P. Hamoir, 26 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 531 et s. (détournement du droit de propriété) ; J.P. St-Josse-ten-Noode, 18 février 1986, *J.J.P.*, 1987, p. 274 et s. (droit de faire respecter la jouissance paisible d'un bien immobilier).

Le rapport entre le critère générique et les critères spécifiques. La relation entre les critères « spécifiques » et le critère dit « générique » n'apparaît pas très clairement. Le critère générique est le plus souvent accompagné de la constatation des conditions propres à un critère spécifique¹⁹²⁴, ce qui semble supposer que si un critère spécifique est rempli, le critère général est automatiquement rencontré. Parfois également, pour constater l'existence d'un abus de droit, la Cour s'en remet, pour critiquer l'arrêt *a quo*, à l'absence d'un critère spécifique, spécialement celui de la proportionnalité¹⁹²⁵.

La question se pose, dès lors, de savoir si le critère général est — en lui-même — un critère de l'abus de droit. La Cour fait parfois application du critère générique sans qu'une référence soit faite à un critère spécifique.

1922. Certaines décisions ne font pas référence explicite au critère de détournement des finalités, mais fondent l'abus en fustigeant le mobile de l'auteur de l'acte, sans que ce mobile ne puisse s'identifier à l'intention de nuire. On peut, d'après nous, y voir la poursuite d'une finalité « anti-sociale » au sens où Josserand l'entend, c'est-à-dire révélée par un motif considéré comme illégitime par le juge. C'est d'autant plus vrai que les cas relevés visent des abus de procédure souvent considérés comme faisant l'objet de l'exercice de droits fonctions. Nous pourrions cependant sans doute classer cette jurisprudence sous le critère de l'absence de motif légitime analysé ci-avant : voy. par exemple, Civ. Bruxelles (sais.), 14 juin 1996, *J.T.*, 1997, p. 242 (utiliser la procédure de saisie-arrest conservatoire pour faire pression sur le saisi-arresté afin qu'il s'acquitte d'une dette ou qu'il fasse pression sur le débiteur) ; Civ. Bruxelles (sais.), 27 juin 1995, *Bull. contr.*, 1997, p. 174 et s. (exercice du droit d'agir en justice à des fins dilatoires) ; Civ. Bruxelles (sais.), 25 avril 1995, *Bull. contr.*, 1997, p. 171 et s. (exercice du droit d'agir en justice à des fins dilatoires).

1923. C'est surtout dans la jurisprudence plus ancienne que l'on trouve une application large du critère de finalité indépendamment de la qualification du droit subjectif en droit-fonction, souvent, du reste également, en sus d'un autre critère. La théorie de la finalité apparaît alors plus comme une justification théorique que comme un véritable critère de l'abus. Voy. par exemple : Civ. Namur, 24 décembre 1935, *Pas.*, III, p. 59 et s. (en plus de l'application du critère de proportionnalité et du fondement moral de l'abus).

1924. Voy. par exemple, Cass. (1^{re} ch.), 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 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, p. 332 et s. (critère général, critère de l'absence d'intérêt raisonnable et critère de proportionnalité) ; Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 et s. (critère général et critère de proportionnalité) ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756 et s. (critère général et critère de la voie de droit la plus dommageable pour la même utilité) ; Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et s. (critère général et critère de proportionnalité).

1925. Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1295 et s. ; comp. Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381 et s.

Dans son arrêt du 20 novembre 1987¹⁹²⁶, la Cour reproche à l'arrêt *a quo* de ne pas avoir relevé en fait les circonstances permettant de conclure à l'abus de droit au sens du critère général. Mais on ne peut encore conclure que la Cour se serait contentée de constatations de fait sans liens avec un critère spécifique. Par contre, dans son arrêt du 18 février 1988, contrôlant l'admission d'un abus de droit consistant en l'inaction prolongée d'un créancier, elle considère que le jugement *a quo* a correctement — de manière implicite et certaine — appliqué le critère général de l'abus de droit. La motivation du juge du fond, sur laquelle la Cour se fonde, ne fait aucune référence certaine à un critère spécifique. C'est en effet ici la négligence prolongée du créancier qui est pointée par le jugement *a quo* pour justifier la qualification d'abus du droit de demander la résiliation d'un bail pour inexécution fautive. Dans un arrêt récent du 8 février 2001, la Cour a également contrôlé la motivation du juge du fond à l'aune de son critère générique et a conclu au rejet du moyen invoquant la violation du principe interdisant l'abus de droit alors même que la décision ne visait aucun critère spécifique¹⁹²⁷.

Se pose également la question de l'existence éventuelle d'autres critères que ceux retenus ci-avant. Il semble que la Cour ne limite pas *a priori* ceux-ci et qu'il y ait place pour une évolution à ce niveau.

436

Une liste non définitive des critères de l'abus de droit ? Le cas de la méconnaissance des attentes légitimes d'autrui. La liste des critères spécifiques n'apparaît pas *a priori* fermée et rien ne permet de dire, à l'heure actuelle, que la Cour de cassation ne pourrait consacrer à l'avenir d'autres critères que ceux analysés précédemment¹⁹²⁸.

Il est, en toute hypothèse, un dernier critère mis parfois — mais régulièrement — en avant par la doctrine¹⁹²⁹ : celui de l'exercice du droit en méconnaissance de la confiance légitime d'autrui.

1926. Cass. (1^{re} ch.), 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 et s.

1927. Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 et s.

1928. En ce sens, voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 903, n^{os} 393 et s. ; *Id.*, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 128, n^o 33.

1929. 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 attentes 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.*, p. 134 et s., n^o 35.3 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *op. cit.*, p. 707, n^o 45, *in fine* ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 191 à 194, n^o 70, E.

L'idée est simple et paraît avoir été exprimée pour la première fois par Walter Van Gerven¹⁹³⁰. 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 entraîne un regain d'intérêt à l'égard de certains cas de *rechtsverwerking*¹⁹³¹.

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 attentes¹⁹³².

La jurisprudence des juges du fond révèle une application timide et souvent implicite dudit critère et cela tant en matière contractuelle¹⁹³³

1930. W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, op. cit., p. 191 à 194, n° 70, E.

1931. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », op. cit., p. 707, n° 45, in fine.

1932. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op. cit., p. 25.

1933. Voy. par exemple, Mons (2^e ch.), 13 décembre 1999, *J.L.M.B.*, p. 770 et s., concernant l'exercice du droit de poursuite un débiteur dans le chef d'un donneur de crédit ; Liège, 14 novembre 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 596, où la cour en appelle au critère générique de la Cour de cassation ainsi qu'à la violation de l'article 1134, alinéa 3, mais stigmatise l'abus en énonçant qu'« en restant inactive pendant plus de cinq ans [...] et en laissant sans réponse la lettre que l'intimé lui adressa le 20 mai 1987, la S.A. GB-INNO-BM a fautivement donné à croire à ses débiteurs qu'elle n'agirait pas ou plus, ou qu'en tout cas, elle ne postulerait pas d'intérêts fixés conventionnellement à 1, 5 % par mois » ; Mons (7^e ch. temporaire), 7 mai 1993, *Bull. ass.*, 1995, p. 278 et s., où, concernant un assureur qui se prévalait d'une exclusion de garantie concernant certains biens, la cour indique que : « Attendu que l'inaction prolongée du titulaire d'un droit ne peut produire un effet juridique à son détriment que si elle s'analyse en une renonciation ou si l'exercice du droit est devenu abusif ou fautif ; qu'en l'occurrence, l'abus de droit et la faute requièrent tous deux une donnée de fait : l'inaction doit s'accompagner de circonstances telles que le débiteur a pu légitimement se tromper sur les intentions du titulaire du droit et, en raison de cette erreur, pris des dispositions affectant son patrimoine d'une manière irréversible » ; Bruxelles (8^e ch.), 25 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 536 et s., où la cour, concernant la rupture d'un contrat d'agence, énonce que cette rupture ne pouvait être abusive dès lors « que l'intimé ne pouvait donc être trompé dans ses attentes légitimes, si le représenté utilisait un droit qu'il s'était formellement réservé et qui était assorti d'un tempérament [...] » ; Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 13 mars 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 307 et s., concernant la rupture abusive d'un contrat de travail après seulement quatre mois d'exécution où le tribunal relève une faute dans le chef de l'employeur en relevant que « Eiser kon zich dus terecht bij het sluiten van de overeenkomst hebben doen leiden, niet alleen door het « hoger loon » maar ook door de overweging van een minimum tewerkstelling van een jaar om zijn « kunnen » te bewijzen. ».

que quasi délictuelle¹⁹³⁴. Ainsi, récemment, la cour d'appel de Mons¹⁹³⁵ fit application dudit critère, en se référant expressément à la thèse de Xavier Dieux, dans une hypothèse opposant un donneur de crédit à son débiteur. Ce dernier avait en effet admis durant près de quinze ans que son débiteur, dans une situation financière précaire, puisse continuer à rembourser des mensualités nettement inférieures à celles convenues initialement avant de mettre fin brutalement aux facilités de paiement. La cour a admis l'abus de droit en considérant notamment que « l'O.C.C.H. a non seulement créé et laissé perdurer pendant une très longue période une apparence certaine de confirmation de la parole donnée par son conseil d'administration, en 1981 et 1982, de prendre en compte la situation financièrement précaire de sa débitrice, mais il a, en outre, pris la grave décision de refuser brutalement d'encore lui accorder des facilités de paiement, sans avoir égard aux attentes légitimes que la situation décrite ci-avant avait fait naître dans son chef ».

437

Les sanctions de l'abus de droit. « Attendu que la sanction d'un abus de droit n'est pas la déchéance de ce droit mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que l'abus a causé. » Ainsi s'est exprimée la Cour de cassation par son arrêt du 11 juin 1992¹⁹³⁶ dans une espèce particulièrement exemplaire.

1934. Voy. par exemple, Mons (2^e ch.), 16 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, où la cour ne fait pas appel explicitement au critère, mais constate cependant : « Attendu qu'il apparaît certain que la présence du terrain litigieux, même s'il a été construit dans le respect des exigences posées par l'administration (ce qui est contesté) et à plus grande distance qu'initialement prévu à la ligne séparative des deux fonds, continue à causer un dommage à l'intimée dans la mesure où, lorsqu'elle a acheté sa propriété, elle a légitimement pu croire, vu le classement de la zone à l'Inventaire des sites de la province et vu sa situation en zone agricole d'intérêt paysager, qu'aucune construction nouvelle ne serait érigée sur le fond voisin, et singulièrement pas un terrain de tennis, lequel, vu le relief accidenté des lieux, appelait nécessairement, de surcroît, une sensible modification du relief du sol » ; Civ. Charleroi (1^{re} ch.), 22 juin 1990, *J.T.*, 1991, p. 10 et s. où le tribunal applique d'autres critères — principalement la disproportion — mais relève cependant : « Attendu qu'en mettant en cause, après dix mois, une décision contre laquelle elle a omis d'exercer un recours légal, la ville de Charleroi a miné la sécurité juridique du défendeur et sa confiance dans les institutions du pays ; Attendu qu'à supposer même que le ministre de l'exécutif de la Région wallonne ait violé les dispositions du plan particulier d'aménagement, fort de la décision rendue, M. Silvestro Santo pouvait légitimement considérer que l'autorisation obtenue ne pourrait plus être contestée et, en conséquence, procéder aux investissements nécessaires à l'exploitation de l'atelier de carrosserie. ».

1935. Mons (2^e ch.), 13 décembre 1999, *J.L.M.B.*, p. 770 et s.

1936. Cass. (1^{re} ch.), 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 898 et s.

Une convention préalable au divorce contenait une obligation de paiement d'une pension alimentaire mensuelle de 18 000 francs. Suite à une saisie-arrêt pratiquée par la bénéficiaire sur la totalité des indemnités d'assurance maladie-invalidité dues à son ex-époux — lui imposant ainsi de recourir au minimex —, le jugement *a quo* en conclut à l'abus de droit avant de fixer, sur cette base, le montant de la pension alimentaire à 6 000 francs par mois. La Cour casse ce jugement au motif qu'« ayant constaté que la demanderesse avait abusé de son droit à obtenir le paiement de sa pension, le jugement attaqué prononce à concurrence de 12 000 francs par mois la déchéance du droit de la demanderesse à cette pension ».

Ce n'était pas la première fois que la Cour rappelait le principe de la limitation de la sanction de l'abus de droit¹⁹³⁷. Sanctionner l'exercice abusif d'un droit ne peut impliquer la négation de ce droit. Si la réduction du droit n'est plus possible ou est devenue non satisfaisante, la victime devra se contenter d'une réparation¹⁹³⁸.

Dans son arrêt du 8 février 2001, la Cour a apporté une précision importante. S'il s'agit de l'application d'une clause contractuelle, « la réparation peut consister à priver le créancier du droit de se prévaloir de la clause »¹⁹³⁹. Ce faisant, la décision *a quo* n'avait pas déclaré, selon la Cour, la déchéance du droit et avait fait ainsi, à raison, une distinction entre l'interdiction d'exercer son droit dans des circonstances déterminées et la négation du droit en cause. Nous ne voyons pas pourquoi il en irait différemment en matière extracontractuelle, pour autant que l'exercice plein et entier de ce droit soit encore envisageable en d'autres circonstances.

La sanction particulière de la réduction du droit à son usage normal a été entérinée par la doctrine¹⁹⁴⁰ qui l'assimile à une réparation en nature¹⁹⁴¹ et par les juges du fond¹⁹⁴².

1937. Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 et s.

1938. Voy. Cass. (2^e ch.), 20 janvier 1993 (2^e espèce), *Pas.*, 1993, I, p. 73 et s., où la Cour rappelle expressément que le droit d'exiger une réparation en nature est lui-même susceptible d'être constitutif d'un abus de droit.

1939. Cass. (1^{re} ch.), 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 et s.

1940. Voy. par exemple, S. COVEMAEKER, W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht.*, *op. cit.*, p. 60 et 61 ; P.-A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 206 et s., n° 12 ; B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *op. cit.*, p. 125, n° 18 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 897, 897, n° 391.2. ; Id., « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 124, n° 32 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 119, n° 26.

Section 2

Les impasses de la théorie de l'abus de droit en droit positif

Sous-section 1 Les ambiguïtés des qualifications

438. La qualification des pouvoirs du titulaire du droit : l'abus de tous les droits subjectifs ? – 439. La qualification de l'intérêt du titulaire du droit : l'abus des libertés civiles ? – 440. Le souci de la prise en compte des caractéristiques du droit subjectif – 441. L'érosion des caractéristiques de la notion de droit subjectif ?

438

La qualification des pouvoirs du titulaire du droit : l'abus de tous les droits subjectifs ? Depuis l'origine de la théorie se pose la question de sa portée : tous les droits subjectifs sont-ils susceptibles d'abus ?

Traditionnellement, les droits dits « discrétionnaires »¹⁹⁴³, appelés parfois droits inconditionnels¹⁹⁴⁴, sont exclus du champ d'application de

1941. Voy. par exemple, J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 897, n° 391.2. ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 120, n° 26.

1942. Voy. par exemple, Liège (9^e ch.), 4 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1732 (réduction d'intérêts moratoires) ; J.P. WAREMME, 12 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 650 et s. (réouverture d'un délai de trois mois pour prendre attitude sur une demande de renouvellement d'un bail commercial) ; J.P. CHARLEROI, 4 septembre 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 438 et s. (résiliation d'un bail sans imputation de responsabilité et juste compensation trouvée dans les loyers perçus) ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 qui rappelle le principe ; *adde* les décisions citées dans diverses chroniques de jurisprudence où le principe est entériné par les auteurs sans jamais être remis en cause : R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *op. cit.*, p. 617, n° 15 ; R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 561, n° 22 ; J.-L. FAGNART, *Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 52, n° 43 ; Id., « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *op. cit.*, p. 302, n° 55.

1943. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *op. cit.*, p. 614, n° 14 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 410, n° 230 ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 1 et s. ; 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. 38, n° 2.3.1. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 321, n° 8 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 170, n°s 166 et s. 1944. J.-L. FAGNART, *Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 52, n° 43.

la théorie. L'idée est ici qu'il existerait des droits subjectifs reconnaissant un pouvoir discrétionnaire à leur titulaire qui pourrait les exercer dans n'importe quel but ou pour n'importe quel motif. Le contrôle de leur exercice par le juge serait, dès lors, inconcevable. On a cité traditionnellement le droit de tester, le droit moral de l'auteur, le droit au partage de la chose indivise ou le droit de rompre un contrat à durée indéterminée.

On s'accorde généralement à dire aujourd'hui que de tels droits sont en passe de disparaître devant l'application générale et dévorante de la théorie de l'abus de droit¹⁹⁴⁵ et le contrôle accru du juge qui en résulte ou qui est organisé d'autres manières. En réalité, nous le verrons, c'est plus précisément l'objectivation des critères de l'abus, liée à la reconnaissance de la nécessaire prise en compte des intérêts d'autrui, qui, à notre avis, a fait rentrer tous les types de droits, même les plus discrétionnaires, sous le giron de cette théorie. En effet, l'exclusion des droits discrétionnaires était principalement fondée soit sur l'impossibilité prétendue de contrôler les intentions subjectives dans l'exercice de certains droits mettant en jeu des intérêts éminemment personnels du titulaire, soit sur l'ancienne conception absolutiste du droit de propriété¹⁹⁴⁶.

De cette première exclusion est née une tendance à opérer de subtiles distinctions entre les droits susceptibles d'abus et les autres, parmi lesquels ceux donnant lieu à application du critère de détournement de finalité, dénommés généralement « droits fonctions »¹⁹⁴⁷. Nous pensons que ces classements n'apportent rien sur le fond — quelles que soient leurs vertus distinctives et ordonnatrices — dès l'instant où l'existence de droits discrétionnaires est devenue une chimère et que le critère de

1945. Voy. par exemple, R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 410 à 412, n° 230 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 213, n° 17 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 895, n° 391.2., note 196 ; 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° 2.3.1. ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 159, n° 55 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 326, n° 9 *in fine*.

1946. Voy. notamment, A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *op. cit.*, spéc. p. 2, n° 3, p. 10, n° 15, p. 11, n° 16, p. 13, n° 18 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 321 et 322, n° 8.

1947. Voy. par exemple, 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. 37 et s., n° 2.2, qui, à la suite de Walter Van Gerven, distingue les « aanspraak » des « bevoegdheden » ou « pouvoirs » qui eux-mêmes se subdivisent en droits-fonctions *sensu lato* et *sensu stricto* seuls donnant réellement lieu à application de la théorie de l'abus de droit ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 312 et s., n° 6 à 10, qui distingue les droits fonctions, les droits discrétionnaires et les droits égoïstes.

détournement de la finalité est accepté par tous comme un critère de l'abus. En réalité, ces distinctions sont ambiguës dès lors qu'elles mettent l'élément commun de tous ces droits — leur nature de droit subjectif au sens où nous l'avons retenu — au second plan.

439

La qualification de l'intérêt du titulaire du droit : l'abus des libertés civiles ? Logiquement, la dénomination même de la théorie étudiée impose que seul un droit subjectif soit susceptible d'abus¹⁹⁴⁸. Nous avons déjà mis en avant la controverse doctrinale concernant l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles¹⁹⁴⁹.

Selon les uns, la théorie de l'abus de droit ne peut s'appliquer aux libertés civiles. On en appelle alors au caractère indéterminé des prérogatives issues de la liberté qui ne pourraient donner une assise suffisante à l'application de la théorie qui suppose le dépassement de limites déterminables. Selon d'autres, vu l'absence de distinctions claires entre les qualifications de droits subjectifs et libertés civiles, rien ne s'oppose à l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles.

La jurisprudence de la Cour de cassation paraît sur ce point ambiguë.

Dans un arrêt du 24 septembre 1992, elle paraît accepter, comme de nombreux juges du fond, que le refus de vendre par lequel une personne exerce sa liberté de commerce ou de contracter, peut être soumis à la théorie de l'abus de droit¹⁹⁵⁰. Il s'agissait néanmoins d'un arrêt de rejet pris sur un moyen n'invoquant pas l'inapplicabilité de la théorie de l'abus de droit en l'espèce et sur la constatation principale du juge du fond que le refus visait en fait à éviter une nouvelle concurrence¹⁹⁵¹.

Par un arrêt du 13 septembre 1991, la Cour a par contre cassé une décision qui s'était fondée sur l'absence d'intérêt ou de raison valable pour retenir l'abus de droit. Elle le fait sur la base d'un moyen invoquant, en première branche, l'inapplicabilité de la théorie de l'abus de droit à la liberté de commerce et de contracter du fait de leur non-qualification en

1948. Pour l'affirmation du principe, voy. par exemple, J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *op. cit.*, p. 302, n° 55.

1949. Cf. *supra*, n° 345. Dans son arrêt du 12 juillet 1917 (Cass., 1^{re} ch., 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, I, p. 65 et s.), la Cour avait admis l'application de la théorie de l'abus de droit à la liberté de la concurrence non sans avoir pris soin de qualifier cette liberté de droit subjectif et en la traitant de manière analogue au droit de propriété. Cela nous paraît normal à une époque où la distinction entre les deux concepts ne donnait pas lieu à de réelles discussions en droit positif belge.

1950. Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049 et s.

1951. Et, il est vrai, sur la constatation concomitante du juge du fond de l'absence de justification d'un critère objectif au refus d'approvisionnement.

droit subjectif et, en quatrième branche, la violation de la notion d'abus de droit dès lors que le juge du fond ne s'était fondé que sur l'absence d'intérêt — et non sur la poursuite d'un but illicite — pour constater l'abus du refus de vente ¹⁹⁵². La Cour casse alors l'arrêt *a quo* pour violation du décret d'Allarde — et donc, implicitement mais certainement, pour violation de la qualification de liberté civile — en indiquant que le fait de faire une offre ne conférait pas à l'offrant un droit subjectif en vertu duquel il pourrait forcer son destinataire à l'accepter, à moins qu'il justifie son refus. Elle précise clairement « 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 ». Cet arrêt paraît devoir être approuvé. La liberté civile en cause permet de protéger l'intérêt de ne pas contracter. La légitimité de cet intérêt ne peut être remise en cause, sauf à démontrer que le but poursuivi est autre ou que, ce faisant, le titulaire de la liberté civile commet une faute ou un acte illicite, par exemple en ne visant par son refus que l'élimination d'un concurrent — comme dans l'arrêt du 24 septembre 1992 ¹⁹⁵³.

Même si la Cour est quelque peu ambiguë sur ce point, cette absence de motivation obligatoire revient, selon nous, à rejeter l'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles : la mise en œuvre de la proportionnalité implique nécessairement la prise en compte des intérêts concrets poursuivis par le titulaire du droit dans l'exercice de son droit subjectif et donc une recherche précise de ceux-ci impliquant que le titulaire du droit se justifie. Du reste, il nous paraît, contrairement à d'autres ¹⁹⁵⁴, que la Cour se fonde sur la première branche du moyen et

1952. Cass. (1^{re} ch.), 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, p. 33 et s.

1953. Cf. la systématisation du raisonnement de la pondération des intérêts en cas de conflit entre une liberté civile et un intérêt légitime (*supra*, n° 395).

1954. J.-F. ROMAIN, « La liberté de commerce et le refus de contracter », *R.G.D.C.*, 1994, p. 457 et 458, n° 13.3. et *Id.*, « La liberté de commerce et le refus de contracter (2) », *R.G.D.C.*, 1995, p. 22, n° 26.3, selon lequel la Cour n'aurait pas pris en considération l'argumentation développée dans le moyen, préférant se situer et y répondre sur le terrain du fondement de la théorie de l'offre. Cette constatation paraît hâtive dès lors que (1) la théorie de l'offre ne peut être comprise que sur la base des qualifications en cause de libertés civiles ; (2) la Cour se réfère explicitement aux qualifications en cause — le refus d'y voir un droit subjectif et la violation du décret d'Allarde, c'est-à-dire la source de la liberté civile invoquée — pour motiver sa décision ; (3) la théorie de l'offre ne permettrait pas, à elle seule, de justifier le refus de motivation du refus de l'offre ; (4) la première branche du moyen se fonde explicitement sur l'erreur de qualification et l'application erronée de la théorie de l'abus de droit aux libertés et, implicitement, sur le fait que cette théorie permettrait en elle-même l'application du critère de l'absence d'intérêt retenu par l'arrêt *a quo*, ce qui est nécessairement contesté, par voie de conséquence, par le demandeur en cassation au nom de la qualification de liberté civile. Il est vrai, par contre, que l'argumentation de la Cour est ambiguë en ce qu'elle n'affirme pas l'inapplicabilité de la théorie à la liberté en cause comme l'y invitait la première branche du moyen.

non sur la quatrième : l'abus de droit n'implique pas comme critère la poursuite d'un but illicite alors que l'absence d'un intérêt légitime a, par contre, été admise depuis longtemps comme un critère à part entière par la Cour. En outre, elle ne casse pas l'arrêt *a quo* sur la constatation de la violation de la théorie de l'abus de droit comme l'y invitait la quatrième branche du moyen, mais pour méconnaissance de la notion de liberté, argument central de la première branche.

La controverse peut paraître académique pour certains¹⁹⁵⁵. Il n'en est rien. Nous venons de voir, dans la partie consacrée à la tierce complicité, un exemple particulièrement significatif : le fondement de la tierce complicité sur l'abus de droit dans le chef du tiers impliquait nécessairement l'idée qu'il était détenteur d'un pouvoir lui permettant, *a priori*, de porter atteinte aux droits de créance d'autrui.

Remarquons qu'en dehors du cas particulier du refus de contracter, la jurisprudence n'offre pas réellement d'exemple d'application de la théorie de l'abus de droit aux libertés civiles.

440

Le souci de la prise en compte des caractéristiques du droit subjectif. La doctrine souligne très fréquemment que la théorie de l'abus de droit doit prendre en compte certaines caractéristiques du droit subjectif dans son application.

Ce souci se marque par l'affirmation que le droit subjectif implique pour son titulaire une licéité de principe des actes d'exercice de son droit même s'ils provoquent nécessairement un dommage pour autrui. L'affirmation prend une ampleur toute particulière dans l'évolution de la recherche du lien entre la responsabilité civile et la théorie de l'abus de droit chez les tenants du fondement à trouver dans la responsabilité civile¹⁹⁵⁶.

Mais on retrouve également ce souci chez d'autres auteurs qui défendent *a priori* d'autres fondements ou qui n'adhèrent pas directement à ces évolutions.

Ainsi, Jean-Luc Fagnart, dans sa dernière chronique de jurisprudence, rappelle avec force le principe, sous un titre évocateur, des dérives possibles de la théorie étudiée — « L'abus de la théorie de l'abus » — : « L'exercice normal d'un droit, même s'il est très dommageable pour autrui, ne constitue pas un abus »¹⁹⁵⁷.

1955. J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *op. cit.*, p. 302, n° 55.

1956. Cf. *infra*, n° 445.

1957. J.-L. FAGNART, *Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 54, n° 45.

Nous retrouvons des idées semblables chez Hubert Bocken¹⁹⁵⁸, Roger Dalcq¹⁹⁵⁹, Henri De Page¹⁹⁶⁰, Xavier Dieux et Jean Van Ryn¹⁹⁶¹, Paul-Alain Foriers¹⁹⁶², Hubeau et Rauws¹⁹⁶³, François Ost¹⁹⁶⁴, Xavier Thunis¹⁹⁶⁵ et Pierre Van Ommeslaghe¹⁹⁶⁶.

Les spécificités du droit subjectif sont, généralement, prises en compte par les auteurs qui défendent l'idée de l'existence d'un principe général de droit prohibant l'abus.

Comme le rappelle François Ost : « Le principe demeure en effet qu'exercer un droit ne saurait en principe constituer une faute, cet exercice entraînant-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. À la marge cependant le juge s'autorisera à censurer l'exercice exagérément asocial du droit. Une chose est de prendre ses avantages, une autre est de ne se soucier aucunement des intérêts d'autrui, voire de chercher à lui nuire délibérément ». ¹⁹⁶⁷.

Ludo Cornelis exprime des idées similaires¹⁹⁶⁸ qui l'ont amené à embrasser la thèse de l'existence d'un contrôle marginal de l'abus de droit¹⁹⁶⁹. Ce contrôle marginal peut en effet être considéré comme la manifestation la plus éclatante de la reconnaissance de la marge de licéité reconnue au titulaire du droit dans son exercice.

Dans le même temps qu'ils reconnaissent la nécessité de prendre en compte les intérêts d'autrui, les tenants du fondement moral de l'abus de droit mettent aussi l'accent sur le caractère particulier des droits subjectifs.

1958. H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, *op. cit.*, p. 70, n^{os} 41 et s.

1959. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 251, n^o 558.

1960. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., T. I^{er}, *op. cit.*, p. 167, n^o 113.

1961. X. DIEUX, J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 290.

1962. P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 216, n^o 20, mais qui oppose l'opposabilité des droits réels au pouvoir interne des droits de créance.

1963. B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *op. cit.*, p. 117, n^o 6.

1964. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 141.

1965. X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, *op. cit.*, p. 29 et 30, n^o 40.

1966. P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 327, n^o 10.

1967. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 140.

1968. Cf. *infra*, n^o 446.

1969. Sur ce contrôle marginal, voy. *infra*, n^o 460.

C'est que, comme le souligne Jean Dabin : « 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 »¹⁹⁷⁰ ; « l'acte d'usage est légal, en tant même que susceptible de causer dommage »¹⁹⁷¹. André de Bersaques, exprimant la même idée, énonce ainsi : « 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 »¹⁹⁷².

Georges Ripert rappelle, quant à lui, que : « Si l'auteur de l'acte avait un droit, c'est bien que la victime avait l'obligation de supporter le dommage. Le dommage causé ne donne pas lieu à réparation, puisque celui qui le subit a l'obligation de le supporter sans se plaindre »¹⁹⁷³. René Savatier est allé encore plus loin. Il désigne en effet par « droits de nuire à autrui » les droits subjectifs susceptibles d'être réfrénés par la théorie de l'abus de droit¹⁹⁷⁴.

Même si la reconnaissance de la spécificité des droits subjectifs reste vivace dans l'appréhension de la théorie de l'abus de droit fondée sur la bonne foi, elle perd incontestablement du terrain dans le cadre des expressions les plus larges des théories de la bonne foi.

La prise en compte des spécificités des droits subjectifs se marque — comme dans les autres fondements — essentiellement au niveau du contrôle de l'abus de droit. La nécessité d'un contrôle marginal de l'exercice du droit est ici aussi défendue¹⁹⁷⁵. Encore convient-il de remarquer que,

1970. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 301.

1971. *Ibid.*, p. 300.

1972. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *op. cit.*, p. 282, n° 18 ; « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », note sous C. trav. Bruxelles (5^e ch.), 23 novembre 1971, *op. cit.*, p. 507, n° 7, *in fine*.

1973. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 165 et 166.

1974. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2^e éd., t. 1^{er}, Paris, L.G.D.J., 1951, p. 52, n° 39 ; *Id.*, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. et jurispr.*, 1934, p. 414, n° 6.

1975. Voy. par exemple, W. DE BONDT, « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1984, p. 124, n° 23 ; E. DIRIX, « Over de beperkende werking van de goede trouw », *R.D.C.*, 1988, p. 663, n° 6 ; J.-M. NELISSEN GRADE, obs. sous Comm. Bruxelles, 31 mai 1991, *R.D.C.*, 1991, p. 937 ; D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 64 ; S. STIJNS, « La « rechtsverwerking » : fin d'une attente (dé)raisonnable ? », *J.T.*, 1990, p. 689, n° 22.

comme dans les discussions relatives aux autres fondements, les auteurs ne s'accordent pas sur la portée exacte d'un tel contrôle ¹⁹⁷⁶.

En toute hypothèse, plusieurs auteurs rappellent que, même fondée sur les devoirs issus de la bonne foi, la faute commise par abus de droit doit être suffisamment marquée ou certaine. Comme le précise Jean-Luc Fagnart, même sous le contrôle du principe de l'exécution de bonne foi : « [...] chacun peut user des droits avec égoïsme et nuire légitimement aux autres, à condition qu'il n'y ait pas d'abus » ¹⁹⁷⁷.

Nous percevons cependant un glissement réduisant le droit subjectif à un simple intérêt à mettre en balance avec les intérêts d'autrui. Cette tendance se marque particulièrement dans la thèse de Jean-François Romain. Pour ce dernier, le critère générique de l'abus de droit se ramène à un test d'équilibre des intérêts en présence. La qualification de droit subjectif n'est pratiquement plus prise en compte, si ce n'est au titre d'une des « particularités objectives de la situation litigieuse » ¹⁹⁷⁸. L'abus de droit, au sens de la violation du principe général de droit de la bonne foi objective, revient donc à fustiger l'absence ou la mauvaise prise en compte de l'intérêt d'autrui au travers du critère de la faute au sens de la violation de la règle de prudence observée par le *bonus vir*. Ce faisant, l'auteur se rapproche très près du fondement puisé dans la responsabilité civile où l'abus est ramené à une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ce qui, dans cette logique, est plus surprenant, est le maintien de l'exigence d'un contrôle marginal dans le chef du juge qui serait amené à contrôler l'existence d'un tel abus de droit ¹⁹⁷⁹. Le fondement d'un tel contrôle est cependant très ambigu. Évidemment, aucun appel n'est fait à l'essence ou aux caractéristiques du droit subjectif.

441

L'érosion des caractéristiques de la notion de droit subjectif ? Nous avons déjà souligné que la notion de droit subjectif subissait, dans la théorie de l'abus de droit, une double attaque par la notion d'intérêt ¹⁹⁸⁰. Par l'extérieur, d'abord, puisque c'est l'intérêt de la victime qui est opposé au titulaire du droit tenu d'en tenir compte. Par l'intérieur, ensuite, parce que le critère de proportionnalité ramène, en réalité, le contrôle du comporte-

1976. Voy. sur ce point, *infra*, n° 460.

1977. J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *op. cit.*, p. 305, n° 21.

1978. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 896 et 897 ; aussi *Id.*, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », *op. cit.*, p. 121, n° 30.

1979. *Ibid.*, p. 896 et 897.

1980. Cf. *supra*, n° 143.

ment du titulaire du droit aux intérêts concrets qu'il poursuit dans l'exercice de son droit.

La théorie de l'abus de droit résiste cependant bien à toute tentative d'érosion si on en croit la très nombreuse doctrine qui affirme l'importance de ses caractéristiques et leur nécessaire influence sur le contrôle de l'abus. Pourtant, il faut reconnaître que cette affirmation reste la plupart du temps superficielle et prend de plus en plus la forme d'une pétition de principe. Rares sont les auteurs qui retournent réellement à une analyse serrée de la notion pour expliquer la théorie de l'abus de droit.

Il en découle un déplacement du débat de la qualification vers l'application des principes de la responsabilité civile. Cela se marque particulièrement par l'identification du fondement — et non seulement de la sanction — de l'abus dans ces principes¹⁹⁸¹. De même, nous le verrons, les spécificités de la faute du titulaire du droit sont plus recherchées dans des règles ou principes externes — tel le contrôle marginal — que dans la notion même de droit subjectif¹⁹⁸².

L'éloignement du débat de l'analyse de la qualification de droit subjectif n'est pas étranger aux impasses où vont mener les recherches des fondements de la théorie. Ainsi, dans la théorie de la bonne foi, on finit par remettre en cause la notion même de droit subjectif, telle qu'acceptée majoritairement. Jean-François Romain opère par exemple un retournement complet de l'essence du droit subjectif qui passe de l'exclusion d'autrui à une dimension d'altérité au sein de sa théorie de la bonne foi. Cette dimension d'altérité est comprise comme une caractéristique inhérente à la qualification du droit subjectif qui ne serait plus fondamentalement « égoïste » — nous dirions « exclusif » —, mais « comprend dans son concept la prise en compte d'une relation fondamentale avec autrui et la considération portée à l'intérêt objectif d'autrui »¹⁹⁸³. Le devoir de tenir compte de l'intérêt d'autrui serait donc inhérent à la notion, ce qui contrevient à toute l'évolution relative à la définition de la qualification.

1981. Cf. *infra*, n° 445.

1982. Cf. *infra*, n°s 459 et 460.

1983. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 895 et 896, n° 391.2. ; comp., en dehors de toute considération relative à la bonne foi, N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS, C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens », *op. cit.*, p. 297 et 299, qui paraissent trouver l'essence du droit subjectif dans sa nécessaire intersubjectivité.

Sous-section 2 **L'impasse de la recherche des fondements de la théorie de l'abus de droit**

442. L'impasse originelle du fondement de la théorie de l'abus de droit – 443. Les tentatives de dépasser l'impasse originelle – 444. L'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les fondements de la théorie de l'abus de droit – 445. Les tenants du fondement dans le droit commun de la responsabilité civile : une vision éclatée – 446. Les impasses d'un fondement trouvé dans les règles de droit commun de la responsabilité – 447. Les tenants du fondement dans un principe général de droit interdisant l'abus de droit – 448. Les impasses d'un fondement trouvé dans un principe général de droit interdisant l'abus de droit – 449. Les tenants du fondement dans la morale – 450. Les impasses du fondement trouvé dans la morale – 451. Les tenants du fondement dans un principe de bonne foi – 452. Les impasses du fondement trouvé dans le principe de bonne foi – 453. Les impasses de la recherche des fondements au centre de trois pôles d'attraction inconciliables ?

442 **L'impasse originelle du fondement de la théorie de l'abus de droit.** Même si certains auteurs identifient des signes de l'existence d'une interdiction de l'abus de droit jusque dans le droit romain¹⁹⁸⁴, les essais de systématisation d'une véritable théorie sont relativement récents. Ils débutent à l'extrême fin du XIX^e siècle pour fleurir durant toute la première moitié du XX^e siècle¹⁹⁸⁵.

Ces tentatives de systématisation vont de pair avec l'apparition précoce d'une controverse quant à l'existence et à l'admissibilité de la théorie. Tous connaissent l'argumentation célèbre de Planiol selon laquelle la théorie de l'abus de droit serait une véritable « logomachie »¹⁹⁸⁶ : « Car si

1984. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, op. cit., p. 405 et s., n° 228.

1985. Pour un relevé exhaustif de cette doctrine, voy. J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN (avec le concours de), *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 748, note 6. Ces auteurs remarquent que, en France, la doctrine semble s'être depuis quelque peu désintéressée du problème. Tel n'est pas le cas, nous le verrons, de la doctrine belge qui, à la suite de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation belge, est venue affiner, de manière plus ou moins heureuse, la réflexion sur la théorie de l'abus de droit ; adde L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, op. cit., p. 261 et s. ; L. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939, p. 331, n° 244.

1986. Dispute de mots, du grec *logos* (discours) et *makhè* (combat).

j'use de mon droit, mon acte est *licite* ; et, quand il est *illicite*, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis *sans droit*, *injuria*, comme disait la loi Aquilia. Nier l'usage abusif des droits, ce n'est pas tenter de faire passer pour permis les actes dommageables très variés que la jurisprudence a réprimés ; c'est seulement faire cette observation que tout acte abusif, par cela seul qu'il est *illicite*, n'est pas *l'exercice d'un droit*, et que l'abus de droit ne constitue pas une catégorie juridique distincte de l'acte illicite. 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* »^{1987 1988} (souligné par l'auteur).

Dans ce passage se perçoit l'origine de toutes les difficultés — et de l'ambiguïté — qui réapparaissent sans cesse dans les discussions doctrinales relatives à l'abus de droit. Si la théorie a assurément survécu aux critiques qui ont été émises à son égard, les incertitudes fondamentales naissant des critiques de Marcel Planiol sont loin d'être levées à l'heure actuelle. Comment reconnaître une faute dans l'exercice d'un droit subjectif alors que, précisément, le droit objectif a reconnu à son titulaire le pouvoir de poser les actes en cause ? Comment admettre la responsabilité civile du titulaire du droit subjectif tout en évitant de nier l'existence du droit subjectif lui-même ? Comment concilier la théorie de l'abus de droit avec le droit commun de la responsabilité civile ? C'est toute la question du fondement et des modalités de l'application de la théorie qui est, dès l'origine, posée par Marcel Planiol.

1987. En italique dans le texte.

1988. 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, p. 312 et s. ; dans le même sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE, 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, p. 1080 et s., n° 2855 ; M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflit de droits », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, p. 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, p. 370 et s., n° 310, note 1, spéc. p. 372 et 373. Il est intéressant de noter que même si la théorie de l'abus de droit n'apparaît pas dans la doctrine du XIX^e siècle, ce n'est pas pour autant que l'on donne à l'irresponsabilité du titulaire d'un droit un caractère absolu. L'exercice du droit ne va que jusqu'à la limite où commence le droit d'autrui. Nous avons déjà relevé en effet que, souvent, l'atteinte au droit d'autrui était considérée comme fautive dans la doctrine du XIX^e siècle (cf. *supra*, n° 237). L'abus de droit était donc réduit à une application pure et simple de l'article 1382 du Code civil : pouvait commettre une faute le titulaire d'un droit qui portait atteinte aux droits d'autrui parce qu'il dépassait alors les limites de son droit. (cf. par exemple, LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t.III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe & C^{ie}—Librairie A. Marescq-Aîné, 1878, p. 209, n° 354 ; voy aussi Dessertaux qui, dans son article précité, propose d'abandonner les termes d'« abus de droits » pour lui préférer ceux de « conflit de droits » (p. 124 et s.)).

Les tentatives de dépasser l'impasse originelle. Nombreux sont les auteurs qui paraissent préférer « dépasser » la critique de Planiol soit en la réduisant à une querelle de langage¹⁹⁸⁹, soit en admettant plus simplement que cette théorie semble bien bâtie sur une contradiction¹⁹⁹⁰. Louis Josserand, le premier, tentera de réfuter l'irritante constatation de Marcel Planiol.

Pour Josserand, Planiol et les tenants de sa thèse confondent simplement les deux acceptations du terme « droit ». Un acte peut très bien être conforme à tel droit subjectif déterminé (par exemple le droit de propriété) tout en étant contraire au droit dans sa généralité et son objectivité¹⁹⁹¹. Nous retrouvons ici la distinction entre le droit subjectif lui-même et sa source, le droit objectif. On y décèle également la distinction entre les limites « externes » ou « formelles » — issues du droit objectif — et limites « internes » du droit subjectif avancée parfois par la doctrine belge pour tenter de justifier l'admissibilité de la théorie de l'abus de droit¹⁹⁹².

Cette réfutation a cependant fait l'objet de critiques qui permettent de l'affiner quelque peu. Jean Dabin¹⁹⁹³, comme Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux¹⁹⁹⁴, relèvent en effet que, ce faisant, Louis Josserand n'évite pas la contradiction relevée par Marcel Planiol dès lors que le droit objectif ne pourrait à la fois permettre et interdire un même acte. C'est pourquoi le premier auteur tentera de trouver le fondement de l'abus de droit

1989. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A, op. cit.*, p. 408, n° 229 et réf. citées ; P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *op. cit.*, p. 307, n° 3.

1990. Voy. par exemple, B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *R.G.D.C.*, 1987, p. 117, n° 6 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations — 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 154, n° 318.

1991. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., *op. cit.*, n° 245. Dans le même sens, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 253, n° 565 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1934, p. 525, n° 551 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginnelsen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 182, n° 69 et n° 74 (l'auteur dépasse l'argument de Planiol selon un raisonnement proche de Josserand tout en admettant que la critique soit fondée).

1992. Voy. par exemple, B. HUBEAU, W. RAUWS, « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht », *op. cit.*, p. 118, n° 6 ; 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. 39, n° 3.2.3.

1993. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 294. Cette critique de Josserand pousse Dabin à trouver dans la morale, le fondement même de l'abus de droit (cf. *infra*, n° 449).

1994. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN (avec le concours de), *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 751, n° 765.

dans les règles de la morale ¹⁹⁹⁵. Les seconds admettront simplement que l'abus de droit se comprend en toute hypothèse dans la constatation du dépassement des limites du droit, sa spécificité étant que les cas visés par cette théorie sont ceux où seules les limites « internes » du droit ¹⁹⁹⁶ ont été dépassées alors que les limites « externes », découlant des normes de droit objectif qui délimitent les prérogatives du titulaire du droit, ont été respectées.

D'autres auteurs tenteront également de dépasser la contradiction en fondant l'abus de droit sur des règles non écrites ¹⁹⁹⁷. Il n'est donc pas étonnant de voir un important courant doctrinal discerner le fondement de l'abus de droit dans un principe général de droit ¹⁹⁹⁸.

Le fondement moral de l'abus de droit reste vivace dans la doctrine actuelle, même si l'on refuse d'y voir une justification « technique » à l'abus de droit. L'opinion de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux ne paraît pas, quant à elle, résister à une application stricte de leur propre réfutation de l'opinion de Josserand : comment le droit objectif pourrait-il dans le même temps, placer des limites internes *et* externes à l'usage des droits subjectifs ? Dédoubler les limites du droit subjectif ne résout rien en définitive. Soit des limites internes existent et elles délimitent une fois pour toutes l'étendue des pouvoirs conférés au titulaire du droit. Les limites externes ne servent alors plus à rien si l'on admet qu'elles sont respectées dans le cadre de la théorie de l'abus de droit. Soit seules des limites externes existent et, dans ce cas, nous nous demandons ce qu'il resterait des spécificités d'une théorie de l'abus de droit. Le dépassement de ces limites équivaldrait simplement à la faute de l'article 1382 du Code civil ¹⁹⁹⁹, ce que ces auteurs réfutent également.

1995. Cf. *infra*, n° 449.

1996. J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN (avec le concours de), *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 774. *In fine*, ces auteurs paraissent « flirter » avec le fondement moral de la théorie de Dabin quoiqu'ils s'en défendent. Ils trouvent en effet dans la recherche du « bien commun » le sens profond de la limitation interne des droits subjectifs. Le droit doit orienter l'activité humaine en fonction d'une éthique inspirée par la Justice. Les droits subjectifs seraient, dès lors, un des moyens d'atteindre ce but. C'est donc, en définitive, sur une théorie finaliste ou téléologique des droits subjectifs présentant une forte connotation morale que débouche la réflexion de ces auteurs.

1997. Par exemple, W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 167 ; E. M. MEYERS, « Misbruik van recht en wetsontduiking », *op. cit.*, p. 710.

1998. Cf. *infra*, n° 447.

1999. En réalité, la faute n'est alors qu'éventuelle car agir sans droit n'est pas nécessairement fautif. Il faut, dans notre logique, requalifier le pouvoir ou l'intérêt du titulaire du droit et lui appliquer le mode de résolution de conflit adéquat.

L'ambiguïté de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les fondements de la théorie de l'abus de droit. En matière extracontractuelle, la Cour de cassation semble *a priori* admettre que l'abus de droit se fonde sur une application de l'article 1382 du Code civil²⁰⁰⁰. Une lecture attentive de ses arrêts montre cependant qu'il y a place pour le doute. Ces arrêts paraissent hantés par un autre fondement, à savoir un principe général de droit dont l'autonomie par rapport aux règles de la responsabilité aquilienne n'apparaît pas clairement.

Dès son arrêt du 12 juillet 1917²⁰⁰¹, la Cour qualifie d'acte illicite l'abus de droit en confirmant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui retenait une faute au sens de l'article 1382 du Code civil dans l'abus constitué par le placement d'une enseigne lumineuse sur un bâtiment de manière à couvrir celle de son voisin. Nous retrouvons le même fondement dans son arrêt du 11 avril 1958²⁰⁰².

Dans son arrêt du 16 novembre 1961²⁰⁰³, par contre, le moyen est fondé sur la violation des articles 544 et 661 du Code civil en ce que le propriétaire d'un terrain excipait de son droit de propriété sur une étroite bande de terrain séparant le mur de la limite des fonds pour faire échec à l'application de l'article 661 précité et à la demande de mitoyenneté de son voisin. La Cour admet le raisonnement du juge d'appel qui constate implicitement que ce refus était abusif en se justifiant par la constatation du caractère minime du dépassement et du défaut d'intérêt du propriétaire au maintien de son droit sur la bande de terrain litigieuse.

La Cour, dans une affaire donnant lieu à son arrêt du 10 septembre 1971²⁰⁰⁴, est saisie d'un pourvoi contre une décision d'un juge d'appel qui avait refusé la demande de démolition d'un mur empiétant sur le ter-

2000. Voy. en ce sens, P. VAN OMMESELAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *op. cit.*, p. 311 et 312, n° 5 ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A, op. cit.*, p. 425, n° 239 et p. 433, n° 242 ; *adde* conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 31 et s.

2001. Cass. (1^{re} ch.), 12 juillet 1917, *Pas.*, 1918, p. 71 et s.

2002. Cass. (1^{re} ch.), 11 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 867 et s., où la Cour rejette un moyen fondé sur l'absence de faute au sens de l'article 1382 du Code civil en énonçant que « si, suivant l'article 1083 du Code civil, l'instituant conserve le droit de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution contractuelle, il ne s'ensuit pas que l'instituant ne puisse commettre un abus de ce droit, c'est-à-dire un acte illicite, notamment en aliénant ce bien [...] ».

2003. Cass. (1^{re} ch.), 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 et s.

2004. Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et s. et note W.G. ; *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 31 et s. et conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH.

rain du voisin sur une longueur de 6 mètres et une largeur d'une brique en lui substituant des dommages et intérêts. La Cour rejette le pourvoi fondé principalement sur la violation de l'article 544 du Code civil en constatant que « le tribunal a pu considérer que, dans les circonstances présentes, exiger la démolition dépassait manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente ». La référence à l'exercice du droit par une personne prudente et diligente paraît conforter l'idée de l'identification du fondement de l'abus à la faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Cet arrêt a du reste été précédé — et pris en conformité — des conclusions très fouillées du procureur général Ganshof van der Meersch²⁰⁰⁵. Ces dernières insistaient à de nombreuses reprises sur l'adéquation entre l'abus de droit et la faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Pourtant, ni la motivation de la Cour ni le moyen auquel elle répond ne visent spécifiquement les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Depuis, la Cour a réitéré à diverses reprises la formulation générale inaugurée dans son arrêt du 10 septembre 1971 et cela, tant en matière contractuelle²⁰⁰⁶ qu'extracontractuelle²⁰⁰⁷.

Un arrêt en particulier paraît conforter l'idée d'adéquation entre la faute des articles 1382 et 1383 du Code civil et le comportement abusif. Il s'agissait d'une espèce assez classique en la matière. Le juge d'appel avait débouté de sa demande en paiement de dommages et intérêts le propriétaire d'un fonds sur lequel empiétait de 43 centimètres un immeuble voisin. Il avait constaté que le propriétaire de ce dernier n'avait pas commis d'abus de droit et que sa responsabilité aquilienne ne pouvait donc être engagée. Le pourvoi est fondé sur la violation des articles 544 et 1382 du Code civil. L'arrêt du 18 juin 1987 casse cette décision après avoir rappelé que « la faute de la défenderesse peut consister *non seulement dans le fait*

2005. La note de W.G. publiée à la *Pasicrisie*, citée à la note précédente, va également en ce sens, n'étant qu'une traduction française légèrement apurée des conclusions du procureur général. Il est à noter que le procureur général Ganshof van der Meersch avait déjà pris position en faveur de l'article 1382 du Code civil — tout en admettant qu'il n'y avait pas unanimité sur ce point — dans sa célèbre mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1970 (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 587 à 590).

2006. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} février 1996, *Bull.*, 1996, p. 158 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 728 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 337 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 et s.

2007. Cass. (1^{re} ch.), 19 novembre 1987, *Pas.*, I, 1988, p. 332 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756 et s.

qu'elle aurait abusé de son propre droit mais aussi dans le fait qu'elle aurait illégalement porté atteinte au droit de propriété du demandeur »²⁰⁰⁸.

Cet arrêt est du reste à rapprocher des arrêts rendus en matière d'intentement d'action en justice où la Cour, sans parler explicitement d'abus de droit, fait une application de la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil²⁰⁰⁹.

Il n'est donc pas vraiment étonnant d'entendre le procureur général E. Krings indiquer lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 3 septembre 1990 que : « On constate donc que la Cour a reconnu expressément que, dans certains cas, l'exercice d'un droit peut constituer une faute, que celle-ci soit délictuelle ou quasi délictuelle ; ayant ainsi expressément fait appel à la notion de faute, elle a par là même rattaché la solution aux dispositions du Code civil, à savoir les articles 1382 et 1383 »²⁰¹⁰.

La clarté a-t-elle été faite sur le réel fondement donné par la Cour à la théorie de l'abus de droit ? Assurément non, si l'on en juge par les controverses qui subsistent aujourd'hui dans la doctrine belge. Il n'est donc pas inintéressant de dresser un état des lieux plus précis avant de rechercher une voie de solution.

2008. Souligné par l'auteur. Cass. (1^{re} ch.), 18 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1299 et s.

2009. Cass. (1^{re} ch.), 15 mai 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 192 et s., où la Cour déclare : « Attendu que le fait d'avoir intenté une action judiciaire que les tribunaux ont repoussée, ne saurait, assurément, être considérée en soi comme une faute pouvant justifier l'allocation à la partie adverse, de dommages-intérêts, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil ; mais qu'il en va autrement lorsque ce fait s'accompagne de circonstances qui révèlent, chez son auteur, une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi ; que celui qui, même de bonne foi, exerce une telle action par suite d'une erreur d'appréciation à ce point évidente, qu'il devait nécessairement s'en apercevoir et, partant, l'éviter, excède les limites du droit, reconnu à quiconque, d'ester en justice. » Il convient cependant de noter que la Cour poursuit en indiquant « et porte atteinte au droit qu'a son adversaire de voir sa réputation et son patrimoine respectés, et tenus à l'abri d'attaques inconsidérées ; que l'action intentée dans ces conditions prend, par elles, le caractère d'un acte illicite, qui, conformément au droit commun, entraîne, pour son auteur, l'obligation d'en réparer les conséquences dommageables » ; voy. aussi, Cass. (1^{re} ch.), 27 octobre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 101 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 22 mars 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 777 et s., qui, en matière de fol appel, parle de « faute grave ».

2010. E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 548, n° 17. Le procureur admet cependant que les conséquences dommageables de l'abus ne faisant en règle pas l'objet d'une disposition légale propre, cette théorie peut être rapprochée, sous cet aspect, de la question des principes généraux (p. 548, n° 16).

Certains arrêts rendus en matière extracontractuelle²⁰¹¹, comme en 1971, ne le sont nullement suite à des pourvois visant une violation des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ce qui n'empêche pas la Cour de statuer sur l'existence ou l'inexistence d'un abus de droit. Dans d'autres arrêts, les moyens se fondent tant sur la violation du principe général de l'abus de droit que sur celle des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁰¹² sans que les motifs de la Cour permettent de déterminer où cette dernière situe réellement le fondement de l'interdiction de l'abus de droit. L'arrêt du 16 décembre 1982 connaît même d'un moyen fondé sur « la violation du principe général de l'abus de droit consacré par les articles 1382, 1383 et 1134, al. 3, du Code civil »²⁰¹³. Comme l'a fait remarquer Ludo Cornélis, ces arrêts sont rangés dans les recueils de décisions de la Cour non pas sous le verbo « responsabilité », mais sous celui de « principe général de droit »²⁰¹⁴.

Dans le sens de la reconnaissance du fondement de l'abus de droit dans un principe général de droit, il convient également d'épingler l'arrêt du 5 mars 1984 qui voit la Cour, saisie d'un moyen invoquant la violation du principe général de droit prohibant l'abus de droit, casser une décision qui avait écarté l'argumentation relative à l'abus de droit pour le motif que cette décision « viole le principe général du droit et les dispositions légales visées dans cette branche du moyen »²⁰¹⁵.

Il est du reste pour le moins troublant de voir le président Soetaert, qui a présidé à plusieurs décisions auxquelles il a été fait référence ci-

2011. Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 756 et s., où la Cour ne statue, n'en déplaie au rédacteur des sommaires qui vise également les articles 1382 et 1383 du Code civil, que sur la seule violation de l'article 663 du Code civil.

2012. Cass. (1^{re} ch.), 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 14 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 528 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 10 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1212 et s. ; Cass. (3^e ch.), 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 806 et s. (où la violation de l'article 1134 du Code civil est également invoquée quoiqu'il s'agisse en l'espèce d'un droit litigieux d'origine légale, un droit d'indemnité de congé spécial) ; Cass. (1^{re} ch.), 13 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1023 et s. ; Cass. (1^{re} ch.), 27 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1381 et s. ; Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55 et s. (en matière contractuelle où la Cour statue cependant au seul regard de l'article 1134 du Code civil).

2013. Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472 et s.

2014. L. CORNELIS, *Principe de droit belge de la responsabilité extracontractuelle — L'acte illicite*, vol. I, *op. cit.*, p. 88, n° 51. Voy. cependant Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 et s., où tant les verbo « Responsabilité (hors contrat) » — alors que l'on se situe en matière contractuelle — et « Principes généraux du droit » sont utilisés.

2015. Cass. (3^e ch.), 5 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 768 et s. Le moyen ne visait pourtant pas les articles 1382 et 1383 du Code civil. Dans le même sens, mais de manière moins certaine, l'arrêt du 24 septembre 1992 (*Pas.*, 1992, I, p. 1049) qui, contrôlant la légalité de la notion d'abus de droit invoqué au moyen, énonce que « la cour d'appel n'a pas méconnu le principe général du droit [relatif à l'abus de droit] ni violé les dispositions indiquées dans cette branche du moyen [les articles 1382 et 1383 du Code civil] ».

avant²⁰¹⁶, classer dans une publication consacrée aux principes généraux du droit²⁰¹⁷ l'interdiction de l'abus de droit dans une liste des principes généraux reconnus comme tels par la Cour de cassation en droit civil²⁰¹⁸, le prendre comme exemple de principes généraux venant se substituer à des interprétations trop étroites de la loi, à savoir l'article 1134 du Code civil et, finalement déclarer sans ambages : « Hoe dan ook, onbetwistbaar wordt rechtsmisbruik onderscheiden van gewone onrechtmatige daad in de zin van artikel 1382 B.W. »²⁰¹⁹. Apparemment, le ministère public est aussi divisé sur les fondements à assigner à la théorie de l'abus de droit que la doctrine qui commente les arrêts susmentionnés.

Les arrêts de la Cour de cassation belge ne nous paraissent pas encore avoir livré clairement l'opinion exacte de la haute juridiction sur le fondement de l'interdiction de l'abus de droit, à tout le moins en matière extracontractuelle. La doctrine s'est dès lors divisée dans la recherche des fondements de la théorie, chaque opinion se référant à certains des arrêts précités, pour justifier ses choix.

445

Les tenants du fondement dans le droit commun de la responsabilité civile : une vision éclatée. Des divergences assez nettes apparaissent dans la compréhension du lien entre la théorie de l'abus de droit et les principes de responsabilité issus des articles 1382 et 1383 du Code civil. Nous distinguons quatre tendances distinctes.

- 1° La *première tendance* consiste en l'*assimilation totale de la faute* au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil et de l'*abus de droit*. Selon ce premier courant, principalement fondé sur les opinions du traité des Mazeaud²⁰²⁰, les différentes façons d'abuser de droits subjectifs se confondent très exactement avec la notion de faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁰²¹.

2016. Cass. (1^{re} ch.), 6 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 990 et s. et Cass. (3^e ch.), 7 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 806 et s.

2017. R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1986, p. 51 et s.

2018. *Ibid.*, p. 54.

2019. *Ibid.*, p. 65.

2020. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 520, n° 547 et p. 543, n°s 576 à 580 et p. 558, n° 592 (souligné par l'auteur).

2021. Voy. en ce sens, par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 264, n° 604 ; ID., « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *op. cit.*, p. 613, n° 14 ; conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, avant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 31 et s. ; J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, *op. cit.*, p. 769, n° 816 ; mercuriale du procureur général POTVIN, « Coups d'œil sur l'évolution du droit et de la vie judiciaire depuis 1920 », *J.T.*, 1964, p. 554 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 335, n° 16 ; conclusions du procureur général VELU avant Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1344.

Les auteurs actuels qui partagent cette opinion trouvent dans la jurisprudence de la Cour de cassation un appui en ce qu'ils ne voient pas de différence substantielle entre la notion de faute et le critère générique proposé par la Cour de cassation : ils paraissent assimiler purement et simplement les deux²⁰²².

La chose est évidente en ce qui concerne l'intention de nuire. En l'absence d'une telle intention, il y aurait seulement lieu à contrôler le comportement du titulaire du droit. Si sa conduite s'est écartée de celle de l'homme normalement prudent et diligent, une faute serait commise au sens de ces dispositions. Dès lors, abuser d'un droit revient très exactement à commettre une faute dans l'usage d'un droit.

Que faire, dans ce cadre, des critères spécifiques retenus par la doctrine et la jurisprudence et, en Belgique, largement admis par la Cour de cassation²⁰²³ ? Si on applique la notion traditionnelle de la faute, les critères spécifiques devraient se comprendre comme l'expression de normes de conduites issues de la référence à la conduite du titulaire du droit normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de fait. Ces critères spécifiques indiqueraient les règles de conduite particulières à respecter dans l'exercice des droits subjectifs. Ces critères viseraient donc des situations particulières permettant de révéler une telle faute²⁰²⁴.

Logiquement, ces critères ne devraient pas épuiser les actes illicites qui peuvent être commis dans l'exercice d'un droit subjectif. D'autres

2022. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *op. cit.*, p. 553 et s., n° 19 ; A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *op. cit.*, p. 237, n° 32, qui résume l'enseignement de l'arrêt comme suit : « Il résulte de cet arrêt de la Cour de cassation que l'exercice « normal » d'un droit « par une personne prudente et diligente » oblige le titulaire de ce droit à prendre en considération les intérêts d'autrui et à renoncer à en user d'une manière qui lui procure un avantage hors de proportion avec le préjudice qu'il inflige ainsi à son prochain. » Ce faisant, l'auteur identifie clairement l'abus de droit à la faute ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 199 à 202 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 310 et s., n° 5 ; « Examen de jurisprudence (1974 à 1982) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 52, n° 9.

2023. Une certaine doctrine française rejette purement et simplement tout autre critère que la faute au sens du droit commun (H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 538 et s., n°s 572 à 576).

2024. R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) », *op. cit.*, p. 613, n° 14 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 335, n° 16.

critères spécifiques pourraient voir le jour. Pourtant, force est de constater que les auteurs qui défendent cette opinion admettent, sous le couvert d'une tentative de systématisation, que seuls quelques critères sont à même de rendre compte de la faute commise dans l'usage d'un droit. Pourtant, si toute faute, tout écart de conduite par rapport au comportement de l'homme normalement prudent et diligent, même le plus léger, est susceptible d'engendrer la responsabilité du titulaire du droit, on peut se demander pourquoi seuls les critères spécifiques révèlent la faute. Inversement, la prise en compte des circonstances de fait — on vise ici les circonstances « externes » au sens décrit ci-avant²⁰²⁵ — implique qu'aucun critère spécifique ne pourrait donner lieu à une application aveugle et automatique²⁰²⁶.

Dans cette vision, les articles 1382 et 1383 du Code civil permettent de fonder la théorie de l'abus de droit et d'en donner les critères et la sanction.

- 2° La *deuxième tendance* consiste à *restreindre la notion traditionnelle de faute* dans son application à l'abus de droit. La faute serait en quelque sorte « caractérisée » dans le cadre de l'exercice d'un droit par des critères particuliers pouvant seuls être retenus. En d'autres termes encore, la faute commise dans l'exercice d'un droit serait différente de celle du droit commun de la responsabilité extracontractuelle²⁰²⁷.

« Tout abus de droit constitue une faute, mais le critère de l'abus de droit n'est pas le critère de la faute aquilienne », déclarent à ce propos Hendrik Vuye et Sophie Stijns²⁰²⁸. On retrouve cette même opinion exprimée antérieurement chez Derine, Van Neste et Vandenber-

2025. Cf. *supra*, n° 200.

2026. P. VAN OMMESSLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 334, n° 15, qui présente dès lors le critère souple de la faute aquilienne comme un parfait garde-fou à l'égard de toute application « géométrique » de la théorie de l'abus de droit.

2027. En ce sens, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, *op. cit.*, p. 70, n° 41 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 164 et s. ; S. DUFRENE, obs. sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 59, n°s 10 et 11 ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 107, n° 14 ; voy. aussi l'arrêt particulièrement fouillé de la cour d'appel de Mons du 11 mai 1993 par lequel un jugement constatant un abus de droit est réformé alors qu'il se fondait sur l'imprudence du titulaire du droit subjectif (Mons, 2^e ch., 11 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 90 et s.).

2028. S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 108, n° 14.

ghe²⁰²⁹. Il n'y aurait donc « qu'un nombre limité de schémas fautifs, qui, seuls, seraient constitutifs d'abus de droit »²⁰³⁰.

Initialement, ce courant naît de la constatation de l'impossibilité pour le concept traditionnel de faute de rendre compte des critères généralement retenus en matière d'abus de droit. Le critère traditionnel de la faute ne permet pas de préciser quand le titulaire du droit peut être fautif dans son usage²⁰³¹.

Ensuite, cette conception trouve un fondement dans deux idées forces particulièrement développées par Sophie Stijns²⁰³².

La première idée se situe en amont de la théorie et a égard à la notion même de droit subjectif. La définition du droit subjectif implique la reconnaissance par le droit objectif d'une sphère d'autonomie pour son titulaire. Ce dernier reçoit une marge d'appréciation dans l'usage de son droit qui est garantie par le droit objectif. Dès lors qu'il agit dans la sphère de cette marge, son comportement est *a priori* licite. Il existe une présomption de licéité dans l'usage de ce droit. La théorie de l'abus de droit intervient seulement comme un correctif à l'usage des droits, à titre subsidiaire. Puisque basée sur des concepts vagues comme l'équité ou la morale, le juge doit user de cette théorie avec précaution. Dans cette conception, on ne remettra en cause qu'exceptionnellement le comportement de celui qui exerce son droit dans les limites formelles assignées par le droit objectif. La licéité de l'exercice d'un droit est la règle, l'illicéité l'exception²⁰³³.

La seconde idée se situe en aval de la théorie et est en quelque sorte la conséquence de la première idée. Vu la nature particulière du droit

2029. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 418, n° 237 ; voy. aussi, F. VAN NESTE, « Misbruik van recht », *op. cit.*, p. 370, nos 47 et 48, qui présentent la faute au sens du droit commun comme un critère à part entière de l'abus de droit, mais précisent néanmoins que cette disposition agit plus comme sanction de l'abus que comme un fondement. Le critère de la faute serait en effet un « critère-limite » qui ne pourrait en aucun cas devenir un critère générique sous peine de faire perdre à la théorie de l'abus de droit toute spécificité.

2030. S. DUFRENE, obs. sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 59, n° 10.

2031. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 418, n° 237 ; dans le même sens, W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *R.D.C.*, 1984, p. 249, qui s'écarte cependant de l'opinion des auteurs précités en ce qu'il rejette en outre l'idée selon laquelle il faut trouver dans les articles 1382 et 1383 du Code civil le fondement de l'abus de droit.

2032. 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. 40 et s., nos 3.3. et 3.4.

2033. Dans le même sens, W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 164 et 165.

subjectif, seul un contrôle marginal des juges serait admissible en matière d'abus de droits. Le contrôle marginal implique au juge une réserve, une prudence accrue dans son contrôle. Pourquoi faire application de cette technique d'appréciation ? « Parce que le juge doit respecter, d'une certaine façon, la marge de libre appréciation qui revient à tout titulaire d'un droit subjectif : des personnes également raisonnables peuvent avoir des points de vue divergents dans les mêmes circonstances. Le juge ne peut dès lors substituer son appréciation personnelle à celle de l'auteur du comportement. Il ne peut se prononcer uniquement selon ses propres jugements de valeur »²⁰³⁴.

Ces deux idées impliqueraient que toute faute ne serait pas admissible en matière d'abus de droit²⁰³⁵. C'est, du reste, ce qu'aurait voulu signifier la Cour de cassation dans son critère générique de l'abus de droit. La référence au dépassement « manifeste » traduirait très exactement ce souci de respect de la notion de droit subjectif et de la circonspection qui doit entourer le contrôle de son exercice. Cette référence permettrait également de distinguer la faute commise dans l'exercice de l'abus de droit de celle retenue traditionnellement dans les articles 1382 et 1383.

Le dépassement manifeste — sans doute trop imprécis pour donner assise à un contrôle efficace de l'usage d'un droit — se traduirait précisément dans les situations répertoriées comme des critères spécifiques de l'abus de droit. Ceux-ci aideraient « à caractériser ce qui, dans l'exercice d'un droit, excède manifestement les limites de l'exercice normal par un bon père de famille »²⁰³⁶. Le critère général ne serait pas en soi un critère de l'abus. La faute commise dans l'usage

2034. S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 108 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 164 à 172. Pour des auteurs qui reconnaissent la nécessité d'un contrôle marginal en matière d'abus de droit, cf. *infra*, n° 460.

2035. S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 108 ; 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. 40 et 41, n° 3.3.3. ; dans le même sens, 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, 1994, p. 1147, qui indique que seule la faute lourde (« zware fout ») serait admissible en matière d'abus de droit ; N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS, C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens », *op. cit.*, p. 299, n° 101, qui insistent avec force sur l'exigence du caractère manifeste de la disproportion.

2036. 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. 41, note 144.

d'un droit ne se concevrait dès lors que dans le cadre des critères spécifiques mis en avant par la doctrine et la jurisprudence.

L'article 1382 fonderait donc ici aussi la théorie de l'abus de droit et lui offrirait également le cadre de ses sanctions. Cependant, la faute — dans son sens traditionnel — commise dans l'exercice d'un droit ne pourrait servir de critère à l'abus de droit. La faute commise dans l'exercice d'un droit ne serait donc pas n'importe quelle faute au sens du droit commun.

- 3° La *troisième tendance* tente une *synthèse des deux courants précédents*. La faute traditionnelle serait bien retenue, mais certaines spécificités découlant de la notion même du droit subjectif seraient prises en compte au titre de « circonstances » externes particulières dans le cadre de la recherche des normes de prudence applicables.

S'il est vrai que le droit subjectif présente une nature particulière imposant un contrôle spécifique de l'usage d'un droit et que la Cour de cassation tend tout à la fois à viser le critère classique de l'homme normalement prudent et diligent et à en limiter l'application, alors pourquoi ne pas plaider pour une « application circonspecte du critère de la faute »²⁰³⁷ ?

C'est que l'obligation générale de prudence et de diligence offre une souplesse remarquable notamment en ce qu'elle permet une concrétisation du critère abstrait du bon père de famille par la prise en compte des circonstances externes. Ainsi, le fait d'agir dans les limites formelles et dans l'exercice d'un droit subjectif représente une circonstance externe particulière. L'homme normalement prudent et diligent auquel il convient de faire référence est titulaire d'un droit subjectif qui lui donne une sphère d'autonomie où il est libre d'agir sans contrôle d'opportunité. Ce droit présente une certaine nature, a un objet particulier, une valeur sociale propre, etc. Toutes circonstances dont il convient de tenir compte dans la recherche de la norme de prudence à respecter. Ce faisant, le résultat devrait être fort proche²⁰³⁸, que l'on applique le critère de la faute ou que l'on opte pour la théorie d'un contrôle marginal.

2037. *Ibid.*, p. 43, n° 3.5.4.

2038. L'auteur retient en effet une différence majeure qu'elle relativise cependant : l'appréciation marginale impose au juge de se référer à l'opinion générale ; l'application du critère traditionnel de la faute lui permet d'imposer ses propres jugements sur ce qui est normalement prudent et diligent (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. 44, n° 3.5.7.).

Nous rapprochons de ce point vue d'autres opinions²⁰³⁹, telle celle défendue par Paul-Alain Foriers. Tout en restant *a priori* fidèle au premier courant, il admet expressément que l'appréciation marginale n'est pas dérogoire au droit commun de l'article 1382 du Code civil qui l'applique depuis longtemps en matière de responsabilité professionnelle, de responsabilité bancaire ou professionnelle²⁰⁴⁰. Il plaide alors pour la prise en compte de l'existence d'une marge de comportements non fautifs dans l'appréciation du critère de bon père de famille : « Le juge doit tenir compte de cette réalité et il ne peut substituer sa propre appréciation des faits à celle du défendeur ; il doit vérifier si celle-ci correspond ou non à l'un des comportements qu'aurait pu adopter une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances »²⁰⁴¹. Ce qui lui permet de conclure : « Il n'y aura abus de droit que si l'usage critiqué n'aurait pu être fait par aucune personne diligente et prudente placée dans les mêmes circonstances »²⁰⁴². Comment ne pas rapprocher la prise en compte de la marge de comportements non fautifs de l'acceptation de cette sphère de liberté et de pouvoir de décision garantie au titulaire du droit subjectif ?

Rappelons aussi les opinions de Xavier Dieux et Jean Van Ryn. Ces derniers assimilent totalement la théorie de l'abus de droit à une application des règles de la responsabilité aquilienne, mais énoncent néanmoins que : « S'il faut que l'abus soit « manifeste » ou que le préjudice ou le profit respectivement engendrés pour le débiteur et pour le créancier par l'usage d'un droit contractuel soient « sans commune

2039. Voy. aussi dans un sens analogue, H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *T.P.R.*, 1995, p. 1215 et 1216, n° 28.

2040. P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 200 et 201, n° 9 ; concernant la responsabilité des administrateurs de sociétés, voy. J. VAN RYN, X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers — observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, p. 102 n° 6 et note 31. Il n'est cependant pas certains que ces auteurs partagent la même conception du contrôle marginal que ceux qui l'invoquent en matière d'abus de droit. Sur ce point, voy. *infra*, n° 460.

2041. P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 201.

2042. *Ibid.* Comp. : « Le comportement qu'il veut sanctionner devra être manifestement si inéquitable que toute personne raisonnable le considérerait comme de toute évidence inéquitable. Autrement dit, dépasse manifestement les limites de l'exercice normal, le comportement qui sort de la marge à l'intérieur de laquelle il peut y avoir, chez des personnes raisonnables, une différence d'appréciation » (S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 108).

mesure », c'est que l'exercice d'un droit à l'encontre d'un tiers affecte nécessairement la situation de ce dernier et qu'il est *par nature* générateur pour lui d'un inconvénient, sans qu'une faute puisse donc être déduite de cette seule constatation »²⁰⁴³.

- 4° La *quatrième tendance* consiste à trouver dans la *méconnaissance de la loi morale le critère de la faute* en cas d'abus de droit. Cette tendance participe plutôt de l'opinion, souvent défendue par une doctrine plus ancienne, que le fondement de l'abus de droit est à trouver dans la morale²⁰⁴⁴.

446

Les impasses d'un fondement trouvé dans les règles de droit commun de la responsabilité. L'état du droit positif montre en lui-même les principales impasses de la recherche du fondement de l'abus de droit dans les seuls articles 1382 et 1383 du Code civil.

Un premier constat tient aux divergences d'opinions qui se révèlent dans l'analyse des auteurs qui fondent cette théorie sur ces dispositions. Chacun y va en réalité de sa propre explication. Ces divergences montrent que le lien entre la responsabilité civile et la théorie de l'abus de droit est tout sauf évident. Et que personne n'a, à ce jour, réussi à résoudre l'impasse relevée par Marcel Planiol. Comment expliquer que l'acte *a priori* licite devienne illicite et que les critères d'illicéité soient en outre particuliers ?

Dès lors, un autre constat peut être fait au départ du premier. Les critères spécifiques retenus en matière d'abus de droit ne coïncident pas avec le concept de faute au sens du droit commun. Nous reviendrons plus longuement sur ce point lorsqu'il s'agira de mettre en avant les impasses des critères de l'abus de droit²⁰⁴⁵.

Une troisième constatation concerne la sanction spécifique de l'abus de droit, à savoir la réduction du droit à son usage normal sans déchéance de ce dernier. Nous ne voyons pas en quoi cette sanction peut être assimilée à une réparation pour des raisons déjà invoquées²⁰⁴⁶. La réduction du droit ne porte pas sur le dommage, mais sur l'acte abusif lui-même.

Une quatrième constatation a été faite par Ludo Cornelis : les autres conditions de l'application de la responsabilité civile ne seraient pas plus rencontrées par la théorie de l'abus de droit. Résumons la pensée de cet auteur.

2043. X. DIEUX, J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 290. Souligné par les auteurs.

2044. Cf. *infra*, n^{os} 449 et 450.

2045. Cf. *infra*, n^{os} 456 et s.

2046. Cf. *supra*, n^o 381.

Il rappelle d'abord la nature particulière des droits subjectifs dans un sens conforme tant aux opinions de Hendrick Vuye et Sophie Stijns qu'à celles de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux ou de Jean Dabin. Le droit subjectif est issu de règles du droit objectif et basé sur la notion de liberté individuelle. Le titulaire du droit subjectif reçoit un pouvoir qui lui permet d'exercer son droit comme bon lui semble²⁰⁴⁷. Il en découle que : « Wanneer de rechtsuitoefening in rechte en in feite met de rechtsregels verenigbaar blijft, waarop de titularis zich, via het subjectieve recht, beroept en niet tegen een voorranghebbende of beperkende rechtsregel ingaat, is zij — in beginsel — voor geen kritiek vatbaar. Zij geniet dan van de immuniteit van de individuele vrijheid »²⁰⁴⁸.

Dès lors que la théorie de l'abus de droit ne se justifie ni par les règles de droit objectif qui fondent les droits subjectifs ni par une règle de droit qui les supplanterait ou y dérogerait, il faut trouver une justification qui permettrait d'y voir un principe limitatif de l'exercice des droits subjectifs²⁰⁴⁹. Où trouver la règle de comportement qui vient ainsi limiter l'exercice du droit subjectif et qui permettrait de déterminer quand le titulaire sort des limites tracées *a priori* au pouvoir qui lui a été accordé par le droit objectif ?

Reprenant le critère général adopté par la Cour de cassation, il l'identifie à la comparaison de l'exercice du droit par une personne normalement prudente et diligente. L'exercice du droit par cette personne normalement prudente et diligente détermine donc l'exercice normal du droit²⁰⁵⁰. On en revient donc aux articles 1382 et 1383 du Code civil. Encore faut-il, en suivant l'enseignement du critère générique de la Cour, que cette faute soit soumise à la technique du contrôle marginal²⁰⁵¹. Or, les articles 1382 et 1383 du Code civil ne pourraient nullement jouer le rôle qui leur serait ainsi assigné par la Cour²⁰⁵².

2047. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 86, n° 50 et p. 89, n° 52 ; ID., *Algemene theorie van de verbintenis*, op. cit., p. 306, n° 249.

2048. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? — Kritische bedenkingen m.b.t. redelijkheid en billijkheid, de schijn — en de vertrouwensleer, de rechtsverwerking, het rechtsmisbruik en het gelijkheidsbeginsel », in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 47, n° 37.

2049. *Ibid.*, p. 48, n° 38.

2050. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? », op. cit., p. 50, n° 39 ; ID., *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 306, n° 249.

2051. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? », op. cit., p. 54, n° 43 ; ID., *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, op. cit., p. 89, n° 52.

2052. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? », op. cit., p. 50, n° 40 et p. 63 et s., n°s 50 à 52.

Tout d'abord, ces dispositions n'étant pas d'ordre public, elles ne peuvent supplanter les règles qui fondent les droits subjectifs dont les conditions d'application sont, par hypothèse, remplies²⁰⁵³.

Ensuite, les conditions relatives à l'existence d'un dommage et d'un lien causal entre la faute et le dommage ne sont pas des conditions d'application de la théorie de l'abus de droit. Il cite pour justifier cette affirmation les arrêts de la Cour du 11 juin 1992 et du 16 décembre 1982 précités qui, pour mémoire, rappellent et appliquent le principe de la limitation des sanctions de l'abus de droit à une réduction du droit à un usage normal ou à une réparation du dommage causé par l'abus²⁰⁵⁴. L'opposition de la réduction du droit à son usage normal et de la réparation des conséquences dommageables de l'abus démontre que deux sanctions distinctes frappent l'abus de droit²⁰⁵⁵. Chaque sanction correspond à une application différente de la théorie. Soit le titulaire du droit a exercé son droit et, dans ce cas, seule une réparation en nature ou par équivalent peut être demandée. L'exigence d'un dommage et du lien causal se vérifie dans cette hypothèse par analogie avec l'application des règles de la responsabilité en cas de violation de la loi. Soit l'exercice du droit n'est pas ou pas encore complètement réalisé, alors seule la sanction de la réduction du droit est admissible sans qu'un dommage ou un lien causal soient nécessairement relevés²⁰⁵⁶.

En outre, le critère de l'abus de droit n'implique ni la condition d'imputabilité ni celle de la prévisibilité du dommage, éléments constitutifs de la faute^{2057 2058}. Admettant que la jurisprudence ne paraît pas avoir été confrontée à cette difficulté, l'auteur prédit que l'imputabilité n'aura aucune conséquence sur l'application de l'abus de droit. Ce que ce dernier sanctionne, ce n'est pas la faute en tant que telle, mais le dépassement des limites du droit subjectif. Or, un tel dépassement peut être consécutif d'un acte non imputable à son auteur²⁰⁵⁹. En ce qui concerne la prévisibilité du dommage, celle-ci étant liée à l'existence du dommage et du lien causal, elle n'apparaît pas non plus comme une condition nécessaire à l'application de la théorie de l'abus de droit.

2053. *Ibid.*, p. 63, n° 50.

2054. *Ibid.*

2055. *Ibid.*, p. 57, n° 45.

2056. *Ibid.*, p. 58 et 59, n° 46.

2057. *Ibid.*, p. 63, n° 50 ; *Id.*, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 92, n° 53 ; *Id.*, *Algemene theorie van de verbintenissen*, p. 310, n° 252.

2058. Cf. *supra*, n° 194 et 195.

2059. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? », *op. cit.*, p. 63, n° 50.

Ludo Cornelis émet du reste des doutes quant à la nécessité, dans l'application de la théorie de l'abus de droit, de comparer le comportement du titulaire du droit avec celui de l'homme prudent *placé dans les mêmes circonstances de fait* ²⁰⁶⁰.

Enfin, le contrôle marginal, caractéristique de l'application de la théorie de l'abus de droit, est inconcevable en matière d'application des articles 1382 et 1383 du Code civil ²⁰⁶¹. En toute hypothèse, le but à atteindre est manqué. Le juge pourrait en effet s'ingérer de manière autonome dans l'exercice d'un droit exercé en conformité avec les règles de droit qui les fonde sans constater la violation d'une règle qui aurait la pré-séance ou dérogerait expressément à ces règles, ce qui, pour l'auteur, est inconcevable ²⁰⁶².

Les critiques de Ludo Cornelis ne paraissent pas partagées par la doctrine dominante. Mais, liées aux précédentes, elles démontrent à quel point l'affirmation simple de la recherche du fondement de la théorie de l'abus de droit pose question. Il n'est, dès lors, pas étonnant que certains auteurs aient choisi de rechercher en dehors des articles 1382 et 1383 du Code civil un fondement à la théorie de l'abus de droit.

447

Les tenants du fondement dans un principe général de droit interdisant l'abus de droit. Une doctrine abondante affirme l'existence d'un principe général de droit interdisant l'abus de droit ²⁰⁶³.

2060. *Ibid.*, p. 64, n° 51 ; *Id.*, *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 310, n° 252.

2061. *Ibid.*, p. 64, n° 51 ; *Id.*, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 92, n° 53.

2062. *Ibid.*, p. 51, n° 40.

2063. A. BRUYNEEL, L. SIMONT, « Chronique de droit bancaire privé — Les opérations de banque : garanties indépendantes (1979-1988) », *Rev. Banque*, 1989, p. 527 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 83 et s. ; *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 302 et s., n° 1.4.3. ; A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *op. cit.*, p. 281, n° 16 : « Toutes ces dispositions légales apparaissent comme les applications particulières d'un même principe général, selon lequel, lorsqu'il existe plusieurs manières d'user d'un droit, son titulaire ne peut recourir au mode le plus avantageux pour lui que s'il ne cause pas ainsi à autrui un préjudice hors de toute proportion avec le profit que ce mode d'exercice lui procure » ; il est à noter que, ce faisant, l'auteur fonde néanmoins la théorie de l'abus de droit sur la faute aquilienne dès lors que la violation de la morale doit être, à son opinion, considérée comme une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil (sur ce point, voy. *infra*, n° 449 ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 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 », *op. cit.*, p. 1131 et s. spéc. p. 1146 et s., n° 7 et p. 1161 ; W. RAUWS, « Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van

La plupart des auteurs qui prennent la plume pour défendre cette voie trouvent appui dans la formulation du critère générique de la Cour : les mots « manifeste » ou « manifestement » révéleraient la distinction à faire avec le critère traditionnel de la faute en tant que violation d'une norme de prudence²⁰⁶⁴.

Cette présentation de la théorie de l'abus se retrouve dans la plupart des études consacrées aux principes généraux du droit²⁰⁶⁵, même si des voix se sont élevées pour mettre en doute une telle qualification²⁰⁶⁶. On la décèle aussi — il est vrai parfois de manière nuancée, voire contradictoire — aux carrefours de théories tendant à fonder l'existence d'autres

bedienden, tot rechtsgeschiedenis ? », *op. cit.*, col. 279 et s., spéc. col. 281 : « Deze preliminaire opmerkingen ronden we af met de overweging dat het rechtsmisbruik een zelfstandig billijkheidscorrectief in onze rechtsorde vormt, dat deel uitmaakt van de algemene rechtsbeginselen » ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 159, n° 89 ; R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », *op. cit.*, p. 51 et s.

Voy. aussi Campion, qui dans sa thèse relative à l'abus de droit, se pose en conclusion la question de savoir si l'on peut se contenter de voir dans cette théorie un principe général de droit. À l'époque, en 1926, l'auteur l'admet tout en étant favorable à l'insertion du principe dans la loi (*La théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 340 et s., nos 471 et 472). Il indique également « L'exercice d'un droit subjectif est-il antisocial parce qu'il dépasse les limites de ce droit ? C'est admissible du moment qu'il est reconnu que tous les droits subjectifs ont des limites qui ne résultent pas seulement des textes mais des principes généraux du droit, des limites que le juge peut et doit rechercher » (p. 292, n° 402).

2065. Voy. par exemple, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 89 ; K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », *op. cit.*, p. 1146 à 1148, n° 7 ; W. RAUWS, « Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot rechtsgeschiedenis ? », *op. cit.*, p. 281, n° 3 ; R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », *op. cit.*, p. 60.

2066. Voy. par exemple, Ph. CLAEYS BOUUAERT, « Algemeenen beginselen van het recht vijftien jaar rechtspraak van het hof van cassatie (slot) », *R.W.*, 1986-1987, col. 988 ; J. GIJSSELS, « 'Algemene rechtsbeginselen' zijn nog geen recht », *R.W.*, 1988-1989, p. 1105 et s., qui reprend l'interdiction de l'abus de droit dans une liste des principes généraux du droit sans cependant se prononcer quant à la justesse de la qualification ; R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », *op. cit.*, p. 54, 60 et 64 et s.

2067. E. KRINGS, « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *op. cit.*, p. 548, n° 16, où l'auteur admet cependant que dès lors que les conséquences dommageables de l'exercice ne font, en règle, pas l'objet d'une disposition légale propre, l'abus de droit peut, sous cet aspect, être rapproché des principes généraux du droit ; voy. aussi l'opinion nuancée du procureur général Ganshof Van der Meersch dans sa fameuse mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1970 (« Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, p. 587 et s.), qui concluait de la sorte : « Suivant que le critère de l'abus de droit doit être considéré comme revêtant un caractère autonome ou qu'il ne se distingue pas de la faute quasi délictuelle, dépendra aussi la question de savoir si c'est à juste titre qu'il a été rangé parmi les principes généraux du droit » (p. 590).

principes généraux, comme celui du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui²⁰⁶⁷.

Aucune analyse approfondie n'a cependant démontré l'existence d'un principe général de droit interdisant l'abus de droit. Cette qualification semble se substituer le plus naturellement à la recherche du fondement de l'abus dans la faute quasi délictuelle. C'est sans doute pourquoi les conséquences d'une telle qualification n'ont pas fait l'objet d'une réelle systématisation.

Même si la démonstration de l'existence d'un tel principe général dépasse de très loin les limites posées à la présente réflexion, son absence — relative²⁰⁶⁸ — n'implique pas le rejet automatique de cette opinion.

448

Les impasses d'un fondement trouvé dans un principe général de droit interdisant l'abus de droit. L'idée même du principe général de droit interdisant l'abus de droit paraît fondée sur l'affirmation d'une indépendance à l'égard des articles 1382 et 1383 du Code civil. Mais cette indépendance est-elle réelle ?

Si ce principe général existe, nous sommes obligés d'emblée de reconnaître qu'il ne fait pas l'unanimité. Nous l'avons vu, la majorité des auteurs continuent de penser que cette théorie est liée à la responsabilité civile.

Et comment se réaliserait cette indépendance ? Nous avons vu que la sanction de l'abus de droit restait la réparation du dommage subi. À quelles conditions exactes serait soumise cette réparation ? Admettant même que la condition de faute soit propre à cette théorie, comment justifier qu'elle se passe des autres conditions de la responsabilité, à savoir, principalement, l'imputabilité de l'abus et l'existence d'un dommage ? Certes, nous pourrions imaginer trouver dans ce principe le fondement de la réduction du droit à son usage normal qui n'est pas à proprement parler une réparation. Mais comment alors justifier que l'on puisse obtenir cette sanction indépendamment des conditions de responsabilité alors que la

2067. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, op. cit., p. 51, n° 16 : « En droit des obligations, la prohibition de l'abus de droit, celle de l'enrichissement sans cause, l'adage *Fraus omnia corrumpit* et l'interdiction de se porter contrepartie dans les opérations que l'on est chargé d'accomplir pour le compte d'autrui, cotoient à titre de principes généraux de droit, la règle selon laquelle [...] » ; *adde* p. 60, n° 20 ; p. 73, n° 27 ; voy. cependant p. 154 et s., n° 66, où l'auteur, comme il l'avait fait antérieurement avec Jean Van Ryn, paraît identifier la théorie de l'abus aux principes de responsabilité aquilienne.

2068. On peut en effet se demander si toute la recherche de Campion n'avait pas précisé-ment cet objet.

réparation y resterait soumise ? Bref, à quelles règles obéirait la mise en œuvre d'un tel principe ? Nous ne trouvons pas de réponse adéquate dans la doctrine actuelle.

Du reste, la violation d'un principe général de droit n'est-elle pas constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? Ne retourne-t-on pas à la case départ dès lors qu'il s'agirait d'obtenir la réparation du dommage subi à la suite de la violation du principe général de droit prohibant l'abus de droit ?

A priori, la solution est analogue au problème de la détermination de la faute en cas de violation de la loi²⁰⁶⁹. Cette analogie se justifie dès lors que le principe général se voit reconnaître une force obligatoire égale à celle d'un prescrit légal ou réglementaire²⁰⁷⁰. Le problème revient donc à se demander si, oui ou non, le principe général de droit en cause est porteur d'une obligation de respect d'un comportement déterminé. Si la réponse est positive, la faute sera acquise dès lors que le sujet de droit a opté pour un comportement différent de celui qui aurait dû être adopté en application du principe général de droit en cause. Si la réponse est négative, on devrait en revenir à une application du critère général de la faute aquilienne : en violant le principe général de droit en cause, le sujet de droit s'est-il comporté comme l'aurait fait un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait ?

Le principe général interdisant l'abus de droit est-il porteur de règles de comportement déterminées ? Ludo Cornelis l'affirme²⁰⁷¹. Nous sommes plus dubitatif. Identifier le comportement imposé à l'interdiction de l'abus de droit ne semble pas suffisant. On en reviendrait aux critères spécifiques de l'abus de droit. Certains critères spécifiques de l'abus de droit, tels l'intention de nuire ou l'absence d'intérêt, permettent assurément de générer des règles de comportement précises. Cela paraît moins certain pour l'application du critère de proportionnalité. Comparer des intérêts en présence — tout en étant *a priori* juge et partie — n'est pas aisé pour le titulaire du droit subjectif qui peut, pour ce faire, reconnaître à ses actes une légitimité de principe. La disproportion ou l'absence de proportion suppose nécessairement une bonne perception de l'intérêt légitime

2069. Dans le même sens, L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 84, n° 49.

2070. Soit que l'on admette la « force législative » des principes généraux du droit, soit que l'on admette de reconnaître aux juges la paternité de tels principes (voy. à ce sujet, X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, *op. cit.*, p. 76 et s.).

2071. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 85, n° 49.

d'autrui. C'est encore plus vrai lorsque les intérêts d'autrui sont non patrimoniaux et ressortissent plutôt à des valeurs morales (liberté de la vie privée, droit à l'honneur, etc.). En bref, la mise en œuvre de la proportionnalité ouvre souvent un champ de comportements possibles et n'interdit pas de comportement bien précis. On en reviendrait alors au critère de l'homme normalement prudent et diligent.

L'admission d'un principe général de droit prohibant l'abus de droit permet certes de clarifier *a priori* le problème de la détermination de l'abus. Ce dernier ne naîtrait pas de la comparaison du comportement du titulaire du droit avec celui de l'homme normalement prudent et diligent, mais des critères spécifiques issus d'une pratique jurisprudentielle constante. Mais ne s'agit-il pas de l'arbre qui cache la forêt ? Si on sort du giron des articles 1382 et 1383 du Code civil, il faut nécessairement occuper tout le terrain de ceux-ci et leur substituer d'autres règles permettant néanmoins d'atteindre un résultat identique (la réparation ou la réduction du droit). Ces règles n'apparaissent pas de la pratique actuelle de la théorie de l'abus de droit. Quelle est donc alors la véritable portée d'un tel principe ?

C'est ce déficit de justification et de systématisation d'un prétendu principe général de droit qui empêche d'y voir *a priori* une solution fondée pour s'écarter de l'attraction naturelle subsistant entre la théorie de l'abus de droit et les principes de responsabilité civile. Doit-on réellement s'étonner lorsque Ludo Cornelis, au terme d'années de réflexions sur cette théorie et plus spécifiquement sur l'existence d'un principe général de droit prohibant l'abus de droit, énonce : « Omdat het verbod van rechtsmisbruik een jurisprudentiele schepping is, die zo fundamenteel van de wettelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsregels afwijkt, hoewel die wetsbepalingen — onder de vereiste omstandigheden — ook op rechtzietoefeningen kunnen worden toegepast, kan de legitimiteit van dit algemeen rechtsbeginsel sterk in twijfel worden getrokken. Het rechtsmisbruik blijkt een spookrijder in het aansprakelijkheidsrecht te zijn en miskent de wetten, die basis van dat aansprakelijkheidsrecht vormen »²⁰⁷².

449

Les tenants du fondement dans la morale. Certains auteurs — comme Jean Dabin²⁰⁷³, André de Bersaques²⁰⁷⁴ ou Orianne²⁰⁷⁵ en Belgique ainsi que

2072. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 310, n° 252.

2073. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 293 et s.

2074. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 282, n° 17.

2075. M.P. ORIANNE, « Abus de droit et détournement de pouvoir », *Ann. dr.*, 1961, p. 202 et 203. Voy. également W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaat recht)*, *op. cit.*, p. 166, n° 63, qui voit dans la morale le fondement le plus fondamentale de la théorie (« diepere grondslag »).

Georges Ripert²⁰⁷⁶ et René Savatier²⁰⁷⁷ en France — ont recherché dans la violation d'une règle morale le fondement de la théorie de l'abus de droit.

Se fondant sur la critique de Marcel Planiol, Jean Dabin pense que le seul moyen d'éviter la contradiction originelle de l'abus de droit est de trouver son fondement dans la morale : « La théorie de l'abus représente le correctif de moralité que postule la légalité »²⁰⁷⁸. Plus précisément, l'auteur vise la partie de la morale qui a trait aux devoirs envers autrui. Le premier cas d'immoralité est l'usage du droit dans l'intention de nuire. Les autres cas d'abus de droit prendraient leur source « dans l'égoïsme conscient ou inconscient du sujet, sous la forme tantôt de la rigueur et de la dureté, tantôt de la témérité et de l'insouciance »²⁰⁷⁹. Il est en effet « immoral d'user d'un droit de manière peut-être parfaite techniquement (et, en ce sens, selon son esprit), mais en ne pensant qu'à soi-même, sans aucun égard pour autrui »²⁰⁸⁰. Quel est alors le critère qui permettra au titulaire du droit de prendre la mesure du sacrifice de son droit à la considération d'autrui ? « Il est impossible de répondre d'avance, car, en morale plus qu'en droit, les solutions sont affaire de nuance et d'espèce. Le juge aura d'ailleurs le devoir de se référer, dans son appréciation, à la morale des honnêtes gens, et non à ses vues personnelles : c'est la garantie indispensable contre des interprétations ou trop sévères ou trop larges, pour ne pas dire fantaisistes »²⁰⁸¹.

René Savatier ne précise rien de plus en ce qui concerne le critère de la faute morale. Pour lui, il convient de jauger le texte qui légitime le droit de nuire et l'importance de la faute morale pour savoir qui l'emportera. C'est pourquoi, pour certains droits, toute faute morale est constitutive d'abus alors que pour d'autres, seule une faute suffisamment grave est requise²⁰⁸².

2076. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 166 et s., n° 95.

2077. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 2^e éd., t. 1^{er}, Paris, L.G.D.J., 1951, p. 53, n° 39 ; *Id.*, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 416.

2078. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 295.

2079. *Ibid.*, p. 297.

2080. *Ibid.*, p. 297 et 298.

2081. *Ibid.*

2082. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, *op. cit.*, p. 53 et 55, n° 39 ; *Id.*, « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 416, n° 6.

André de Bersaques est plus précis. Il identifie également la violation de la règle morale avec la faute quasi délictuelle²⁰⁸³. Reprenant l'idée que la plupart des droits subjectifs sont à esprit égoïste, il constate que le droit objectif permet de porter préjudice à autrui : « Ce n'est donc pas tout égoïsme qui est condamnable dans l'exercice de la plupart des droits, c'est l'excès d'égoïsme, c'est l'indifférence absolue aux intérêts d'autrui, le refus de sacrifier la moindre prérogative que confère un droit, alors même que l'usage de pareille prérogative inflige à autrui un dommage hors de toute proportion avec le profit qu'il procure »²⁰⁸⁴. Il évoluera cependant vers le fondement de la bonne foi par le biais de l'acceptation d'un devoir de solidarité, lui-même issu de la morale²⁰⁸⁵.

Mais quel est le degré d'indépendance de la violation de la règle morale par rapport aux principes de responsabilité civile ?

Dans son ouvrage sur le droit subjectif, Jean Dabin nie tout lien entre l'acte défendu par la morale et la faute légale des articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute ne saurait être considérée comme retenue que dans l'acte défendu en tant que susceptible de causer dommage. Or, l'exercice du droit est légal « en tant même que susceptible de causer un dommage »²⁰⁸⁶. Il en conclut que : « Ce qui est condamné alors, c'est l'intention de causer dommage, ou l'indifférence trop absolue au dommage, qui vicie moralement un acte en soi légal nonobstant le dommage probable ou même certain. Ainsi entendue, la faute est exclusivement morale, sans rattachement possible à la faute légale des articles 1382 et 1383 — et c'est elle qui est constitutive de l'abus »²⁰⁸⁷. La sanction de l'abus est cependant à trouver dans l'application des articles 1382 et 1383 : « Une fois admise la catégorie de l'acte abusif, celui-ci doit être traité comme l'acte proprement illégal (par manquement à la loi ou par faute) »²⁰⁸⁸. L'auteur paraît cependant identifier la faute quasi délictuelle et la violation de la règle morale dans ses chroniques de jurisprudence, notamment au travers de sa célèbre définition de la faute²⁰⁸⁹.

Telle paraît précisément être la position d'André de Bersaques, du moins avant qu'il opte pour le fondement de la bonne foi. Méconnaître la

2083. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 282, n° 17.

2084. *Ibid.*, p. 283.

2085. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 505 et s. n° 5 et s. ; Sur ce fondement, voy. *infra*, n° 451.

2086. J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 300.

2087. *Ibid.*

2088. *Ibid.*, p. 303.

2089. Cf. *supra*, n° 193.

règle morale revient à commettre une faute engageant la responsabilité du titulaire du droit en application des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁰⁹⁰. Telle est assurément aussi l'opinion de René Savatier²⁰⁹¹ et de Georges Ripert²⁰⁹².

La morale entre notamment dans le droit par le biais des articles 1382 et 1383 du Code civil. Elle se « juridifie » par les règles de la responsabilité civile²⁰⁹³. Le problème se focalise alors à nouveau sur le concept de faute. Éminemment subjective — on prend ici en compte essentiellement l'intention du titulaire du droit²⁰⁹⁴ —, la faute morale force en définitive la notion de faute aquilienne afin qu'elle accueille dans son giron des obligations prenant leur source en dehors du droit.

450

Les impasses du fondement trouvé dans la morale. L'objet de la présente étude n'est certes pas d'entrer de plein pied dans la philosophie du droit. Le lien entre le droit et la morale en fait assurément partie.

2090. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *op. cit.*, p. 287, n° 23.

2091. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, *op. cit.*, p. 8, n° 6 ; p. 37 et s. ; ID., « Règles générales de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 410, n° 3.

2092. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 6, n° 3 et p. 235, n°s 128 et s.

2093. « Reconnaissons d'ailleurs qu'en tant que l'abus, ainsi défini comme immoralité, est réprimé par le juge, il prend signification juridique positive. En même temps que le droit se moralise, la morale se « juridifie » : la pénétration est réciproque. Mais il reste qu'au départ, c'est le droit qui s'est ouvert à la morale » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 300).

2094. Le caractère subjectif de la faute morale est particulièrement clair chez Ripert qui, en définitive, ne retient comme critère que l'intention de nuire auprès duquel il range l'exercice du droit sans intérêt ou avantage (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 167 et s.). Le caractère subjectif de la faute est également évident chez Dabin, même si l'on perçoit déjà une certaine objectivation. L'égoïsme peut être conscient ou inconscient, mais alors il s'agit d'insouciance ou de légèreté. L'auteur n'admet-il pas une certaine présomption de l'immoralité en indiquant que : « Ce qui importe pour la détermination de l'abus, ce n'est pas le mauvais rendement, au point de vue économique ou même social, de l'usage qui est fait du droit, c'est la mauvaise qualité morale de cet usage. Et s'il arrive que la faute technique — de technique économique ou de technique sociale — soit relevée par le juge, ce ne sera pas comme telle (sous cet angle, elle est juridiquement couverte par le droit positif), mais comme faisant ressortir quelque manquement, par mépris ou insouciance coupable, aux devoirs envers le prochain : la « manière » ne sera que l'indice de la mauvaise volonté, l'« insuffisance technique » trahira l'immoralité de l'« intention » » (J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 298) ? L'objectivation de la faute morale franchit cependant un pas essentiel chez de Bersaques où l'égoïsme excessif est simplement révélé par le critère de disproportion (A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand, 2^e ch., 20 novembre 1950, *op. cit.*, p. 285, n° 21).

Nous devons cependant nous positionner à l'égard du fondement proposé. Nul ne peut nier que s'établissent des liens évidents entre le droit et la morale. La faute aquilienne, elle-même, en ce qu'elle impose une comparaison avec l'homme normalement prudent et diligent n'est pas imperméable à toute considération de morale au sens où Jean Dabin l'entendait. Cependant, il paraît douteux — voire dangereux — d'admettre que la morale puisse être considérée en tant que telle comme une source d'obligations ou de devoirs juridiques à côté des autres sources formelles du droit. L'influence de la morale ne peut, dès lors, se concrétiser que médiatement par le biais de techniques juridiques — comme l'existence d'un principe général de droit particulier tel *Fraus omnia corrumpit* ou la théorie de l'enrichissement sans cause — qui seules seront à même de fonder l'existence de tels devoirs ou obligations²⁰⁹⁵.

En outre, nous ne percevons pas comment les règles de morale permettraient de donner une idée précise des devoirs auxquels le titulaire du droit serait soumis dans l'exercice de son droit²⁰⁹⁶. On retrouve ici une des critiques opposées au fondement de la responsabilité civile : la règle issue de la morale — même (et surtout) réceptionnée par les articles 1382 et 1383 du Code civil — ne permet pas de préciser le critère exact de la faute commise dans l'exercice du droit.

Nous nous demandons enfin si les articles 1382 et 1383 du Code civil, en tant que normes réceptrices d'obligations juridiques préexistantes, peuvent imposer la réception *directe* de devoirs prenant leur source dans la morale. La règle morale n'est pas créatrice de devoirs juridiques à l'instar de la loi ou d'un principe général de droit. La moralité pourra certes se juridiciser au travers de la norme dégagée par la comparaison avec la conduite de l'homme normalement prudent et diligent. L'homme normalement prudent et diligent pourra, ce faisant, révéler un comportement généralement conforme à l'idée que peut se faire la morale objective. Les devoirs moraux ne s'imposeront cependant qu'indirectement au travers de la norme de comportement issue de la comparaison.

2095. Dans le même sens, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN (avec le concours de), *Traité de droit civil — Introduction générale*, *op. cit.*, p. 768, n° 785 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 310, n° 4.

2096. « [Cette conception] manque de précision et les conditions dans lesquelles le juge peut faire application de la théorie ne sont pas déterminées de manière concrète. Cette théorie est, par là, génératrice d'insécurité et d'incertitude » (P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 310, n° 4).

451

Les tenants du fondement dans un principe de bonne foi. La théorie de la bonne foi est, comme chacun le sait, en pleine phase d'expansion en droit belge.

Dans cette mouvance, divers auteurs y ont vu l'existence d'un principe général de droit. C'est à Pierre Van Ommeslaghe qu'il revient d'avoir affirmé le premier l'existence d'un principe général de l'exécution de bonne foi²⁰⁹⁷. Récemment, dans sa remarquable thèse de doctorat, Jean-François Romain élargissait encore la perspective en insérant la théorie de l'abus de droit dans sa théorie générale de la bonne foi.

Prendre position sur l'existence ou non de tels principes généraux du droit déborderait le cadre de la présente analyse. Il convient cependant de relever dès maintenant que, dans la perspective de l'existence d'un tel principe, la théorie de l'abus de droit y trouverait son véritable fondement et cela, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle²⁰⁹⁸.

La thèse de Jean-François Romain présente un intérêt certain. Nous en avons déjà retracé les grandes lignes lors de la constatation de la prise en compte de l'intérêt légitime dans les principes de bonne foi et d'équité²⁰⁹⁹.

Pour l'auteur, l'abus de droit constitue un principe général de droit lui-même fondé par le principe général de bonne foi²¹⁰⁰. Dans ce cadre, la théorie traditionnelle de l'abus de droit est divisée en deux branches selon que les critères spécifiques mis en œuvre se rattachent au principe de

2097. P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, p. 101 et s.

2098. P. VAN OMMEFLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *op. cit.*, p. 106 et 107, n° 13 où l'auteur conclut : « Dès lors à notre avis, la similitude des situations et l'identité des critères justifient que l'on recherche en définitive la justification de la règle dans un principe unique de police du comportement, dont ni le fondement, ni les modalités d'application ne doivent rationnellement être différents suivant que le droit trouve sa source dans un contrat ou ailleurs. Dans cette mesure nous rejoignons ceux qui proposaient un fondement unique pour toutes les formes d'abus de droit, mais ce fondement nous paraît, à la réflexion, se trouver plutôt dans le principe généralisé de l'exécution de bonne foi. » À sa suite, voy. par exemple, pour des auteurs qui l'admettent : E. DIRIX, « Over de beperkende werking van de goede trouw », *R.D.C.*, 1988, p. 665, n° 9 ; F. GLANSDORFF, « Dans quelle mesure le droit permet-il de se comporter de manière incohérente ? », note sous Cass., 17 mai 1990, *Journ. proc.*, 1990, n° 177, p. 35 ; D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », *op. cit.*, p. 76.

2099. Cf. *supra*, n°s 144 à 146.

2100. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, p. 456, n° 223 ; p. 898, n° 391.3 et p. 901, n° 392.2.

bonne foi subjective à base de faute ou au principe de bonne foi objective à base de faute.

À la bonne foi subjective se rattachent les critères d'intention de nuire et du choix de l'exercice du droit le plus dommageable pour autrui dès lors qu'ils reposent sur une analyse de l'intention du titulaire du droit et de la fraude qu'il commet²¹⁰¹. La responsabilité qui en découle se fonde alors sur l'article 1382 du Code civil à la lumière du principe général de droit *Fraus omnia corrumpit*. Le principe serait ici d'ordre public²¹⁰².

À la bonne foi objective seraient rattachés les autres critères traditionnels. La responsabilité du titulaire du droit est alors fondée sur l'article 1383 et sur le test du comportement normal du *bonus vir* soucieux des intérêts d'autrui. Une mise en balance des intérêts est alors effectuée en prenant en compte l'ensemble des circonstances de fait à laquelle est notamment reléguée la qualification du droit subjectif²¹⁰³.

452

Les impasses du fondement trouvé dans le principe de bonne foi. La première difficulté rencontrée en la matière est le fait que le principe de bonne foi, surtout en matière extracontractuelle, est contesté en son existence²¹⁰⁴.

En outre, les conditions mêmes de la faute issue de la violation du principe de bonne foi posent question. Si, dans la thèse de Jean-François Romain, elles s'identifient finalement avec celui inhérent à la faute de prudence ou à la fraude, la question reste discutée.

Pour Ludo Cornelis, il est douteux d'admettre l'adéquation automatique entre la notion de faute et la violation d'un principe ou d'une règle imposant un comportement de bonne foi.

Selon lui, le contrôle des comportements de bonne foi n'accorderait pas d'attention à l'imputabilité et à la prévisibilité du dommage. Il y a certes une violation de la règle de la bonne foi en application du critère de la faute objective : le comportement du sujet est comparé à celui de

2101. *Ibid.*, p. 457, n° 223.

2102. *Ibid.*, p. 921, n° 398.

2103. *Ibid.*, p. 896, n° 391.2.

2104. Pour des auteurs qui refusent l'existence d'un tel principe général de droit : L. CORNELIS, « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 17 et s., spéc. p. 62 et s. n°s 38 à 40 ; p. 70 et s., n°s 44 à 48 ; X. DIEUX, J. VAN RYN, « La bonne foi dans le droit des obligations », *op. cit.*, p. 289 ; R. KRUIITHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, in *Hulde aan prof. Dr. R. Kruithof*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu, 1992, p. 291, n° 12 ; J. PÉRILLEUX, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans l'exécution du contrat — Rapport belge », *op. cit.*, p. 248 À 250.

l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait. Néanmoins, la faute est retenue de manière automatique sans que l'absence d'imputabilité ou de prévisibilité du dommage exclue le devoir de respect de la règle de comportement issue de la bonne foi. On ne pourrait donc accepter que soit reconnue dans la mise en œuvre de la règle de prudence une application de la bonne foi ²¹⁰⁵.

L'auteur souligne également que la comparaison avec le comportement de l'homme normalement prudent et diligent n'aboutit pas nécessairement à un résultat identique ²¹⁰⁶. La référence à l'homme normalement prudent, fait de chair et de sang — en ce compris ses imperfections « acceptables » — limite ce que le contrôle du juge peut contenir comme éléments normatifs. En ce qui concerne le contrôle des règles de la bonne foi, le principe s'inverserait. Les éléments normatifs — tirés par le juge de principes particulièrement vagues — l'emporteraient sur l'élément de comparaison entre le comportement en cause de l'agent et celui, idéal, de l'homme normalement prudent et diligent.

Dans le même ordre d'idées, Ludo Cornelis rappelle que les articles 1382 et 1383 du Code civil ne génèrent nullement des règles générales et abstraites qui s'imposeraient aux individus ²¹⁰⁷. Le propre de ces dispositions n'est pas d'imposer des comportements conformes à ceux adoptés par l'homme normalement prudent et diligent, mais d'imposer une obligation de réparation dès que leurs conditions d'application sont remplies. Ce même contrôle opéré à l'aune de la bonne foi est tout autre puisqu'il vise, avant tout, à moraliser les rapports sociaux en imposant des règles nouvelles de comportement non issues du droit objectif.

En outre, ces théories ne résolvent pas *a priori* les problèmes qui nous occupent. Fonder l'interdiction de l'abus de droit sur l'existence d'un principe général de bonne foi mène à des impasses analogues à celles relevées par les tenants de l'existence d'un principe général de droit prohibant l'abus de droit.

2105. L. CORNELIS, « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? », *op. cit.*, p. 21 et 22, n° 17 ; adde D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 73.

2106. *Ibid.*, p. 22 et 23 ; D'autres auteurs vont plus loin et remarquent que ni la faute ni l'existence d'un lien causal ne sont toujours nécessaires pour sanctionner un comportement contraire à la bonne foi : D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », *op. cit.*, p. 73.

2107. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, *op. cit.*, p. 975, n° 756.

On retrouve *mutatis mutandis* les mêmes considérations critiques émisses concernant le lien entre les règles de responsabilité et l'abus de droit, largement développées ci-avant.

La difficulté est de comprendre le lien qui devrait exister entre les critères traditionnellement dégagés pour l'abus de droit et ceux retenus pour caractériser le comportement contraire au principe de bonne foi.

Si on admet, comme la majorité des auteurs le soutiennent, que le principe de la bonne foi est intrinsèquement lié aux règles de la responsabilité civile — contractuelle ou extracontractuelle —, on en revient fort logiquement à l'analyse du lien existant entre cette responsabilité et la théorie de l'abus de droit.

Le principe de bonne foi, reconnu comme fondement de la théorie de l'abus de droit, n'est alors pas plus acceptable que celui de la responsabilité civile et cela, par identité de motifs. C'est d'autant plus vrai qu'il amène, nous l'avons déjà relevé, à une érosion certaine de la qualification de droit subjectif dont les caractéristiques sont de plus en plus réduites à celui d'un porteur d'intérêts²¹⁰⁸.

En conclusion de son récent traité de droit des obligations, Ludo Cornelis pousse encore plus loin la critique²¹⁰⁹.

Après avoir exprimé l'idée — ou plutôt la thèse — selon laquelle l'autonomie de la volonté loin de s'opposer à la loi interagissait avec cette dernière sous la forme d'une sorte de délégation de pouvoir opérée par la loi au profit du sujet de droit et sous son contrôle²¹¹⁰, l'auteur s'interroge sur les liens existant entre la jurisprudence et le droit des obligations. Il constate que les solutions judiciaires données aux conflits propres à cette matière trouvent nécessairement appui dans la loi et les règles générales et abstraites qu'elle contient. Les juges appliquent de telles règles aux cas concrets dès lors que les conditions d'application de ces dernières sont remplies, étant entendu que le système judiciaire organise un contrôle de cette application via les voies de recours prévues. Si les juges trouvent dans ce contexte une marge de manœuvre suffisante permettant de voir en la jurisprudence une source autonome de droit, l'auteur rappelle que

2108. Cf. *supra*, n^{os} 440 et 441.

2109. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, *op. cit.*, p. 969 et s.

2110. *Ibid.*, p. 962 à 968. Il serait excessif de tenter, dans le cadre de ce travail, de se positionner par rapport à cette théorie. Remarquons cependant qu'elle n'est pas sans liens avec la compréhension défendue dans le présent travail du concept de droit subjectif, particulièrement dans ses rapports avec le droit objectif.

les « règles » jurisprudentielles n'ont pas de réelle autonomie à l'égard des règles générales et abstraites qui les fondent et les légitiment.

Une telle liaison serait cependant battue en brèche par la théorie de la bonne foi, telle qu'elle se développe, notamment, au travers de la théorie de l'abus de droit²¹¹¹. Le juge appliquerait en effet des règles générales et abstraites qu'il se construit lui-même au départ de la comparaison avec la conduite de l'homme normalement prudent et diligent, au vu des circonstances de fait et de ses propres perceptions et jugements. Ces règles peuvent alors compléter, limiter, voire neutraliser les autres règles générales et abstraites contenues dans les lois et règlements. L'acceptation même de la théorie permet, en effet, de ne plus contrôler la légitimité de la violation d'autres règles générales et abstraites dont le juge considère, *in concreto*, que l'application serait contraire à la bonne foi. D'après l'auteur, une telle théorie serait ainsi contraire à l'article 6 du Code judiciaire qui interdit au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises²¹¹². Ce faisant, c'est toute la répartition des pouvoirs qui est mise en cause : seul le pouvoir législatif et, dans une moindre mesure, le pouvoir exécutif, ont reçu la compétence de la Constitution d'émettre de telles règles²¹¹³. En outre, les juges agiraient en violation des dispositions régissant la responsabilité civile qui ne reconnaissent aucune fonction autonome aux règles générales de prudence²¹¹⁴.

Admettant même que les juges ne se donneraient pas de telles règles générales et abstraites, mais appliqueraient seulement des « règles de comportement », la théorie de la bonne foi ne serait pas moins condamnable. Dès lors que ces règles de comportement ne seraient fondées sur aucune règle générale et abstraite, le juge statuerait selon son bon vouloir et cesserait de « dire le droit ». Il agirait ainsi sans compétence²¹¹⁵.

L'auteur en conclut que le prix à payer pour la réception de la théorie de la bonne foi est trop élevé. On ne peut y voir une source d'obligations sous peine de devoir accepter un véritable système juridique parallèle. Cette conclusion vaut également en ce qui concerne la théorie de l'abus de droit²¹¹⁶.

2111. *Ibid.*, p. 971 et s., n^{os} 752 et 753.

2112. *Ibid.*, p. 974, n^o 754.

2113. *Ibid.*, n^o 755.

2114. *Ibid.*, p. 975, n^o 756 ; sur ce point, voy. également *infra*, notre opinion sur ce point, n^o 464.

2115. *Ibid.*, p. 976, n^o 757.

2116. *Ibid.*, p. 978, n^o 760.

On ne peut être qu'impressionné par la rigueur de la critique ainsi émise. Peu importe, pour le présent propos, qu'elle soit ou non relayée par d'autres auteurs. Elle démontre, par elle-même, les zones d'ombres que recèle la théorie actuelle de la bonne foi. Théorie en pleine évolution, cette dernière a sans doute encore de très beaux jours devant elle. Ses ambiguïtés empêchent cependant de l'accepter comme telle pour fonder la théorie de l'abus de droit.

453

Les impasses de la recherche des fondements au centre de trois pôles d'attraction inconciliables ? En conclusion de ce rapide tour des ambiguïtés et impasses de la recherche actuelle des fondements de la théorie de l'abus de droit en matière extracontractuelle, il nous paraît que cette dernière tourne fou au centre de trois pôles d'attraction qu'elle n'arrive pas à ordonner dans un système cohérent.

Le premier pôle est le souci de prendre en compte, dans l'exercice du droit subjectif, les intérêts légitimes de la victime de l'acte abusif. Nous avons déjà relevé dans la première partie de cette étude combien les auteurs de doctrine, quel que soit le lieu de recherche du fondement, insistaient sur ce point ²¹¹⁷.

Le deuxième pôle est le souci de prendre en compte les spécificités du droit subjectif en ce qu'il induit *a priori* pour le titulaire du droit une licéité de principe de l'exercice du droit même si celui-ci crée un dommage à la victime. Toutes les tendances soulignent ce souci, même si la théorie de la bonne foi s'en écarte de plus en plus. Ainsi, tant l'évolution marquée des opinions quant aux liens entre les principes de la responsabilité civile que les critiques qui y sont portées mettent en avant le lien particulier existant entre le droit subjectif et les règles de droit objectif qui les créent et les réglementent. Nous avons déjà remarqué ce souci dans le point consacré aux ambiguïtés des qualifications ²¹¹⁸.

Le troisième pôle est celui de la responsabilité civile. Nous constatons que quel que soit le fondement choisi, les articles 1382 et 1383 du Code civil reviennent à un moment ou à un autre dans le raisonnement. La doctrine contemporaine n'arrive pas à se détacher de la responsabilité civile, qu'elle en fasse ou non le fondement de la théorie de l'abus de droit.

Toutes les impasses de cette théorie se situent au centre de ces trois pôles d'attraction. Une analyse plus approfondie du choix des critères et de son évolution confirme cette constatation.

2117. Cf. *supra*, n° 141.

2118. Cf. *supra*, n° 440.

Sous-section 3 L'impasse des critères de l'abus de droit

454. L'objectivation croissante des critères de l'abus de droit – 455. L'émergence de la proportionnalité comme critère générique de l'abus de droit – 456. L'hiatus entre le critère de la faute et le critère de proportionnalité : une histoire ancienne – 457. La découverte du critère de proportionnalité par De Bersaques et son indépendance à l'égard de la notion de faute – 458. La consécration du critère de proportionnalité par la Cour de cassation ou l'introduction de la proportionnalité dans la notion de faute ? – 459. La première tentative de rattachement *a posteriori* de la faute de droit commun aux critères de l'abus de droit : le critère générique de la Cour de cassation – 460. La seconde tentative de rattachement *a posteriori* de la faute de droit commun aux critères de l'abus de droit : le contrôle marginal

454

L'objectivation croissante des critères de l'abus de droit. Nous ne pouvons être que frappé de l'objectivation croissante du critère de l'abus de droit qui découle de l'évolution des critères spécifiques. Cette constatation est à la base de la division opérée par Jean-François Romain entre l'abus fondée sur la fraude et l'abus restant soumis au critère du *bonus vir* placé dans les mêmes circonstances de fait. Cette objectivation a été soulignée par d'autres auteurs²¹¹⁹.

À l'origine apparaît le critère de l'intention de nuire. Les critères de l'absence d'intérêt ou d'intérêt légitime et ensuite celui du choix de la voie la plus dommageable amorcent déjà le phénomène d'objectivation.

Le critère de l'absence d'intérêt reste souvent 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 pratique²¹²⁰. Agissant comme une simple présomption de l'intention de nuire, le critère perdrait, selon

2119. Voy. par exemple, X. THUNIS, *Responsabilité — Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 20, *Théorie générale de la faute*, vol. 1, *La faute civile, un concept polymorphe*, *op. cit.*, p. 30 et s., n^{os} 41 et s.

2120. Voy. par exemple, A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 275, n^o 6, qui présente comme seul exemple de l'intention de nuire : « Un propriétaire érige sur le toit de son immeuble une fausse cheminée, qui obscurcit la demeure de son voisin. Eu égard au caractère fictif de cet ouvrage, il ne présente aucune utilité pour son auteur. Il ne peut donc s'expliquer que par le dessein de nuire au prochain » ; R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht — Deel 1A*, *op. cit.*, p. 413, n^o 232 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 44, qui ne retient pas comme critère propre l'absence d'intérêts ou de motifs légitimes et sous la section « intention de nuire » vise l'arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1992 (*Pas.*, 1992, p. 1049) qui est relatif à un refus d'approvisionnement retenu comme abusif par l'arrêt *a quo* parce qu'en l'espèce il n'était pas

certains, toute spécificité et serait intégralement à assimiler au critère de l'intention de nuire²¹²¹. La jurisprudence actuelle paraît peu sensible à cette présomption²¹²².

Comme le précise Pierre Van Ommeslaghe, la présomption d'intention de nuire ne peut réellement jouer qu'en cas de constatation d'absence de tout intérêt à exercer son droit. Si un intérêt légitime ou raisonnable existe, on en revient en effet à une pondération d'intérêts telle qu'exprimée dans le critère de proportionnalité²¹²³.

Le critère analysé est en effet aujourd'hui de plus en plus appréhendé de manière objective en étant couplé à la règle de proportionnalité²¹²⁴. C'est ainsi qu'il a été consacré par la Cour de cassation qui assimile *l'absence d'intérêt raisonnable et suffisant* au critère de proportionnalité²¹²⁵. Les juges du fond font une application constante de cette assimilation²¹²⁶.

fondé sur des critères objectifs ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 147 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *op. cit.*, p. 251 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 329, n° 12.

2121. Voy. en ce sens par exemple, A. DE BERSAQUES, « La notion de licenciement abusif dans le contrat de travail », *op. cit.*, p. 222, n° 12 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 260, n° 592 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel (Beginnelsen van Belgisch Privaat recht)*, Antwerpen, Standaard, 1969, p. 185, n° 70.

2122. Voy. cependant, J.P. Eeklo, 20 février 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 144 et s. ; J.P. Ninove, 7 avril 1993, *R.W.*, 1995-1996, p. 1317 et s.

2123. P. VAN OMMEFLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 330, n° 12.

2124. *Ibid.* ; 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 ; K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », in *Liber Amicorum Paul de Voede*, t. II, Diegem, Kluwer, 1994, p. 1153 ; W. RAUWS, « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *op. cit.*, p. 252. Voy. également Campion, qui refuse l'assimilation complète à l'intention de nuire voyant dans le critère d'absence d'intérêt légitime le trait d'union entre le critère subjectif et le critère objectif (L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 307, n° 425).

2125. C'est en ce sens qu'il faut, selon nous, comprendre l'application qu'en fait la Cour de cassation lorsqu'elle indique qu'il peut y avoir abus de droit notamment lorsque le droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant et qu'il en va ainsi spécialement en cas de disproportion (voy. Cass., 1^{re} ch., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 332 et s. ; Cass., 1^{re} ch., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 472 et s.).

2126. Voy. par exemple, J.P. Waremme, 12 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 650 et s. ; J.P. Sint-Kwintens-Lennik, 1^{er} décembre 1997, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 275 et s. ; Civ. Bruxelles (16^e ch.), 16 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 690 et s. ; Civ. Louvain, 17 mars 1993, *Pas.*, 1993, III, p. 15 et s. ; Civ. Bruxelles (réf.), 11 février 1991, *J.T.*, 1991, p. 567 ; Liège (7^e ch.), 27 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 687 et s. ; Mons (2^e ch.), 21 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 485 et s. ; Civ. Huy (réf.), 8 août 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1370 et s.

Une fois l'absence totale d'intérêt constatée, l'abus de droit est parfois établi sans passer par une pondération d'intérêts²¹²⁷. Celle-ci peut en effet paraître inutile. C'est comme si l'admissibilité de tout dommage causé au tiers était toujours dépendante de la force de l'intérêt poursuivi par le titulaire du droit. Supprimez l'intérêt du titulaire et le dommage causé en devient *ipso facto* inacceptable. C'est en ce sens que François Ost parle de compensation du préjudice par l'avantage du titulaire et indique que « faute pour ce dernier de manifester quelque utilité avouable à la base de ce comportement, le dommage causé au tiers apparaîtra comme une raison suffisante de faire pencher le fléau du côté de la victime »²¹²⁸.

Il résulte de ce qui précède que le critère de l'absence d'intérêt est réellement tiraillé entre deux autres critères de l'abus, à savoir l'intention de nuire et la proportionnalité. L'absence totale d'intérêt est parfois assimilée à l'intention de nuire, parfois le critère est appliqué seul sans référence explicite au critère de proportionnalité. L'absence d'intérêt raisonnable, légitime ou suffisant est aussi assimilée au critère de proportionnalité. L'objectivation du critère est donc une réalité du droit positif.

Le titulaire d'un droit subjectif jouit souvent d'une marge de manœuvre assez large dans l'exercice de son droit. Si, entre deux modes d'exercice du droit, qui lui procurent la même utilité, il choisit la voie la plus dommageable pour autrui, son comportement est susceptible de constituer un abus de droit.

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 nuire²¹²⁹, Louis Josserand en fait une application spécifique du critère de l'absence d'intérêt légitime²¹³⁰, et

2127. Voy. ainsi, Comm. Bruges, 10 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 932 et s. ; J.P. Fexhe-Slins, 29 juin 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 53 et s. ; Civ. Liège (sais.), 20 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 694 et s. ; Civ. Liège (sais.), 6 juillet 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1368 et s.

2128. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, *op. cit.*, p. 147.

2129. 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, 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 (voy. *supra*, n° 451).

2130. 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 » (F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 148).

Pierre Van Ommeslaghe le rapproche tant du critère de l'intention de nuire que de celui de la proportionnalité²¹³¹.

Il est vrai que l'on rangera le critère différemment selon que l'accent est mis soit sur l'intention du titulaire du droit qui « choisit » la voie la plus dommageable, soit sur le critère technique permettant de privilégier l'intérêt de la victime sur celui du titulaire du droit.

Il n'empêche que l'on observe le même tiraillement déjà souligné pour le critère de l'absence d'intérêt : de subjectif, le critère devient objectif. De la recherche de l'intention précise animant l'auteur de l'acte dommageable, on en vient à accepter une présomption de cette intention pour finalement introduire une approche incluant dans la recherche de l'intention du titulaire du droit, une mise en balance du dommage de la victime avec l'intérêt du titulaire du droit.

Dans le même ordre d'idées, nous percevons une évolution de l'abus oscillant entre une logique moralisatrice et économique du droit. Ce qui est sanctionné n'est plus tant la volonté de l'individu de nuire à autrui que le résultat de son acte qui impose un dommage non justifié ou évitable à autrui.

Quant à la proportionnalité, elle représente le critère objectif de l'abus par excellence. La disproportion, nous l'avons déjà amplement souligné, implique une comparaison entre l'avantage concret retiré par le titulaire du droit et le dommage subi corrélativement par la victime²¹³². L'élément intentionnel du titulaire du droit dans la détermination de l'abus est pratiquement absent ou relégué à un rôle accessoire. C'est la constatation de la disproportion des intérêts en présence qui amène à la constatation de l'abus de droit. C'est donc l'acte du titulaire qui est pris en compte avant toute intention poursuivie. Cette objectivation est telle en pratique qu'elle a amené certains auteurs à tirer la sonnette d'alarme quant aux risques d'une pesée d'intérêts mathématique²¹³³.

2131. Voy. en ce sens, P. VAN OMMEFLAGHE, « 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.

2132. Cf. *supra*, n°s 339 et s.

2133. Voy. par exemple, P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 218, n° 21 ; P. VAN OMMEFLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 334, n° 15.

L'émergence de la proportionnalité comme critère générique de l'abus de droit. La proportionnalité a pris une telle place dans l'application de la théorie de l'abus de droit qu'elle paraît bien en passe de devenir le critère générique de l'abus de droit couvrant l'intégralité des autres critères.

L'idée d'une intégration de tous les critères de l'abus dans le critère de proportionnalité n'est pas neuve. Il suffit de rappeler que la thèse de Campion visait précisément à faire du critère de l'équilibre des intérêts en présence le critère réel de l'abus de droit. La systématisation d'André de Bersaques a eu également cet effet. Pour cet auteur, la disproportion est le critère de l'abus de droit qui se retrouve dans les différents cas d'abus répertoriés. L'application du critère de disproportion serait évidente en ce qui concerne l'intention de nuire du titulaire du droit, puisque « pareil usage ne lui procure aucun profit avouable »²¹³⁴. La disproportion se vérifierait également en ce qui concerne le critère de la voie la plus dommageable pour autrui, celle-ci provenant précisément du fait que l'adoption d'un autre mode d'exercice du droit ne causerait aucun tort au tiers.

Ces dernières années, les mêmes idées ont été reprises et amplifiées.

Walter Van Gerven a défendu, à nouveau, que le critère de proportionnalité englobait tous les autres critères spécifiques, en visant particulièrement l'abus de droit de propriété²¹³⁵, par une comparaison avec l'application du critère de proportionnalité en droit communautaire et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Comme on le sait, il est généralement admis que le principe de proportionnalité, en droit communautaire, implique un triple contrôle : l'utilité ou la pertinence de l'acte pris dans l'exercice d'une compétence, le caractère indispensable de la mesure et, enfin, la proportionnalité proprement dite. Le test de l'utilité ou de la pertinence s'identifierait, selon l'auteur, aux critères de l'intention de nuire, lui-même compris comme étant une application du critère de l'absence d'intérêt raisonnable. Le critère de la voie la plus dommageable ne serait qu'une application combinée des tests d'utilité et de nécessité. L'exercice particulier d'un droit subjectif ne serait pas indispensable si une autre manière d'exercer le droit existe, procurant au titulaire la même utilité, sans pour autant provoquer un dommage aussi important. Enfin, les tests de proportionnalité seraient tout simplement identiques.

2134. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 286, n° 21.

2135. W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 305 à 309, spéc. pp. 307 et 308.

Paul-Alain Foriers a défendu une position analogue en matière d'abus de droits contractuels²¹³⁶. Actant le succès croissant dudit critère en jurisprudence, il se demande, en effet, si le critère de proportionnalité ne permet pas de synthétiser tous les cas d'abus de droit. Rapprochant, comme Walter Van Gerven, le critère de l'intention de nuire et celui de l'absence d'intérêt appréciable, il lui paraît qu'« il tombe sous le sens » que les conditions du critère de proportionnalité sont réunies dans ces cas : « La charge imposée au débiteur du droit sera sans commune mesure avec l'intérêt légitime de son titulaire »²¹³⁷. Il en serait de même pour le critère du choix de la voie la plus dommageable, l'auteur se référant pour ce faire expressément à l'article précité de Walter Van Gerven. Il souligne également que les idées de loyauté, de légitime confiance etc. n'empêchent nullement l'application du critère de proportionnalité, celle-ci étant inséparable de l'interprétation du droit dans son contexte et de son contour. Même en ce qui concerne les droits purement fonctionnels, donnant lieu à détournement de pouvoir, l'auteur souligne l'adaptabilité du critère qui peut parfaitement tenir compte de l'intérêt de celui pour le compte de qui agit le titulaire du droit.

Yvon Hannequart, commentant les deux opinions précitées, plaide encore pour une étape supplémentaire, déjà présente dans l'article de Walter Van Gerven²¹³⁸, en se demandant finalement si la théorie de l'abus de droit ne serait pas qu'une expression, parmi d'autres, du principe plus général de proportionnalité²¹³⁹.

François Ost, quant à lui, s'il ne ramène pas tous les critères à la proportionnalité, voit dans chacun de ceux-ci une pesée d'intérêts en conflit et voit dans la pesée le mode de résolution de conflit de l'abus de droit²¹⁴⁰.

Dans leur chronique récente de jurisprudence, Nicole Verheyden-Jeanmart, Philippe Coppens et Corinne Mostin ne présentent plus que la proportionnalité comme critère de l'abus de droit, se rangeant aussi explicitement à l'opinion précitée de Walter Van Gerven. À ceux qui mettraient en doute cette généralisation, notamment à l'égard du critère de l'inten-

2136. P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 217 et 218, n° 21.

2137. *Ibid.*, p. 218.

2138. W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 307 : « La théorie de l'abus de droit et les critères appliqués dans le cadre de celle-ci constituent, en réalité, une application du même principe de proportionnalité développé ci-dessous [en matière communautaire] ».

2139. Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 129.

2140. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 147 et s.

tion de nuire, les auteurs répondent que : « Pour éviter que la recherche de l'intention de nuire soit purement divinatoire, il convient [...] de toujours mettre les intérêts rivaux en balance. Et cette balance d'intérêts ne peut faire l'économie d'un critère de proportionnalité qui permet d'apprécier *la mesure* selon laquelle tout droit subjectif est intersubjectif »²¹⁴¹. Et les auteurs de conclure : « L'abus de droit résulte donc toujours de l'erreur manifeste du titulaire d'un droit dans l'appréciation de la balance entre ses propres intérêts incarnés dans un droit subjectif et les intérêts d'autrui »²¹⁴².

Cette assimilation de tous les critères de l'abus de droit à celui de proportionnalité a cependant été critiquée²¹⁴³.

456

L'hiatus entre le critère de la faute et le critère de proportionnalité : une histoire ancienne. L'objectivation croissante des critères de l'abus de droit et l'application de plus en plus constante du critère de proportionnalité forcent nécessairement la réflexion sur le lien entre les critères spécifiques — et en particulier la disproportion — avec la notion traditionnelle de faute.

Si nous pouvons d'emblée admettre le lien direct entre la faute et l'intention de nuire, qu'en est-il des autres critères quand on sait qu'ils se rapprochent tous insensiblement de la mise en œuvre du critère de disproportion ? Que peuvent avoir en commun la recherche objective de la disproportion et le critère traditionnel de la faute comme violation d'une norme de prudence impliquant la comparaison abstraite du comportement de l'auteur de l'acte litigieux avec celui de l'homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances de fait ? Comment la disproportion pourrait-elle être à la base de la faute qui caractériserait l'abus de droit ? La doctrine actuelle reste discrète sur cette problématique. Pourtant, elle naît dès l'origine du critère. Mais pas dans

2141. N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS, C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens », *op. cit.*, p. 298, n° 101.

2142. *Ibid.*, p. 299, n° 101 (souligné par les auteurs).

2143. Voy. par exemple, R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 261 et 262, n° 596, où l'auteur fustige les applications partielles du critère — à l'époque, il ne fait pas encore l'objet d'une utilisation aussi courante qu'à l'heure actuelle — et indique que l'absence de légitimité du droit ne peut se confondre avec l'absence d'intérêt ; J. HANSENNE, note sous J.P. Bruxelles (8^e cant.), 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1384 et s., spéc. p. 1386, où l'auteur dénie l'assimilation entre le critère de l'intention de nuire et celui de proportionnalité. Comp. aussi avec l'opinion de Sophie Stijns et Hendrick Vuye qui admettent que le critère de proportionnalité est le « critère spécifique principal » mais lui refusent le terme de générique, l'octroyant à celui retenu par la Cour de cassation (S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 107, n° 13).

le sens que l'on pourrait croire : le critère de la disproportion n'est pas né de l'application de la notion traditionnelle de faute.

Lorsqu'André de Bersaques systématise le critère de disproportion en 1953²¹⁴⁴, et lorsque, à sa suite, la doctrine tentera de situer cette « nouvelle » théorie dans les discussions relatives à l'abus de droit²¹⁴⁵, ce critère est présenté comme issu en droite ligne d'opinions doctrinales prônant une approche de l'abus de droit par la recherche de l'équilibre des intérêts en présence.

C'est sans conteste à Campion, dans sa célèbre thèse de doctorat, qu'il revient d'avoir systématisé le critère de l'équilibre des intérêts en présence à la lumière des nouvelles théories sociales du droit²¹⁴⁶.

2144. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 283 et s., spéc. n° 19, note 9 et n° 21, note 4.

2145. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 260 et s., n°s 593 à 596 ; F. OST, *Droit et intérêt*, vol. II, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *op. cit.*, p. 144 à 146.

2146. D'autres auteurs avaient émis, avant lui ou concomitamment, des idées analogues concernant le rôle de l'équilibre des intérêts et sont fréquemment cités avec Campion comme étant à la source du critère de la disproportion. Aucun, cependant, n'avait réussi à systématiser la théorie de l'abus de droit autour de ce principe d'équilibre des intérêts. Ainsi, par exemple, pour Louis Josserand : « Le pouvoir appelle et postule la responsabilité, et le problème qui se pose au législateur et au juge est de doser celle-ci en considération et en fonction de celui-là, de réaliser l'équilibre des droits individuels, sans cesse en rivalité et en conflit : c'est le véritable sens du grand problème de la responsabilité. [...] Lorsque le titulaire d'un droit l'a détourné de sa destination, le déséquilibre des intérêts en présence n'est point contestable ; le préjudice a été causé injustement et doit donc être réparé ; la victime obtiendra, soit une satisfaction en nature, soit au moins une indemnité qui rétablira l'équilibre un instant rompu » (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 342, n° 250). Dans le même sens, François Gény écrit relativement à la théorie de l'abus de droit : « Je suis quant à moi, plutôt porté à croire, que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient. Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, il me suffit d'observer ici, que cette question essentielle de l'abus de droit, sur laquelle notre législation écrite garde un silence presque complet, exige de l'interprète, pour être judicieusement résolue, une mise en balance de considérations morales, politiques, sociales ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence ». (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif — Essai critique*, 2^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 172 et 173, n° 173). René Demogue également indiquait, toujours relativement à l'abus de droit : « Ces formules diverses [parlant des différents critères proposés] montrent bien la nécessité de mettre en balance les intérêts en jeu : ceux contrariés par l'abus et ceux se rattachant à l'acte critiqué. Elles indiquent des nuances qui n'en cachent pas moins une unité profonde. Le droit ne peut s'exercer que pour les buts admis par la loi ou les mœurs ». R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, *Sources des obligations (Suite)*, Paris, L.G.D.J., 1924, p. 372, n° 684).

Suite à une analyse très fouillée de la jurisprudence belge et française de l'époque, Campion, en 1925, propose un critère général de l'abus de droit : la rupture de l'équilibre des intérêts en présence²¹⁴⁷.

D'après lui, les relations sociales révèlent deux types de conflits d'intérêts : ceux qui opposent des intérêts collectifs aux intérêts privés et ceux qui opposent des intérêts privés entre eux²¹⁴⁸. La théorie de l'abus de droit qu'il propose est censée assurer le maintien de l'équilibre entre ces intérêts.

La théorie « étroite » de l'abus de droit, la seule qui nous intéresse actuellement²¹⁴⁹, vise précisément les conflits entre intérêts privés. Elle part du constat que le droit subjectif confère à un intérêt particulier une protection spécifique. C'est donc que la société estime cette protection nécessaire. Dès lors que le titulaire du droit se défend contre une attaque d'un tiers en invoquant son droit, il ne fait en réalité que demander la protection de la faculté exercée et de l'intérêt qu'il a à son exercice. Cependant, cette protection ne peut être accordée que si elle est socialement utile. Si toute atteinte à cet intérêt doit être considérée comme socialement nuisible, il se peut également que le dommage subi suite à l'exercice du droit soit lui-même considéré comme socialement nuisible. Deux intérêts s'opposent alors, devant être protégés parce que considérés tous deux comme utiles. Puisqu'il est impossible de les maintenir tous deux intacts, un équilibre doit être recherché²¹⁵⁰.

Si la lésion du préjudicié apparaît comme plus grave, du point de vue social, que l'atteinte à l'intérêt du titulaire du droit subjectif, il y a rupture de l'équilibre. Le législateur ou le juge interviennent alors au secours de l'intérêt menacé. Ils diminuent alors la sphère de pouvoir reconnue au titulaire du droit subjectif en reconnaissant à sa charge une obligation préexistante de ne pas faire. Si le titulaire du droit subjectif l'enfreint, il engage sa responsabilité. La théorie de l'abus de droit serait la simple application de ces principes²¹⁵¹. L'auteur résume lui-même sa théorie de la manière suivante : « Il y a responsabilité par abus de droit si l'intangibilité de la libre sphère d'activité juridique de l'auteur de l'acte litigieux apparaît comme socialement moins utile que la réparation du préjudice causé par l'exercice d'une faculté comprise dans cette sphère ; cette cons-

2147. L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, op. cit., spéc. p. 300 et s.

2148. *Ibid.*, p. 300, n° 416.

2149. Campion imagine, en parallèle, une théorie « élargie » de l'abus de droit intégrant des restrictions de l'exercice des droits au nom de l'intérêt général.

2150. L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, op. cit., p. 300 et 301, n° 417.

2151. *Ibid.*

tation devant entraîner à charge du sujet de droit la reconnaissance d'une obligation préexistante de ne pas accomplir l'acte litigieux »²¹⁵².

Les autres critères de l'abus de droit retenus alors — intention de nuire, absence d'intérêt légitime, utilisation du droit contraire à sa finalité sociale — ne seraient que les signes révélateurs de la rupture d'équilibre entre les intérêts qui s'opposent. Loin de constituer en eux-mêmes des comportements fautifs, ils ne permettent que d'apprécier « le degré d'utilité sociale des intérêts comparés », mais ne font pas « naître le droit à réparation »²¹⁵³. Ces éléments, constatés par le juge, lui permettent « de se convaincre de la nécessité de la limitation d'un droit subjectif pour rétablir un équilibre rompu et reconnaître à charge du sujet une obligation de ne pas agir comme il a agi »²¹⁵⁴.

Il faut dès lors bien comprendre le lien qui, selon l'auteur, unit la théorie de l'abus de droit à la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil constitue la justification légale *a posteriori* de sa théorie. Toutes les conditions d'application de la responsabilité civile restent de mise. La théorie de l'abus de droit permet seulement de « faciliter la reconnaissance d'une obligation préexistante de ne pas faire à charge du sujet de droit »²¹⁵⁵. C'est donc uniquement au niveau de la faute que joue la théorie de l'abus de droit.

Le critère du déséquilibre des intérêts rompt — de l'avis de l'auteur — avec la notion de faute de l'époque²¹⁵⁶, mais peut néanmoins rester dans le giron des articles 1382 et 1383 du Code civil pour autant, admet-

2152. *Ibid.*, p. 302, n° 419.

2153. *Ibid.*, p. 310, n° 429.

2154. *Ibid.*, p. 311, n° 429.

2155. *Ibid.*, p. 312, n° 432. L'auteur y précise également : « Chaque fois que la rupture d'équilibre des intérêts en présence se produit, le juge a le droit de reconnaître l'existence d'une obligation de ne pas faire. Cela étant admis, l'application de la théorie de l'abus de droit à un simple cas de responsabilité civile ne souffre aucune difficulté. Les quatre conditions prévues par l'article 1382 doivent être réunies. Le principe général de l'exercice antisocial des droits se borne à créer l'obligation légale dont la reconnaissance est nécessaire pour remplir la première des conditions exigées ».

2156. « Liés par un texte imparfait, guidés par une doctrine plus individualiste encore que le code, les tribunaux semblent tout d'abord s'être fait du mot « faute » inséré dans ledit article, une conception par trop étroite et s'en tenant trop strictement à la notion aquilienne. La théorie étudiée a puissamment contribué à faire admettre non pas une responsabilité sans faute au sens social du mot, mais une responsabilité sans faute au sens classique du mot. En d'autres termes, elle a favorisé une très heureuse transformation de la notion de la faute. Il ne s'agit pas d'une organisation nouvelle de la responsabilité civile ; il s'agit seulement d'un changement d'interprétation de l'une des conditions de cette responsabilité » (L. CAMPION, *La théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, p. 295, n° 408).

il, qu'on adopte une vision nouvelle de cette disposition. L'effet de sa théorie sur l'article 1382 du Code civil serait précisément de créer de nouvelles obligations qui s'imposent au titulaire du droit, enrichissant d'autant « la portée pratique »²¹⁵⁷ de l'article 1382 du Code civil²¹⁵⁸.

La précision est d'importance. Nous pouvons en effet constater que, à l'origine du critère de déséquilibre des intérêts, qui lui-même est à la source du critère de disproportion, ce n'est pas la constatation d'une faute préexistante qui permet de constater l'abus, c'est l'abus constaté qui donne matière à constatation d'une faute par l'émergence d'une obligation dont la violation doit être constatée. Dans la théorie de l'abus imaginée par Champion, la responsabilité ne fonde donc pas l'abus, tout au plus la justifie-t-elle *a posteriori*, pour autant qu'elle évolue !

457

La découverte du critère de proportionnalité par André de Bersaques et son indépendance à l'égard de la notion de faute. On doit à André de Bersaques²¹⁵⁹ d'avoir propulsé en doctrine belge le critère de proportionnalité. Ce critère de l'abus de droit se trouve « dans la disproportion flagrante entre le préjudice qu'inflige à autrui une certaine manière d'exercer son droit et le profit que ce mode d'exercice procure au titulaire de ce droit »²¹⁶⁰.

L'auteur se fonde tout d'abord sur la jurisprudence belge et française refusant la démolition d'ouvrages empiétant sur un fonds voisin au bénéfice d'une réparation pécuniaire par des dommages et intérêts²¹⁶¹.

Il voit également dans certaines dispositions légales une application du même critère de proportionnalité²¹⁶². L'ensemble de ces dispositions ne seraient que des cas d'application d'un même principe général « selon lequel, lorsqu'il existe plusieurs manières d'user d'un droit, son titulaire ne peut recourir au mode le plus avantageux pour lui que s'il ne cause pas

2157. Selon l'expression de cet auteur (*Ibid.*).

2158. L'auteur se distingue cependant du présent courant par le fait qu'il fonde ces obligations nouvelles sur un principe général de droit qui interdit l'usage antisocial des droits.

2159. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 272 et s. ; *Id.*, « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 501 et s. ; *adde* *Id.*, « Le droit du chef d'entreprise de mettre fin à celle-ci est-il susceptible d'abus ? », note sous Comm. Anvers (11^e ch.), 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 364 et s. ; *Id.*, « 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. 213 et s.

2160. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 285, n^o 21.

2161. *Ibid.*, p. 276 et s. n^{os} 8 à 14.

2162. *Ibid.*, p. 280 et s., n^{os} 15 et 16.

ainsi à autrui un préjudice hors de toute proportion avec le profit que ce mode d'exercice lui procure »²¹⁶³.

Le fondement de l'abus de droit résiderait — en matière extra-contractuelle — toujours dans la faute quasi délictuelle résultant de la méconnaissance de la loi morale^{2164 2165} qui impose un devoir de solidarité²¹⁶⁶. En matière contractuelle, André de Bersaques voit généralement dans l'abus de droit une faute contractuelle²¹⁶⁷. Le devoir de solidarité se traduit là par les exigences de la bonne foi et de l'équité imposées par l'article 1134, al. 3 du Code civil²¹⁶⁸. On retrouve donc, de manière prémonitoire, le double fondement de l'abus de droit, distinct en matière quasi délictuelle et contractuelle, retenu plus tard par la Cour de cassation.

Dans la conception d'André de Bersaques, la faute n'est donc pas constituée en elle-même — comme dans la théorie de Campion — par la disproportion des intérêts, mais bien par la violation d'une règle préexistante qui interdit les manquements aux devoirs envers le prochain et sanctionne l'excès d'égoïsme à l'égard d'autrui. La disproportion n'est donc qu'un critère révélant l'excès d'égoïsme du titulaire du droit subjectif, ce qui enfreint assez gravement la règle morale et le devoir de solidarité qui en découle pour constituer soit un quasi-délit²¹⁶⁹, soit une faute contractuelle²¹⁷⁰. Proportionnalité et faute restent donc indépendantes en ce sens que la faute naît toujours de la violation d'un devoir qui s'impose *a priori* au titulaire du droit.

Le critère de disproportion est intégré dans une recherche de « mise en balance des intérêts rivaux, de la comparaison de leur importance respective »²¹⁷¹. André de Bersaques renvoie ici explicitement à la théorie de la balance des intérêts de Campion.

2163. *Ibid.*, p. 281, n° 16.

2164. *Ibid.*, p. 282, n° 17.

2165. Sur le fondement moral de la théorie de l'abus de droit, voy. *supra*, n° 449 et 450.

2166. A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 505 et 506, n°s 6 et 7.

2167. *Ibid.*, p. 522 et 523, n° 27. Il est à noter que l'auteur considérant que l'obligation d'agir de bonne foi s'impose même en dehors de tout contrat, admet également un recours possible sur la base de l'article 1382 du Code civil. C'est alors la difficile question du concours des deux types de responsabilités qui se pose en cas d'abus de droit contractuels. (*ibid.*, n° 28).

2168. *Ibid.*, p. 508, n° 11.

2169. *Id.*, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 283, n° 18 ; p. 285, n° 21.

2170. *Id.*, « L'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 524, n°s 29 et s.

2171. *Id.*, « L'abus de droit », *op. cit.*, p. 283, n° 19.

La consécration du critère de proportionnalité par la Cour de cassation ou l'introduction de la proportionnalité dans la notion de faute ? C'est sans conteste par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971 que le critère de proportionnalité est consacré dans notre droit positif comme un critère à part entière de l'abus de droit²¹⁷².

Il n'est pas inutile de constater que la proportionnalité apparaît dans des circonstances de fait identiques à celles qui l'ont vue consacrée antérieurement par une certaine jurisprudence des juges du fond : les conflits de voisinage. Il s'agissait en l'espèce d'un problème résultant de l'édification d'un mur entre un jardinet et un immeuble, empiétant d'une demi-brique sur le fonds du propriétaire de l'immeuble. Dès lors que l'illégalité de la construction avait été démontrée, ce propriétaire avait demandé la démolition du mur, ce qui avait été refusé par le juge du fond lui substituant des dommages et intérêts. La motivation faisait clairement appel au critère de proportionnalité, c'est-à-dire à l'absence de commune mesure entre le préjudice que la démolition occasionnerait au propriétaire du jardinet et l'avantage qu'elle procurerait au propriétaire de l'immeuble.

Le pourvoi reproche précisément au jugement *a quo* d'avoir refusé la démolition en invoquant notamment un moyen basé sur la protection du droit de propriété par les articles 11 de la Constitution et 544, 555 du Code civil. La Cour rejette l'argumentation en précisant notamment que : « Tenant compte de ce que cette situation existe depuis 23 ans, de l'importance limitée du dommage et de sa disproportion avec le préjudice qu'une démolition éventuelle causerait aux défendeurs, le tribunal a pu considérer que, dans les circonstances présentes, exiger la démolition dépassait manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et diligente, et en déduire qu'en l'espèce l'appropriation d'une étroite bande de terrain devait être réparée, non en nature, mais par une allocation de dommages-intérêts proportionnés au préjudice subi. ».

De cet arrêt, et surtout de l'affirmation d'un nouveau critère générique de l'abus, naît l'idée du lien nécessaire que devrait présenter le critère de disproportion avec la notion de faute de droit commun. La Cour ne dit pas que la disproportion révèle un devoir dont la violation serait fautive, à l'instar de *Campion*. Elle ne fait plus non plus appel à la violation d'une règle morale, à l'instar d'*André de Bersaques*. Elle donne à penser que la mise en œuvre des critères spécifiques, et principalement la disproportion, est liée au critère traditionnel de la faute. Mais quel est ce lien ? Sans

2172. Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et s.

doute celui qui unit le critère de proportionnalité au critère générique énoncé. Mais comment les articuler ?

En réalité, nous nous demandons si ce n'est pas l'impossibilité de trouver une cohérence entre le critère objectif de disproportion et le critère générique utilisé par la Cour qui a amené toutes les impasses de la théorie actuelle. Elle révèle en elle-même toute la difficulté qui existe, d'une part, à rechercher le fondement de la théorie dans les principes de droit commun de la responsabilité civile et à admettre, d'autre part, que seuls les critères spécifiques peuvent être retenus pour admettre la faute du titulaire du droit. Dès lors, le critère générique apparaît comme une tentative, *a posteriori*, de ramener dans le giron de la responsabilité civile des critères qui s'écartent de plus en plus de la notion de faute.

459

La première tentative de rattachement a posteriori de la faute de droit commun aux critères de l'abus de droit : le critère générique de la Cour de cassation. Abuse de son droit celui qui *dépasse manifestement les limites* de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

Les liens étroits entre la responsabilité civile — et plus spécifiquement la faute — et le critère générique dégagé par la Cour de cassation sont évidents.

Les termes mêmes du critère se réfèrent à la comparaison avec la conduite de l'homme normalement prudent et diligent. Pour constater l'abus dans l'exercice du droit, une telle comparaison est nécessaire de l'avis de la Cour de cassation.

Nous retrouvons là clairement l'influence des conclusions du procureur général Ganshof 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 de la faute²¹⁷³ compris comme « une légèreté dont se serait gardé tout homme prudent et réfléchi »²¹⁷⁴. 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. Ganshof van der Meersch s'était cependant posé la question de savoir s'il était suffisant de déterminer l'abus par la constatation d'« une

2173. Conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 35 à 37.

2174. *Ibid.*, p. 37.

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-delic-tuele 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 niet* »^{2175 2176}.

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 lui. L'abus est 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 procureur général. Le mot « manifeste » indiquerait que si la justification théorique de l'abus est bien 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.

Cette interprétation, qui nous paraît la plus proche de la volonté de la Cour si l'on veut bien mettre son arrêt en rapport avec les conclusions qui le précèdent, ne fait pourtant pas l'unanimité.

Nous avons déjà vu²¹⁷⁷ que l'expression du critère général de l'abus par la Cour, tant en matière extracontractuelle que contractuelle, sera utilisée dans chacune des opinions émises sur le lien existant entre la théorie de l'abus de droit et la responsabilité qui découle de l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Les uns y voient, par référence à ses termes mêmes et aux conclusions du procureur Ganshof van der Meersch, la confirmation du fonde-

2175. 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).

2176. Conclusions du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH précédant Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1971, *Arr. Cass.*, 1972, I, p. 37.

2177. Cf. *supra*, n^{os} 445 et s.

ment de la théorie de l'abus dans les principes de droit commun de la responsabilité et assimilent purement et simplement la faute aux critères spécifiques²¹⁷⁸.

Les autres attirent tous l'attention sur les différences qui apparaîtraient entre l'expression du critère général de la faute et celui du critère générique de l'abus de droit. C'est principalement le mot « manifestement » repris par deux fois dans l'arrêt de 1971, mais absent d'autres arrêts, qui a causé la perplexité de la doctrine. C'est autour de cette mention spécifique que s'est constituée la fracture entre les différentes mouvances qui apparaissent chez les tenants de la recherche du fondement de la théorie dans les articles 1382 et 1383 du Code civil²¹⁷⁹.

D'autres réfutent clairement toute idée d'assimilation, voyant dans les termes particuliers utilisés par la Cour — les mots « manifeste » ou « manifestement » — le signe d'un contrôle marginal dérogatoire au droit commun²¹⁸⁰ et/ou d'un autre fondement de la théorie, tel un principe général de droit spécifique²¹⁸¹.

Ces diverses opinions montrent bien que ce que nous pensons être une première tentative pour accorder les critères spécifiques de l'abus avec le critère traditionnel de la faute fut, en réalité, un échec. L'impasse apparaît dès lors avec force : l'absence de concordance entre les critères de l'abus et le fondement qui lui est traditionnellement assigné — les principes de responsabilité extracontractuelle — et l'incapacité actuelle de réconcilier les deux.

460

La seconde tentative de rattachement a posteriori de la faute de droit commun aux critères de l'abus de droit : le contrôle marginal. L'appel à la théorie du contrôle marginal nous paraît être la seconde tentative réelle de résoudre la problématique de l'éloignement des critères spécifiques de l'abus du critère traditionnel de la faute.

On s'accorde à discerner l'introduction du concept du contrôle marginal — en provenance des Pays-Bas — dans les écrits de Jan Ronse²¹⁸². L'idée est ici que lorsque certains pouvoirs discrétionnaires de décision ou

2178. Cf. *supra*, n° 445.

2179. Cf. *supra*, n° 445.

2180. Cf. *supra*, n° 446.

2181. Cf. *supra*, n° 447.

2182. Entre autres, J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 207 et s. ; *Id.*, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 403 à 414, qui est la traduction française de la publication précitée.

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 différentes²¹⁸³.

Une tendance certaine — surtout marquée, il est vrai, dans la partie nord du pays — se dégage de la doctrine de la théorie de l'abus de droit pour préconiser l'application de cette technique de contrôle en la matière²¹⁸⁴. Elle naît clairement de la volonté de donner un sens à la distinction 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 l'abus « manifeste » de ce droit.

Toute séduisante soit-elle, force est de reconnaître, avec Sophie Stijns, que tant la doctrine de la « marginale toetsing » que la doctrine de l'abus de droit reste fort divisée à son propos²¹⁸⁵. 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

2183. J. RONSE, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », *op. cit.*, 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.*, p. 41 et 43 et les très nombreuses références.

2184. Voy. par exemple, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, *op. cit.*, p. 70 et s., n° 41 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, *op. cit.*, p. 89, n° 52 ; W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, *op. cit.*, p. 163 et s. ; 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, mais l'auteur, nous y venons, s'en distinguera quelque peu ; S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 108 ; R. SOETAERT, « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », *op. cit.*, p. 64 et 65 ; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT, « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *op. cit.*, p. 1215.

2185. 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° 3.5.2.

des principes même de la responsabilité extracontractuelle²¹⁸⁶. Ce qui amène Sophie Stijns à s'en départir en choisissant la voie conciliatrice expliquée ci-avant de l'application « circonspecte de la faute »²¹⁸⁷.

En outre, pour d'autres, l'appréciation marginale serait la règle commune de l'appréciation de la faute quasi-délictuelle²¹⁸⁸. Elle impliquerait seulement que le juge n'a pas à substituer ses propres jugements de valeurs pour apprécier le comportement du titulaire du droit et doit admettre l'existence de nombreux comportements non fautifs dans une situation donnée. Le recours à l'adjectif « marginal » confirmerait dès lors le retour au critère traditionnel de la faute.

La conclusion s'impose d'elle-même : le problème qui nous occupe, à savoir le lien entre les critères spécifiques de l'abus, n'a pas trouvé une réponse satisfaisante pour tous et la théorie actuelle de l'abus de droit mène, là aussi, à une impasse.

Section 3

L'apport du modèle

461. La qualification des intérêts qui s'opposent – 462. La proportionnalité comme mode de résolution correcteur de l'imposition du droit subjectif – 463. Le lien entre la proportionnalité et les règles de responsabilité civile – 464. La sortie de l'impasse originelle – 465. La non-contradiction du modèle avec la théorie de l'abus de droit déduite des arrêts de la Cour de cassation – 466. Le critère de proportionnalité comme critère unique de l'abus de droit – 467. La divergence du modèle et de l'application actuelle de la théorie de l'abus de droit – 468. La systématisation du comportement fautif du titulaire du droit

461 **La qualification des intérêts qui s'opposent.** Notre modèle incite d'abord à repartir des qualifications étudiées. La théorie de l'abus de droit se com-

2186. Voy. par exemple, H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, *op. cit.*, p. 70, n° 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.

2187. Cf. *supra*, n° 445.

2188. Voy. par exemple, J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1985-1995)*, *op. cit.*, p. 44, n° 36 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 199 et s., n° 9.

prend comme liée à un conflit opposant le titulaire d'un droit subjectif au titulaire d'une liberté civile ou au porteur d'un intérêt légitime²¹⁸⁹.

Le droit subjectif s'impose au tiers par son effet d'opposabilité spécifique. La règle ne naît pas de nulle part : elle prend sa source dans le droit objectif qui lie nécessairement l'effet de relativité du droit à un effet d'opposabilité, garant de l'efficacité du pouvoir exclusif interne au droit subjectif. Si le titulaire du droit subjectif peut nécessairement imposer son droit, c'est aussi parce que l'effet interne de son droit est *a priori* licite et légitimé par les règles de droit objectif qui le créent et organisent son régime.

Face à ce droit subjectif, le titulaire d'une liberté civile ou le porteur de l'intérêt légitime ne peuvent *a priori* que subir l'effet d'opposabilité. Ils peuvent toutefois opposer les propres effets d'opposabilité de leurs qualifications afin de remettre en cause la manière dont le titulaire du droit exerce celui-ci dans le cadre d'un conflit circonstancié par des faits particuliers.

La liberté civile, nous l'avons vu²¹⁹⁰, fait naître un devoir de prise en compte par les tiers. Ces derniers doivent tenir compte de la légitimation des actes posés en vertu de la liberté civile afin de leur procurer la jouissance de l'intérêt qui en forme le but. Le titulaire du droit subjectif n'échappe pas à ce devoir dans l'exercice de son droit, même si ce devoir ne sera porteur d'une limitation que par le biais de la mise en œuvre du mode de résolution de conflit particulier qu'est la proportionnalité.

L'intérêt légitime, quant à lui, ne fait naître *a priori* qu'un effet d'opposabilité limité. Il peut être pris en considération dans l'ordonnement juridique global. Mais un devoir de prise en compte ne naît que par l'application de règles extérieures à lui au premier rang desquelles apparaissent les articles 1382 et 1383 du Code civil.

462

La proportionnalité comme mode de résolution correcteur de l'imposition du droit subjectif. La rencontre du devoir de respect naissant de l'opposabilité du droit subjectif et des devoirs de prise en compte de l'intérêt d'autrui qualifié ou non de liberté civile se résout par la mise en œuvre du mode de résolution spécifique qu'est la proportionnalité (cases 2.1 et 3.1 de notre tableau²¹⁹¹).

2189. Cf. *supra*, n° 374.

2190. Cf. *supra*, n° 311.

2191. Cf. *supra*, n° 365.

La proportionnalité intervient ici tant comme garante de l'effet initial d'imposition du droit subjectif que comme garde-fou à l'encontre de l'égoïsme excessif dont ferait preuve le titulaire du droit dans l'exercice de son droit²¹⁹². Elle n'infère en elle-même qu'une correction exceptionnelle à l'exercice du droit subjectif en ce qu'elle ne sort des effets que par la constatation de la disproportion des intérêts en présence.

Elle porte sur une comparaison objective du profit retiré ou attendu par le titulaire du droit dans l'exercice circonstancié de son droit au désavantage ou dommage subi ou futur — pour autant qu'il soit certain — du porteur de l'intérêt ou du titulaire de la liberté civile²¹⁹³. Ces intérêts légitimes doivent donc préalablement être identifiés. La comparaison, essentiellement concrète, peut englober la prise en compte de la valeur abstraite des intérêts en cause²¹⁹⁴. Toutefois, la disproportion suppose nécessairement l'identification de conséquences dommageables avérées ou certaines dans le futur pour la victime qui, en l'absence de celles-ci, ne pourrait remettre en cause la licéité de principe de l'exercice du droit subjectif.

463

Le lien entre la proportionnalité et les règles de responsabilité civile. La proportionnalité n'emporte aucune sanction en elle-même et n'est porteuse d'aucune règle de conduite. Elle est un instrument de technique juridique permettant la mesure des intérêts dans un conflit particulier en prenant en compte l'effet d'opposabilité respectif des intérêts en cause.

L'abus de droit ne peut être sanctionné par l'application de la seule proportionnalité. La mise en œuvre de celle-ci précède l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil qui apportent leur sanction propre au conflit, à savoir la réparation du dommage.

Ce lien entre la responsabilité civile et la mise en œuvre de la proportionnalité est également requis car l'illicéité de la disproportion n'apparaîtra, le cas échéant, que par l'application de ses conditions d'application, et, principalement, par la condition de faute. Cette faute est constituée, soit de la violation du devoir de prise en compte de la liberté civile qui naît de son opposabilité, soit de l'émergence des devoirs de prises en compte de l'intérêt légitime nu de la victime naissant des circonstances du conflit. Nous retrouvons donc la mise en œuvre du critère traditionnel de la faute. Les autres conditions de la responsabilité civile doivent également être remplies afin d'obtenir la sanction de la réparation du dommage subi.

2192. Cf. *supra*, n° 373.

2193. Cf. *supra*, n° 375.

2194. Cf. *supra*, n°s 376 et s.

Au premier rang de ces circonstances, apparaît la constatation de la disproportion des intérêts. Celle-ci est nécessaire et s'impose au juge avant de contrôler les critères d'application de la responsabilité civile. Elle seule permet le respect cohérent de la totalité des règles du droit objectif applicables au conflit. Le juge de la responsabilité ne peut s'en départir car, comme l'a fort justement rappelé Ludo Cornelis²¹⁹⁵, il ne peut déroger à de telles règles. Il ne peut sanctionner la responsabilité du titulaire du droit que dans le respect des règles qui fondent le droit subjectif tout en tenant compte des règles qui dirigent l'opposabilité des autres qualifications en cause.

Le critère de la faute, dans ces circonstances juridiques particulières, devient le suivant : le titulaire du droit subjectif ayant provoqué dans les circonstances de fait et de droit propres au litige un dommage sans proportion avec l'avantage qu'il escompte ou retire de l'exercice de son droit se comporte-t-il comme un homme normalement prudent et diligent et raisonnablement soucieux des intérêts légitimes d'autrui placé dans les mêmes circonstances ?

La sanction de la réduction du droit n'apparaît plus comme une réparation mais comme une sanction spécifique issue elle-même des règles de droit gouvernant l'opposabilité des qualifications en cause. Si le juge constate l'illicéité du comportement du titulaire du droit, il réduit l'effet d'opposabilité du droit à son effet normal tel qu'il se déduit de la conduite du titulaire du droit subjectif raisonnable placé dans les mêmes circonstances de fait.

464

La sortie de l'impasse originelle. Notre modèle apporte une réponse à l'impasse originelle de l'abus de droit. Il force la réflexion au départ des règles de droit objectif qui fondent le droit subjectif et de leur lien avec les principes de responsabilité civile.

Les droits subjectifs trouvent leur fondement dans des règles de droit objectif, mais le droit subjectif ne s'identifie pas à ces règles²¹⁹⁶. Il y trouve son fondement, non seulement mais aussi ses conditions d'attribution, une définition du pouvoir interne dont il est porteur et, partant, l'effet d'opposabilité de celui-ci, un régime plus ou moins précis de l'exercice futur de ce pouvoir et 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. Ainsi, une marge de manœuvre, parfois très grande, est

2195. Cf. *supra*, n° 448.

2196. Cf. *supra*, n° 92.

souvent 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. En outre, les règles de droit objectif qui le fondent lui laissent généralement une très grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ces pouvoirs et la manière dont il pourra les exercer. C'est l'effet de « personnalisation » 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 subjectif.

Cet espace de liberté, inhérent à tout droit, n'échappe pas aux principes de responsabilité civile issus des articles 1382 et 1383 du Code civil. Toute l'évolution même de la théorie de l'abus de droit va en ce sens. Mais cette immixtion des règles de la responsabilité dans l'exercice du droit peut se justifier autrement que par un raisonnement d'autorité ou par l'appel à une pratique constante.

Il est illusoire de penser que le titulaire du droit subjectif ne serait soumis qu'au seul respect des règles de droit objectif qui créent ce droit. Même si elles sont parfois très précises — pensons par exemple aux lois réglementant le droit d'auteur —, elles ne peuvent d'emblée régler l'intégralité des situations et conflits auxquels le titulaire du droit subjectif sera confronté. D'autres règles, distinctes, pallient cette inévitable limitation du champ d'application des règles originelles et fondatrices des droits subjectifs.

Parmi ces règles se retrouvent les principes de responsabilité civile. Elles peuvent s'appliquer au titulaire du droit subjectif en exercice. Ce n'est pas parce qu'il dispose d'un pouvoir légitime et licite en vertu des règles de droit qui fondent ses droits subjectifs qu'il a obtenu un blanc-seing relatif à la responsabilité qu'il pourrait engager dans l'exercice de ses droits. La contradiction dénoncée, notamment par Ludo Cornelis, n'existe pas si l'on veut bien se rappeler l'objet même des règles de responsabilité civile. Comme le soulignait cet auteur lui-même, celles-ci n'ont pas pour objet de générer de nouvelles règles générales et abstraites au fur et à mesure de leurs applications²¹⁹⁷. La seule règle de ce type qu'elles contiennent est le devoir pour chacun de réparer le dommage causé par sa faute, une fois que sont remplies les conditions d'application qu'elles prévoient. Or, aucune des règles qui fondent les droits subjectifs ne postule l'irresponsabilité du titulaire du droit dans l'exercice de ses droits. Et la reconnaissance *a priori* d'un pouvoir licite n'implique pas, par sa seule existence, que l'exercice de ce pouvoir échapperait aux règles inscrites dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. Cette dernière disposi-

2197. Cf. *supra*, n° 452.

tion est du reste tout à fait générale et ne fait pas de distinction entre les porteurs de pouvoirs particuliers. Quiconque, même l'État ou ses émanations, même les titulaires de droits subjectifs civils ou les titulaires d'une liberté civile ou les porteurs d'intérêts légitimes, est susceptible de devoir réparer les dommages causés dans l'exercice de son pouvoir ou dans la recherche de satisfaction de ses intérêts.

Il faut donc bien comprendre l'effet des règles de responsabilité au regard des règles de droit objectif fondant les droits subjectifs. Elles ne se retrouvent nullement dans une relation d'opposition ou de contradiction, mais de complémentarité. Elles ont un objet propre qui, normalement, ne se recoupe pas. Les articles 1382 et 1383 du Code civil ne dérogent pas aux règles de droit objectif qui fondent chacun des droits subjectifs parce que ces dernières ne règlent pas le problème de la responsabilité civile du titulaire des droits subjectifs. Sauf si la loi en dispose autrement, les titulaires des droits subjectifs restent donc soumis à la règle de droit commun de la réparation des dommages causés par leur faute.

En outre, l'application des règles de responsabilité civile ne vient pas limiter les règles de droit objectif qui fondent et organisent les droits subjectifs. Elles règlent un conflit circonstancié en permettant de décider si, dans les circonstances de la cause, le titulaire du droit a commis ou non une faute impliquant sa responsabilité. La reconnaissance de la faute, par la mise en avant de devoirs particuliers, ne s'identifie pas avec la création de nouvelles règles générales et abstraites. Aucun juge, dans notre État de droit où règne la séparation des pouvoirs, ne reçoit cette compétence de la Constitution. Par application des règles de la responsabilité, le juge est amené à statuer sur un conflit de droits subjectifs au sens où l'entend l'article 144 de la Constitution. Rien de plus, mais rien de moins. Et les règles qui fondent le droit subjectif ne le privent nullement de ce pouvoir.

D'autre part, le juge sera amené à prendre en considération d'autres règles issues du droit objectif ayant comme but d'assurer l'ordonnement juridique harmonieux des différents pouvoirs distribués ou des intérêts reçus comme dignes de protection. Les premières de ces règles sont celles qui gouvernent l'opposabilité de ces qualifications. Il serait quelque peu naïf de penser que les pouvoirs ainsi distribués ne vont pas, dans leur conception même ou leur mise en œuvre, s'entrechoquer et se contredire. Le concept même de liberté civile est fondé sur cette constatation de départ d'une immixtion incessante des pouvoirs des uns dans les pouvoirs des autres. La reconnaissance de certains droits subjectifs est susceptible de provoquer des conflits entre titulaires de droits subjectifs différents — pensons aux conflits entre le droit moral de l'auteur et le droit de propriété sur le support de l'œuvre. Cette immixtion est une réalité de fait et de droit

inévitables. C'est pourquoi, nécessairement, le droit objectif qui définit et fonde ceux-ci va générer lui-même des règles permettant de résoudre ces conflits. La règle de responsabilité joue notamment ce rôle, en prenant en compte les effets de l'opposabilité de chacune des qualifications. Nulle contradiction ou dérogation entre l'ensemble de ces règles. Les secondes complètent les premières car elles ont chacune un objet propre.

Enfin, des garde-fous, éléments de technique juridique, peuvent être utilisés pour éviter que dans la mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont conférés dans les résolutions de conflit, et notamment dans le contentieux de la responsabilité, le juge retienne des solutions particulières qui enlèveraient, en réalité, tout effet, si pas tout contenu, aux règles générales et abstraites qui fondent et créent les droits subjectifs, mais aussi les autres pouvoirs ou intérêts. C'est ici qu'interviennent les modes de résolution de conflit mis en avant dans le modèle proposé. Ils garantissent l'effet de légitimation des différentes règles de droit objectif qui fondent les pouvoirs qui s'entrechoquent nécessairement en pratique tout en permettant la mise en œuvre de l'ensemble des règles applicables au conflit et cela dans une véritable harmonie.

Dès lors que pour nous, la théorie de l'abus de droit se fonde non plus sur les règles de responsabilité, mais est comprise comme la résultante nécessaire de l'application des règles de droit objectif qui fondent et légitiment l'opposabilité des droits, libertés civiles et intérêts légitimes qui se heurtent, l'impasse ou la contradiction originelle de la théorie de l'abus de droit est dépassée. Elle n'a plus d'objet. Le juge qui suit notre méthode, en appliquant les principes de responsabilité civile, évite toute contradiction possible entre les normes bien comprises au fondement des droits subjectifs comme de leur opposabilité et celles gouvernant la responsabilité civile.

465

La non-contradiction du modèle avec la théorie de l'abus de droit déduite des arrêts de la Cour de cassation. Notre modèle permet également de dépasser les impasses issues des tentatives de rapprochements entre les critiques spécifiques de l'abus de droit et le critère traditionnel de la faute. Il permet de donner un sens à l'émergence du critère générique de la Cour de cassation qui s'adapte bien à la volonté recherchée par celle-ci.

Le caractère manifeste du dépassement de l'exercice du droit n'est pas nécessairement à trouver dans la mise en œuvre du critère traditionnel de la faute. Il n'implique nullement l'apparition d'une nouvelle catégorie de faute et, du reste, aucune dérogation aux principes généraux du droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Si l'on se souvient des termes exacts des conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch, ce dernier a mis en garde la Cour sur le fait que la faute de droit

commun ne pouvait seule suffire à la détermination de l'abus. Mais il a dit aussi, dans le même temps, que l'abus était une émanation de la faute dans la théorie de l'abus de droit telle que développée en droit positif. C'est, selon nous, de ce double constat qu'est né le critère générique de la Cour qui, dans une formule ramassée, exprime de manière abstraite et concise le double souci de son procureur.

Si l'on admet notre modèle théorique, la réconciliation entre le critère générique et les critères spécifiques s'impose d'elle-même. L'abus ne naît pas de la simple constatation de la faute. Il suppose la constatation préalable de la disproportion des intérêts en présence au travers du couple avantage du titulaire/désavantage de la victime. La disproportion traduit très exactement le caractère manifestement objectif du dépassement dans l'exercice du droit au regard du comportement qu'aurait eu tout titulaire du droit normalement prudent et diligent. Nul besoin de passer par un contrôle marginal ou par une application prudente de la faute dans la méthode proposée. Le souci du respect de l'effet de légitimation *a priori* du pouvoir issu du droit subjectif, que les théories précitées désiraient rencontrer, est pris en compte par la seule constatation préalable de la disproportion. D'autre part, toute automaticité arithmétique entre la constatation de la disproportion des intérêts et la faute est évitée. La disproportion est constatée. Tenant compte de celle-ci, le titulaire du droit qui l'a provoqué a-t-il commis une faute ? Que celle-ci soit légère ou lourde n'influencera pas la réponse. Il y aura application pleine et entière des critères traditionnels de la responsabilité civile et, ainsi, toute tentation d'objectiviser plus qu'il n'est nécessaire la résolution du conflit est évitée.

L'impasse du rapprochement des critères spécifiques, unifiés dans la proportionnalité, du critère de la faute et des conditions de la responsabilité civile en général, est donc évitée.

466

Le critère de proportionnalité comme critère unique de l'abus de droit. L'assimilation de tous les critères de l'abus de droit à celui de proportionnalité a été critiquée²¹⁹⁸. Or, elle est postulée dans notre modèle. Sommes-nous

2198. Voy. par exemple, R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, *op. cit.*, p. 261 et 262, n° 596, où l'auteur fustige les applications partielles du critère — à l'époque, il ne fait pas encore l'objet d'une utilisation aussi courante qu'à l'heure actuelle — et indique que l'absence de légitimité du droit ne peut se confondre avec l'absence d'intérêt ; J. HANSENNE, note sous J.P. Bruxelles (8^e cant.), 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1384 et s., spéc. p. 1386, où l'auteur dénie l'assimilation entre le critère de l'intention de nuire et celui de proportionnalité. Comp. aussi avec l'opinion des professeurs Stijns et Vuye qui admettent que le critère de proportionnalité est le « critère spécifique principal » mais lui refuse le terme de générique, l'octroyant à celui retenu par la Cour de cassation (S. STIJNS, H. VUYE, « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », *op. cit.*, p. 107, n° 13).

dès lors en contradiction avec la théorie actuelle de l'abus de droit ? Nullement. Nous nous rangeons du côté de ceux, de plus en plus nombreux, qui défendent cette idée. Mais nous y apportons également nos propres justifications.

La première tient aux résultats de notre analyse et à notre modèle lui-même. La proportionnalité apparaît comme le seul mode de résolution applicable dans les cas d'application de la théorie de l'abus de droit. Nous n'y revenons plus.

La seconde tient au fait qu'une révision de la liste des critères peut être raisonnablement effectuée. Seuls ceux qui sont assimilables au critère de proportionnalité révèlent des hypothèses réelles d'abus de droit.

L'*intention de nuire* est le critère qui paraît *a priori* le plus rétif à l'absorption par le critère de proportionnalité. C'est que, on l'a vu, il s'en distingue par une intention qui guide essentiellement le titulaire du droit. D'essence subjective, l'intention de nuire est en effet très lointaine du contrôle essentiellement objectif inféré par le critère de proportionnalité.

La déduction de l'absence d'utilité ou de pertinence de l'acte eu égard à l'intérêt légitime, mise en avant par Walter Van Gerven²¹⁹⁹, ne convainc pas. Nous avons vu en effet que l'intérêt pris en compte dans le chef du titulaire du droit n'est pas celui, abstrait, couvert par le droit subjectif lui-même, et consacré par les règles de droit objectif. Le critère de proportionnalité suppose une recherche concrète des intérêts en présence. L'intérêt poursuivi s'identifie alors à l'intention de nuire. C'est cette intention qui rend illicite la conduite du titulaire du droit et non pas l'absence d'un lien de pertinence ou d'utilité par rapport à l'intérêt légitime et abstrait couvert par le droit. Nous ne sommes pas plus convaincu par les constatations d'évidence mises en avant par André de Bersaques ou Paul-Alain Foriers²²⁰⁰.

L'intention de nuire implique toutefois l'illégitimité de l'intérêt poursuivi par le titulaire du droit. La poursuite de cet intérêt est effet guidée par l'intention de nuire c'est-à-dire par la fraude comme l'a bien systématisée Jean-François Romain dans sa thèse. Cette intention est contraire au principe général de droit *Fraus omnia corrumpit*. Elle ne peut donc être prise en compte dans aucun de nos modèles de résolution de conflits. La responsabilité qui frappe celui qui agit dans l'intention de nuire est du reste retenue en vertu de l'application des critères de faute du droit commun. Un acte ne peut *jamais* être posé dans l'intention prédominante de nuire à

2199. Cf. *supra*, n° 455.

2200. Cf. *supra*, n° 455.

autrui parce qu'il sera toujours, dans ce cas, considéré comme fautif. L'intention de nuire, en tant que telle, n'est pas un critère de l'abus de droit. La théorie de l'abus de droit n'est ici d'aucune utilité, même si on ne peut nier le lien historique évident existant entre cette faute et la construction progressive de la théorie ici étudiée.

Concernant le critère de *l'absence d'intérêt*, il convient de distinguer selon l'appréhension subjective ou objective que l'on en a²²⁰¹. Si on y voit une présomption d'intention de nuire, ce critère suit alors celui de l'intention de nuire. Si, par contre, on admet l'objectivation du critère, il doit être assimilé au critère de proportionnalité qui est alors vérifié *in concreto*²²⁰². Nous rejoignons ici l'opinion dominante sur ce point. L'absence de consistance de l'intérêt poursuivi par le titulaire du droit fait apparaître nécessairement la disproportion pour autant que la victime justifie dans le même temps d'une violation d'un de ses intérêts légitimes ayant provoqué un dommage réparable dans son chef.

Le critère de *finalité des droits* a également été présenté comme pouvant être assimilé au critère de proportionnalité²²⁰³. 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 que le critère du détournement de la finalité du droit n'est pas un critère de l'abus de droit. 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. Nous ne pouvons donc lui reconnaître *a priori* l'effet d'imposition de son droit qui fonde l'émergence de la proportionnalité comme mode de résolution du conflit applicable. 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 en tenant compte de l'application d'un autre mode de résolution de conflit que celui de la proportionnalité.

2201. Voy. sur ce point, *supra*, n° 454.

2202. Cf. *supra*, n° 377.

2203. Voy. ainsi, outre les auteurs cités au paragraphe précédent, Y. HANNEQUART, « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », *op. cit.*, p. 128.

En ce qui concerne *le choix de la voie la plus dommageable*, l'assimilation au critère de proportionnalité paraît plus évidente²²⁰⁴. Le choix de cette voie, alors qu'il en existe une autre permettant d'arriver au même résultat sans créer un dommage supplémentaire, implique un dommage non justifiable dans le chef du titulaire du droit. Ce surplus dommageable apparaît alors comme disproportionné tant parce qu'il ne peut plus être justifié par aucun intérêt particulier²²⁰⁵ que parce qu'il est plus important que le dommage résultant d'un exercice normal du droit. Ce critère peut donc également être assimilé au critère de proportionnalité.

En ce qui concerne le critère de la *violation de l'expectative légitime d'autrui*, l'assimilation du critère à celui de la proportionnalité paraît également raisonnable dès lors que le comportement antérieur du titulaire du droit peut parfaitement être pris en compte dans la mise en œuvre de la comparaison des intérêts en présence. Dès lors que le titulaire du droit fait naître une expectation légitime dans le chef d'autrui, il transparaît clairement un manque d'intérêt à l'égard d'une attitude opposée à cette expectation. Dans le même temps, l'intérêt de la victime à maintenir la situation de fait augmente au fur et à mesure qu'elle est renforcée dans son expectation par le comportement du titulaire du droit. Au moment où ce dernier pose l'acte litigieux et enjoint à la victime d'adopter une attitude contraire à ses légitimes expectations, une disproportion apparaît entre les intérêts en présence.

Il est finalement raisonnable d'admettre, eu égard tant à l'utilité largement première du critère de proportionnalité faite en jurisprudence qu'aux considérations théoriques développées ci-avant, que le critère de proportionnalité comme critère unique de l'abus de droit au sens objectif du terme ne remet pas en cause les solutions du droit positif. Reste évidemment, pour que l'abus donne lieu à sanction, que les articles 1382 et 1383 soient postérieurement appliqués.

467

La divergence du modèle et de l'application actuelle de la théorie de l'abus de droit. La divergence principale est nette. La constatation de la seule disproportion ne suffit pas pour engager la responsabilité du titulaire du droit.

Or, l'assimilation entre la faute et la disproportion est de pratique courante par les juges du fond. Nous la rejetons avec force pour les rai-

2204. Voy. par exemple K. RAES, « Recht en ethiek in rechtstatelijk perspectief. Het leerstuk van het rechtsmisbruik en de eigenheid van rechtsbeginselen », *op. cit.*, p. 1153, qui présente ce critère comme une manière d'appréhender le critère de disproportion.

2205. *Ibid.*, p. 1151 et 1152.

sons théoriques évoquées plus haut. Nous pensons également que notre système garantit dans le même temps une plus grande justice et un surplus de sécurité juridique. La constatation de la disproportion objective des intérêts n'implique pas la faute du titulaire du droit. Elle donne une base factuelle nécessaire à l'apparition de la faute. Tous les éléments de la faute doivent être rencontrés et, notamment, le caractère subjectif de celle-ci comme la constatation nécessaire d'un devoir auquel était soumis le titulaire du droit dans l'exercice de son droit, vu les circonstances de fait.

Il serait dangereux et inéquitable de considérer d'emblée qu'une constatation d'une disproportion d'intérêts faite par le juge, souvent difficile en pratique, pourrait d'elle-même impliquer la responsabilité du tiers sans prendre en compte l'intégralité des autres éléments de fait qui peuvent parfaitement justifier, le cas échéant, l'absence de responsabilité réelle du titulaire du droit subjectif. Sans compter que les circonstances de fait peuvent soit masquer les intérêts divergents des tiers qui s'y opposent, soit permettre de penser que, raisonnablement, le titulaire du droit en a eu une perception différente de celle correspondant à la réalité. Sans parler des causes normales d'irresponsabilité qui interviennent par le truchement des faits justificatifs et des causes exonératoires.

468

La systématisation du comportement fautif du titulaire du droit. L'application de notre modèle nous pousse enfin à tenter de systématiser le raisonnement du juge saisi d'une action en responsabilité fondée sur la constatation d'un abus de droit. Nous appliquons ici la systématisation abstraite déjà proposée antérieurement²²⁰⁶.

La *première étape* consistera à *qualifier* les pouvoirs et intérêts légitimes qui s'opposent. Le plus important est ici d'identifier le droit subjectif dont l'abus est invoqué. La qualification de liberté civile ou d'intérêt légitime est également nécessaire puisque la valeur particulière de l'intérêt protégé par la liberté civile peut peser lourd dans la recherche de la disproportion.

La *deuxième étape* consistera à vérifier si les actes posés sous le couvert des droits subjectifs et libertés civiles éventuellement en cause le sont réellement bien dans le cadre des pouvoirs reconnus *a priori* par le droit objectif qui crée, reconnaît et régit chacun des droits subjectifs et libertés civiles en cause dans le conflit qui lui est soumis.

2206. Cf. *supra*, n° 382.

Nous retrouverons ici la responsabilité retenue sur la base des critères de l'intention de nuire et du détournement de finalité. Dans les deux hypothèses, le titulaire du droit a dépassé ses pouvoirs. Ceux-ci ne lui permettent ni d'être exercés en fraude ni en contradiction avec les règles de droit objectif qui lui assignent une finalité d'utilisation particulière.

Si l'acte posé ne l'est pas dans le cadre d'un pouvoir légitimé par une liberté civile, l'acte sera disqualifié comme étant celui posé en vue de la satisfaction d'un intérêt.

En présence d'un intérêt, le juge devra en contrôler la légitimité. En cas d'illégitimité, le droit subjectif l'emportera nécessairement sans que le titulaire du droit doive faire la preuve d'un intérêt concret quant à l'exercice de son droit. Ce contrôle s'impose avec une acuité particulière en cas d'application de la proportionnalité. En effet, dans les hypothèses où seul un intérêt illégitime est brandi par la partie qui se prétend victime d'un abus, il y a lieu d'appliquer l'imposition du droit subjectif à défaut d'un élément de comparaison pouvant faire l'objet de la proportionnalité.

C'est dans la *troisième étape* que prendra place le contrôle de la disproportion. Le juge devra ici d'abord peser chaque intérêt concret qui s'oppose. Il le fera en déterminant, quantitativement et qualitativement, l'avantage retiré par le titulaire du droit de son exercice et le dommage qui en résulte pour la victime de l'abus prétendu. Il s'éclairera, pour ce faire, de la valeur ou de l'intérêt général reconnu dans notre droit positif comme transcendant les intérêts concrets en cause. Ensuite, il vérifiera si une disproportion apparaît entre les deux éléments retenus. Cette disproportion doit s'imposer d'elle-même. Le doute doit, *in casu*, profiter au titulaire du droit subjectif qui bénéficie de l'effet d'imposition de son droit subjectif. Si cette disproportion n'apparaît pas avec netteté, la demande de la victime de l'abus prétendu doit être rejetée.

Dans une *quatrième étape*, en cas de disproportion avérée, le juge appliquera aux circonstances de fait et de droit les critères de la responsabilité civile tels qu'inférés par le droit commun des règles inscrites dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. La faute, le dommage et le lien causal devront donc être prouvés par la victime de l'abus. Le titulaire du droit pourra se défendre en mettant en avant une cause étrangère libératoire ou un fait justificatif ou tout autre motif de non imputabilité de la faute.

La faute apparaîtra dès l'instant où le juge devra considérer que le titulaire d'un droit subjectif normalement prudent et diligent n'aurait pas agi de la même manière que le titulaire du droit subjectif qui a provoqué

un dommage disproportionné par rapport à l'avantage retiré de l'exercice du droit.

Le dommage réparable est le dommage qui excède celui considéré comme disproportionné et pas nécessairement l'intégralité du dommage provoqué par l'exercice du droit.

Enfin, *dans une dernière étape*, le juge devra sanctionner l'abus de droit fautif en privilégiant, en application du droit commun, la réduction du droit et la réparation en nature sur la réparation par équivalent.

Section 4

Conclusion sur l'utilité du modèle pour le droit positif

469. L'utilité du modèle se découvre de sa mise à l'épreuve –
470. Le modèle de résolution des conflits comme garant de la cohérence interne de l'ordonnancement juridique –
471. Le modèle de résolution des conflits comme pacificateur du droit positif – 472. Le modèle de résolution de conflit comme générateur de solutions nouvelles – 473. Les limites du modèle théorique

469

L'utilité modèle qui se découvre de sa mise à l'épreuve. Des deux mises à l'épreuve de notre modèle, il découle que ce dernier peut présenter une utilité certaine en droit positif.

Trois finalités peuvent, dès lors, lui être reconnues.

Il poursuit d'abord un but de *cohérence de l'ordonnancement juridique*. Cet ordonnancement s'accompagne d'une augmentation de la sécurité juridique.

Il joue ensuite un rôle de *pacificateur* du droit positif en proposant des réponses dans des controverses récurrentes qui ont mené à des impasses théoriques, sans pour autant remettre fondamentalement en cause les solutions pratiques des conflits retenues en droit positif.

Nous lui reconnaissons également un rôle *novateur* en ce qu'il force la réflexion sur certaines problématiques et est porteur de solutions parfois nouvelles.

Il serait cependant prétentieux et naïf d'imaginer qu'il pourrait résoudre toutes les difficultés qui se présentent dans les conflits analysés. Nous touchons, dès lors, aux limites du modèle théorique proposé.

470

Le modèle de résolution des conflits comme garant de la cohérence interne de l'ordonnancement juridique. Notre modèle trouve ses fondements dans les bases de la théorie générale de droit civil, à savoir les qualifications issues du Code civil. Fondé sur des définitions spécifiques assignées à chacun des concepts en tenant compte du sens qui leur a été donné par l'évolution de la théorie générale comme de celui qui lui est le plus souvent reconnu en droit positif, notre modèle peut réconcilier la théorie générale et le droit positif qui ont souvent tendance à rester imperméables l'un à l'autre.

Ce faisant, une plus grande cohérence apparaît dans des théories spécifiques du droit positif, spécialement celles d'origine prétorienne, qui ont tendance à se perdre dans les controverses qui accompagnent leur évolution.

Ce constat se vérifie pour la théorie de la tierce complicité qui s'est perdue sur la base d'une focalisation du raisonnement sur la seule opposabilité de la convention. Elle s'est par trop écartée des apports de la théorie générale et du droit des biens sur les caractéristiques communes aux droits réels et aux droits personnels, à savoir leur opposabilité. Cette théorie apparaît comme déconnectée des bases du droit civil : elle en arrive à dénaturer la notion du droit de créance en lui déniait, en réalité, sa qualification de droit subjectif.

Ce constat se vérifie également pour la théorie de l'abus de droit. Cette dernière s'est perdue dans un raisonnement entièrement tourné sur le problème de la responsabilité civile sans plus pouvoir se reconnecter à ses bases, à savoir la notion de droit subjectif et sa nécessaire opposabilité aux tiers tenus *a priori* de le respecter. Incapable de relier les éléments divers qui la caractérisent — son lien avec la responsabilité, la notion de droit subjectif et la prise en compte marginale de l'intérêt légitime d'autrui —, elle est aujourd'hui éclatée par une recherche tous azimuts de ses fondements.

Appliqué à ces théories, notre modèle les remet en concordance avec les notions fondamentales du droit objectif que sont les qualifications utilisées. Ce faisant, les résolutions de conflit sont systématisables et porteuses d'une plus grande prévisibilité. La sécurité juridique s'en trouve dès lors renforcée.

471

Le modèle de résolution des conflits comme pacificateur du droit positif. Le modèle de résolution des conflits proposé peut, ce faisant, jouer un rôle de pacification du droit positif.

De par ses bases recherchées dans la théorie générale et l'utilisation des concepts en droit positif, le modèle théorique présente des solutions permettant de dépasser certaines controverses actuelles. Non pas, ce qui serait inutile, en s'opposant au droit positif, mais en permettant de trancher entre les opinions divergentes et en rejoignant l'un ou l'autre camp qui s'affrontent. Notre modèle n'est pas porteur de révolutions déconnectées du droit positif ou des débats qui s'y tiennent. Il agit en réalité comme offrant un prisme de lecture spécifique permettant d'appréhender les difficultés qui traversent le droit positif tout en confirmant les solutions de conflits généralement retenues par la pratique.

Cette constatation se confirme pour la théorie de la tierce complicité. La solution qui émerge de l'application du modèle n'est nullement en contradiction avec celle qui prévaut aujourd'hui. Elle peut s'insérer dans la jurisprudence de la Cour de cassation sans remettre en cause les solutions pratiques dont elle est porteuse. Elle conforte ces solutions et nous amène à prendre le parti d'une doctrine déjà défendue dans l'évolution de cette théorie : la théorie de la méconnaissance consciente et volontaire des droits d'autrui. Elle l'affine cependant, ce qui lui permet de rencontrer les critiques dont elle a fait antérieurement l'objet.

Cette constatation se confirme également pour la théorie de l'abus de droit. La solution que nous retenons ne contredit nullement son évolution globale. Elle confirme au contraire ses grandes tendances qui confinent à la recherche de la mise en exergue des caractéristiques spécifiques des comportements fautifs du titulaire du droit dans son exercice par rapport au critère de la faute de droit commun. Ce faisant, elle ne révolutionne pas les solutions du droit positif. Elle reprend le critère qui s'impose déjà progressivement comme le critère générique réel de l'abus : la proportionnalité. Elle ne détache pas la théorie des fondements des principes de responsabilité qui restent saufs et dont l'effet apparaît plus clairement dans la recherche de solution du conflit. Elle ne touche donc pas aux conditions essentielles de la responsabilité telles qu'interprétées actuellement.

472

Le modèle de résolution de conflit comme générateur de solutions nouvelles. Notre modèle est cependant propre à générer des solutions qui peuvent être qualifiées de nouvelles en droit positif.

Mais ce caractère de nouveauté doit être directement relativisé par le constat émergent de son rôle pacificateur. La nouveauté s'intègre dans le droit positif. Elle apparaît à l'extrémité des conséquences tirées de l'effet d'opposabilité des qualifications analysées.

Ainsi, certes, l'émergence d'une action en cessation de l'atteinte du droit de créance, indépendante de la responsabilité civile peut susciter le

doute²²⁰⁷. Mais elle se comprend et se justifie dans la cohérence globale de l'ordonnancement juridique. Il n'y a pas de raison *a priori* de refuser cette action aux droits de créance alors qu'elle est admise pour l'ensemble des autres droits subjectifs en vertu de leur effet d'opposabilité. Et le droit objectif peut toujours corriger le principe par des règles spécifiques.

Également, le détachement de la proportionnalité de la faute pourra apparaître comme étrange aux yeux de la doctrine actuelle. Mais elle se justifie là aussi par ses fondements et par la cohérence retrouvée avec la notion de base de la théorie, à savoir la notion de droit subjectif ainsi qu'avec les premiers constats faits lors de la découverte du critère de la proportionnalité au sein même de la théorie de l'abus de droit.

473 Les limites du modèle théorique. Notre modèle est théorique. Il souffre dès lors des désavantages qui accompagnent ses avantages. Il présente une systématisation qui ne pourra pas toujours présenter toute la souplesse voulue pour appréhender des solutions, nécessairement diverses, découlant du pragmatisme de la pratique juridique.

L'action en cessation du droit de créance en offre un bon exemple. Si son fondement ne fait pas de doute, sa mise en pratique est porteuse d'incertitude. Le problème est ici celui de l'absence de condition préalable de connaissance du droit violé par le tiers. Elle n'est pas une condition nécessaire à l'application de la solution inhérente à notre modèle. Elle pourrait néanmoins être considérée comme nécessaire par le droit positif. Mais notre modèle présente au moins l'avantage de forcer la réflexion sur ce point en ouvrant un débat utile pour l'élaboration de solutions plus équitables, se rapprochant plus de l'idéal de justice qui doit guider toute tentative de résolution de conflits qui nous occupent.

Enfin, notre modèle ne pourra certainement pas résoudre l'ensemble des problèmes qui se présenteront à lui. Le problème des qualifications restera, notamment, toujours présent. À la limite des situations d'application se présenteront toujours des pouvoirs dont le mode de distribution ou les moyens de défense admis poseront question dans la tentative de qualification. Nous pensons par exemple au droit à l'image. Perçu dans sa relation avec la protection de la vie privée, il apparaîtra plutôt comme une liberté civile au sens où nous l'avons définie. Perçu dans sa relation avec l'exploitation de l'image, il se rapprochera plutôt de la notion de droit subjectif. Nous pensons également aux droits d'utilisation des fonds immobiliers par leur propriétaire. Le propriétaire d'un fonds immobilier qui

2207. Cf. *supra*, n° 428.

décide d'en faire un aéroport et l'utilise pour faire atterrir et décoller des avions, avec toutes les nuisances qui s'accompagnent pour les tiers, utilise-t-il le pouvoir d'utilisation du bien qui lui est reconnu par son droit subjectif sur le fonds ou sa liberté de commerce et d'entreprendre qui permettent d'organiser son activité commerciale comme il l'entend ?

Pour trouver des réponses, ces questions pousseront encore plus avant les limites du modèle proposé. Mais là est peut-être, en définitive, sa plus grande qualité : intrinsèquement théorique et dogmatique, il ne détient pas de vérité absolue mais seulement, nous l'espérons, une vérité juridique qui se caractérise par sa cohérence interne. Le système qu'il comprend est susceptible d'évoluer. Et de s'améliorer. C'est tout le mal que nous lui souhaitons.

CONCLUSION GÉNÉRALE

474. Une réflexion qui prend sa source dans l'étude des qualifications – 475. Les apports de l'étude traditionnelle du droit subjectif – 476. Du droit subjectif à la liberté civile : apports de la recherche de distinction – 477. Du droit subjectif à l'intérêt légitime : apports de la recherche de distinction – 478. Des qualifications à l'étude de l'opposabilité et de la responsabilité – 479. De l'effet de la qualification sur autrui du droit subjectif au mode de résolution de l'imposition – 480. De l'effet de la qualification sur autrui de la liberté civile au mode de résolution de l'équilibre – 481. De l'effet de la qualification sur autrui de l'intérêt légitime aux modes de résolution de conflit de la proportionnalité et de la pondération des intérêts – 482. Le modèle théorique de résolution des conflits – 483. La mise à l'épreuve du modèle théorique par les théories de la tierce complicité et de l'abus de droit

474

Une réflexion qui prend sa source dans l'étude des qualifications. Arrivé au terme de notre étude, il est utile de retracer, dans les grandes lignes, les acquis des développements opérés.

Le but que nous nous étions donné était de systématiser les modes de résolution des conflits entre titulaires de droit subjectif, de liberté civile et porteurs d'un intérêt légitime. Notre point de départ a été l'étude des qualifications telle que menée par la théorie générale du droit civil. La recherche de résolution des conflits ne pouvait en effet prendre un sens que si l'objet de ces conflits était clairement circonscrit. Nous y avons consacré la première partie de cette étude²²⁰⁸.

L'examen des qualifications et la recherche des critères permettant de les distinguer butait d'emblée sur une difficulté : les nombreuses analyses portant sur le droit subjectif n'ont pas de pendant concernant la liberté civile et l'intérêt légitime.

Nous inspirant de la méthode suivie jusqu'à présent dans le débat relatif à ces qualifications, nous avons opté pour une méthode de compa-

2208. Cf. *supra*, n^{os} 1 à 179.

raison au départ de l'analyse du droit subjectif. Partant des caractéristiques qui sont généralement reconnues à cette qualification, nous avons tenté de mettre en avant celles de la liberté civile et de l'intérêt légitime. Prenant en considération le but final de notre recherche — la résolution des conflits —, nous avons principalement axé cette comparaison sur les éléments permettant de comprendre les relations juridiques induites à l'égard d'autrui au départ de chacune des qualifications.

475

Les apports de l'étude traditionnelle du droit subjectif. Les trois grands courants doctrinaux qui traversent l'abondante recherche sur la définition du droit subjectif ont été revisités. Se détachant pourtant des divisions traditionnelles — théories de la volonté, de l'intérêt et théories mixtes, l'option prise fut de mettre en avant l'élément qui nous est apparu comme le plus porteur dans notre recherche de distinction : l'élément de pouvoir contenu dans le droit subjectif²²⁰⁹. C'est ainsi que l'étude a d'abord porté sur les théories de la volonté et de l'intérêt, ensuite sur les théories mixtes et enfin sur les théories dites du pouvoir.

*L'analyse des théories de la volonté et de l'intérêt*²²¹⁰ a montré que, dans ses premiers développements, la recherche se focalise sur les éléments constitutifs internes du droit subjectif, sans trop se soucier des implications de la qualification sur les tiers dans l'ordonnancement juridique²²¹¹. De même, le droit subjectif paraît compris comme englobant toutes les prérogatives individuelles reconnues par le droit objectif, sans souci de distinguer celles-ci²²¹². Le lien essentiel entre le droit subjectif et le droit objectif qui le fonde est cependant déjà mis en avant ainsi que l'affirmation de l'existence d'une action en justice permettant de défendre la prérogative à l'égard des tiers²²¹³.

*Les théories mixtes*²²¹⁴, mélanges des deux premières, ont principalement été analysées au travers des travaux magistraux de Jean Dabin²²¹⁵ et Paul Roubier²²¹⁶. L'analyse du droit subjectif s'affine alors. Les éléments internes de la qualification — traduite par les concepts de pouvoir, prérogative, volonté et intérêt — se fixent. Ils déterminent ce que nous

2209. Cf. *supra*, n° 2.

2210. Cf. *supra*, n°s 4 à 15.

2211. Cf. *supra*, n° 13.

2212. Cf. *supra*, n° 14.

2213. Cf. *supra*, n° 15.

2214. Cf. *supra*, n°s 16 à 39.

2215. Cf. *supra*, n°s 18 à 25.

2216. Cf. *supra*, n°s 26 à 35.

avons dénommé la « face interne » du droit subjectif²²¹⁷. Dans le même temps apparaît une réflexion sur l'élément d'altérité du droit subjectif et ses effets juridiques à l'égard des tiers. Ceux-ci nourrissent ce que nous avons appelé la « face externe » du droit subjectif. Celle-ci est analysée au départ de l'affirmation de l'opposabilité ou l'inviolabilité du droit et la mise en œuvre de l'action en justice attachée au droit subjectif²²¹⁸. Sur cette structuration bicéphale du concept, la doctrine tente alors de distinguer le droit subjectif d'autres prérogatives²²¹⁹ et de préciser les caractéristiques principales du droit subjectif²²²⁰.

Les théories du pouvoir ont alors retenu toute l'attention²²²¹. Dans celles-ci, l'élément de « pouvoir » de la face interne du droit se distingue pour finalement supplanter les autres²²²². Elles ont été classées et étudiées en deux catégories selon que ce pouvoir était compris par la doctrine comme un pouvoir général d'agir²²²³ ou un pouvoir spécifique d'exiger quelque chose d'un tiers²²²⁴.

L'évolution de ces théories imposait l'appréhension du concept de droit subjectif par deux voies complémentaires²²²⁵. Le pouvoir interne — ou face interne du droit subjectif — est centré sur la relation entre le titulaire du droit, l'objet et le contenu de celui-ci. Ce pouvoir n'est pas uniforme selon les types de droits subjectifs puisque l'objet et le contenu du droit peuvent diverger sensiblement²²²⁶. Le pouvoir externe — ou face externe du droit subjectif — se place sur le terrain de la relation juridique entre le titulaire du droit subjectif et les tiers. Ce pouvoir d'exiger quelque chose des tiers nous apparaît alors moins clair. Il paraît viser une exigence de respect du droit à l'égard du tiers mais la portée de cette exigence demande à être approfondie. Il offre un terrain qui nous apparaît propice aux distinctions entre les qualifications²²²⁷. Le maintien du lien entre le droit subjectif et le droit objectif reste une constante dans ces théories²²²⁸

2217. Cf. *supra*, n° 36.

2218. Cf. *supra*, n° 37.

2219. Cf. *supra*, n° 38.

2220. Cf. *supra*, n° 39.

2221. Cf. *supra*, n^{os} 40 à 59.

2222. Cf. *supra*, n° 40.

2223. Cf. *supra*, n^{os} 43 à 46.

2224. Cf. *supra*, n^{os} 47 à 54.

2225. Cf. *supra*, n° 55.

2226. Cf. *supra*, n^{os} 55 et 57.

2227. Cf. *supra*, n° 56.

2228. Cf. *supra*, n° 58.

ainsi que le lien, dans la face interne du droit, avec les éléments d'intérêt et de volonté ²²²⁹.

Nous avons conclu par l'expression de cinq grandes caractéristiques communément reconnues à la qualification de droit subjectif ²²³⁰ ainsi que par la proposition d'une première définition provisoire du droit subjectif, nous permettant de nous guider dans la suite de l'étude.

476

Du droit subjectif à la liberté civile : apports de la recherche d'une distinction. Suivant la méthode comparative fixée au début de l'étude des qualifications, les critères de distinction entre le droit subjectif et la liberté civile ont d'abord été recherchés dans ceux retenus par la doctrine du droit subjectif. Nous sommes ensuite parti des caractéristiques que nous avons reconnues aux droits subjectifs afin de dégager celles que l'on peut attribuer aux libertés civiles.

Deux grandes catégories de critères de distinction se dégagent de la théorie générale du droit privé.

La première regroupe ceux recherchés dans la manière dont le droit objectif reconnaît à leurs bénéficiaires les prérogatives contenues dans les droits subjectifs, d'une part, et les libertés civiles, d'autre part ²²³¹. L'attribution égalitaire de libertés civiles porteuses d'un pouvoir non exclusif est ici opposée à la distribution inégalitaire et conditionnée des droits subjectifs porteurs d'un pouvoir exclusif ²²³². Le critère de distinction qui en découle nous apparaît alors comme très théorique et sa capacité pratique à distinguer dans la réalité juridique les qualifications entre elles est peu claire ²²³³.

La seconde catégorie réunit les critères recherchés dans la détermination de l'objet et des prérogatives de chacune des qualifications ²²³⁴. À l'indétermination originelle de l'objet et du contenu des prérogatives de la liberté civile répondrait la détermination de ceux du droit subjectif. Cette voie de distinction, toute porteuse qu'elle soit, ne nous est pas non plus apparue comme permettant seule d'offrir un critère efficace de distinction ²²³⁵. La distinction entre ce que serait un objet ou une prérogative déterminé est fuyante et le droit positif comprend des libertés civiles dont la prérogative et/ou l'objet paraissent déterminés ou déterminables.

2229. Cf. *supra*, n° 59.

2230. Cf. *supra*, n°s 60 et 61.

2231. Cf. *supra*, n°s 65 à 81.

2232. Cf. *supra*, n° 79.

2233. Cf. *supra*, n°s 80 et 81.

2234. Cf. *supra*, n°s 82 à 91.

2235. Cf. *supra*, n° 89.

Finalement, les critères de distinction traditionnels sont apparus comme incomplets et artificiels²²³⁶ dès lors, notamment, qu'ils se focalisaient entièrement sur l'étude des normes de droit objectif fondant et organisant les qualifications. En outre, ces critères n'avaient pas éteint le débat et ne permettaient pas de tracer une ligne de démarcation entre droit subjectif et liberté civile emportant l'unanimité.

Nous nous sommes alors tourné vers une autre voie s'imposant au départ des acquis de notre étude du droit subjectif. Prenant en considération l'apport des recherches sur les critères traditionnels de distinction, nous nous sommes demandé si la liberté civile présentait les mêmes caractéristiques que celles valant pour le droit subjectif²²³⁷. Frappé par l'identité de nature du pouvoir interne contenu tant dans le droit subjectif que la liberté civile²²³⁸, constatant que les divergences entre les deux notions se situaient largement dans le lien entre le caractère exclusif ou non des pouvoirs internes et la portée du pouvoir externe des deux qualifications²²³⁹, nous avons dressé un descriptif des caractéristiques propres aux libertés civiles²²⁴⁰ ainsi qu'une première définition provisoire de celles-ci²²⁴¹.

477

Du droit subjectif à l'intérêt légitime : apports de la recherche d'une distinction. Fidèle à notre approche comparative, nous avons cherché à déterminer les caractéristiques de l'intérêt légitime au départ de celui de droit subjectif. Le manque de matériel doctrinal à notre étude de l'intérêt légitime nous a cependant conduit à dresser un large état du statut et de la place de l'intérêt légitime dans le droit positif. La prise progressive d'indépendance de l'intérêt à l'égard du droit subjectif est le phénomène le plus marquant constaté.

Cette indépendance se relève d'abord au niveau de la théorie générale du droit subjectif²²⁴². Alors qu'il était totalement absorbé dans la notion de droit subjectif, l'intérêt légitime a finalement été reconnu et étudié comme une qualification indépendante. À la suite de la pénétrante étude de François Ost, il est apparu que l'intérêt légitime gagnait son indépendance sur le terrain de la relation à autrui. Légitimé *a posteriori*,

2236. Cf. *supra*, n^{os} 90 et 91.

2237. Cf. *supra*, n^{os} 92 à 108.

2238. Cf. *supra*, n^o 106.

2239. Cf. *supra*, n^{os} 107 et s.

2240. Cf. *supra*, n^o 111.

2241. Cf. *supra*, n^o 112.

2242. Cf. *supra*, n^{os} 115 à 129.

paraissant dénué de pouvoir juridique qui lui serait reconnu *a priori*, l'intérêt ne rayonne plus à l'égard des tiers à la manière du pouvoir externe du droit subjectif mais par la reconnaissance de devoirs de respect et de prise en compte issus de la mise en œuvre des principes de responsabilité civile ²²⁴³.

Cette indépendance s'exprime très largement aussi dans le droit positif²²⁴⁴. Que ce soit, par exemple, lorsque l'intérêt légitime est retenu comme condition de l'intentement d'une action en justice ²²⁴⁵, de l'existence d'un dommage réparable ²²⁴⁶ ou lorsque sa prise en compte est hissée en tant que fondement de la responsabilité civile ²²⁴⁷ ou du principe de bonne foi ²²⁴⁸ ou lorsqu'il est défendu en tant que tel par le législateur ²²⁴⁹.

Indépendamment, l'intérêt légitime est protégé par le droit positif en l'absence de pouvoir préconstitué et de devoir corrélatif de respect ²²⁵⁰. L'intérêt, la liberté civile et le droit subjectif apparaissent aussi dans un continuum : l'intérêt légitime reçoit, dans chaque qualification, un élément de protection spécifique²²⁵¹. La prise en compte des intérêts d'autrui semble ainsi constituer le vecteur de la relation à autrui dans les relations de droit privé²²⁵². Pourtant, on ne trouve pas dans la réflexion actuelle de justification uniforme de la nécessaire prise en compte des intérêts légitimes d'autrui même si les principes de responsabilité civile sont souvent invoqués²²⁵³. Enfin, l'intérêt est au fondement d'un effet subversif limitant parfois les pouvoirs contenus dans les qualifications de droit subjectif et de liberté civile ²²⁵⁴.

L'étude du droit positif nous a permis également de considérer que la définition de l'intérêt, en tant que telle, est inutile²²⁵⁵. Notion première n'impliquant pas, en tant que telle, de difficulté de compréhension, elle ne

2243. Cf. *supra*, n° 129.

2244. Cf. *supra*, n°s 130 à 155.

2245. Cf. *supra*, n°s 132 et s.

2246. Cf. *supra*, n° 138.

2247. Cf. *supra*, n° 139.

2248. Cf. *supra*, n° 144.

2249. Cf. *supra*, n°s 147 et s.

2250. Cf. *supra*, n°s 150 et 152.

2251. Cf. *supra*, n° 151.

2252. Cf. *supra*, n° 153.

2253. Cf. *supra*, n° 154.

2254. Cf. *supra*, n° 155.

2255. Cf. *supra*, n°s 156 et s.

peut s'éclairer autrement que par des synonymes comme l'avantage ou l'utilité. Elle s'éclaire cependant des qualificatifs qu'on lui reconnaît ou des caractéristiques ou fonctions qui lui sont assignées²²⁵⁶.

Quant à la qualification de légitime, qui accompagne en droit positif la notion d'intérêt, elle présente également des difficultés à s'insérer dans une définition abstraite²²⁵⁷. Comprise de manière ambiguë²²⁵⁸, elle s'éclaire cependant à la lumière du pragmatisme judiciaire qui l'aborde par son opposé : l'illégitimité²²⁵⁹. Comprise comme la non-contrariété de la poursuite de l'intérêt avec une règle de droit objectif, la légitimité laisse apercevoir toute son utilité dans les fonctions qui lui sont reconnues²²⁶⁰ : elle nous apparaît alors comme la condition nécessaire de la protection éventuelle de l'intérêt en droit positif²²⁶¹. Nous terminons notre analyse de la légitimité par la recherche des moyens ou titres permettant de la justifier²²⁶². Aucune des réponses trouvées en doctrine — liberté, principe de responsabilité, etc. — ne nous convainc. Une distinction entre la légitimation de l'intérêt et sa consécration permet alors d'affirmer que c'est dans le rapport à autrui et dans le nécessaire effet d'opposabilité de l'intérêt que réside la clé de compréhension de sa légitimité²²⁶³.

Nous terminons cette longue étude de l'intérêt légitime par la mise en avant de ses caractéristiques, nous nourrissant des fruits de la comparaison avec celles des libertés civiles et droits subjectifs²²⁶⁴. Une définition provisoire de l'intérêt légitime est ainsi proposée²²⁶⁵. Cette définition vient rejoindre les deux précédentes, néanmoins affinées par les acquis de l'étude des trois qualifications²²⁶⁶.

478

Des qualifications à l'étude de l'opposabilité et de la responsabilité. Au terme de l'étude des qualifications, le rapport à autrui s'affirme comme le terrain de la possible distinction entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes²²⁶⁷.

2256. Cf. *supra*, n^{os} 159 à 162.

2257. Cf. *supra*, n^o 164.

2258. Cf. *supra*, n^o 165.

2259. Cf. *supra*, n^{os} 166 à 168.

2260. Cf. *supra*, n^{os} 169 et s.

2261. Cf. *supra*, n^o 171.

2262. Cf. *supra*, 172 à 175.

2263. Cf. *supra*, n^o 175.

2264. Cf. *supra*, n^{os} 176 et s.

2265. Cf. *supra*, n^o 178.

2266. Cf. *supra*, n^o 178.

2267. Cf. *supra*, n^o 179.

Tant les droits subjectifs que les libertés civiles sont porteurs d'un pouvoir externe qui s'exerce à l'égard des tiers. C'est dans la portée de ce pouvoir que le critère de distinction paraît devoir être recherché. L'intérêt légitime, quant à lui, est au cœur de toutes les relations inter-individuelles étudiées en droit privé. Et s'il est dénué de la reconnaissance d'un pouvoir *a priori* au bénéfice de son porteur, il est consacré par l'émergence de devoirs de prise en compte naissant dans les circonstances des conflits où il est opposé.

Et comment étudier l'effet juridique propre de chaque qualification sur autrui ? Par les principes d'opposabilité et de responsabilité extracontractuelle. Ces principes sont en effet apparus comme représentant les vecteurs les plus puissants de la relation à autrui dans l'ordonnement juridique de droit positif²²⁶⁸. Combinés et appliqués à chaque qualification, ils nous ont permis de dégager les modes de résolution des conflits entre titulaires de droits subjectifs, de libertés civiles et porteurs d'intérêts légitimes. Nous y avons consacré la seconde partie de cette étude²²⁶⁹.

Afin de consolider notre base de réflexion, nous avons dans un premier temps exposé la portée reconnue en droit positif tant au principe d'opposabilité²²⁷⁰ que de responsabilité²²⁷¹.

Pour comprendre le premier, nous sommes parti de l'opposabilité reconnue traditionnellement aux conventions en droit positif²²⁷² et avons trouvé son fondement dans l'affirmation qu'aucun pouvoir juridique ne peut être reconnu à l'individu sans qu'il soit relayé par une force de rayonnement à l'égard des tiers tenus d'en accepter l'existence et les effets au bénéfice de son bénéficiaire²²⁷³. Ce principe n'est, du reste, que l'application d'un principe plus général s'appliquant tant aux actes et faits juridiques, situations juridiques et droits subjectifs²²⁷⁴.

Concernant le second, nous avons rappelé la portée que reçoivent aujourd'hui les conditions de la responsabilité que sont le dommage²²⁷⁵ et la faute²²⁷⁶. La portée de l'acte objectivement illicite — premier élément de la faute à côté de l'imputabilité de cet acte — a été précisée sous

2268. Cf. *supra*, n° 180.

2269. Cf. *supra*, n°s 180 à 362.

2270. Cf. *supra*, n°s 182 à 186.

2271. Cf. *supra*, n°s 187 à 201.

2272. Cf. *supra*, n° 183.

2273. Cf. *supra*, n°s 184 et s.

2274. Cf. *supra*, n° 185.

2275. Cf. *supra*, n°s 187 à 190.

2276. Cf. *supra*, n°s 191 à 201.

les deux formes dans lesquelles il est accepté : la violation d'une norme déterminée de comportement²²⁷⁷ et la violation d'une norme générale de prudence²²⁷⁸.

La logique qui nous a conduit dans le reste de notre étude était donc en place : nous sommes parti à la recherche de l'effet d'opposabilité de chaque qualification et du lien qu'il pouvait présenter dans chaque cas avec les conditions de la responsabilité. Cette relation particulière entre l'opposabilité et la responsabilité nous permettait d'espérer déterminer un processus de résolution de conflits — dénommé mode de résolution de conflit — dans l'hypothèse où un tiers venait porter atteinte au contenu de chaque effet d'opposabilité.

479

De l'effet de la qualification sur autrui du droit subjectif au mode de résolution de l'imposition. Les débats doctrinaux qui traversent le droit positif montrent que si l'opposabilité des droits subjectifs est généralement affirmée, la portée reconnue à celle-ci n'est pas uniforme²²⁷⁹. Le devoir de respect du droit, effet de l'opposabilité du droit subjectif, reste encore controversé en droit belge concernant le droit de créance²²⁸⁰.

Partant de cette constatation et fort des acquis relatifs de la première partie de notre étude, nous avons recherché le fondement qu'il convenait d'attribuer à l'admissibilité d'un effet d'opposabilité uniforme pour tout droit subjectif. Après avoir soigneusement distingué l'opposabilité des droits de créance des conventions dont ils sont issus²²⁸¹, le fondement de l'opposabilité du droit subjectif a été trouvé en lui-même²²⁸². C'est l'existence du pouvoir interne du droit subjectif qui déclenche l'effet d'opposabilité spécifique du droit²²⁸³. C'est par contre le caractère exclusif de ce pouvoir qui est à la source du devoir strict de respect qui s'impose aux tiers²²⁸⁴. L'exclusivité du pouvoir contenu dans le droit subjectif ampute en effet d'autant les pouvoirs des tiers sur ce qui en forme l'objet. N'ayant pas de pouvoir ou d'intérêt à faire valoir sur l'objet et le pouvoir distribué au bénéfice du seul titulaire du droit, ils doivent respecter son droit subjectif.

2277. Cf. *supra*, n^{os} 196 et 197.

2278. Cf. *supra*, n^{os} 198 à 201.

2279. Cf. *supra*, n^{os} 205 à 212.

2280. Cf. *supra*, n^{os} 209 et 210.

2281. Cf. *supra*, n^{os} 215 et 216.

2282. Cf. *supra*, n^{os} 217 à 220.

2283. Cf. *supra*, n^o 218.

2284. Cf. *supra*, n^o 219.

Le régime de l'opposabilité du droit subjectif pouvait alors être mis en avant. Le devoir de respect s'analyse en une norme déterminée de comportement s'imposant aux tiers²²⁸⁵. Cette norme les soumet à un devoir d'abstention et leur interdit de porter atteinte aux pouvoirs internes des droits subjectifs. Elle est déterminée car la structure interne du droit offre un objet précis à ce devoir. Non sans avoir rappelé les tempéraments parfois voulus par le droit objectif à cet effet d'opposabilité²²⁸⁶, nous avons conclu, en règle, que celui-ci n'était pas soumis à une condition de connaissance de l'existence du droit dans le chef du tiers qui y est soumis²²⁸⁷. Les sanctions de cet effet d'opposabilité, dans le chef du tiers qui y contrevient, sont de deux types : l'acte posé en violation du droit est inopposable²²⁸⁸ et la cessation de l'atteinte peut être demandée par une action en justice spécifique par le titulaire du droit violé²²⁸⁹. Ces sanctions sont indépendantes de l'application des principes de responsabilité civile : seule l'atteinte objective au droit conditionne leur mise en œuvre.

Les conditions de la responsabilité civile du tiers qui porte atteinte au droit subjectif ont alors été précisées. Ici aussi, nous sommes parti des nombreux débats doctrinaux qui traversent la question du lien entre l'atteinte au droit subjectif et les conditions de la responsabilité civile pour préciser notre opinion. Le lien entre l'atteinte au droit et la notion de dommage a pu rapidement être déterminé : l'atteinte au droit subjectif n'est pas une condition de l'existence d'un dommage²²⁹⁰.

Le lien entre l'atteinte au droit subjectif et la condition de faute s'est avéré bien plus difficile à cerner. C'est que les débats en la matière sont anciens et complexes. L'atteinte au droit a d'abord été souvent assimilée à la notion de faute²²⁹¹. La théorie du procureur général Paul Leclercq en est l'exemple le plus significatif. Elle a été analysée ainsi que les critiques qu'elle a suscitées²²⁹². Elle a débouché sur le rejet de l'assimilation, opinion partagée très majoritairement aujourd'hui²²⁹³. D'importantes leçons pour la suite de notre raisonnement ont pu cependant être tirées de ce

2285. Cf. *supra*, n° 222.

2286. Cf. *supra*, n° 223.

2287. Cf. *supra*, n^{os} 224 et 225.

2288. Cf. *supra*, n° 227.

2289. Cf. *supra*, n^{os} 228 et 229.

2290. Cf. *supra*, n^{os} 232 à 235.

2291. Cf. *supra*, n^{os} 237 à 241.

2292. Cf. *supra*, n^{os} 238 à 248.

2293. Cf. *supra*, n^{os} 242 et 249.

débat²²⁹⁴. Nous avons aussi souligné l'existence d'un courant de droit positif, certes minoritaire, qui plaide pour un renouveau de cette assimilation en se fondant, notamment, sur l'effet d'opposabilité du droit subjectif²²⁹⁵. Là aussi, les diverses opinions ont été présentées et critiquées.

Les apports de ces controverses nous ont permis néanmoins de considérer, d'une part, que la violation du droit subjectif se situait dans une nébuleuse entre la notion de faute et dommage²²⁹⁶ et que, d'autre part, le rejet de toute assimilation de la faute à l'atteinte au droit subjectif menait à des incohérences²²⁹⁷. On ne peut à la fois reconnaître l'effet d'opposabilité du droit subjectif en tant que devoir de respect et rejeter en bloc l'idée que la violation de ce devoir ne peut, dans certains cas, être assimilée à une faute²²⁹⁸. En outre, ce rejet mène à des impasses, à un nouvel absolutisme des principes de responsabilité civile ainsi qu'à un refus de l'évolution réelle du droit positif²²⁹⁹. Nous en avons conclu à la nécessité de réconcilier la notion de droit subjectif avec les principes de la responsabilité civile²³⁰⁰.

Nous sommes reparti de l'effet de l'opposabilité du droit pour admettre que sa violation pouvait être considérée comme un acte objectivement illicite²³⁰¹. Mais il a bien fallu relever qu'*a priori*, rien ne permettait de choisir une des deux catégories d'acte objectivement illicite — la violation d'une norme déterminée de comportement et la violation d'une norme générale de prudence — : l'une et l'autre peuvent s'assimiler à la violation de l'effet d'opposabilité du droit²³⁰². Aucune d'elles ne pouvant prétendre à l'exclusivité de la compréhension du lien entre la faute et la violation du droit, nous avons recherché un critère spécifique de l'atteinte fautive au droit dans l'élément subjectif de la faute²³⁰³. C'est en effet dans l'atteinte consciente et volontaire au droit subjectif que nous avons trouvé le lieu de l'assimilation recherché²³⁰⁴. Nous avons pu alors conclure sur ce point en systématisant les conditions de l'atteinte fautive au droit subjectif. Nous

2294. Cf. *supra*, n^{os} 250 à 252.

2295. Cf. *supra*, n^{os} 253 à 258.

2296. Cf. *supra*, n^o 259.

2297. Cf. *supra*, n^{os} 259 à 264.

2298. Cf. *supra*, n^{os} 260 et 261.

2299. Cf. *supra*, n^{os} 262 et 263.

2300. Cf. *supra*, n^o 264.

2301. Cf. *supra*, n^{os} 265 et 266.

2302. Cf. *supra*, n^{os} 267 et 268.

2303. Cf. *supra*, n^o 269.

2304. Cf. *supra*, n^{os} 270 à 275.

avons montré que l'atteinte consciente et volontaire ne représentait qu'une hypothèse d'atteinte fautive au droit subjectif, à côté de deux autres qui restent entièrement soumises aux critères traditionnels de la faute²³⁰⁵.

Restait à déterminer les sanctions de l'atteinte fautive aux droits subjectifs²³⁰⁶. Cela nous a permis notamment de distinguer la sanction de la réparation en nature de la cessation de l'atteinte au droit.

Arrivé au terme de l'analyse, un premier mode de résolution de conflit a pu être épinglé : l'*imposition*²³⁰⁷. Propre au droit subjectif, il traduit son effet d'opposabilité et la nécessaire soumission des tiers à celui-ci. Dès lors une définition plus précise du droit subjectif pouvait être proposée²³⁰⁸.

480

De l'effet de la qualification sur autrui de la liberté civile au mode de résolution de l'équilibre. La portée de l'effet d'opposabilité de la liberté civile dans les débats de théorie générale n'était pas aussi précise que celle reconnue traditionnellement aux droits subjectifs. Pour suivre sa piste, il a fallu non seulement faire le point sur les rares débats doctrinaux existant sur ce point²³⁰⁹ mais surtout tirer les enseignements du droit positif au travers de la manière dont étaient résolus les conflits où apparaissaient une liberté civile²³¹⁰.

Les enseignements de cette recherche ont été présentés nous confortant dans l'idée que l'opposabilité de la liberté civile était bien une réalité du droit positif. Aux limites de cette opposabilité apparaissait toujours la faute et une recherche de pondération ou d'équilibre des intérêts en présence dont celui protégé par la ou les libertés en cause dans le conflit²³¹¹.

Nous avons pu, fort de ces enseignements, systématiser l'effet d'opposabilité de la liberté civile. Reprenant la méthode inaugurée pour le droit subjectif, le fondement et le régime de l'opposabilité de la liberté civile ont été trouvés au départ de la qualification et de sa portée telles qu'arrêtées dans la première partie de notre étude²³¹². Nous avons alors discerné dans l'attribution égalitaire des libertés civiles le fondement de

2305. Cf. *supra*, n° 276.

2306. Cf. *supra*, n°s 277 à 280.

2307. Cf. *supra*, n° 284.

2308. Cf. *supra*, n° 285.

2309. Cf. *supra*, n°s 291 à 295.

2310. Cf. *supra*, n°s 296 à 303.

2311. Cf. *supra*, n°s 297 à 300.

2312. Cf. *supra*, n°s 304 à 313.

son opposabilité²³¹³. Un double effet d'opposabilité a été distingué. L'effet général d'opposabilité interdit de porter atteinte au principe de l'attribution de la liberté et explique son caractère d'incessibilité et d'indisponibilité²³¹⁴. L'effet spécifique d'opposabilité implique quant à lui un devoir général de tenir compte de l'effet de légitimation des actes posés sous le couvert de la liberté civile²³¹⁵. Dénué d'exclusivité, le pouvoir contenu dans la liberté civile ne peut en effet donner lieu corrélativement à un devoir strict de respect : les tiers ne voient pas leur propre liberté ou la poursuite de leur propre intérêt légitime limités *a priori* par la reconnaissance d'une liberté civile à autrui. Ce devoir général ne se précise *in fine* que dans les conflits dans lesquels s'oppose la liberté civile : la portée réelle de son contenu et donc de son effet d'opposabilité est partiellement dépendante des pouvoirs et intérêts légitimes qui lui seront opposés²³¹⁶.

Contrairement aux droits subjectifs, les devoirs issus de l'opposabilité de la liberté civile représentent *a priori* des règles indéterminées de comportement qui demandent, pour se préciser, une prise en compte des circonstances de fait et de droit propres au conflit dans laquelle elle est opposée. En cas de conflit opposant deux libertés civiles, un nouveau mode de résolution de conflit particulier apparaît : l'*équilibre*²³¹⁷. Chaque titulaire pouvant opposer la légitimité de ses actes ou abstention, c'est au sein de l'application des conditions de la responsabilité, et plus précisément de l'acte objectivement illicite, que la recherche d'équilibre doit être effectuée. L'acte objectivement illicite recherché au départ du critère du standard du bon père de famille et de l'équilibre voulu *a priori* par le droit objectif entre les libertés en conflit vise un comportement qui ne respecte pas l'équilibre imposé abstraitement lors de l'attribution des libertés qui s'entrechoquent. Le droit commun de la responsabilité apparaît donc directement comme la sanction de l'opposabilité de la liberté civile²³¹⁸. Celle-ci n'est pas protégée par des actions en cessation indépendamment des conditions de la responsabilité²³¹⁹. L'équilibre comme mode de résolution particulier aux conflits entre libertés civiles permet également d'affiner la définition de la liberté civile²³²⁰.

2313. Cf. *supra*, n° 309.

2314. Cf. *supra*, n° 310.

2315. Cf. *supra*, n° 311.

2316. Cf. *supra*, nos 312 et 313.

2317. Cf. *supra*, n° 315.

2318. Cf. *supra*, nos 315 et s.

2319. Cf. *supra*, nos 318 et 319.

2320. Cf. *supra*, n° 326.

De l'effet de la qualification sur autrui de l'intérêt légitime aux modes de résolution de conflit de la proportionnalité et de la pondération des intérêts. Grâce aux acquis qui précèdent et à l'étude de droit positif relative à la prise d'indépendance de l'intérêt légitime, il a été possible de s'attaquer directement à la recherche du fondement et de l'effet de l'opposabilité de l'intérêt légitime²³²¹. Toujours selon la même méthode, appliquée tant pour le droit subjectif que la liberté civile, cet effet a été trouvé dans la face interne de l'intérêt²³²² et précisé comme étant une possibilité de prise en compte dans les relations à autrui²³²³.

Les devoirs de prise en compte de l'intérêt par autrui ne naissent qu'au travers de l'application de règles extérieures à lui, au premier rang desquelles, le principe de responsabilité civile²³²⁴. Aucun devoir de respect ou de prise en compte ne naît de la simple existence d'un intérêt légitime. Ces devoirs sont dès lors strictement relatifs en fonction des circonstances de fait et de droit propres au conflit où l'intérêt est opposé²³²⁵. Le régime de l'opposabilité de l'intérêt légitime est donc totalement dépendant de l'opposabilité des pouvoirs et intérêts qui lui sont opposés²³²⁶.

De là, deux modes de résolutions particuliers selon le type de pouvoir opposé à l'intérêt légitime ont été distingués, chacun d'eux guidant la mise en œuvre des principes de responsabilité civile dans le chef du tiers qui porte atteinte à un intérêt légitime. La *proportionnalité* s'impose dans les conflits opposant un intérêt légitime à un droit subjectif²³²⁷. Elle consacre l'effet d'opposabilité prépondérant du droit subjectif pour ne permettre que de manière exceptionnelle, en cas de disproportion avérée des intérêts, le respect d'un devoir de prise en compte de l'intérêt légitime atteint par l'exercice du droit. La disproportion précède donc l'application du critère de la faute. La *pondération des intérêts* se révèle dans les conflits opposant une liberté civile à un intérêt légitime²³²⁸. *A priori*, le porteur de l'intérêt légitime doit prendre en considération la légitimité de l'acte posé sous le couvert de la liberté civile. Il ne pourra renverser cette légitimité de principe qu'en prouvant que le titulaire de la liberté civile a commis une

2321. Cf. *supra*, n^{os} 330 à 335.

2322. Cf. *supra*, n^o 330.

2323. Cf. *supra*, n^o 331.

2324. Cf. *supra*, n^o 332.

2325. Cf. *supra*, n^o 333.

2326. Cf. *supra*, n^o 336.

2327. Cf. *supra*, n^{os} 337 à 342.

2328. Cf. *supra*, n^{os} 343 à 346.

faute dans son exercice en violant un devoir de prise en compte qui se dégage au départ des circonstances de fait dont le poids spécifique accordé à son intérêt légitime violé²³²⁹. C'est aussi la pondération d'intérêts qui s'impose lors d'un conflit éventuel entre deux intérêts légitimes²³³⁰.

Les liens entre la mise en œuvre des principes de la responsabilité civile et les deux modes de résolution de conflit sont alors précisés²³³¹. Ne se confondant ni avec la faute, ni avec le dommage, l'atteinte à l'intérêt légitime d'autrui est à la source tant du dommage que de la faute²³³². En cas de mise en œuvre de la proportionnalité, la recherche de la faute est précédée par la constatation préalable de la disproportion des intérêts²³³³. Ce n'est qu'ensuite que s'opère la détermination de la faute. La pondération des intérêts s'insère aussi en amont de la détermination de la faute : elle permet de guider le juge dans la découverte d'un devoir de prise en compte de l'intérêt d'autrui²³³⁴.

Sur la base des résultats de l'analyse, la définition de l'intérêt légitime est à nouveau précisée²³³⁵.

482

Le modèle théorique de résolution des conflits. Il ne nous restait plus alors qu'à systématiser la mise en œuvre des quatre modes de résolution de conflit dans chaque hypothèse théorique de conflit entre titulaires ou porteur des qualifications étudiées²³³⁶. Neuf hypothèses de conflits distincts ont été retenues donnant lieu, le cas échéant, à l'application de l'imposition, l'équilibre, la proportionnalité et la pondération des intérêts.

Un tableau, établi au départ des résultats des recherches antérieures, assigne à chaque conflit un mode de résolution de conflit et indique les sanctions susceptibles de frapper l'auteur de l'atteinte aux pouvoirs et intérêts d'autrui²³³⁷.

Pour chaque mode de résolution, nous avons notamment fait le point sur ses hypothèses d'application, sur le lien présenté entre sa mise en œuvre et l'application du principe de responsabilité et sur les différentes

2329. Cf. *supra*, n^{os} 343 et 344.

2330. Cf. *supra*, n^{os} 347 à 348.

2331. Cf. *supra*, n^{os} 353 à 359.

2332. Cf. *supra*, n^{os} 354 à 356.

2333. Cf. *supra*, n^o 358.

2334. Cf. *supra*, n^o 359.

2335. Cf. *supra*, n^o 362.

2336. Cf. *supra*, n^{os} 363 à 395.

2337. Cf. *supra*, n^o 365.

sanctions susceptibles de frapper le tiers venant porter atteinte à la qualification en cause²³³⁸. Cela nous a permis, *in fine*, et au travers chaque fois d'un exemple, de systématiser le raisonnement qui devait être suivi par les parties, et *in fine* par le juge, dans la mise en œuvre de chaque mode de résolution de conflit²³³⁹.

Enfin les apports de la systématisation ainsi opérée ont été soulignés²³⁴⁰. Elle permet en effet d'affirmer tant l'utilité que les caractéristiques principales des qualifications étudiées²³⁴¹. Partant, elle rend possible un affinement des critères de distinction facilitant l'opération de la qualification des intérêts en droit subjectif, liberté civile ou intérêt légitime²³⁴². Enfin, elle permet de mieux comprendre l'utilité et le sens des modes de résolution de conflit imaginés ainsi que la mise en œuvre du principe de la responsabilité civile²³⁴³.

483

La mise à l'épreuve du modèle théorique par les théories de la tierce complicité et de l'abus de droit. Soucieux d'éviter de cantonner notre étude dans une démarche trop théorique, voire dogmatique, nous l'avons mise à l'épreuve en la confrontant à deux théories de droit privé appliquées en droit positif en vue de la résolution de certains conflits entre titulaires ou porteurs des qualifications étudiées. Les théories de la tierce complicité et de l'abus de droit ont été retenues du fait, notamment, des multiples controverses qui accompagnent leur application²³⁴⁴.

Pour les deux théories, un résumé de la portée qu'elles reçoivent en droit positif a été présenté²³⁴⁵. Les impasses auxquelles sont confrontées ces théories sont alors mises en avant. Elles se révèlent principalement au vu des ambiguïtés des qualifications en cause²³⁴⁶, de l'absence de consensus relatif au fondement des théories²³⁴⁷ et des contradictions entre les critères admis de la responsabilité du tiers complice ou du titulaire du droit et les fondements assignés à chacune des théories²³⁴⁸.

2338. Cf. *supra*, n^{os} 367 à 395.

2339. Cf. *supra*, n^{os} 371, 382, 389 et 395.

2340. Cf. *supra*, n^{os} 396 à 400.

2341. Cf. *supra*, n^{os} 396 et 397.

2342. Cf. *supra*, n^o 398.

2343. Cf. *supra*, n^{os} 399 et 400.

2344. Cf. *supra*, n^o 402 et s.

2345. Cf. *supra*, n^{os} 403 à 407 (tierce complicité) et n^{os} 432 à 437 (abus de droit).

2346. Cf. *supra*, n^{os} 409 à 413 (tierce complicité) et n^{os} 438 à 441 (abus de droit).

2347. Cf. *supra*, n^{os} 414 à 416 (tierce complicité) et n^{os} 442 à 453 (abus de droit).

2348. Cf. *supra*, n^{os} 417 à 421 (tierce complicité) et n^{os} 454 à 460 (abus de droit).

Les apports de notre modèle sont alors présentés pour chacune des deux théories étudiées.

Ainsi, la tierce complicité s'analyse comme un cas d'application de conflit entre libertés civiles du tiers complice²³⁴⁹ et le droit de créance de la victime²³⁵⁰ donnant lieu à l'application du mode de résolution de l'imposition²³⁵¹. Cette application se révèle en conformité avec l'interprétation de l'article 1165 du Code civil — principe de l'opposabilité des conventions²³⁵² — et assigne comme fondement à cette théorie l'effet d'opposabilité du droit de créance. La faute du tiers complice est très exactement l'atteinte consciente et volontaire au droit de créance de la victime²³⁵³. Nous rejoignons dès lors, *mutatis mutandis*, la théorie de la méconnaissance des droits d'autrui qui n'est pas, selon nous, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière²³⁵⁴. La différence principale avec le droit positif, induite de la solution préconisée par notre modèle, tient en la reconnaissance, en faveur de la victime, d'une action en cessation de l'atteinte à son droit de créance indépendante des conditions de la responsabilité civile²³⁵⁵.

En matière d'abus de droit, les cas d'application de cette théorie se ramènent à un conflit entre un droit subjectif, d'une part, et une liberté civile ou intérêt légitime, d'autre part²³⁵⁶. C'est alors le mode de résolution de conflit de la proportionnalité qui s'applique²³⁵⁷. Il offre une explication rationnelle et cohérente à la détermination du lien très controversé entre la théorie de l'abus de droit et le principe de responsabilité civile et permet de sortir de l'impasse originelle de la théorie dénoncée par Marcel Planiol²³⁵⁸. La solution apportée par notre modèle n'apparaît pas contradictoire avec la théorie de l'abus de droit telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation²³⁵⁹. Le critère de la proportionnalité ou de la disproportion s'affirme cependant comme le critère unique de l'abus

2349. Cf. *supra*, n° 422.

2350. Cf. *supra*, n° 423.

2351. Cf. *supra*, n° 424.

2352. Cf. *supra*, n° 426.

2353. Cf. *supra*, n° 427.

2354. Cf. *supra*, n°s 429 et 430.

2355. Cf. *supra*, n° 428.

2356. Cf. *supra*, n° 461.

2357. Cf. *supra*, n° 462.

2358. Cf. *supra*, n° 464.

2359. Cf. *supra*, n° 465.

de droit ²³⁶⁰. La différence la plus marquante avec le droit positif est l'affirmation de l'absence d'assimilation entre la disproportion et la faute ²³⁶¹.

Enfin, pour les deux théories, nous proposons *in fine* une systématisation de la recherche de la responsabilité du tiers complice ²³⁶² ou du titulaire du droit exercé abusivement ²³⁶³.

Ces deux mises en œuvre de notre modèle permettent d'en démontrer l'utilité ²³⁶⁴. Ce modèle apporte en effet une cohérence nouvelle dans l'ordonnancement juridique ²³⁶⁵. Il joue ensuite un rôle de pacificateur du droit positif en proposant des réponses à des controverses récurrentes ²³⁶⁶. Il permet aussi l'émergence de solutions nouvelles aux conflits ²³⁶⁷ tout en laissant entrevoir ses limites et, paradoxalement, toutes ses possibilités d'évolutions ²³⁶⁸.

2360. Cf. *supra*, n° 466.

2361. Cf. *supra*, n° 467.

2362. Cf. *supra*, n° 431.

2363. Cf. *supra*, n° 468.

2364. Cf. *supra*, n^{os} 469 à 473.

2365. Cf. *supra*, n° 470.

2366. Cf. *supra*, n° 471.

2367. Cf. *supra*, n° 472.

2368. Cf. *supra*, n° 473.

Monographies, Ouvrages collectifs, thèses et actes

- ALEN A., *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995.
- ATIAS Ch., *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Paris, Litec, 2000.
- AUBERT J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 6^e éd., Paris, Armand Collin, 1995.
- AUBERT J.-L., FLOUR J., *Les obligations*, 7^e éd., t. I., *L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 1996.
- AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, t.2, 5^e éd., 1897.
- BALATE E., « Loyauté et louvoyage. Les articles 93 et 94 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Premier bilan et perspectives d'application de la loi du 14 juillet 1991, notamment au regard du droit européen.*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 161 et s.
- BANMEYER I., « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in *La théorie générale des obligations*, Liège, Éd. Formation permanente CUP, 1998, p. 239 et s.
- BAUDRY-LACANTINERIE G., par J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. III, *Supplément*, Paris, Sirey, 1926
- BENET A., *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée — Contribution à l'étude des libertés civiles* (multig.), thèse de doctorat, Paris II, 1985.
- BERX C., *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen, 2000.
- BILLIAU M., GHESTIN J., JAMIN CH., *Traité de droit civil — Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.
- BLERO B., « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 203 et s.
- BLOCK G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile* Bruxelles, Bruylant, 2002.
- BLONDEL P., *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, Paris, L.G.D.J., 1969.

2369. En règle, la bibliographie ne reprend que la doctrine référencée au moins à deux reprises dans la présente étude.

- BLONDIAU P., CARLIER E., CLAEYS Th., MAINGAIN B., *La rupture du contrat de travail — Chronique de jurisprudence 1992-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997.
- BOCKEN H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- BOCKEN H., « Nog iets over inbreuk op recht ? », in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 183 et s.
- BOGAERT G., « Praktijken strijdig met de eerlijke handelsgebruiken », in *Handelspraktijken — Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, Die Keure, 1992, p. 147 et s.
- BOULANGER J., RIPERT G., *Traité de droit civil (D'après le traité de Planiol)*, t. II, Paris, L.G.D.J., 1957.
- BOURQUIN M., *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912.
- BOYER L., ROLAND H., STARCK B., *Obligations*, 5^e éd., t. II, Contrat, Paris, Litec, 1995.
- BUYDENS M., *La protection de la quasi-crédation*, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit privé*, Paris, Eyrolles, 1993.
- CAMBIER C., *L'annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 1951.
- CAMPION L., *La théorie de l'abus de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Librairie générale de droit, 1925.
- CARBONNIER J., *Droit civil — Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., 1996.
- CASTANOS S., *Nouvel essai de classification du droit civil*, Paris, Recueil Sirey, 1958.
- COIPEL M., *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, 1999.
- COLIN A., CAPITANT H., JULLIOT DE LA MORANDIÈRE M. (avec le concours de), *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, Paris, Dalloz, 1935.
- CORBET J., *Auteursrecht*, Antwerpen, Kluwer-Story-Scientia, 1997.
- CORNELIS L., « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in *La bonne foi*, Liège, Éd. Jeune Barreau de Liège, 1990, p. 17 et s.
- CORNELIS L., *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced.Samsom, 1991.
- CORNELIS L., « Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw ? — Kritische bedenkingen m.b.t. redelijkheid en billikheid, de schijn — en de vertrouwensleer, de rechtsverwerking, het rechtsmisbruik en het gelijkheidsbeginsel », in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Mys & Breesch, 1993, p. 1 et s.
- CORNELIS L., « Fout en het wetsovertreding in het handelsverkeer : enkelen beschouwingen », in *Mélanges Roger O. Dalcq — Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 35 et s.
- CORNELIS L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000.
- CORNELIS L., VUILLARD Y., *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, titre I, dossier 10, *Le dommage*, Bruxelles, Kluwer, 2000.
- CORNU G., *Droit civil — Introduction-Les personnes — Les biens*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 1997.

- CORNU G., (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Association Henri Capitant-P.U.F., 2000.
- COVEMAEKER S., VAN GERVEN W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952.
- DABIN J., « Droit subjectif et prérogatives juridiques — Examen des thèses de M. Paul Roubier », in *Mémoires de l'Académie royale de Belgique*, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960.
- DALCQ R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 1962.
- DALCQ R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, *Les causes de responsabilités*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967.
- DEBEUCKELAERE W., « De juridische mechanismen m.b.t. de persoonlijke levensfeer », in *Het recht op privacy en de sluiers van het recht*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, p. 11 et s.
- DE BONDT W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985.
- DE CONINCK B., « Le droit commun de la rupture des négociations pré-contractuelles », in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, p. 17 et s.
- DELCORDE A.C., « Concurrence macro vs concurrence micro (ou la concurrence économique au sens de la loi du 5 août 1991 et ses rapports avec la loi du 14 juillet 1991) », in *Les pratiques du commerce. Autour et alentour*, Bruxelles, Pub. Fac. univers. St-Louis, 1997, p. 39 et s.
- DE CORTE R., *Privaatrecht — Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2000.
- DE GREUILLE, *Recueil des lois composant le Code civil*, t. VI, l. III, Paris, Rondonneau, 1804.
- DE LEVAL G., *Institutions Judiciaires — Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, Fac. de droit, 1992.
- DELIYANNIS, J., *La notion d'acte illicite*, Paris, L.G.D.J., 1952.
- DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1953.
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. IV, *Sources des obligations (Suite)*, Paris, L.G.D.J., 1924.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962.
- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964.
- DERINE R., VAN NESTE F., VANDENBERGHE H., *Zakenrecht — Deel 1A*, Antwerpen-Amsterdam, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974.
- DERINE R., SNAET S., « Zakelijke rechten », in *Het onroerend goed in de praktijk*, F. mob., Kluwer, M.-à-j. mai 1996.
- DE VISSCHER F., MICHAUX B., *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- DEVOS D., et al., *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, CJB-ABJE-VP, 1995.
- DE WILDE L., « Begrip « Schade » », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 179 et s.

- DIEUX X., *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.
- DIJON X., *Le sujet de droit en son corps — Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namur-Bruxelles, S.E.M.S.J.-Larcier, 1982.
- DIRIX E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, 1984.
- DIRIX E., *Het begrip schade*, 2^e éd., Antwerpen-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers, 1998.
- DUBUISSON B., « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », in *La faute dans différentes branches du droit*, Actes de la journée d'étude Paul Rigaux, Louvain-la-Neuve, 10 juin 1999.
- DUBUISSON B., « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle », vol. 2, in *Responsabilités — Traité théorique et pratique*, livre 3bis, Kluwer, F. mob., m. à j. 1^{er} février 2003.
- DUCLOS J., *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- ERGEZ R., *Introduction au droit public*, 2^e éd., t. I, Diegem, Kluwer, 1994.
- ERGEZ R., *Introduction au droit public*, t. II. *Les droits et libertés*, Diegem, Kluwer-Story-Scientia, 1995.
- FAGNART J.L., « Union libre et responsabilité », in *L'union libre*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 207 et s.
- FAGNART J.-L., *La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence 1985-1995*, Bruxelles, Larcier, 1997.
- FETTWEIS A., *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de droit, 1987.
- FLAMÉE M., DE VROEDE P., *Précis de droit économique belge*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990.
- FONTAINE M., « Portée et limites du principe de la convention-loi », in *Les obligations contractuelles*, Liège, Ed. Jeune Barreau, 1984, p. 165 et s.
- FONTAINE M., « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 40 et s.
- FONTAINE M., GHESTIN, J. (sous la direction de), *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- FRANÇOIS A., *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht — Inhoud & Grondslagen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999.
- GEELHAND N., *Belangafweging in het huwelijksvermogensrecht — Deel I*, Gent, Mys & Breesch, 1994.
- GENIN E., *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Répertoire notarial*, t. X, I, I, Bruxelles, Larcier, 1988.
- GERVAIS A., « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts » », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, t. I, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s.
- GHESTIN J., « Introduction (rapport français) », in *Les effets des contrats à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 4 et s.

- GHESTIN J., GOUBEAUX G., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil — Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994.
- GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.
- GILLAIN J., *Introduction au droit et éléments de droit civil*, Bruxelles, De Boek & Larcier, 2000.
- GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- GRÉGOIRE M., *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- GULDIX E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband* (multig.), Thèse de doctorat, V.U.B., 1986.
- GUTWIRTH S., *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap*, Bruxelles, Maklu-VUB press, 1993.
- GUTWIRTH S., *Privacyvrijheid ! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Rathenau Instituut, Werkdocument 64, Den Haag, juni 1998.
- HAGE-CHAHINE F., *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription — Recherches sur la promotion du fait au droit*, Paris, Dalloz, 1977.
- HAMER PH., VERHEYDEN-JEANMART N., « Les tiers et les contrats constitutifs ou translatifs de droits réels — Bien corporels », in *Le contrat et les tiers, les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, A.B.J.E.-Het vlaams pleitgenootschap Brussel — La Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 9 et s.
- HANNEQUART Y., « Le principe de proportionnalité en droit privé belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Éd. du Jeune Barreau de Liège, 1995, p. 125 et s.
- HANSENNE J., *Les biens*, t. II, Liège, Fac. de droit, 1996.
- HANSENNE J., *Introduction au droit privé*, 3^e éd., Diegem, Story-Scientia, 1997.
- HOEBEKE S., MOUFFE B., *Le droit de la presse*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2000.
- IONESCU O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1978.
- ISGOUR M., VINÇOTTE B., *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998.
- JONGEN F., « Droits de l'homme et médias », in *Le point sur les droits de l'homme*, Université de Liège, Éd. Formation permanente CUP, 2000, p. 117 et s.
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité — Théorie dite de l'abus de droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939.
- KRUIHTOF R., « Medeplichtigheid aan andermans contractbreuk », in *Liber Amicorum Prof. EM. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 189 et s.
- LARROUMET CH., *Droit civil*, t. 2, *Les biens — Droits réels principaux*, 3^e éd., Paris, Economica, 1997.
- LARROUMET CH., *Droit civil*, t. III, *Les obligations — Le contrat*, 3^e éd., Paris, Economica, 1996.

- LAURENT F., *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Libraire A. Marescq, Aîné, 1878.
- LAURENT F., *Principes de droit civil*, t. 20, 2^e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-Libraire A. Maresque, Aîné, 1887.
- LEQUETTE Y., SIMLER PH., TERRÉ F., *Droit civil — Les obligations*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1993.
- LEROY M., *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- LE TOURNEAU PH., CADIET L., *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996.
- LEWALLE P., *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002.
- LIMPENS J., *Prijshandhaving buiten contract bij verkoop van merkartikelen*, Bruxelles, Bruylant, 1943.
- LIMPENS J., « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers — Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et les droits personnels », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II, Paris, Dalloz, 1961, p. 79 et s.
- LIMPENS J., « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 723 et s.
- LINDEMANS, D., *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985.
- LUCAS A., LUCAS H.J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Paris, Litec, 2001.
- LUST S., *Raad van State Afdeling administratie — 6. Rechtsherstel door de Raad van State*, Brugge, Die Keure, 2000.
- MAES B., *Overzicht van het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 1998.
- MAES B., *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, 3^e éd., Brugge, Die Keure, 2001.
- MANITAKIS A., *La liberté du commerce et de l'industrie en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Les obligations*, t. I, 2^e éd., Les sources, Paris, Sirey, 1988.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil*, t. I, 2^e éd., Introduction générale à l'étude du droit, Paris, Sirey, 1972.
- MAST A., DUJARDIN J., VAN DAMME M., VANDE LANOTTE J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., Antwerpen, Kluwer, 1999.
- MAZEAUD H., J. MAZEAUD, FR. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, Introduction à l'étude du droit, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996.
- MAZEAUD H., MAZEAUD L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1934.
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1906.
- MOUREAU L., « Remarques sur les articles 92 et 93 de la Constitution belge faites à partir de la loi italienne du 20 mars 1865 », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1972, p. 601 et s.
- NAJJAR I., *Le droit d'option — Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, L.G.D.J., 1967.
- NERSON R., *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, Bosc Frères M. & L. Riou, 1939.

- OST F., *Droit et intérêt — Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles, Publ. des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.
- PESCATORE P., *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Centre universitaire de l'État, 1960 (mise à jour 1978).
- PEETERS I., « Derden en kontrakten met « zakenrechtelijke » gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, A.B.J.E.-Het vlaams pleitgenootschap Brussel — La Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 1995, p. 55 et s.
- PHILIPPE D., « La bonne foi dans les relations entre particuliers — Dans la formation du contrat — Rapport belge », in *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, t. XLIII (1992), Paris, Litec, 1994, p. 61 et s.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1909.
- RAES K., « 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, 1994, p. 1129 et s.
- RALET O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996.
- RAYMOND G., *Droit civil*, 3^e éd., Paris, Litec, 1996.
- RENARD C., HANSENNE J., *La propriété des choses et les droits réels principaux*, vol. 1, 2^e éd., Liège, Presses universitaires de Liège, 1975.
- RIGAUX F., *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Éd. Vie ouvrière, 1974.
- RIGAUX F., *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1990.
- RIGAUX F., *La vie privée. Une liberté parmi les autres ?*, Travaux de la Faculté de droit de Namur n° 17, Bruxelles, Larcier, 1992.
- RIANQUE K., PEETERS P., « De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen — Algemeen probleemstelling », in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 1 et s.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949.
- ROMAIN J.-F. e.a., *L'ordre public — Concept et application*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- RONSE J., *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Bruxelles, Larcier, 1954.
- RONSE J., *Schade en schadeloosstelling*, Deel 1, Tweede Druk, Gent, Story-Scientia, 1984.
- ROTONDI M., « L'évolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des États-Unis (De la liberté de la concurrence à l'égalité dans la concurrence) », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, *Droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 837 et s.
- ROUARD P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire, *Introduction générale*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1979.

- ROUBIER P., « Les prérogatives juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, n° 5, Paris, Sirey, 1960, p. 65 et s.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963.
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, L.G.D.J., 1974.
- RUTSAERT J., *Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle*, Bruxelles, Paris, Bruylant-Librairie du recueil Sirey, 1930.
- SALEILLES R., *De la personnalité juridique — Histoire et théorie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910.
- SALMON J., *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, t. 1, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1951.
- SIMOENS D., *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, t. XI, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Deel II, *Schade en schadeloostelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999.
- SIMONT L., « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 355 et s.
- SOETAERT R., « Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Ed. Story-Scientia, 1986, p. 51 et s.
- SOLUS H., PERROT R., *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961.
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Introduction au droit*, 4^e éd., Paris, Litec, 1996.
- STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Obligations — 1. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996.
- STIJNS S., VUYE H., « Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens », in *Propriété — Eigendom*, Brugge, Die Keure-La Charte, 1996, p. 97 et s.
- STORME M.E., « De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten : zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken », in *Le contrat et les tiers — Les effets externes et la tierce complicité*, Bruxelles, CJB-ABJE-VP, 1995, p. 119 et s.
- STROWEL A., TULKENS F., « Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 67 et s.
- STUYCK J., « L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, p. 125 et s.
- TERRÉ F., SIMLER Ph., *Droit civil — Les biens*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 1998.
- TERRÉ F., FENOUILLET D., *Droit civil — Les personnes-La famille-Les incapacités*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996.
- THUNIS X., *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.
- T'KINT F., « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1984, p. 9 et s.

- VAN COMPERNOLLE J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972.
- VANDENBERGHE H., « Het aquiliaanse foutbegrip », in *Onrechtmatige daad — Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 1 et s.
- VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE V., « Les droits subjectifs patrimoniaux. Les droits réels et les droits de créance », in *Guide de droit immobilier*, F. mob., Kluwer, Intr. 2.1., M. à j. 2 juin 1991
- VANDEPUTTE R., *Het aquiliaans foutbegrip*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Ced.Samsom, 1988.
- VAN GERVEN W., *Beginnelsen van belgisch privaatrecht*, t. I, *Algemeen deel*, Antwerpen-Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973.
- VANLERSBERGHE P., « Het belang als toelaatbaarheidvereiste voor het instellen van tussenvorderingen », in *Het proces in meervoud — Le procès au pluriel*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 51 et s.
- VAN OEVELEN A., « Schade in schadeloostelling bij de schending van grondrechten door private personen », in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 93 et s.
- VAN OEVELEN A., « Recente vernieuwende cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad », in *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 123 et s.
- VAN REEPINGHEN Ch., *Rapport sur la réforme judiciaire*, t. I, Bruxelles, Moniteur Belge, 1964.
- VAN RYN J., HEENEN J., *Principes de droit commercial*, 2^e éd., t. I., Bruxelles, Bruylant, 1976.
- VELAERS J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 1, Antwerpen, Maklu, 1991.
- VELAERS J., *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999.
- VELU S., « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1757 et s.
- VERHEYDEN-JEANMART N., LEPOT-JOLY N., « L'opposabilité des contrats à l'égard des tiers et assimilés », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers — Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992.
- VEROUGSTRAETE I., « Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken », in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 131 et s.
- VINEY G., JOURDAIN P., *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998.
- VON JHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 3^e éd., t. IV, trad. fr. de O. de Meulenaere, Bologna, Forni Editore Bologna, 1969.
- VON SAVIGNY K., *Traité de droit romain*, t. I, trad. fr. Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1840.
- WEILL A., *Droit civil — Introduction générale*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970.

WÉRY P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaire — Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

WÉRY P., « Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne », in *Droit de la responsabilité*, Liège, C.U.P., vol. n° 10, 1996, p. 5 et s.

WIGNY P., *Droit administratif — Principes généraux*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962.

Articles, chroniques, notes et observations

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 773 et s.

ANNÉ I., « Stiefouderadoptie, wettige redenen en wettige belangen », note sous Gand (1^{re} ch.), 8 octobre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 152 et s.

BEERNAERT S., « Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof », *P. & B.*, 2000, p. 155 et s.

BEERNAERT M., KAISER, M., « L'intérêt légitime devant le Conseil d'État », note sous C.E. (6^e ch.-réf.), 4 janvier 2000, n° 84.493, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1250 et s.

BONNARD R., « Les droits subjectifs des administrés », *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1932, p. 695 et s.

BRUGELLES R., « Le droit et l'obligation ou le rapport juridique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1909, p. 293 et s.

BUYDENS M., « La sanction de la « piraterie de produits » par le droit de la concurrence déloyale », *J.T.*, 1993, p. 117 et s.

CAPITANT H., « Sur l'abus des droits », *Rev. crit.*, 1928, p. 365 et s.

CARETTE A., « Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu », *T.P.R.*, 1998, p. 821 et s.

COPPENS P., T'KINT F., « Examen de jurisprudence (1984 à 1990) — Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1991, p. 289 et s.

CORBISIER I., « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *R.P.S.*, 1994, p. 5 et s.

DABIN J., « Les thèses de M. le procureur général Leclercq en matière de responsabilité civile », *R.G.A.R.*, 1933, n° 1315.

DABIN J., « Lésion d'intérêt ou lésion de droit comme condition de la réparation des dommages en droit privé et en droit public », *Ann. dr. et sc. pol.*, 1948, p. 7 et s.

DABIN J., « De la sanction de la violation d'un pacte de préférence accordé à trois enfants, devenus ultérieurement héritiers, quand l'immeuble a été vendu à deux d'entre eux à l'exclusion du troisième », note sous Cass. (1^{re} ch.), 30 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 81 et s.

DALCQ R.O., « Examen de jurisprudence (1963 à 1967) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civil, articles 1382 et suivants) », *R.C.J.B.*, 1968, p. 193 et s.

DALCQ R.O., « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 septembre 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 207 et s.

- DALCQ R.O., GLANDSDORFF F., « Examen de jurisprudence (1980 à 1986) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1988, p. 391 et s.
- DALCQ R.O., SCHAMPS G., « Examen de jurisprudence (1987 à 1993) — La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, p. 525 et s.
- DALCQ R.O., « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 83 et s.
- DE BERSAQUES A., « L'abus de droit », note sous Gand (2^e ch.), 20 novembre 1950, *R.C.J.B.*, 1953, p. 272 et s.
- DE BERSAQUES A., « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 501 et s.
- DE BERSAQUES A., « 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. 213 et s.
- DE BONDT W., « Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1984, p. 95 et s.
- DE BONDT W., « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, p. 93 et s.
- DEBUSSCHERE S., « Derde-medeplichtigheid aan contractbreuk : de vereiste kennis in hoofde van de derde-Analyse van de rechtspraak na het cassatiearrest van 22 april 1983 », *D.A.-O.R.*, 1999, n° 49, p. 24 et s.
- DERINE R., « Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik », *T.P.R.*, 1983, p. 261 et s.
- DE SCHUTTER O., « La vie privée entre droit de la personnalité et liberté », *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 827 et s.
- DE VAN K., « Le droit de nuire », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 533 et s.
- DIEUX X., obs. sous Liège (7^e ch.), 20 octobre 1989, *R.D.C.*, 1990, p. 528 et s.
- DIEUX X., « Les contrats de distribution et les tiers », *R.G.D.C.*, 1996, p. 5 et s.
- DIRIX E., « De derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk : het einde van de controverse », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.W.*, 1983-1984,
- DIRIX E., « Over de beperkende werking van de goede trouw », *R.D.C.*, 1988, p. 660 et s.
- DIRIX E., VAN OEVELEN A., « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1209 et s.
- DUBUISSON B., « Faute, illégalité et erreur d'appréciation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, p. 28 et s.
- DUFRENE S., obs. sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *J.T.*, 1985, p. 56 et s.
- EECKMAN P., « Inviduele verticale prijshandhaving buiten contract na het arrest van het Hof van cassatie van 9 november 1973 (Makro-arrest) », *R.W.*, 1974, col. 1409 et s.
- EISENMANN Ch., « Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin », *Rev. dr. publ.*, 1954, p. 753 et s.
- ENGLEBERT J., FRYDMAN B., « Le contrôle judiciaire de la presse », *A. & M.*, 2002, p. 485 et s.
- FABRE-MAGNAN M., « Propriété, patrimoine et lien social », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 583 et s.

- FAGNART J.-L., « La responsabilité civile — Chronique de jurisprudence (1968-1975) », *J.T.*, 1976, p. 569 et s.
- FAGNART J.-L., DENEVE M., « Chronique de jurisprudence — La responsabilité civile (1976-1984) », *J.T.*, 1985, p. 453 et s.
- FAGNART J.-L., « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 285 et s.
- FAGNART J.-L., « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », *R.D.C.*, 1989, p. 469 et s.
- FIÉVET F., « De la faute dans la responsabilité civile », *B. J.*, 1937, p. 225 et s.
- FONTEYNE J., obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 4 juillet 1929, *R.G.A.R.*, 1929, n° 503.
- FORIERS P.-A., « 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, p. 189 et s.
- FREDERICQ S., « L'opposabilité aux tiers des conventions d'exclusivité de vente », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1961, p. 452 et s.
- FRERIKS D., « Onderzoeks — en mededelingsverplichting in het contractenrecht », *T.P.R.*, 1992, p. 1187 et s.
- GOOSSENS Ch., « Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs », *Ann. dr. Lg.*, 1960, p. 149 et s.
- GOOSSENS Ch., « Droits civils et politiques : constantes et variantes dans la jurisprudence ; nature du droit à réparation en cas de lésion du droit politique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 1965, *R.C.J.B.*, 1969, p. 308 et s.
- GULDIX E., « Algemene systematische beschouwingen over het persoonlijkheidsrecht op de eigen afbeelding », *R.W.*, 1980-1981, col. 1161 et s.
- GULDIX E., WYLLEMAN A., « De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het belgisch privaatrecht », *T.P.R.*, 1999, p. 1589 et s.
- GUTT E., LINSMEAU J., « Examen de jurisprudence (1971 à 1978) — Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1980, p. 417 et s.
- HANOTIAU M., « Le droit à l'information », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 23 et s.
- HANSENNE J., note sous J.P. Bruxelles (8^e cant.), 20 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1380 et s.
- HASSLER Th., « L'intérêt commun », *Rev. trim. dr. com.*, 1984, p. 581 et s.
- HENNAU-HUBLET Ch., SCHAMPS G., « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr.*, 1995, p. 113 et s.
- HUBEAU B., RAUWS W., « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht (1) », *R.G.D.C.*, 1987, p. 113 et s.
- HUBEAU B., RAUWS W., « De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht (2) », *R.G.D.C.*, 1988, p. 31 et s.
- KAYSER P., « Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 445 et s.

- KIRKPATRICK R., obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 24 novembre 1932, *R.G.A.R.*, 1933, n° 1341.
- KRINGS E., « Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édification du droit », *J.T.*, 1990, p. 545 et s.
- KRUTHOF R., « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », note sous Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 1978, *R.C.J.B.*, 1980, p. 97 et s.
- KRUTHOF R., BOCKEN H., DE LY F., DE TEMMERMAN B., « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) — Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, p. 171 et s.
- LAGASSE F., VANNES V., « Occupation d'entreprise, voie de fait et pouvoir judiciaire », *J.T.T.*, 1988, p. 105 et s.
- LECLERCQ P., « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite », *R.G.A.R.*, 1927, n° 164.
- LIMPENS J., « Examen de jurisprudence (1949 à 1952) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1953, p. 445 et s.
- LIMPENS J., « La faute et l'acte illicite en droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, *Droit positif*, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1963, p. 723 et s.
- LIMPENS J., VAN RYN J., « La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat », note sous Gand (2^e ch.), 19 avril 1950, *R.C.J.B.*, 1951, p. 85 et s.
- LIMPENS J., KRUTHOF R., « Examen de jurisprudence (1960 à 1963) — Les obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 467 et s.
- MARTIN L., « Le secret de la vie privée », *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 227 et s.
- MASSON J.-P., « La relativité des actes juridiques : vérité d'évidence ou prétendue règle ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 1971, *R.C.J.B.*, 1973, p. 290 et s.
- MAST A., « Droits civils, droits politiques et intérêts administratifs », *J.T.*, 1947, p. 193 et s.
- MAZEAUD H., « Une interprétation belge de l'art. 1382 du code civil à propos des accidents d'automobiles », *D., Chron.*, 1928, p. 21 et s.
- MERCHERS Y., « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 366 et s.
- MEYERS E.M., « Misbruik van recht en wetsonduiking », *Ann. dr. sc. pol.*, 1936, p. 703 et s.
- MICHAELIDES-NOUARIOS G., « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 216 et s.
- MILQUET J., « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louv.*, 1989, p. 33 et s.
- OVERSTEYNS B., « Het recht op eerbieding van het privé-leven », *R.W.*, 1988-1989, p. 488 et s.
- PUTTEMANS A., « Usages honnêtes, distribution sélective et vente hors réseau : mention impossible ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 17 octobre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, p. 29 et s.
- RAUWS W., « Misbruik van contractuele rechten : het cassatiearrest van 19 september 1983 », *R.D.C.*, 1984, p. 244 et s.

- RAUWS W., « Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot rechtsgeschiedenis ? », *R.W.*, 1983-1984, col. 279 et s.
- ROLIN H., « Quelques remarques sur les engagements résultant des délits ou quasi-délits (art. 1382-1383 du Code civil) », *Bulletins de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1927, p. 65 et s.
- ROMAIN J.-F., « La liberté de commerce et le refus de contracter (1) », *R.G.D.C.*, 1994, p. 440 et s.
- ROMAIN J.-F., « La liberté de commerce et le refus de contracter (2) », *R.G.D.C.*, 1995, p. 7 et s.
- RONSE J., « La lésion de dommage : lésion d'intérêt », note sous Cass. (2^e ch.), 2 mai 1955, *R.C.J.B.*, 1957, p. 99 et s.
- ROUAST A., « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, p. 1 et s.
- SAVATIER R., « Règles générales de la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 409 et s.
- SCHAMPS G., « La violation de la loi et la prévisibilité de la loi et la prévisibilité du dommage en matière aquilienne », obs. sous Bruxelles (4^e ch.), 28 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 45 et s.
- SCHAMPS G., « La prévisibilité du dommage en responsabilité civile — De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 375 et s.
- SCHAUS A., « Inédits de droit de la presse : commentaires de jurisprudence relative à la liberté d'expression », *J.L.M.B.*, 1996, p. 1152 et s.
- SCHUYVAERTS R., « Quand y a-t-il tierce complicité à la violation des exclusivités conventionnelles ? », *J.C.B.*, 1962, p. 1 et s.
- SCHRANS G., « De progressieve totstandkoming der contracten », *T.P.R.*, 1984, p. 1 et s.
- SCHUERMANS L., SCHRUYVERS J., SIMOENS D., VAN OEVELEN A., SCHAMP H., « Overzicht van rechtspraak — Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling (1977-1982) », *T.P.R.*, 1984, p. 511 et s.
- SCHUERMANS L., VAN OEVELEN A., PERSYN CH., « Overzicht van rechtspraak — Onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1983-1992) », *T.P.R.*, 1994, p. 851 et s.
- SIMOENS D., « Een illegaal opgestelde caravan moogt u niet beschadigen », note sous Cass. (1^{re} ch.), 2 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 253 et s.
- STIJNS S., « 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. 33 et s.
- STIJNS S., VAN GERVEN D., WÉRY P., « Chronique de jurisprudence — Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 689 et s.
- STUYCK J., « Les pratiques du commerce et le droit des contrats », *Ann. Dr.*, 1986, p. 27 et s.
- SWENNEN H., « Desbewust deelnemen aan andermans contrakbreuk is fout », *R.W.*, 1979, col. 1937 et s.

- VAN APELDOORN L.J., « Een nieuwe theorie over het Subjectieve Recht ? Jean Dabin en Hugo de Groot », *R.W.*, 1952, p. 296 et s..
- VANDENBERGHE H., « De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad », *T.P.R.*, 1984, p. 127 et s.
- VANDENBERGHE H., VAN QUICKENBORNE M., GEELEN K., DE COSTER S., « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1979-1984 », *T.P.R.*, 1987, p. 1255 et s.
- VANDENBERGHE H., VAN QUICKENBORNE M., WYNANT L., « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1985-1993 », *T.P.R.*, 1995, p. 1115 et s.
- VANDENBERGHE H., VAN QUICKENBORNE M., WYNANT L., DEBAENE M., « Overzicht van rechtspraak — Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — 1994-1999 », *T.P.R.*, 2000, p. 1551 et s.
- VAN GERVEN W., « Variaties op het thema misbruik », *R.W.*, 1979-1980, col. 2467 et s.
- VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.*, 1992, p. 305 et s.
- VAN GERVEN W., DEWAELE D., « Goede trouw en getrouw beeld », in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story Scientia, 1986, p. 103 et s.
- VANNES V., « Le juge et l'exercice anormal de la grève », *J.T.T.*, 1994, p. 37 et s.
- VAN NESTE F., « Misbruik van recht », *T.P.R.*, 1967, p. 339 et s.
- VAN OMMESLAGHE P., « Les obligations — Examen de jurisprudence (1968 à 1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 423 et s.
- VAN OMMESLAGHE P., « 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. 303 et s.
- VAN OMMESLAGHE P., « Les obligations — Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 33 et s.
- VAN OMMESLAGHE P., « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, p. 101 et s.
- VAN RYN J., note sous Bruxelles (9^e ch.), 12 avril 1944, *R.C.J.B.*, 1947, p. 116 et s.
- VAN RYN J., DIEUX X., « La bonne foi dans le droit des obligations », *J.T.*, 1991, p. 289 et s.
- VERHEYDEN-JEANMART N., COPPENS P., MOSTIN C., « Examen de jurisprudence (1989 à 1998) — Les biens », 2^e partie, *R.C.J.B.*, 2000, p. 291 et s.
- VERLINDEN J., « Het belang als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de rechtsvordering (Art. 17 en 18 Gerechtelijk Wetboek) », in *Jura-Falconis*, 1987-1988, p. 19 et s.
- VEROUGSTRAETE I., « La loi sur les pratiques du commerce : loi pour une société en mutation ? », in *Liber Amicorum Aimé De Caluwé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 365 et s.
- VEROUGSTRAETE I., VAN BUGGENHOUT CH., « Faillissement en continuïteit van de onderneming », *T.P.R.*, 1990, p. 1731 et s.
- VIEUJEAN E., « Chronique de droit belge », *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 810 et s.

- VOORHOOF D., « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *R. Cass.*, 2001, p. 25 et s.
- WAELEBROEK M., « Les conditions de la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle en droit belge et en droit comparé », *R.C.J.B.*, 1962, p. 335 et s.
- WÉRY P., « Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente », *R.G.D.C.*, 1998
- WÉRY P., « Le sort du bail de chasse en cas d'aliénation du bien loué : louage passe vendage ! », *R.G.D.C.*, 2000, p. 277 et s.
- ZENATI F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 305 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
PRÉFACE	9
SECONDE PRÉFACE	15
INTRODUCTION	19

PREMIÈRE PARTIE LES QUALIFICATIONS	27
--	----

TITRE 1 LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF	29
---	----

CHAPITRE 1 Les théories traditionnelles du droit subjectif	31
--	----

Section 1 La théorie de la volonté	31
--	----

Section 2 La théorie de l'intérêt	35
---	----

Section 3 Conclusion du chapitre premier	41
--	----

CHAPITRE 2 Les théories mixtes	43
--	----

Section 1		
	La théorie de Jean Dabin	45
Section 2		
	La théorie de Paul Roubier	56
Section 3		
	Conclusion du chapitre second	67
CHAPITRE 3		
	Les théories du pouvoir	70
Section 1		
	Le droit subjectif comme pouvoir d'agir ou prérogative générale	72
Section 2		
	Le droit subjectif comme pouvoir d'exiger ou prérogative spécifique	81
Section 3		
	Apports et limites des théories du pouvoir	96
CONCLUSION		
	Description provisoire des caractéristiques du droit subjectif	104
	TITRE 2	
	DU DROIT SUBJECTIF À LA LIBERTÉ CIVILE	107
CHAPITRE 1		
	Les critères traditionnels de distinction entre le droit subjectif et la liberté civile	109
Section 1		
	Le critère des conditions d'octroi et des modalités d'attribution	109
Sous-section 1	Les conditions d'octroi : l'analyse de Roubier	109
Sous-section 2	Les modalités d'attribution : l'analyse de Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux	116
Sous-section 3	La synthèse de Alain Benet	122
Sous-section 4	Appréciation des critères des conditions et des modalités d'octroi	129

Section 2	
La détermination de l'objet et des prérogatives	132
Sous-section 1 La détermination de l'objet	133
Sous-section 2 La détermination des prérogatives	136
Section 3	
Évaluation critique des critères traditionnels	140
CHAPITRE 2	
Les critères issus des caractéristiques des droits subjectifs	143
Section 1	
Le droit objectif comme critère de distinction des droits subjectifs et des libertés civiles	143
Section 2	
La nature de la prérogative comme critère de distinction des droits subjectifs et des libertés civiles	149
Section 3	
L'exigence de respect et l'action en justice comme critère de distinction des droits subjectifs et libertés civiles	163
Section 4	
L'apport des critères issus des caractéristiques des droits subjectifs	166
CHAPITRE 3	
Conclusion : description provisoire des caractéristiques des libertés civiles	169
TITRE 3	
DU DROIT SUBJECTIF À L'INTÉRÊT LÉGITIME	173
CHAPITRE 1	
L'intérêt légitime dans la théorie du droit subjectif : de l'absorption à l'indépendance	174
Section 1	
L'intérêt légitime absorbé par le droit subjectif	174

Section 2	
L'indépendance de l'intérêt légitime dans les théories du droit subjectif	177
CHAPITRE 2	
Les expressions de l'indépendance de l'intérêt légitime	204
Section 1	
La prise d'indépendance de l'intérêt en droit judiciaire	204
Section 2	
La prise d'indépendance de l'intérêt en droit de la responsabilité civile	220
Section 3	
La prise en compte de l'intérêt légitime dans la théorie de l'abus de droit	226
Section 4	
La prise en compte de l'intérêt légitime dans les principes de bonne foi et d'équité	230
Section 5	
La prise d'indépendance de l'intérêt légitime du fait du législateur	238
Section 6	
Conclusion quant aux expressions de l'indépendance de l'intérêt légitime	242
CHAPITRE 3	
La notion d'intérêt légitime en droit positif	247
Section 1	
La notion d'intérêt	247
Sous-section 1 L'impossible définition ?	247
Sous-section 2 Les qualifications, caractéristiques et fonctions de l'intérêt	252
Section 2	
La notion de la légitimité de l'intérêt	258
Sous-section 1 L'absence de définition de la légitimité de l'intérêt : l'approche par l'illégitimité	259
Sous-section 2 Les fonctions et la portée de la condition de légitimité de l'intérêt	274
Sous-section 3 Les moyens ou titres de la légitimation de l'intérêt	278

CONCLUSIONS

Description provisoire des caractéristiques de l'intérêt légitime	284
--	------------

DEUXIÈME PARTIE	
DES EFFETS SUR AUTRUI DES QUALIFICATIONS ET DES MODES DE RÉOLUTION DE CONFLITS QUI S'EN DÉGAGENT	
	289

TITRE 1	
PRINCIPES D'OPPOSABILITÉ ET DE RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE	
	293

CHAPITRE 1	
Le principe d'opposabilité	293

CHAPITRE 2	
Le principe de la responsabilité civile extracontractuelle	306

Section 1	
La condition du dommage	306

Section 2	
La condition de faute	313
Sous-section 1 Les éléments constitutifs de la faute	313
Sous-section 2 L'acte objectivement illicite comme violation d'une norme de comportement déterminée	322
Sous-section 3 L'acte objectivement illicite comme violation de la norme générale de prudence	327

TITRE 2	
L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION DE DROIT SUBJECTIF	
	333

CHAPITRE 1	
L'opposabilité des droits subjectifs	333

Section 1

État du droit positif : une affirmation ambiguë de l'opposabilité des droits subjectifs	335
--	-----

Section 2

Le fondement de l'opposabilité des droits subjectifs : de leur qualification à leur opposabilité	354
---	-----

Section 3

Le régime de l'opposabilité des droits subjectifs	372
Sous-section 1 L'effet de l'opposabilité du droit subjectif : le devoir de respect	372
Sous-section 2 La sanction directe de l'opposition du droit subjectif : de l'inopposabilité à l'action en cessation de l'atteinte au droit	380

CHAPITRE 2

La responsabilité civile du tiers qui porte atteinte aux droits subjectifs	387
---	-----

Section 1

L'état du droit positif	388
Sous-section 1 Le dommage et la violation du droit subjectif	388
Sous-section 2 La faute et la violation du droit subjectif	395
A. <i>Le temps de l'assimilation entre l'atteinte au droit et la faute : des classiques au procureur général Leclercq</i>	396
B. <i>Le temps du rejet de l'assimilation entre l'atteinte au droit et la faute : de l'abandon des thèses de Leclercq à nos jours</i>	404
C. <i>Le temps du renouveau de l'assimilation entre la faute et la violation du droit subjectif</i>	423
Sous-section 3 Le constat de l'incohérence du droit positif	438

Section 2

De l'opposabilité du droit subjectif à la responsabilité du tiers	445
--	-----

Section 3

Les sanctions de la responsabilité du fait de l'atteinte aux droits subjectifs	468
--	-----

CONCLUSION

De l'opposabilité des droits subjectifs à l'imposition comme mode de résolution de conflits	478
--	-----

TITRE 3	
L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION DE LIBERTÉ CIVILE	485
CHAPITRE 1	
L'opposabilité des libertés civiles	485
Section 1	
État du droit positif : du flou artistique à l'évidence de l'opposabilité des libertés civiles	488
Sous-section 1 L'état de la théorie générale	489
Sous-section 2 L'état du droit positif	500
Section 2	
Le fondement de l'effet de l'opposabilité des libertés civiles : de leur qualification à leur opposabilité	539
CHAPITRE 2	
La responsabilité civile du tiers qui porte atteinte aux libertés civiles	551
CONCLUSION	
De l'opposabilité des libertés civiles à l'équilibre comme mode de résolution de conflits	561
TITRE 4	
L'EFFET SUR AUTRUI DE LA QUALIFICATION D'INTÉRÊT LÉGITIME	567
CHAPITRE 1	
L'opposabilité des intérêts légitimes	567
Section 1	
Le fondement de l'opposabilité des intérêts légitimes	569
Section 2	
Le régime de l'opposabilité de l'intérêt légitime	575
Sous-section 1 Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux droits subjectifs ..	576
Sous-section 2 Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux libertés civiles	592

Sous-section 3 Le régime de protection de l'intérêt légitime face aux autres intérêts légitimes	600
Section 3	
Conclusion sur l'opposabilité des intérêts légitimes	602
CHAPITRE 2	
La responsabilité des tiers portant atteinte aux intérêts légitimes d'autrui	605
CHAPITRE 3	
De l'opposabilité des intérêts légitimes à la proportionnalité et à la pondération des intérêts comme modes de résolution ..	614
TROISIÈME PARTIE	
UN MODÈLE THÉORIQUE DE RÉOLUTION DES CONFLITS	617
TITRE 1	
L'ÉMERGENCE D'UN MODÈLE THÉORIQUE GÉNÉRAL DE RÉOLUTION DES CONFLITS	619
CHAPITRE 1	
L'imposition	622
CHAPITRE 2	
La proportionnalité	630
CHAPITRE 3	
L'équilibre	655
CHAPITRE 4	
La pondération des intérêts	664
CHAPITRE 5	
Les apports de la systématisation des modes de résolution de conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes	672

MISES À L'ÉPREUVE CHOISIES DU MODÈLE THÉORIQUE GÉNÉRAL 679

La théorie de la tierce complicité 681

La théorie de la tierce complicité en droit positif 681

Les impasses de la théorie de la tierce complicité en droit positif 695

Sous-section 1 Des ambiguïtés des qualifications des intérêts en cause aux impasses
de la théorie de la tierce complicité 696

Sous-section 2 L'impasse de la recherche des fondements de la théorie
de la tierce complicité 714

Sous-section 3 L'impasse des critères d'application de la théorie de la tierce complicité... 718

L'apport du modèle 730

La théorie de l'abus de droit 757

La théorie de l'abus de droit en droit positif 757

Les impasses de la théorie de l'abus de droit en droit positif 773

Sous-section 1 Les ambiguïtés des qualifications 773

Sous-section 2 L'impasse de la recherche des fondements de la théorie de l'abus
de droit 782

Sous-section 3 L'impasse des critères de l'abus de droit 815

L'apport du modèle 832

Conclusion sur l'utilité du modèle pour le droit positif 845

CONCLUSION GÉNÉRALE	851
BIBLIOGRAPHIE	869
TABLE DES MATIÈRES	885